CUMHURİYETİMİZİN YÜZÜNCÜ YILINA ARMAĞAN

İSTANBUL OKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

EDİTÖR:
Prof.Dr. Nihal SABAN

Temmuz 2024

İSTANBUL OKAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

CUMHURİYETİMİZİN
YÜZÜNCÜ YILINA
ARMAĞAN
İSTANBUL OKAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

EDİTÖR:
Prof.Dr. Nihal SABAN

Temmuz 2024

İSTANBUL OKAN ÜNİVERSİTESİ

İSTANBUL OKAN ÜNİVERSİTESİ – Temmuz 2024
Adres: Okan Üniversitesi Akfırat Kampüsü Tuzla-İstanbul

Tel : 0216 677 16 30
Faks : 0216 677 16 47
e-mail : okan@okan.edu.tr
Web : www.okan.edu.tr

ISBN 978-605-5899-74-5

Sayfa Düzenleme, Basım ve Ciltleme: Es Yayınları

CUMHURİYETİMİZİN YÜZÜNCÜ YILINA ARMAĞAN
İSTANBUL OKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Bu kitabın her türlü yayın hakkı İstanbul Okan Üniversitesi Yayınevi'ne aittir. İstanbul Okan Üniversitesi Yayınevi'nden yazılı izin alınmaksızın kitaptan alıntı yapılamaz; kitap kısmen veya tamamen hiçbir şekilde çoğaltılamaz, basılamaz, yayımlanamaz. Kitabın, tamamının veya bir kısmının, fotokopi, ofset, bilgisayar veya internet ortamlarında kullanılması, Kaset'e veya CD'ye kaydedilmesi, yasaktır. Herhangi bir teknikle çoğaltılması hem çoğaltan hem de çoğaltılmışı bulunduranlar açısından, cürüm oluşturur. İstanbul Okan Üniversitesi Yayınevi, söz konusu yasa dışı davranışlarda bulunan kurum ve kişilere karşı, her türlü hakkını korur.

İstanbul Okan Üniversitesi Yayını, 2024.

ISBN 978-605-5899-74-5

1. Kamu Hukuku 2. Özel Hukuk 3. Cumhuriyet 4. Vatandaşlık

Kitap Başlığı: **Cumhuriyetimizin Yüzüncü Yılına Armağan İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ ..... **VII**

KAMU HUKUKU I: CUMHURİYETİN 100. YILINDA EŞİT VATANDAŞLIK

Cumhuriyet ve Türkiye
Mustafa Koçak **3**

"Kimsesizlerin Kimsesi Cumhuriyet"ten Sıralı Cumhuriyetlere: Cumhuriyetin Anlamı Üzerine Bir Değerlendirme
Sinem Şirin **11**

Eşitliğin Sağlanma İmkanı Olarak Anayasa: 1982 Anayasası Açısından Bir Değerlendirme
Canberk Gümüş **47**

Cumhuriyetin Yüzyıllık Aynasına Yansıyan "Vergide Ayrımcılık" Görüntüleri
Nihal Saban **59**

Türk İş Hukukunda Kadına İlişkin Düzenlemelerin Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bakımından Değerlendirilmesi
Evra Çetin **75**

Eşitliğin İdare Hukuku Alanında Görünümü: Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi
Özge Didem Boulanger **115**

Vatandaşlık, Siyasal Katılım Anlayışı VEBV-DEM Veri Setinde Türkiye'nin Durumu
Zeynep Alemdar **139**

Arafta Hukuk: Eşitlik İdeali ve Eşitsizlik Gerçeği Arasında
Ceren F. Akçabay **147**

KAMU HUKUKU II: CUMHURİYETİN 100. YILINDA YÜKSEK MAHKEME KARARLARINDA CEZA HUKUKU UYGULAMALARI

765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'ndan 5237 Sayılı Mer'i Türk Ceza Kanunu'na Özel Hükümler Sistematiği ve Cinsel Suçların Düzenlenişi
Barış Işık **171**

Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İddianame Düzenlerken ve Hüküm Kurarken Sıkça Yapılan Hatalar
Ersoy Yüce **191**

Yargı Kararları Işığında Uyuşturucu-Uyarıcı Madde Suçları ve Tarihsel Süreçteki Yeri
Abbas Temiz **209**

Tarihsel Süreçte ve Cumhuriyet Döneminde Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanunyolları Sistematiğine Genel Bakış
Serap Keskin Kiziroğlu **219**

Delil Değerlendirme Serbestliğinin Unsurları
Doğan Gedik **229**

Türk Hukukunda Mutlak Değerlendirme Yasağının Kapsamı ve Gelişimi
Merve Duysak **245**

Uygulamada Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazının İşleyişi
Sıddık Çinko **265**

ÖZEL HUKUK I: CUMHURİYETİN 100. YILINDA GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE MEDENİ HUKUK

Türk Aile Hukukunun Dünü – Bugünü
Şükran Şıpka **289**

Geçmişten Günümüze Kadının Soyadı
Memet Erdem Aybay **295**

İstinaf Kanun Yoluna Başvuru
Nevzat Boztaş **311**

Tarihsel Boyutuyla Türk Medeni Hukukunda Kat Mülkiyeti Meselesi
Güray Türker **331**

Tarihi Boyutuyla Borçlar Hukukumuzda Kira Tavanı Uygulamaları
Ayça Ebru Celep **345**

Geçmişten Günümüze Cemaat Vakıfları ve Hukuki Sorunları
Ezgi Alyörük Güngör **359**

Türk Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemeler Tarafından Verilen Kararların Gerekçeli Olma Zorunluluğu
Süleyman Topak **375**

Medeni Hukukta Arabuluculuğa Elverişlilik ve Aile Hukukunda Arabuluculuk Üzerine Değerlendirme
Pervin Somer **401**

Tarihsel Gelişimiyle Türk Hukukunda Boşanma Sebepleri
Selin Sadi **415**

ÖZEL HUKUK II: CUMHURİYETİN 100. YILINDA TİCARET HUKUKU İLE İLGİLİ BAZI TESPİTLER

Spor Kulübü Yöneticilerinin Hukuki Sorumlulukları
Emin Cem Kahyaoğlu **443**

SUNUŞ

İstanbul Okan Üniversitesi olarak Cumhuriyetimize duyduğumuz saygının ve Cumhuriyetin yaşatılması ve gelecek kuşaklara aktarılmasının bir göstergesi olan bu armağanı Cumhuriyetimizin 100. yaşında sizlere sunuyoruz.

Cumhuriyetimiz, Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ün önderliğinde, Türk milletinin azim ve kararlılığıyla kurulmuş, eşsiz bir eser. Bu eser, sadece siyasi bir devrim değil, aynı zamanda topyekûn bir zihniyet ve yaşam tarzı değişimi. Cumhuriyet, milletimize bağımsızlığını, egemenliğini ve kendi kaderini tayin etme imkanını kazandırdı.

İstanbul Okan Üniversitesi olarak, Cumhuriyet değerlerinin savunucusu ve taşıyıcısı olma bilinciyle hareket ettik. Eğitim ve araştırma faaliyetlerimizde daima modernleşmeyi, yenilikçiliği ve bilimsel düşünceyi ön planda tuttuk. Öğrencilerimizi, Atatürk ilke ve inkılaplarına bağlı, çağdaş ve demokrat bireyler olarak yetiştirdik.

Bu çalışma, Cumhuriyetimizin 100. yılı vesilesiyle Üniversitemizin Hukuk Fakültesi tarafından 2023'ün Kasım ve Aralık aylarında düzenlenen "Hukuk Günleri Serisi"nde yer alan çok değerli akademisyenler ve yargıçların yaptığı tartışmaların bir devamı olarak hazırlandı. Çalışmada Cumhuriyet, temel ilkeleri çerçevesinde ele alınarak yüzyıllık süreçte hukuk alanında yaşanan değişimler, atılımlar ve başarılar değerlendirildi.

İnanıyorum ki bu armağan kitabı, Cumhuriyetimizin değerlerini ve hukuk devletinin önemini daha iyi anlamamıza ve geleceğe dair umutlarımızı güçlendirmemize yardımcı olacak.

Bu eserin hazırlanmasında katkı sunan değerli akademisyenlerimize ve yargıçlara, kitabın editörü Prof. Dr. Nihal Saban'a teşekkür ederim. Cumhuriyetimizin 100. yıl dönümü için hazırlanan bu eseri İstanbul Okan Üniversitesi'nin 25. yılında sizlere gururla sunuyor, Cumhuriyetimizin kurucusu Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ü bu vesileyle bir kez daha saygıyla anıyoruz.

Prof. Dr. Güliz Muğan

İstanbul Okan Üniversitesi Rektörü

KAMU HUKUKU I:
CUMHURİYETİN 100. YILINDA
EŞİT VATANDAŞLIK

CUMHURİYET VE TÜRKİYE

Mustafa Koçak*

GİRİŞ

Cumhuriyet sadece devlet başkanının irsiyet dışı yollarla belirlenmesi veya devletin en üst kademelerine belirli sürelerle ve seçimle gelinmesine indirgenemez. Demokrasi cumhuriyetin zorunlu bir sonucu olmasa dahi cumhuriyet açısından eşit haklar merkezidir. Eşitlik Cumhuriyetin ayrılmaz bir parçasıdır. Türkiye'de Cumhuriyetin ilanına giden süreç ve devamı Cumhuriyet ve eşitlik ilkelerinin iç içeliğinin bir sonucudur. Çalışmada Cumhuriyet ilkesi ile eşitlik ilişkisi, ardından Türkiye'de İmparatorluktan Cumhuriyete geçiş sürecini ve son olarak da Türk anayasalarında Cumhuriyetin nasıl düzenlendiğini anlatmaya çalışılacaktır.

I. CUMHURİYET İLKESİ

A. Cumhuriyet Terim ve Kavramı

Öncelikle sözcüğün, terim ve kavram olarak neyi ifade ettiği hatırlanmalı[1].

Terim, Yunanca *"politeia"* kelimesinin Latin çevirisinden kaynaklanıyor. Antik Yunan'da Politeia, devlet anlamına gelen bir kavram ve ünlü Yunan filozofu Platon'un *"Devlet"* adlı eserinde de sıkça kullanılıyor. *Politeia*, bir toplumun kurallarını, yönetim biçimini ve devlet yapısını ifade ediyor.

Latin kökenli Romalı devlet adamı, filozof, hatip ve yazar Marcus Tullius Cicero, "*politeia"yı "res publica*" olarak çevirmiş. "Res"; şey, mal ve "publica"; "kamu-halk" anlamına geliyor. Halka ait, halkın malı demek.

Batı dillerine buradan geçmiş. Lâtince "*res publica*", Fransızca "*republique*", İngilizce "*republic*", Almanca *"republik"* terimlerinin kavramsal içerikleri aynı. Yani devletin, toplumun malı olması, en yüksek emir-komuta yetkisinin halka ait bulunması anlamına geliyor.

---

* Prof.Dr., İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, mustafa.koçak@okan.edu.tr, ORCID 0009-0007-2417-4784.

[1] Bkz. https://en.wikipedia.org/wiki/De_re_publica (10.03.2024).

Bizde ise bunun karşılığı "*Cumhuriyet*"tir. Arapça "cumhur" sözcüğü, toplu bir halde bulunan kavim veya millet anlamına gelirken "*Cumhurî*", cumhura yani millete ait, *"Cumhurî devlet"* veya *"Cumhuriyet"* ise iktidarın millete ait olduğu devlet demektir[2].

Özetlemek gerekirse; Anayasa hukuku ve siyaset bilimi terminolojisinde Cumhuriyetin farklı anlamları, farklı biçimleri ve birbirine benzemeyen değişik uygulamaları var.

Dar anlamda Cumhuriyet, monarşinin karşıtı olarak tanımlanır. Eğer devlet başkanı bu göreve veraset usulüyle geliyorsa o devlet monarşi, başka bir usulle geliyorsa cumhuriyettir.

Geniş anlamda Cumhuriyet, sadece monarşinin tersi değil, aynı zamanda demokrasinin eşanlamlısıdır. Yani cumhuriyet, seçilmiş yöneticilerin ömür boyu değil, sadece belirli bir zaman için görevde kalmasını gerektirir.

B. Aristokratik ve Demokratik Cumhuriyet

Cumhuriyetlerde egemenlik tek bir şahsa değil, dar veya geniş bir gruba aittir. Eğer bu grup hukuki ayrıcalıklara sahip bir sınıf ise, buna "*seçkinler cumhuriyeti"* veya "*aristokratik cumhuriyet*" (Aristos: seçkinler, Kratos; kuvvet ve iktidar) denir. (Örneğin ortaçağda Venedik Cumhuriyeti) Eğer bu grup sadece fiili bir ayrıcalık ve güce dayanıyorsa buna "*zümre cumhuriyeti"* veya "*oligarşik cumhuriyet*" (Oligos: Azlık, Arkain ise İktidar ve yetki) adı verilir.

Egemenliğin kaynağı olan grup geniş olur ve tüm halkı kapsarsa buna da "demokratik cumhuriyet" veya "halk cumhuriyeti" (Demos: Halk Kratos: Kuvvet ve iktidar) adı verilir. Başka bir deyişle güç ve iktidarın halka ait olduğu cumhuriyet demektir.

---

[2] Cumhuriyet ve monarşi terim ve kavramları ile ilgili bkz. **BAŞGİL**, Ali Fuat, Esas Teşkilat Hukuku Birinci Cilt Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, 1960 tarihli basımdan tıpkı basım, İstanbul 1969, s. 216-221; **ÖZBUDUN**, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 17. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 73-75; **GÖZLER**, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 14. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2022, s. 173-181; **ANAYURT**, Ömer, Anayasa Hukuku Genel Kısım, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 294-301.

Örneğin, ABD'de "Cumhuriyet" terimi genellikle "temsili demokrasi" ile eşanlamlı kabul edilmektedir. Amerikan Bağımsızlık Bildirisinde "cumhuriyet" terimi geçmediği halde Amerikan Anayasasının IV. maddesinde "Bu Birlik içindeki her Devlete Cumhuriyet şeklinde bir Hükümet garanti" edildiği ifadesi yer alıyor. Anayasayı kaleme alanların bununla neyi kastettikleri açık değildir. Konu Yüksek Mahkemenin önüne götürülür. Yüksek Mahkeme, Luther v. Borden (1849) davasında cumhuriyetin tanımının bir "siyasi konu" olduğu ve bu nedenle konuya müdahale etmeyeceği yönünde karar verir.

Ancak yaklaşık çeyrek asır sonra Yüksek Mahkeme bu kez sorunu ele almaktan kaçınmaz ve temel bir tanım belirler. United States v. Cruikshank (1875) davasında Mahkeme "*vatandaşların eşit haklarının*", *cumhuriyet kavramının ayrılmaz bir parçası* olduğuna hükmeder.

C. Cumhuriyet ve Demokrasi İlişkisi

Şimdi de demokrasi-cumhuriyet ilişkisine kısaca değinmek gerekecek. Bu ilişki söz konusu olduğunda akla gelen sorulardan birisi; demokrasi mutlaka cumhuriyeti gerektirir mi? Cumhuriyet olmadan demokrasi olamaz mı? Halen yaşayan günümüz demokratik monarşilerini hatırladığımızda buna olumsuz cevap vermek gerekir: Örneğin İngiltere, Japonya, Danimarka, Hollanda, Belçika, İsveç, Norveç, İspanya demokrasi ile yönetildikleri halde cumhuriyet değil, monarşilerdir.

Her cumhuriyet mutlaka demokratik cumhuriyet mi olmalıdır? Bu sorunun cevabının da olumsuz olması gerekir. Örneğin Türkiye'de tek parti döneminde cumhurbaşkanları belli bir süre için ve seçimle işbaşına gelirken, Türkiye Cumhuriyeti ancak 1946 yılında demokrasiye geçebildi. Ayrıca adı cumhuriyet olan ama devlet başkanlarının seçimle iş başına gelmediği diktatörlükler de demokrasi ile yönetilmiyorlar[3].

---

[3] Cumhuriyet ile demokrasi arasındaki ayrım konusunda farklı bir ifade biçimi şöyledir: *"Demokrasi (...) yurttaşlar toplumunun kendi hayatını yöneten kararların oluşum sürecine katılma kapasitesine gönderme yapar. Cumhuriyet geleceği bir arada inşa etmeye yönelik bir teşebbüsün adı iken demokrasi bir kapasitedir."* **ÖZDEMİR**, Ali Murat, **SAYGILI,** Abdurrahman, **ZABUNOĞLU**, Hamdi Gökçe, **KETİZMEN**, Muammer, **DEMİRLİ**, Aynur, **AYKUT**, Ebubekir, **TÜRKOĞLU KARACAOVA**, Ezgi Nur, **UĞURLU**, Göksu, **ŞAHİN**, Ozan Giray, Genel Kamu Hukuku, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2020, s. 59.

Başka bir soru da; cumhuriyetlerde bir devlet başkanlığı makamının bulunması gerekir mi? Cumhuriyet rejiminde mutlaka bir devlet başkanlığı makamının bulunması şartı yoktur. Bunun en güzel örneği, 1921 Anayasasının getirdiği siyasi rejimdir: 1921 Anayasası devlet başkanı olmayan bir cumhuriyet kurdu. Başka yaşayan bir örnek de İsviçre Federal Cumhuriyeti'dir.

II. İMPARATORLUKTAN CUMHURİYETE

A. Cumhuriyete Giden Siyasal Süreç

Cumhuriyetle ilgili bu açıklamalardan sonra şimdi 100. Yılını kutladığımız Türkiye Cumhuriyeti'ne gelebiliriz. Öncelikle; Cumhuriyete nasıl geçildi? Hangi tarihi, siyasi, hukuki nedenler, süreçler cumhurbaşkanlığı ile ilgili anayasal düzenlemeyi zorunlu kıldı?

Cumhuriyetin ilanından bir yıl önce saltanat kaldırılmıştı (1922). Saltanatın kaldırılmasını zorunlu kılan siyasal olaylar şöyle gelişti: İtilaf devletleri her iki hükümeti Barış Konferansına davet ettiler. (22 Ekim 1922). Amaçları Ankara-İstanbul ihtilafından pay çıkarmak. Sadrazam Tevfik Paşa TBMM'ye başvurdu ve şöyle dedi: "İstanbul'a bir temsilci gönderin ve birlikte hareket edelim. Yoksa biz nazır Ziya Paşa'yı konferansa temsilci göndereceğiz. TBMM'nin konferansa katılmaması barışı tehlikeye düşürür, böyle bir sorumluluğa ne TBMM ne de Babıali katlanabilir"[4].

Telgrafın öncesinde Ankara'da genel eğilim saltanat ve hilafete bağlılık yönündeydi. Ama Tevfik Paşa'nın bu telyazısı havayı değiştirdi ve büyük bir tepkiye yol açtı. Lozan'da temsil işi birden bir iktidar sorunu oldu. Ankara'da zafer ve iktidarı kaptırmama duygusu egemen hale geldi. Bulunan formül, saltanat ve hilafetin birbirinden ayrılması ve saltanatın kaldırılması oldu. (1-2 Kasım 1922). Böylece Lozan'a Sevr'i imzalayan İstanbul Hükümetinin de gelmesinin önü kesildi.

Aslında 1909'dan beri cereyan eden olaylar padişahlık makamını büyük ölçüde önemsizleştirmişti. Padişahların tahttan indirilmesi (1909), İttihat ve

---

[4] **TANÖR**, Bülent, Kurtuluş Kuruluş, 4. Baskı, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul, 2002, s. 185.

Terakki hükümetlerinin baskın yönetimlerinin padişahı silikleştirmesi (1909-1914), padişahsız yönetim alışkanlığının doğması (1913-1918), düşmanla işbirliği (1918-1922) milli kurtuluşun padişah sayesinde değil, ona rağmen gerçekleşmiş olması bu realiteler arasındadır. Öte yandan Anadolu ve Trakya'da yapılan yerel ve ulusal kongreler (Mondros Ateşkes Anlaşması sonrasında Trakya ve Anadolu'da 31 kongre düzenlenmiş), Milli egemenlik, TBMM, Teşkilat-ı Esasiye Kanunu gibi yükselen yeni ilke, kurum ve kurallar da vardı[5].

1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, *"hâkimiyet bila kayd-u şart milletindir"* derken bunun tek ve gerçek temsilcisinin de TBMM olduğunu söylüyor. Geniş anlamda Cumhuriyete aslında 1921 Anayasasının kabulü ile geçilmiş bulunuyor. Prof. A. Fuat Başgil "*Hâkimiyetin kayıtsız ve şartsız millete ait olması fikri, devletin cumhuriyet rejiminde olmasını mantıkan zaruri kılar"* tespitinde bulunuyor[6].

B. Cumhuriyet ile İlgili Anayasa Değişikliği

Görünüşte Cumhuriyete giden sürecin başlangıcı hükümeti oluşturmada yaşanan zorluklardı. Yasaya göre TBMM Başkanı ve bakanlar gizli oyla ve salt çoğunlukla birer birer seçiliyordu. Bu yöntem hükümet kurulmasını zorlaştırdı. Seçilenlerle de uyumlu bir icraat yapılamıyordu. Çözüm; Cumhuriyet ilan edilmeli, Cumhurbaşkanı Başbakanı seçmeli ve bakanlar kurulu Başbakan tarafından oluşturulmalı.

Mustafa Kemal'in önerisiyle hükümet bunalımı daha da körüklendi, ardından bakanlar istifa edip yeniden aday olmadılar. Bir Çankaya toplantısında Mustafa Kemal hükümet krizinden çıkmak için Anayasa değişikliğiyle Cumhuriyete geçilmesinin şart olduğunu söyledi. 29 Ekim 1923'te bu değişiklik gerçekleştirildi ve Mustafa Kemal Cumhurbaşkanı seçildi[7].

---

[5] **TANÖR,** Kurtuluş Kuruluş, s. 186; Bkz. **TANÖR**, Bülent, Türkiye'de Yerel Kongre İktidarları (1918-1920), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1998 (kitabın tamamı).

[6] Bkz. **BAŞGİL,** Ali Fuat, Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, 1960 Tarihli Baskıdan Tıpkı Basım, Yağmur Yay. İstanbul, 2019, s. 215.

[7] **KINROSS,** Lord, Atatürk, K. Rustem & Brother, Londra, 1985, s. 380-381; Cumhuriyetin ilanına giden süreçler ve sonuçları konusunda bkz. **TANÖR**, Kuruluş Kurtuluş, s. 194-206.

Bu arada mecliste din adına yapılan konuşmaların süreci kolaylaştırıcı etkisini de görmezlikten gelemeyiz: Şer'iye vekili Mustafa Efendi, Urfa milletvekili Şeyh Saffet Efendi, Cumhuriyetin İslamiyet'in ilk yönetim biçimi olduğu yönünde konuşmalar yaptılar.

Burada önemli bir noktaya dikkat çekmek gerekiyor; Değişiklik yasasının ifade biçimi bir Cumhuriyet ilanını öngörmüyor: "*Teşkilat-ı Esasiye Kanununun Bazı Mevaddının tavzihen tadiline Dair Kanun*". Yasa, o zamana kadar olmayan bir durum yaratmıyor, var olanı açıklığa kavuşturuyor.

Bu gelişmeleri kısa bir zaman sonra Hilafet makamının kaldırılması izleyecek: Hilafet kaldırılmadan (03.03.1924) siyasal devrim tamamlanamazdı. Çünkü, hilafet hem dünyevi ve hem de siyasi bir otoritedir. Hilafetin kaldırılmasının ardından, önce Halife Abdül Mecit Efendi, sonrasında Osmanlı hanedanı yurt dışına çıkarıldı. 29 Ocak 1925 tarihinde Fener Rum Patriğinin yurt dışına çıkarılması da laikleşme sürecinde hatırlanması gereken önemli tarihi bir olaydır.

III. TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASALARINDA CUMHURİYET

Son olarak Türkiye Cumhuriyeti anayasalarında cumhuriyetin nasıl düzenlendiğini hatırlayarak konuşmama son vermek istiyorum:

1921 Anayasası "Türkiye Devletinin şekli hükümeti, Cumhuriyettir" diyerek Cumhuriyeti bir devlet biçimi değil, bir hükümet şekli olarak düzenliyor. Fransızların 26 Şubat 1875 Anayasasında da Cumhuriyet, hükümet şekli olarak gösterilmiştir. Aslında bu ifade biçimi Cumhuriyetin tanımı ile çelişen bir ifade biçimi değildir. Şöyle ki, hükümet devlet bütününün en önemli parçası ve organı olduğundan burada kastedilen yine devlet şeklinin Cumhuriyet olduğudur[8].

1924 Anayasası *"Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir"* derken cumhuriyetin niteliklerini *"Türkiye Devleti Cumhuriyetçi, Milliyetçi, Halkçı, Devletçi, Laik ve İnkılapçıdır"* biçiminde sıralıyor.

1961 Anayasası *"Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir"*, dedikten sonra Cumhuriyetin niteliklerini sayıyor: *"Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir"*.

---

[8] **BAŞGİL,** s. 216.

1961 Anayasamızın cumhuriyetle ilgili madde gerekçesinde ise cumhuriyet tanımı verilirken Türkiye Cumhuriyeti'nin diğer cumhuriyetlerden farklı olarak Türk Devriminin ifadesi olduğuna vurgu yapılıyor. Gerekçe şöyle:

"Bu madde Türkiye Cumhuriyeti adıyla bir Devletin kuruluşunu, bu Devletin ve hükümetinin her türlü saltanat, şahıs ve zümre hâkimiyeti şekillerini reddeden demokratik bir Devlet olduğunu açıklamaktadır". (prg. 3) Bir önceki paragrafta ise Cumhuriyetin *"Türk Devriminin hukuki ifadesi"* olduğu vurgulanır. (prg.2).

Gerçekten bizim cumhuriyetimiz diğer demokratik cumhuriyetlerden farklı olarak Türk Devrimi ile bir anlam kazanır. Sadece devlet başkanının irsiyet dışı yollarla değişmesi veya devletin en üst kademelerine belirli sürelerle ve seçimle gelinmesine indirgenemez. Bu cumhuriyet, aynı zamanda toplumu ve devleti dönüştürme değiştirme, Atatürk'ün ifadesiyle *"muasır medeniyet seviyesinin üstüne çıkarma*" projesidir.

Son olarak 1982 Anayasasının Cumhuriyeti ve niteliklerini düzenleyen hükümlerini hatırlayalım: "*Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir"*(Md.1).

"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir" (Md. 2).

SONUÇ

Monarşiden cumhuriyete geçiş birçok iç ve dış faktörlerin bir araya gelmesiyle gerçekleşmiştir. Türkiye'de kurulan ulusal egemenliğe dayalı laik sistem 1920'den bu yana ayaktadır ve sürekliliği test edilmiştir. Başlangıçta otoriter yönü ağır basan cumhuriyet, kendi dinamikleriyle, kesintiye uğramadan barışçı yollarla çoğulcu demokrasiye geçme başarısını da göstermiştir. Bu süreç aynı zamanda cumhuriyet ve eşitlik ilkelerinin birarada ele alınmasının bir sonucudur.

Bu sayede, bir asrı geride bırakan cumhuriyetimiz Atatürk'ün veciz ifadesiyle *"ilelebet payidar kalacaktır".*

KAYNAKÇA

ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku Genel Kısım, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

BAŞGİL, Ali Fuat, Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, 1960 Tarihli Baskıdan Tıpkı Basım, Yağmur Yay. İstanbul, 2019.

GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 14. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2022.

KINROSS, Lord, Atatürk, K. Rustem & Brother, Londra, 1985.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 17. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

ÖZDEMİR, Ali Murat, **SAYGILI,** Abdurrahman, **ZABUNOĞLU**, Hamdi Gökçe, **KETİZMEN**, Muammer, **DEMİRLİ**, Aynur, **AYKUT**, Ebubekir, **TÜRKOĞLU KARACAOVA**, Ezgi Nur, **UĞURLU**, Göksu, **ŞAHİN**, Ozan Giray, Genel Kamu Hukuku, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2020.

TANÖR, Bülent, Kurtuluş Kuruluş, 4. Baskı, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul, 2002.

TANÖR, Bülent, Türkiye'de Yerel Kongre İktidarları (1918-1920), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1998.

KİMSESİZLERİN KİMSESİ CUMHURİYET'TEN SIRALI CUMHURİYETLERE:

CUMHURİYETİN ANLAMI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Sinem Şirin*

"*Ben cumhuriyet! Cumhuriyet benim!*"**

GİRİŞ

İdeal yönetim biçiminin ne olduğu veya nasıl olacağı sorusu, geçmişten günümüze taşınan en temel sorunlardan biridir. Bu sorgulamanın doğal sürekliliğinin, toplumsal ve siyasal çıkarlardaki sürekli çatışmaya veya çelişmeye dayandığı yadsınamaz. Bu çatışmanın-çelişmenin belli dönemlerde ortaya çıkardığı siyasi durum ve yer, siyasi rejimin niteliğini belirlemektedir. Bu ideal arayış, insan ve toplum yapısı açısından vazgeçilmez olduğuna göre siyasi rejimin niteliğinin -içinde bulunulan sistemin belli bir tasnifi olsa da- sürekli şekilde sorgulanması ve sınırlarının zorlanması kaçınılmazdır. Bu çalışmada karşılaşılan en önemli olgulardan biri, cumhuriyet rejiminin farklı ülkelerde ve farklı zamanlarda ortaya çıkan, tarihsel süreçte önemli bir siyasal kazanım olduğunun yaygın bir fikir olduğudur. Ve fakat "cumhuriyet" kavramının aynı yerde ve aynı zamanda yaşayanlar nezdinde ne ortaya çıktığı süreç ne de içinde bulunulan zamanda aynı anlamı taşıdığı olgusu da birincisini tamamlayan ikinci olgudur. Üzerinde anlaşılan, çok dar bir çerçevede kalsa da cumhuriyetin ne olmadığı sorusuna verilen yanıttır. Çok geniş bir anlamlar yüklenicisi cumhuriyet kavramı, Türkiye Cumhuriyeti'nin Yüzüncü Yılı dolayısıyla kaleme alınan bu yazıda, öncelikle temel bir tanımlama üzerinden kısaca ele alınmaya çalışılacaktır. Sonra cumhuriyet kavramına Türkiye'de başta Anayasa hukuku literatürü olmak üzere nasıl yaklaşıldığı, tüketici olma iddiası

---

* Doktor Öğretim Üyesi, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, sinem.sirin@okan.edu.tr, ORCID ID: https://orcid.org/0000-0003-1350-1317.

** Bir seçim dönemi sürecinde çarşıda alışveriş yaparken bir internet televizyonunun halk röportajının mikrofonuna yakalanan annem, kendisine yöneltilen soruya hem şaşırmış hem de kendinden emin şekilde bu yanıtı vermişti. Videoyu bir akrabamız tesadüfen görüp bize iletmişti. Bu yazıyı, annem Fatma Şirin'e ithaf ederim.

taşımadan ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ve Anayasa Mahkemesi kararlarında, cumhuriyet kavramının içeriğinin nasıl oluştuğu ve ele alındığı da incelememize dayanak oluşturacaktır. Bu bağlamda hukukçularca da kullanılan sıralı-numaralı cumhuriyetler tartışması kanımızca önemlidir. Tüm bu tartışmalar bağlamında bugün ve gelecek ikinci yüzyıla girerken cumhuriyetin taşıdığı anlamın bir hukuki sonuca ulaştırılması çabası bu çalışmayı ortaya çıkarmıştır.

I. CUMHURİYET KAVRAMI

Cumhuriyet kavramı ve rejimi üzerine birbirinden farklı tanımlamalar yapılmaktadır ve bu konudaki tartışmalar yüzyıllar öncesinden günümüze hâlâ devam etmektedir. Tartışmanın çerçevesini, cumhuriyetin diğer siyasal rejimlerden farkı, demokrasi ile ilişkisi, antik çağlardaki "ideal yönetim" arayışları ve yönetim uygulamalarıyla benzerliği-benzemezliği, demokrasisiz cumhuriyet-cumhuriyetsiz demokrasi gibi çok çeşitli yaklaşımlar oluşturmaktadır. Bu yönüyle cumhuriyetin "herkesin bildiği, ancak tanımlayamadığı kavramlardan" olduğu ifade edilmektedir[1]. Bu tartışmalar, farklı bilimsel alanlara ve tarihi süreçlere özgü olduğundan çalışmamızın boyutunu aşmaktadır. Bu bağlamda genelde tercih edilen bir yöntem olarak bu çalışmaya da cumhuriyet kavramının etimolojik kökeninden hareketle başlamak gerekir.

Cumhuriyet sözcüğü, "çokluk, kalabalık, halk" anlamındaki Arapça kökenli "cumhur"[2] sözcüğünün "+īya(t)" aidiyet eki ile türetilerek dilimize geçmiştir[3]. Latince'de halk demek olan "public" sözcüğünün, "eşya, mal" anlamına gelen veya "res" aidiyet eki ile oluşturduğu "res publica" sözcüğü de "halka ait" anlamına gelmekte ve yönetimin, en yüksek yönetim yetkisinin halka ait olmasını ifade etmektedir[4]. Dolayısıyla "halka ait" anlamındaki cum-

---

1 **DOĞAN,** Oğuz Kaan, Türk Anayasa Hukukunda Cumhuriyetçilik İlkesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023, s. 20.

2 **BAŞGİL**, Ali Fuat, Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, İstanbul, Baha Matbaası, 1960, s. 216. Ayrıca bkz. https://www.nisanyansozluk.com/kelime/cumhur

3 https://www.nisanyansozluk.com/kelime/cumhuriyet

4 "Res", "public" ve "respublica" sözcüklerinin etimolojik kökeni ve anlamları hakkında bkz. https://www.etymonline.com/word/republic#etymonline_v_12865; **BAŞGİL,** Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, s. 216.

huriyet ile köken olarak Latince'deki "res publica" dilimizde aynı anlama gelmektedir[5]. Cumhuriyet, etimolojik açıdan "*halka ait olan devlet şekli*" olarak tanımlanmaktadır[6]. Halk ve halka ait olan (kamu malı, kamusal alan) arasındaki ilişki ve "halka ait olanın ancak halk için kullanılabilmesi" şeklinde birbirini tamamlayan anlamlara gelen Res Publica, "anayasal" düşüncenin kökenini de oluşturmaktadır[7]. Demokrasi sözcüğü ise Yunanca kökenlidir ve "demos-halk" ve "kratos-yönetim" sözcüklerinin oluşturduğu, "demoskratos-halkın yönetimi" anlamına gelir[8]. Cumhuriyet ile demokrasi arasındaki fark da birinin halka aidiyeti, diğerinin ise halkın yönetimini ifade etmesindedir[9].

19. yüzyıldan itibaren belli ülkelerin rejimlerini ifade etmek için kullanılan cumhuriyet[10] kavramı, Türk Dil Kurumu sözlüğünde "*Milletin, egemenliği kendi elinde tuttuğu ve bunu belirli süreler için seçtiği milletvekilleri aracılığıyla kullandığı yönetim biçimi*" şeklinde tanımlanmaktadır[11]. Türk Dil Derneği de "*Ulusun, egemenliği kendi elinde tuttuğu ve bunu belirli süreler için seçtiği milletvekilleri aracılığıyla kullandığı devlet biçimi*" şeklinde benzer bir tanım yapmaktadır; ancak tanımda, TDK'dan farklı olarak "yönetim biçiminden" değil "devlet biçiminden" bahsedilmektedir[12]. Bir diğer sözlük tanımında "*Millet hâkimiyetine dayanan ve bu hâkimiyetin milletin temsilcisi olarak seçilen milletvekilleri ve başlarındaki cumhurbaşkanı tarafından yürütüldüğü devlet idâresi şekli*" olarak açıklanmaktadır[13]. Tüm bu tanımlarda egemenliğin

---

5 **ATEŞ**, Toktamış, Yaşasın Cumhuriyet, Yaşasın Cumhuriyet, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2000, s. 30-31.

6 **GÖZLER,** Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Yayınları, Güncellenmiş, Düzeltilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, 2019, s. 133.

7 **KUTLU,** Aydoğan, Cumhuriyet Kavramı ve Türkiye'deki Evrimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Ankara, 2011, s. 8-9.

8 https://www.etymonline.com/word/democracy#etymonline_v_5572, https://www.nisanyan sozluk.com /kelime/ demokrasi

9 **ATEŞ,** Yaşasın Cumhuriyet, s. 30-31.

10 "Tespit edilen en eski Türkçe kaynak ve diğer örnekler: Yeni Osmanlıca: "(Fr république karş.)" [Amedî Galib Efendi, Sefaret Mektupları, 1802], França cümhūruna me'muriyetinize mebni ... Fransa cümheriyesinin mevālātına dāir...; [Ahmed Vefik Paşa, Lehce-i Osmani, 1876]: cümhūr: ... Müntehab reis nezaretiyle hükümet. cümhūriyet; [Şinasi, Tasvir-i Efkâr makaleleri, 1862]: Amerika Memālik-i Müctemiʿāsı ahalisinden Cenublular, cümhūriyet idāresinde ve Hıristiyan mezhebinde oldukları halde...", https://www.nisanyansozluk.com/kelime/cumhuriyet

11 https://sozluk.gov.tr/

12 http://www.dildernegi.org.tr/TR,274/turkce-sozluk-ara-bul.html

13 Kubbealtı Lügati: http://www.lugatim.com/s/cumhuriyet

aidiyeti ve kullanımı bakımından benzerlik vardır ve son tanımda farklı olarak devlet başkanından da bahsedilmesi dikkat çekicidir. Görüldüğü gibi hepsi hem aidiyeti hem de yönetimi bir arada ifade etmektedir.

Etimolojik kökeninden hareketle cumhuriyet-cumhuriyetçilik, en basit ve hücresel düzeyde "halk"la ilgili kavramlardır ve siyasal iktidarın halka ait olmasını ifade etmekte, halkın bir kimsenin veya kişi topluluğunun mülkü olması düşüncesini reddetmektedir. Bu nedenle cumhuriyet, halkı oluşturan kişileri de kendiliğinden bu aidiyet bazında eşitlemektedir. Bu aidiyetin hayata geçmesi de belli objektif koşullar dışında eşit olmalıdır. En azından öyle olması gerekir.

Fakat antik yönetimlerden günümüze ve farklı coğrafyalardaki uygulamasına cumhuriyet tanımı ve bu tanımın unsurları değişmektedir[14]. Geçmişten bir hareket noktası belirlenecek olunursa kanunların halk tarafından genel bir mecliste yapılması fikrinin, ilk defa halka dayalı, laik ve seçilmiş bir yönetimi savunan Padovalı Marsilius tarafından (özellikle *Defensor Pacis isimli eserinde)* ortaya konulduğu bilinmektedir[15]. Bir Ortaçağ düşünürü olan Marsilius, modern siyasi ve hukuki kavramların henüz oluşmadığı bir dönemde kral-tanrı fikrinden bağımsız şekilde yasaların yaratıcısı olarak "societas"ı tanımlamıştır. Kral ise bu sistemde ancak yasaların yürütücüsü-uygulayıcısı konumundadır[16]. Çünkü "*akıl ürünü, doyurucu bir yaşamın temeli*" sivil topluluklardır ve hükümet bu amaca ulaşmada sadece bir araçtır; hükümet, bu amacı tek bir kişi veya grup için değil "*halk kitlesi*" için gerçekleştirmelidir[17]. Kendi dönemi ve yaşadığı site devleti sınırları içerisinde Marsilius, modern siyasetin ve hukukun devlet, egemenlik, birey, yurttaş gibi kavramlarına uzak bir noktadan düşüncelerini ileri sürmüşse de bakış açısı önemlidir. Bu bakıştaki eksiklik, bir sistemdeki iktidar ilişkilerindeki eşitsizlik olgusudur ve bu daha sonraki düşünürlerce ifade edilecektir. Bu eşitsiz ilişkinin bir tarafında siyasi iktidarı elinde bulunduran, sürekli biçimde yeniden kuran ve tek amacı bu olan hükümdar vardır; karşısında ise

---

14 **KUTLU,** Cumhuriyet Kavramı ve Türkiye'deki Evrimi, s. 7-8.

15 **HELD,** David, "Cumhuriyetçilik: Özgürlük, Öz-Yönetim ve Aktif Yurttaş", Cogito, Sayı 15, 1998, s. 45-46.

16 **AKAL**, Cemal Bali, İktidarın Üç Yüzü, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2016, s. 41.

17 **HELD**, "Cumhuriyetçilik: Özgürlük, Öz-Yönetim ve Aktif Yurttaş", s. 45-46.

hükümdarın zulmüne uğramama amacını taşıyan halk vardır. Bu ikili eşitsiz tarafların, ortak bir amacı yoktur. Daha ileride ise mutlak ve bölünmez iktidarın-egemenliğin, ancak süreklilik gösterdiğinde bir güç halini alacağı fikri ile modern, laik ve hukuki bir kurumsallık kazanan egemenlik anlayışı doğacaktır[18]. Bu uzun süreç antik dönemden modern döneme birbirini etkileyen ancak farklı teorileri ve süreçleri yaşayan ülkelerin kendi pratikleriyle anılan "cumhuriyetleri" doğurmuştur[19]. Bunlar arasında özellikle 19. Yüzyılın Amerikan ve Fransız devrimleri, cumhuriyet kavramına demokrasinin eklenmesi ve bunun ulus-devletlerde kurumsallaşması şeklinde farklı iki boyut kazandıracaktır; kendinden sonraki siyasi gelişmeleri de bu anlamıyla birçok yönden etkileyecektir[20]. Bu etki, Türkiye'deki anayasacılık hareketlerine de kaçınılmaz olarak yansımıştır. Dolayısıyla bu yazının ortaya çıkma amacına da uygun biçimde cumhuriyet kavramına Türkiye'deki anlamıyla eğilmek gerekir.

A. Anayasa Hukuku Literatürümüzde Cumhuriyet Kavramıyla İlgili Yaklaşımlar

Cumhuriyet kavramı konusundaki açıklamaların farklılığı sadece Türkiye'deki anayasa hukuku literatürüne özgü değildir. Monarşiden demokrasiye geçiş süreçlerinde halkın devlet gücüne sahip olması ve kendi isteğine göre devlet organlarını belirlemesinin ulaştığı nokta ve bunun önemi, cumhuriyet kavramı üzerinde çok az düşünülmesine, demokrasi ile cumhuriyetin özdeş sayılmasına sebep olmuştur[21]. Bu durumun üstüne bir de farklı pratikler eklenince kavramı tanımlamak konusunda çelişkiler ve farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Cumhuriyeti monarşinin zıddı ile tanımlamak, Machiavelli'ye dayanan bir anlayıştır. Bugün literatürde monarşinin tersi şeklindeki dar anlamda cumhuriyet

---

18 Bu konudaki görüş, fikir ve tartışmalar için bkz. **AKAL**, İktidarın Üç Yüzü, s. 64-66, 70-73.

19 Antik Yunan, Roma Cumhuriyeti ve Roma sonrası Rönesans döneminin şehir cumhuriyetlerine, modern dönemde İngiliz, Amerikan ve Fransız cumhuriyetlerine, 19. Yüzyılda Latin Amerika ülkelerindeki rejimlere ve Avrupa'daki demokratik cumhuriyetlere kadar önemli bilgi ve değerlendirmeler hakkında bkz. **DOĞAN,** Türk Anayasa Hukukunda Cumhuriyetçilik İlkesi, s. 42-193.

20 **DOĞAN,** Türk Anayasa Hukukunda Cumhuriyetçilik İlkesi, s. 139.

21 **DOEHRİNG**, Karl, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), Çev. Ahmet Mumcu, İstanbul, İnkılap Kitabevi, 2019, s. 163.

yaklaşımının onun yaşadığı döneme göre tanımlayınca, anlaşılabilmektedir. Doehring'in belirttiği üzere o dönemde halkın ve ülkenin monarka ait olduğu bir devlet yapısının, zamanla monarkın kişiliğinden sıyrılarak kurumsal bir yapı olacağı düşünülemeyebilirdi. Ancak zamanla bu gelişme sağlandı ve bugün sadece monarşinin olmadığı bir siyasi yapıya cumhuriyet demek yeterli olmayacaktır[22].

Anayasa hukuku literatürümüzde cumhuriyet kavramına yaklaşım, ağırlıklı olarak iki türlüdür. Bu yaklaşımlar cumhuriyetin bir devlet biçimi ya da hükümet biçimi olduğu konusunda farklılaşmaktadır. Bu ayrımda cumhuriyetin sadece monarşinin zıddı olması niteliğiyle tanımlanması dar anlamda cumhuriyet anlayışı olarak açıklanmaktadır; sadece devlet başkanının soya dayalı gelmemesi değil özellikle tüm devlet yapısının seçime dayalı şekilde oluştuğu ve demokrasinin araçlarına da yer verilen bir cumhuriyet anlayışı ise geniş anlamda cumhuriyet anlayışını oluşturmaktadır. Dolayısıyla dar anlamda cumhuriyet, cumhuriyetin ne olmadığıyla ilgilenmektedir ve bu bir negatif yaklaşımdır. Geniş anlamda cumhuriyet ise tam tersine pozitif bir yöntemle cumhuriyetin "ne olduğuyla" ilgilenmektedir ve halkın iradesinin ortaya çıkmasında sadece seçimi değil meşruiyeti de aramaktadır[23].

Buradan hareketle anayasa hukuku literatürümüzde cumhuriyet konusundaki bazı yaklaşımları tüketici olmaya çalışmadan anarak başlayabiliriz.

Literatürümüzde Gözler, cumhuriyet kavramının hukuki tanımı konusunda birlik olmadığına ve cumhuriyetin monarşinin karşıtı olarak dar anlamda ve demokrasiyle özdeşleştirilerek geniş anlamda kullanıldığına dikkat çekmektedir. Yazarın tespit ettiği üzere Léon Duguit'ye ait dar anlamda cumhuriyet, sadece devlet başkanının göreve gelme biçimine göre yapılan bir tanımdır. Devlet başkanlığı verasete dayanıyorsa monarşi vardır; monarşinin olmadığı yerde ise cumhuriyet vardır[24]. Literatürdeki diğer eğilim ise cumhuriyeti sadece monarşinin olmadığı bir hükümet şekli olarak görmemekte ve kavramı, demokrasi ile anlamlandırmaktadır. Geniş anlamda cumhuriyet, seçime dayanan, kuvvetler ayrılığının benimsendiği ve hatta hukuk devletinin olduğu bir

---

22 **DOEHRİNG,** Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), s. 163.

23 **KUTLU,** Cumhuriyet Kavramı ve Türkiye'deki Evrimi, s. 17.

24 **GÖZLER,** Türk Anayasa Hukuku, s. 134-135.

demokrasi ile anlamlandırmaktadır. Geniş anlamda cumhuriyet, seçime dayanan, kuvvetler ayrılığının benimsendiği ve hatta hukuk devletinin olduğu bir demokratik düzende mümkündür[25]. Yazarın kendisi ise cumhuriyetin dar anlamını doğru bulmaktadır; demokrasi ile cumhuriyet arasında bir ilişki olmadığını, cumhuriyetin veya monarşinin demokrasi ile anlamlandırılamayacağını, cumhuriyet ve monarşi rejimlerinin aynı anda demokratik veya antidemokratik olabileceğini belirtmektedir[26]. Cumhuriyeti, "devlet başkanlığının irsî olarak intikal etmediği *devlet şekli*"[27] olarak tanımlayan yazar, demokrasiyle özdeş anlamda cumhuriyetin, Fransa'da olduğu gibi "cumhuriyetçi mirası" temsil ettiğini ve Türkiye'deki "yanlış kullanımın" belki de Fransız kültüründen geçmiş olabileceğini belirtmektedir[28].

Gözler, Türkiye'de Anayasa Hukuku literatüründe cumhuriyet anlayışında "bulanıklık" olduğunu ve buna önce Ali Fuat Başgil ve ardından İlhan Arsel'in cumhuriyeti sadece negatif (monarşinin karşıtı) anlamıyla değil bazı "değer yargıları" atfederek sebep olduğunu iddia etmektedir. Bu yazarlarca başlatılan muğlaklığın, Kubalı, Özbudun ve Gören tarafından da devam ettirildiğini düşünmektedir[29]. Gözler sadece anayasa hukuku doktrinin değil Anayasa Mahkemesinin de cumhuriyet tanımını, cumhuriyetin geniş anlamıyla yorumlandığı için yanlış olduğunu ileri sürmektedir[30].

Başgil'e göre cumhuriyet, "iktidarın millete ait olduğu" devlettir. Siyaset biliminde monarşinin olmadığı devletlere cumhuriyet dendiğini ifade eden Başgil, bir devlet şekli olarak cumhuriyetin, "*hakimiyetin dar veya geniş bir kitleye ait olması ve eğer var ise, devlet şefinin bu kitle içinde seçilmesi rejimidir.*"[31] Yazara göre cumhuriyet, *aristokratik*-seçkinler cumhuriyeti veya *demokratik*-halk cumhuriyeti şeklinde olabilir. Cumhuriyeti, monarşiden ayıran

---

25 Bu konudaki görüşler için bkz. **GÖZLER,** Türk Anayasa Hukuku, s. 135.

26 **GÖZLER,** Türk Anayasa Hukuku, s. 136-137.

27 **GÖZLER,** Kemal, "Cumhuriyet ve Monarşi", Türkiye Günlüğü, Sayı 53, Kasım-Aralık 1998, s. 28.

28 Ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **GÖZLER,** "Cumhuriyet ve Monarşi", s. 29-34.

29 Bu konudaki görüş ve eleştirileri için bkz. **GÖZLER,** Türk Anayasa Hukuku, s. 137-140.

30 **GÖZLER,** Türk Anayasa Hukuku, s. 140-143; ayrıca **GÖZLER,** Kemal, "Hukuk Açısından Monarşi ve Cumhuriyet Kavramlarının Tanımı Sorunu", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 54, 1999, Sayı 1, s. 51-62.

31 **BAŞGİL,** Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt, s. 216.

temel unsur seçimdir; tüm devlet işlerinde veraset usulünün mutlak şekilde reddedilmesi ve seçim usulünün benimsenmesi esastır. Hatta yazara göre cumhuriyet sadece devlet başkanının veraset yoluyla göreve gelmesini değil seçimle gelmiş olsa bile ömür boyu görevde kalmasını da reddeder[32]. Bununla birlikte monark ile cumhurbaşkanı arasındaki temel farkın, soya dayalı bir devlet başkanlığının tesadüfe, seçimle göreve gelen bir cumhurbaşkanının ise bir kamu görevini yerine getirecek niteliklere, ehliyet ve liyakate dayalı olduğunu belirmektedir. Bu noktada Başgil, Gözler'in "bilimsel olmayan" "değer" unsurları olarak ifade ettiği, faziletten bahsetmektedir; çünkü yazara göre bu makama gelme ehliyetini ancak faziletli kimseler taşımaktadır ve faziletsiz devlet adamları, cumhuriyet rejiminin de sonunu getirir[33]. Son olarak Başgil'in cumhuriyet rejiminde bir devlet başkanlığı makamının olmasını gerekli görmemektedir ve 1921 Teşkilâtı Esasiye Kanunu'nda olduğu gibi bir heyet ile cumhuriyetin temsil edilebileceğini belirtmektedir[34]. Tanör-Yüzbaşıoğlu, Başgil'in önce veraset dışılığı cumhuriyet için yeterli görmesini, ardından seçim koşulunu eklemesini bir çelişki olarak görmektedir[35].

Arsel de anayasa hukukundaki klasik yaklaşıma uyarak devlet şekillerini egemenliğin yapısı (devletin yapısı/dış görünüşü) ve hâkimiyetin kaynağı kıstaslarından hareketle yapmaktadır[36]. Egemenliğin kaynağına göre devlet şekillerini incelerken Jellinek'in klasik monarşi ve "monarşinin zıddı" olarak cumhuriyet kavramlarının yerinde olduğuna değinen yazar, bu tanımın modern hukukçularca yeterli bulunmadığını da vurgulamaktadır[37]. Bu noktada devletin tek bir kişiye aidiyetinin olmaması belirleyicidir ve fakat birden fazla kişinin sayısı değişebilir. Daha açık ifadeyle tek bir kişiye ait olmayan egemenlik cumhuriyeti belirlerken birden fazla kişinin azlığı-çokluğu cumhuriyetin niteliğini belirlemektedir: "oligarşik, aristokratik veya demokratik." Bu

---

32 **BAŞGİL,** Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt, s. 216-217.

33 **BAŞGİL,** Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt, s. 218.

34 **BAŞGİL,** Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt, s.219.

35 **TANÖR,** Bülent, **YÜZBAŞIOĞLU,** Necmi**,** 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Beta, 2023, s. 83.

36 **ARSEL,** İlhan, Anayasa Hukuku (Demokrasi), Ankara, Doğuş Matbaacılık, 1964, s. 30.

37 **ARSEL,** Anayasa Hukuku (Demokrasi), s. 41.

tespiti yapan Arsel, modern hukuk açısından cumhuriyetin, devletin tüm organlarının oluşumunda veraseti dışlayan usullerle kurulan bir rejim olabileceğini de belirtir. Ona göre cumhuriyet, "*devlet başkanının ve siyasi iktidarı istimal eden organların seçim esasına göre belli olmalarını amirdir*" ve seçim ile göreve gelmenin ötesinde belli bir süreyle göreve gelmeleri de gereklidir[38]. Bu noktada cumhuriyet seçime tabi bir hükümet ve devlet şekli olarak benimsenebilmektedir. Çünkü seçime tabi bir hükümet bir kıstas olarak *cumhuri devlet* şeklinin de göstergesidir; bütün devlet sisteminin esasında milli egemenlik esası ister istemez benimsenmektedir. Öte yandan Arsel, bir devlet şekli olmaktan çok bir "rejim" olan demokrasinin ise sadece cumhuriyetlerde değil monarşilerde de görülebileceğini tartışmaktadır[39].

Literatürdeki yaklaşımların farklılığına dikkat çeken Kaboğlu'na göre de hem monarşi hem de cumhuriyet kavramı "demokrasinin alt kavramları olma özelliğine sahip" olduğundan devlet biçiminden çok hükümet biçimini ifade etmektedir[40]. Bir siyasal rejim olarak monarşi "*yönetime ilişkin bütün yetkilerin, onları tek başına veya temsilcileri yoluyla kullanan tek kişiye verilmesi*"dir ve bu anlamıyla oligarşinin ve demokrasinin karşıtıdır. Yazara göre çağdaş demokrasilerde ise monarşi, "devlet başkanının seçimle göreve geldiği, kalıtım veya ömür boyu kaydıyla göreve gelmediği bir anayasal sistem" olan cumhuriyetin karşıtını ifade eder[41]. Teziç'e göre ise cumhuriyet teknik anlamıyla bir hükümet şekli olup "monarşinin karşıtıdır" ve bu anlamıyla, bir toplumdaki tüm ayrıcalıkların reddedilip herkesin hukuken eşit sayıldığı bir yönetimi ifade eder[42].

Anayurt da öncelikle devlet şekilleri bakımından anayasa hukukundaki genel sınıflandırmada kullanılan yöntemi tercih etmekte ve literatürdeki dar ve geniş anlamıyla cumhuriyet tanımını anmaktadır[43]. Dar anlamda cumhuriyet,

---

38 **ARSEL,** Anayasa Hukuku (Demokrasi), s. 41-42.

39 **ARSEL,** Anayasa Hukuku (Demokrasi), s. 42-23.

40 **KABOĞLU,** İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 15. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 181-182.

41 **KABOĞLU,** Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), s. 182-183.

42 **TEZİÇ,** Erdoğan**,** Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), Tıpkı 22. Baskı, İstanbul, Beta, 2022, s. 171, dipnot 28.

43 Devletler, teşkilat yapılarına göre üniter, bölgeli veya federal, egemenliğin kaynağına göre laik ya da teokratik, siyasal yapılarına göre totaliter, otoriter veya demokratik ve şekillerine göre cumhuriyet veya monarşi olabilmektedir. **ANAYURT,** Ömer, Anayasa Hukuku Genel Esaslar (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023, s. 304.

"devlet başkanının doğrudan ya da dolaylı olarak halk tarafından seçim esasına dayalı olarak göreve gelmesi", yani monarşinin olmadığı her türlü devlet şeklidir. Geniş anlamda cumhuriyeti ise "*demokrasiyi de içeren, onsuz anlamı olmayan, onunla bütünleşmiş devlet düzenlerini, bazı değerlere dayanan bir sistem*" olarak açıklamaktadır. Ancak cumhuriyetin veya monarşinin her zaman demokratik veya antidemokratik olamayacağını da ifade eden yazar, geniş anlamıyla cumhuriyet anlayışının Türkiye ve Fransa'ya özgü olduğunu belirtmektedir[44]. Bu yaklaşım sayesindedir ki cumhuriyetin Anayasalarımızda değiştirilemez hüküm olduğuna dair kural, sadece devlet başkanının belirlenmesi yönteminin korunmasını değil Anayasa ile cumhuriyetin değer ve ilkelerinin de korunmasını sağlamaktadır[45].

Tanör&Yüzbaşıoğlu da Anayurt ile benzer şekilde cumhuriyeti dar ve geniş anlamıyla ele almakta ve bir üçüncü tür olarak da "Türkiye'ye özgü cumhuriyetin" anlamını açıklamaktadır. Yazarlara göre dar anlamda cumhuriyet, bir sistemde yönetim organlarının ve özellikle devlet başkanının soya dayalı şekilde göreve gelmediği ya da seçimle göreve geldiği hükümet-yönetim şeklidir[46]. Geniş anlamda cumhuriyet ise egemenliğin tüm topluma ait olduğu devlet biçimidir ve demokrasi ile cumhuriyeti, -ikisi arasında zorunlu bir bağ olmasa da- özdeşleştiren bir anlayıştır. Türkiye'de de benimsenen geniş anlamda cumhuriyet anlayışıdır[47].

Özbudun'a göre ise devlet şeklinin belirlenmesinde kullanılan unsurlardan biri, egemenliğin kaynağıdır. Bu noktadan hareketle cumhuriyetçilik, "*egemenliğin bir kişiye veya zümreye değil, toplumun tümüne ait olduğu bir devleti*" ifade ettiğinden bir devlet şeklini işaret etmektedir. Öte yandan cumhuriyet, "*başta devlet başkanı olmak üzere, devletin başlıca temel organlarının seçim ilkesine göre kurulmuş olduğu, bunların oluşumunda vesayet ilkesinin rol oynamadığı bir hükümet sistemini*" de ifade ettiğinden aynı zamanda bir hükümet şeklidir[48]. Yazara göre bir siyasal sistemde egemenlik toplumun tümüne

---

44 **ANAYURT,** Ömer, Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku), Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2022, s. 62-63.

45 **ANAYURT,** Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku), s. 63.

46 **TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU,** 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 82.

47 **TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU,** 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 84-85

48 **ÖZBUDUN,** Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 22. Baskı, Ankara, Yetkin Basımevi, 2022, s. 71.

ait ise devletin temel organları da bu iradeyle oluşmalıdır; bu nedenle cumhuriyetin bir devlet şekli olması ile bir hükümet şekli olması olağan ve birbiriyle ilgilidir[49]. Literatürde Sağlam da egemenliğin kaynağı bakımından yaptığı devlet şekilleri ayrımında, monarşi ve meşrutiyet dışında üçüncü bir tür olarak "cumhuri devlet"i anmaktadır. Egemenliğin kaynağının ve sahibinin halk ya da ulus olduğu devlet şeklini cumhuri devlet olarak tanımlayan yazar, monarşinin karşıtlığı üzerinden yapılan tanımı doğru bulmakla beraber bu yaklaşımın diktatörlüğü veya despotluğu kapsayamayacağını da özellikle belirtmektedir. Demokrasiyi dışlayan bir cumhuriyet olamayacağını belirten Sağlam, demokrasinin sadece cumhuriyet ile olmayacağını da ayrıca belirtmekte ve bu tercihi her ulusun kendi iradesiyle ve tarihsel koşullarına göre belirleyebileceğini düşünmektedir[50]. Erdoğan da cumhuriyetin zorunlu olarak demokrasiyi barındırmasının gerekmediğini, ancak cumhuriyet denilen bir rejimin genel örgütlenme işleyiş bakımından demokratik olması gerekliliğini vurgular. Yurttaşların eşit olmasına dayalı bir cumhuriyetin, kişilere haklarla birlikte kamusal sorumluluk üstlenmesine dikkat çeken Erdoğan da geniş anlamda cumhuriyeti, tüm devlet organlarının halk oylamasıyla belirlendiği sistem olarak görmektedir. Yazara göre yurttaşlık ödevlerle değil daha çok haklarla tanımlandığında demokratik bir cumhuriyetten bahsedilebilir[51].

Son olarak literatürde, dar anlamda-geniş anlamda cumhuriyet ayrımının yanlış olduğunu düşünen bir görüşe de yer vermek gerekmektedir. Literatüre "Türk Anayasa Hukukunda Cumhuriyetçilik İlkesi" adlı eseriyle önemli katkı sunan Doğan'ın bu yorumuna göre hukuk alanında cumhuriyeti tanımlarken "dar-geniş sıfatlarının" değil Alman hukukçularca kullanılan "maddi ve şekli" anlam kriterinin kullanılması daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Çünkü

---

49 **ÖZBUDUN,** Türk Anayasa Hukuku, s. 72.

50 **SAĞLAM,** Fazıl, Anayasa Hukuku Ders Notları, Lefkoşa: Yakındoğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2013, s. 77-78. Eren de cumhuriyet ile demokrasi arasında zorunlu bir ilişki olmadığını belirtmektedir. Tüm devlet-egemenlik yetkilerinin halktan kaynaklandığı rejimi cumhuriyet olarak nitelendiren yazar, egemenliğin kaynağının farklılaşmasını değil egemenlik yetkilerini kullanan organ veya organların halk tarafından seçilmesini odağına almaktadır. Bu bağlamda cumhuriyeti monarşiden ayıran ölçüt, devlet başkanını belirleme usulüdür. Bkz. **EREN,** Abdurrahman, Anayasa Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 308-309.

51 **ERDOĞAN,** Mustafa, Anayasa Hukukuna Giriş-Genel Esaslar, Ankara, Siyasal Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, 2019, s. 243.

dar-geniş cumhuriyet tanımı, hem literatürdeki tanımlama çabalarını çelişkili ve zor hale sokmakta hem de aslında söylenmek isteneni karşılamamaktadır. Bu noktada, geniş anlamda cumhuriyet, kavramın tüm unsurlarını kapsamaktadır ve "monarşinin zıddı olması" cumhuriyetin en geniş anlamıdır. En dar anlamıyla ise cumhuriyet "*egemenliğin millette olduğu, siyasi ve hukuki sorumluluğa sahip devlet başkanının ve devlet organlarının doğrudan ya da dolaylı olarak serbest seçimler ve belirli sürelerle işbaşına gelip halkın ve temsilcilerinin denetimi altında olduğu yasaya dayalı devlet şeklidir*[52]." Bu cumhuriyetin maddi anlamını oluşturmaktadır. *Şekli anlamda* cumhuriyet ise yazara göre klasik kullanımdaki dar anlamda cumhuriyet, yani "*devlet başkanının verasete dayanmayan işbaşına geldiği*" devlet şeklidir[53].

Doğan'ın yaklaşımından hareketle iktidarın soya dayalı biçimde elde edilmesi biçimi, gerçekten de sadece şekli vurgulamakta ve cumhuriyetin içeriğine dayalı tanımları dışarda bırakmaktadır. Ancak yine de cumhuriyetin ne olduğu konusundaki tartışma bir sona ermemektedir. Bu noktada hukuk literatürü dışından bir görüşün cumhuriyet konusundaki tespitleri tanımlamayı belli bir süreçle ilişkilendirmekle önemli hukuki bir yöne de işaret etmekte, tanım konusunda bir açıklık yaratmaktadır. Kılıçbay'ın görüşüne göre "kamusal şey" anlamındaki Res Publica'nın "kamu"su, halkı değil "süreci" ifade ettiğinden ve kamu denilen şey ancak bir toplumun belirip örgütlenmesi süreciyle ortaya çıkacağından cumhuriyet de belli bir dönemde ortaya çıkan siyasal toplumla mümkündür. "Siyasal toplum varsa cumhuriyet vardır[54]." Cumhuriyeti iktidarı elinde tutanların bunu nasıl elde ettiğiyle açıklamanın anlamsızlığına dikkat çeken Kılıçbay, "herşeyin her gün yeni baştan" üretilmesini gerekli kılan toplumsal örgütlenmenin siyaset yapabilme kapasitesiyle cumhuriyeti anlamlandırmakta ve bunun için eşit katılımı sağlayabilen siyasi partilerin varlığını koşut olarak görmektedir[55].

Anayasa hukuku literatürümüz cumhuriyeti genelde ikili bir ayrım üzerinden tanımlamakta ve tartışmaktayken Kılıçbay'ın toplumsal örgütlenmenin

---

52 **DOĞAN,** Türk Anayasa Hukukunda Cumhuriyetçilik İlkesi, s. 31.

53 **DOĞAN,** Türk Anayasa Hukukunda Cumhuriyetçilik İlkesi, s. 31-32.

54 **KILIÇBAY,** Mehmet Ali, Cumhuriyet ya da Birey Olmak, İmge Kitabevi Yayınları, Nisan 1994, s. 16.

55 **KILIÇBAY,** Cumhuriyet ya da Birey Olmak, s. 16-18.

yeniden üretimine dair yaklaşımının, nadir de olsa hukukçularca da benimsendiğini görmekteyiz. Ana akım dışında konuyu iktidarın nasıl elde edildiği usulüyle değil üretim ilişkilerinin değişmesinin egemenlik kavramının da dönüşümüne yol açmasıyla açıklayan bu yaklaşım literatürdeki tartışmaların üzerinde bir bakış açısı sunmaktadır. Buna göre monarşi ve cumhuriyet kavramları arasındaki ilişki, bir zıtlıktan ziyade kendi içinde farklılıkları barındırmaktadır ve ancak her iki terim de tarihin belli bir döneminde ortaya çıkan üretim ilişkileri üzerinden açıklanabilir[56]. Bu yönüyle cumhuriyeti sadece devlet başkanının göreve gelme biçimiyle -*statik* olarak- açıklamak eksiktir. Statik tanıma göre "*eşit hakları haiz olduğu kurgulanan bir yurttaşlar topluluğundan iktidarını alan cumhuriyet, kendisine yönelen talepleri, biçim belirlenimli olarak, içinde temsili aygıtların kararlarının yer aldığı siyasal iktidara dönüştüren ya da reddeden bir ilişkiler alanına ait biçimin (kapitalist iktidar yapılanmasının) en genel ifadesi*"dir[57]. Bu soyut tanımlamanın somut durumlar açısından açıklayıcı olmadığı düşünülerek cumhuriyetin eyleme dayalı -*dinamik*- tanımı yapılmaktadır: "*Dinamik haliyle cumhuriyet, gücünü aldığı insanlara (vatandaşlara) -kapitalist formasyonlara içkin onca çelişkiye rağmen- toplumsal hayatın, olduğu haliyle neden istenilir ve gerekli olduğunu anlatan bir projedir, tasarımdır.*" Bu haliyle cumhuriyet, "*temsili meclislerce üretilen normların vatandaşların kendi kolektif varlıklarını koruyup geliştirecek şekilde yapıldığı inancını genelleştiren temel mekanizmalardan birisi olarak, devletin toplumsal bütünlüğün yeniden üretilmesi işlevini belirler*[58]." Her gün yeniden belirlenecek bu toplumsallık, "yurttaşları bir arada tutan ilkeleri, yurttaşların öz niteliklerini, toplumsal grupların devlet aygıtı içerisindeki temsilini, bu temsilin biçimini, temsil edilenin ne olduğunu ve kendisini nasıl, hangi haklarla örgütleyip ifade edebileceğini, nelerin hak olduğu nelerin olmadığı gibi" unsurlara dayalıdır. Bu unsurlar yurttaşlığın kapsamını belirlemekte, yurttaşların ortak bir gelecek tahayyülünü paylaşmasıdır[59].

---

56 **ÖZDEMİR,** Ali Murat, **SAYGILI,** Abdurrahman, **ZABUNOĞLU,** Hamdi Gökçe, **DEMİRLİ,** Aynur, **AYKUT,** Ebubekir, **TÜRKOĞLU KARACAOVA**, Ezgi Nur, **UĞURLU**, Göksu, **ŞAHİN**, Ozan Giray, Genel Kamu Hukuku, Kuramsal Yaklaşım, Ankara, İmge Kitabevi, Ekim 2019, s. 49-54.

57 **ÖZDEMİR, VD.,** Genel Kamu Hukuku, Kuramsal Yaklaşım, s. 55.

58 **ÖZDEMİR, VD.,** Genel Kamu Hukuku, Kuramsal Yaklaşım, s. 56.

59 **ÖZDEMİR, VD.,** Genel Kamu Hukuku, Kuramsal Yaklaşım, s. 56-59.

Cumhuriyet kavramı durağan biçimle açıklanmaya çalışıldığı sürece veya onun dinamik anlamı göz ardı edildiği sürece tanımlama çabaları çelişkili hali ile devam edecektir. Bu birbirini karşılamayan tanımlar sadece belli bir andaki durumu bir ölçüde tanımlamaya yetecek düzeyde kalacaktır. Oysa literatürümüzde tanımlarda böyle bir yaklaşım benimsenmekteyken aslında geniş veya maddi ve Türkiye'ye özgü cumhuriyet anlayışını benimseyerek açıklama yapmaya çalışanlar bakımından dinamik yorum kendisini hissettirmektedir ama bu tavır açık ve bilinçli değildir.

Öyleyse "hâkim birer cumhuriyet projesi olan anayasa"[60] metinlerine bakmak ve cumhuriyeti, normatif kaynağı ile tartışmak gereklidir.

B. Altı Ok'tan Günümüze Anayasa Hukukumuzda Türkiye'ye Özgü Cumhuriyetin Anlamı

Tüketici olamamakla birlikte literatürde görüldüğü kadarıyla bir kısım yazar, "Türkiye'ye özgü bir cumhuriyet anlayışı" olduğunu düşünmektedir. Dar ve geniş anlamın hukuki niteliğini aşan Türkiye'ye özgü cumhuriyet anlayışında, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kuruluş sürecindeki siyasal hareketin ve bunun dayanaklarının bir yansımasını görmek ve cumhuriyeti bu yönüyle anlamlandırmak mümkündür. Buna göre Türkiye Devleti emperyalizme karşı yerelden merkeze direnişlerin siyasal ve hukuki biçimde örgütlenerek verdiği bağımsızlık savaşı ile kurulmuştur; bu savaş aynı zamanda içerde de cereyan etmiş ve uzun ve köklü bir geçmişe dayalı monarşi de yıkılarak demokratik milli egemenlik ilkesi hâkim kılınmıştır. Bu durum cumhuriyetin dar ve geniş anlamlarını içeriyorsa da Türkiye'ye özgü cumhuriyet, bu kavramların ve olguların ötesinde "Türk Devrimi" ile açıklanmaktadır[61]. Bu konuda Eroğul, aslında soyut olarak cumhuriyetin sadece bir devlet şekli olduğunu, ancak Türkiye'de cumhuriyetin soyut ve tarafsız olmayıp bir devrim süreci ile doğduğunu hatırlatmaktadır. Türkiye'de teokratik bir monarşinin yıkılmasıyla ortaya çıkan

---

60 **ÖZDEMİR, VD.,** Genel Kamu Hukuku, Kuramsal Yaklaşım, s. 61-62.

61 **BALTA,** Tahsin Bekir, Önsöz **GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref, **SEZGİN,** Zekai, 1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri, AÜSBF İdari İlimler Enstitüsü Yayınları, Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, 1957, içinde s. xıı; **TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU,** 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 76.

cumhuriyet, ulus egemenliğine dayalı ve antiemperyalist savaşı kazandıktan sonra ortaya çıkan bir kurumdur[62]. Nitekim Çeçen bu olguyu, cumhuriyetçilik ilkesinin "Altı Ok"tan birisi olması, devleti ve cumhuriyeti kuran siyasal örgütün adı olması ve o örgütün -sonradan Cumhuriyet Halk Partisi adını alacak Halk Fırkası'nın- bayrağında yer alması ile ilişkilendirerek açıklamaktadır[63].

Cumhuriyetin Türkiye'ye özgü anlamının, Türkiye'de cumhuriyetin kuruluş anı bakımından da açıklayabilmek kanımızca mümkündür. Her ne kadar az sayıdaki görüşe göre 1920'de TBMM'nin toplanması, 1876'da ve 1908'de olduğu gibi o günkü tutum ve davranışa göre özel bir halk idaresi rejimine yönelen bir "*üçüncü meşrutiyet parlamentosu*" olarak görülse[64] de ağırlıklı olarak cumhuriyetin fiilen 23 Nisan 1920'de kurulduğu ve 1921'de Anayasa'ya girdiği kabul edilmektedir.[65] Hedeflenen amaç 1920'de açıkça ifade edilmemişti[66] ve İlhan'ın da vurguladığı gibi "*Kuvayı milliyeyi'nin amil, irade-i milliye'nin hâkim kılınacağı*" ilan edilmişse de düşman işgalinden kurtulduktan sonra tüm toplumsal ve siyasal sistemin eskisi gibi devam edeceği inancı yaygındı ve ulusal-demokratik bir egemenliğin inşa edileceği fikri ve amacı, genele yayılmış bir fikir ve amaç değildi[67]. Fakat bu olgular Türkiye'de 1918-1919'dan itibaren fiilen Cumhuriyet rejimi içerisine girildiğinin ve 1920'de Meclis toplandığında "egemenlik kayıtsız şartsız milletindir" dendiğinde aslında demokrasinin ve cumhuriyetin ilan edildiğinin göstergesidir[68]. Meclisin açılması egemenliğin kaynağı ve kullanılışının değiştiği ve dönüştü-

---

[62] Cem Eroğul ile röportaj, 2. Cumhuriyet Tartışmaları, Röportaj: Metin Sever, Cem Dizdar, 2. Baskı, Ankara, Başak Yayınları, 1993, içinde s. 197-198.

[63] **ÇEÇEN,** Anıl, 100 Soruda Kemalist Devrim, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, Kilit Yayınları, 2009, s. 130.

[64] Goloğlu'na göre Ocak 1921'de Anayasa'nın kabul edilmesiyle üçüncü meşrutiyet son bulur; **GOLOĞLU,** Mahmut, Milli Mücadele Tarihi-III, Üçüncü Meşrutiyet (1920), İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2006, s. 159-166.

[65] **YÜZBAŞIOĞLU,** Necmi, "Cumhuriyetin 75 Yılının Devletin Ana kuruluşu Yönünden Değerlendirilmesi", Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1999, s. 252; **TANÖR,** Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980**)**, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2011, s. 284.

[66] **GOLOĞLU,** Milli Mücadele Tarihi-III, Üçüncü Meşrutiyet (1920), s. 166.

[67] **İLHAN,** Attilâ, "Kemalizm: Müdafaa-i Hukuk Doktrini", Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce, Cilt 2, Kemalizm, Ed. Ahmet İnsel, İstanbul, İletişim Yayınları, 6. Baskı, 2009, s. 518.

[68] Bülent Tanör ile röportaj, 2. Cumhuriyet Tartışmaları içinde s. 181; aynı yönde **ÖZBUDUN,** Türk Anayasa Hukuku, s. 28.

günün açıkça ifade edildiğini gösterir[69]. 1920'den 1924 Anayasası'nın kabul edildiği tarihe kadar önce cumhuriyetçi ruha sahip 1921 Anayasası ile devletin kuruluş esasları belirlenmiştir[70]. Daha sonra hilafeti bünyesinde bulunduran saltanat makamı 307 ve 308 sayılı Meclis Kararlarıyla ortadan kaldırılmış, rejimin cumhuriyet olacağı konusunda kuşku kalmasa da siyasal nedenlerle açıkça ilanı ertelenmiştir[71]. 29 Ekim 1923'te de cumhuriyet Anayasa'nın "*tavzihan tadili*" yani malumun ilanı olarak ilan edilmiştir. Bu süreçte fiili olarak egemenliği elde eden halk onu hukuken de örgütlenerek elde etmiş, kurtuluş ve kuruluşu gerçekleştirmiştir; saltanat ve hilafet makamları bu süreçte halkın ortaya koyduğu iradenin karşısında yer almıştır. Bu tarihsel durum nedeniyledir ki Türkiye'de cumhuriyetin kendine özgü bir anlamı bulunmakta ve demokrasi ile birlikte yürümektedir. Hilafetin de kaldırılmasından kısa bir süre sonra kabul edilen 1924 Anayasası ile de *cumhuri devlet şekli* benimsenmiştir[72]. Bu süreçler sebebiyledir ki cumhuriyetçilik sadece devlet başkanının seçimle gelmiş olmasıyla sınırlı şekilde açıklanmamakta ve Türk Devrimi'nden doğan, demokrasiyle bütünleşik, demokratik değerleri içeren bir devlet sistemi olarak algılanmaktadır[73].

Bu anlayışı 1924 itibariyle tüm anayasalarımızda görmek mümkündür. Ancak daha öncesinde, 1924 Anayasası'nı kabul eden İkinci Meclisin seçimi sürecine girilmeden Mecliste bir grup kuran Mustafa Kemal Atatürk, bir program niteliğindeki "Dokuz Umde"yi yayımlamıştır. Nisan 1923'te ilan edilen bu Program'da -ki Halk Fırkasının ilk parti programı olarak görülmektedir[74] milli egemenlik ilkesine ilk iki maddede yer verilmiş ve ayrıca ikinci maddede de "1 Kasım 1922 tarihinde Türkiye Büyük Meclisi'nin oy birliğiyle verdiği karar değişmez bir ilkedir." denilerek saltanatın kaldırılması hakkındaki dar-

---

69 **KOÇAK,** Mustafa, Batı' da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi, Devlet ve Egemenlik, Eski Kavramlar-Yeni Anlamlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 190.

70 **AKIN,** Rıdvan**,** Türkiye'nin Siyasal Gelişmeleri (1876-1923), İstanbul, Nora Kitap, 2022, s. 284.

71 **ÖZBUDUN,** Türk Anayasa Hukuku, s. 28.

72 **ARSEL,** İlhan, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları I, Birinci Kitap Cumhuriyetin Temel Kuruluşu, Ankara, Mars Matbaası, 1965, s. 105.

73 **BALTA,** Tahsin Bekir, Önsöz, **GÖZÜBÜYÜK, SEZGİN,** 1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri, s. xıı.

74 **UYAR,** Hakkı, Cumhuriyet Halk Fırkası (1923-1938), Atatürk Ansiklopedisi, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı, https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/cumhuriyet-halk-firkasi-1923-1938/

şekli anlamdaki cumhuriyet de değiştirilemez bir hüküm olarak ilan edilmişti[75]. 1924 Anayasası'nı yapan İkinci Meclis de bu yaklaşımı Anayasa'ya taşımıştır.

1924 Anayasası, siyasi rejim değişikliğine gitmeden kuruluş esaslarını aynı şekilde benimseyip cumhuriyetin temel esaslarını belirlemişti[76]. 1924 Anayasası'nın Meclis görüşmelerinde cumhuriyeti düzenleyen maddeyle ilgili devletin cumhuriyet ile izah edilemeyeceği, cumhuriyetin bir devlet şekli olarak değil hükümet şekli olarak ifade edilmesi gerektiği ileri sürülmüşse[77] de Kanuni Esasi Encümeni Mazbata Muharriri Celal Nuri Bey sadece yürütme görevini yerine getiren hükümetin değil devletin bir bütün olarak kamuya ait olan devletin de cumhuriyet olduğunu belirtmiştir[78]. Anayasa'da devlet biçiminin cumhuriyet olduğu yönündeki birinci maddesinin değiştirilmesinin teklif edilemeyeceği de 102. madde ile düzenlenmiştir. Bu hüküm nedeniyledir

---

[75] "Umde 1- Egemenlik kayıtsız koşulsuz ulusundur. İdare yöntemi halkın doğrudan doğruya kendi kaderini belirlemesi esasına dayanır. Ulusun gerçek temsilcisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'dir. Türkiye Büyük Millet Meclisi dışında hiçbir kişi, hiçbir makam, hiçbir güç milletin yazgısına egemen olamaz. Tüm yasalaştırma çalışmalarında, her çeşit örgütlenmede, genel eğitimde ve iktisadi konularda milli egemenlik ilkesi doğrultusunda hareket edilecektir. İcra Vekillerinin (Bakanlar kurulunun) görev ve sorumluluklarını belirleyen yasa, vilayetlerin yerel işler konusunda "manevi şahsiyetlerini ve muhtariyetlerini" kullanabilmelerini öngören Şûralar yasası, vilayetlerin iktisadî ve toplumsal ilişkileri itibariyle birleştirilerek Genel Müfettişlikler Oluşturma Yasası, Nahiye Yasası hızla çıkarılacak ve uygulanacaktır.

Umde 2- Egemenlik ve hükmetme yetkisi Türkiye halkının gerçek temsilcisi olan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin manevi şahsında toplanmış olduğu için, Türkiye Büyük Millet Meclisinin 1 Kasım 1922'de verdiği Saltanatın Kaldırılması'na ilişkin karar değiştirilmez ilkedir. Dayanağı Türkiye Büyük Millet Meclisi olan Hilafet, İslâm dünyası için ulu bir makamdır." İhsan Güneş, "Dokuz Umde", **Atatürk Ansiklopedisi**, https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/dokuz-umde/

[76] **BALTA**, Önsöz, **GÖZÜBÜYÜK, SEZGİN,** 1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri, s. xııı.

[77] Görüşmelerde Hakkı Tarık Bey'in (Giresun) itirazlarıdır: "…birinci madde, Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir, şeklinde yazılmış. Bu ibare çok kısadır, yoğundur, devlet cumhuriyetle izah edilemez… arazi, millet ve kuvvei siyasiye mefhumlarına istinat ermek lazımdır: Türkiye Devletinin hükümet şekli cumhuriyettir demek lazımdır. Cumhuriyet, ancak hükümetle izah edilebilir.", 1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri, s. 96.

[78] "…devletin tarifi hukukisi şudur: Devlet, milletin ifadei hukukiyesidir. Bütün ulemaca son kabul olunan devlet mefhumunun tarifi resmisi budur. Hükümetin tarifi şudur: Hükümet, devletin vezaifi icraiyesini gören heyettir. Binaenaleyh, devlet âmdır (herkese ait, umumi, genel), hükümet hastır. Cumhuriyet olan, yalnız hükümet değildir. Hepsi cumhuriyettir. Binaenaleyh, âmme izafe ediyoruz. Devlet cumhuriyettir. Bittabi hükümeti de cumhuridir. Fakat umum ve şamil olan kelimeyi devlette istimal etmek lazımgelir. Cumhuriyet olan yalnız hükümet değildir. Bütün millet ve onun ifadei hukukiyesi olan devlet de cumhuriyettir…", **GÖZÜBÜYÜK, SEZGİN,** 1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri, s. 96.

ki Koçak'a göre TBMM'nin egemenliği kullanma yetkisi hukuken sınırlandırılmıştır[79].

1924 Anayasası sonrasında cumhuriyet bir ilke olarak Cumhuriyet Halk Fırkası'nın 1927'deki Kurultayında kabul edilen Programda Fırka'nın niteliği olarak birinci maddede ayrıca belirtilmiştir[80]. Ardından 1931 ve 1935 Programlarında da cumhuriyet, "ulusal egemenlik ülküsünün en iyi ve en güvenli şekilde temsil ve tatbik eden devlet biçimi olarak" nitelendirilmiştir[81]. Mayıs 1931'deki Üçüncü Büyük Kongrede kabul edilen Programın, Fırkanın "ana vasıfları"ndan olan cumhuriyetin, "milli hakimiyet mefkuresinin en iyi ve en emin surette temsil ve tatbik eder devlet şekli olduğu" ve Fırka'nın "cumhuriyeti tehlikeye karşı her vasıta ile müdafaa"[82] edeceği belirtilmiştir. 1935'teki 4. Büyük Kongrede onaylanan Programının 3. maddesinde "Devletin esas kuramı", "*Türkiye ulusçu, halkçı, devletçi, lâyık ve devrimci bir cumhuriyettir.*" şeklinde belirlenip, *"Kemalizm" olarak tanımlanan ilkeler[83] arasında cumhuriyetçilik de sayılmıştır[84]. 5 Şubat 1937 tarihinde 1924 Anayasası'nda yapılan değişiklik ile Altı Ok Anayasa'ya girmiştir[85].* 1939 ve 1943 Programlarında ise cumhuriyetin, monarşik ve teokratik devlet biçiminin karşıtı olarak kullanıldığı ve 1947 Programında ise demokrasi ile birlikte anıldığı görülmektedir[86]. Tüm bu süreçler gerçekten de cumhuriyetin, Türk Devriminin gelişim süreciyle ilişkili bir anlamı olduğunu göstermektedir.

---

[79] **KOÇAK,** Batı' da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi, Devlet ve Egemenlik, Eski Kavramlar-Yeni Anlamlar, s. 210-211.

[80] 1927 Tarihli Cumhuriyet Halk Fırkası Nizamnamesi, https://acikerisim.tbmm.gov.tr/server/api/ core/ bitstreams/ 52fa6430-bb23-4b92-b6b5-c3f67e957ff4/content

[81] **PARLA,** Taha, Türkiye'de Siyasi Kültürün Resmi Kaynakları, Cilt 3, Kemalist Tek-Parti İdeolojisi ve CHP'nin Altı Ok'u, İstanbul, İletişim Yayınları, 1992, s. 40.

[82] Cumhuriyet Halk Fırkası Programı, Mayıs 1931, İstanbul Devlet Matbaası, 1931, s. 9, https://acikerisim.tbmm.gov.tr/items/7e8dd772-765d-4c47-9f39-1ad15d65f1a7

[83] Uyar, "Cumhuriyet Halk Fırkası (1923-1938)", https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/ cumhuriyet-halk-firkasi-1923-1938/

[84] CHP Programı, Ankara: Ulus Basımevi, Mayıs 1935, https://acikerisim.tbmm.gov.tr/server/api/core/bitstreams/43058644-c352-432b-af8f-564476440f37/content

[85] "*Madde 1: Teşkilâtı Esasiye Kanununun ikinci maddesi aşağıda yazılı şekilde değiştirilmiştir: 'Türkiye Devleti, cumhuriyetçi, milliyetçi, halkçı, devletçi, laik ve inkılapçıdır. Resmi Dili Türkçedir. Makarrı Ankara şehridir.'*", 3115 Sayılı ve 5.2.1937 Tarihli Teşkilâtı Esasiye Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun, RG. 13.02.1937/3533.

[86] **PARLA,** Türkiye'de Siyasi Kültürün Resmi Kaynakları, s. 40.

1961 Anayasası'na gelindiğinde ise cumhuriyet, Anayasa'nın ikinci maddesinde nitelikleri belirtilen bir devlet şekli olarak düzenlenecektir. 1961 Anayasası'nın 9. Maddesi ise devlet şeklinin cumhuriyet olduğu hükmünün değiştirilemeyeceğini düzenlemişti. Anayasa Mahkemesi, bu dönemde verdiği kararlarında 9. madde ile korunanın sadece ilk maddedeki cumhuriyet düzenlemesi olmadığını, içeriği Başlangıç'taki temel ilkelerle, insan haklarıyla, 2. maddedeki demokratik, laik, sosyal hukuk devleti olma nitelikleriyle ve bunların içeriğini dolduran diğer Anayasa hükümleriyle "bir devlet sistemi olan cumhuriyetin" güvence altına alındığını tespit etmiştir[87]. Anayasa Mahkemesi bu içtihadını sürdürerek Türkiye'ye özgü cumhuriyeti, sadece adının benzediği diğer cumhuriyetlerden ayıran özellikleri üzerinden açıklamaktadır[88].

Bu nedenlerle Türkiye'de cumhuriyetin, soyut değil somut ve özel bir anlamı olduğu kabul edilmektedir[89]. Cumhuriyet, ilk olarak saltanatı reddeden bir hükümet şeklini, bu anlama ek olarak 1924 Anayasası ile ayrıca demokratik bir devlet şeklini, 1961 Anayasası ile "demokratik devletin gerçekleşme aracı ve güvencesi olan hukuk devletini de kapsar" bir anlama sahip olmuştur[90]. Bu anlamın, 1982 Anayasası'nın düzenlemesinde normatif olarak karşılığını bulduğunu söylemek mümkündür. Çünkü 1982 Anayasası'nda değiştiri-

---

87 AYM, E.1973/19, K.1975/87, 15/04/1975: "*…maddede yer alan değişmezlik ilkesinin sadece 'Cumhuriyet' sözcüğünü amaç aldığı, yani Anayasadaki 'Cumhuriyet' sözcüğünün değişmezliğini öngörerek, Cumhuriyeti oluşturan onun dışındaki ilke ve kuralların değiştirilebileceğini düşünmek, bu ilke ile bağdaştırılamaz. Çünkü 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin asıl amacı, Anayasa'nın 1. maddesiyle 2. ve 2. maddenin gönderme yaptığı Başlangıç bölümünde yer alan temel ilke ve kurallarla niteliği belirtilerek 'Cumhuriyet' sözcüğüyle adlandırılan Devlet sistemidir. Başka bir deyimle, burada değişmezlik ilkesine bağlanmak yoluyla güvence altına alınan 'Cumhuriyet' sözcüğü değil, yukarıda gösterilen 2. madde ile Başlangıç bölümünde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, yalnız 'Cumhuriyet' sözcüğünü saklı tutup, Cumhuriyeti oluşturan bütün bu nitelikleri, hangi doğrultuda olursa olsun, tümünü veya bir bölümünü değiştirmek veya kaldırmak yoluyla, 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması olanağı bulunmayan bir başka rejimi meydana getirecek nitelikteki Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin, Anayasa'ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır…*"

88 **TEZİÇ,** Anayasa Hukuku, s. 172. Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki kararları ve bu kararların üzerine yorum, eleştiriler için bkz. **YAYLA,** Yıldızhan, "Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü", Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul: İÜHF Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayını, 1979, s. 973-1040; ayrıca bkz. **GÖZLER,** "Hukuk Açısından Monarşi ve Cumhuriyet Kavramlarının Tanımı Sorunu", s. 59-60.

89 **EROĞUL,** İkinci Cumhuriyet Tartışmaları içinde, s. 198.

90 **YAYLA,** "Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü", s. 1013.

lememe güvencesi sağlanan ilk üç maddenin içerisinde devlet şeklinin cumhuriyet olması kuralının yanında cumhuriyetin nitelikleri de yer almaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi de 1982 Anayasası döneminde verdiği kararlarında önceki içtihadını devam ettirmiştir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi cumhuriyetin niteliklerine, anayasaya uygunluk denetiminde kullanılan ölçü normlar arasında Başlangıç hükümlerinden sonra ikinci sırada yer vermektedir[91]. Bu bağlamda cumhuriyetin niteliklerinin -devletin temel kuruluşunu belirleyen ilkeler bağlamında- diğer anayasa hükümlerinden nisbi bir üstünlüğe sahip olduğu kabul edilmektedir[92].

II. SIRALI-NUMARALI CUMHURİYETLER YAKLAŞIMI

Anayasalar "bir felsefe, bir kurumlar sistemi ve bir pratik" olmak üzere "trilogya" üzerine kuruludur[93]. Bu nedenle bir anayasa ile kurulan normatif sistemin kurumsal pratiği önemli hale gelmektedir. Bu pratiklere bağlı olarak cumhuriyet kavramı da değişmektedir. Siyaset bilimi ve anayasa hukuku alanında, sıralı (numaralı) cumhuriyetler nitelendirmesinin de kaynağında bu etkinin yattığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Türkiye'de sıralı cumhuriyetler nitelendirmesi, bazı önemli siyasal gelişmelerin yaşandığı dönemlerin öncesini veya sonrasını belirtmek için siyaset alanında ve yazınında, bilimsel eserlerde veya medyada belli bir siyasi görüşü ifade etmek amacıyla da kullanılmaktadır. Ancak dikkat çekmek gerekir ki bu numaralandırmalar kendi içerisinde kronolojik veya ideolojik tutarlı bir yaklaşım sergilememektedir. Örneğin kimi yazarlar 1961 Anayasası dönemine 2. Cumhuriyet dönemi derken kimi 1971 veya 1982 Anayasası dönemine 2. Cumhuriyet nitelemesini kullanmaktadır; kimi de 1982 Anayasası'nda 2017'de yapılan Anayasa değişikliği sonrası için 3. Cumhuriyet nitelendirmesini kullanmaktadır[94]. Bu çoğaltılabilir çelişkili durum, cumhuriyeti tanımlama

---

91 **YÜZBAŞIOĞLU,** Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Basım Evi, 1993, s. 131-133.

92 **YÜZBAŞIOĞLU,** Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, s. 110-113.

93 **ÇAĞLAR,** Bakır, Anayasa Bilimi, İstanbul, BFS Yayınları, 1989, s. 65.

94 Örneğin, Ali Sirmen, "Üçüncü Cumhuriyete Doğru", Cumhuriyet Gazetesi İnternet Sitesi, 15 Nisan 2017, https://www.cumhuriyet.com.tr/yazarlar/ali-sirmen/3-cumhuriyete-dogru-721075; Mahmut Hamsici, "2. Cumhuriyet'in Anayasasının Oylandığı 1961 Referandumu", BBC Türkçe İnternet Sitesi, 3 Nisan 2017, https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-39439341

çabasının bir sonucu olduğu kadar demokrasi ve cumhuriyet kavramlarının birlikte-iç içe ele alınması ve en sonunda ideolojik çatışmaların da bir yansımasıdır[95].

Anayasa Hukuku literatürümüze baktığımızda sıralı-numaralı cumhuriyetler nitelendirmesinin kullanıldığını görmekteyiz. Örneğin İlhan Arsel, "*Anayasa tarihimizde 'Birinci Cumhuriyet' adı ile anılacak olan devir, Cumhuri Devlet şeklinin kabul olunduğu 29 Ekim 1923 tarihinden başlar ve 27 Mayıs 1960 tarihine kadar devam eder.*" derken 1924 Anayasası'nı da "Birinci Cumhuriyet Anayasası" olarak kabul etmektedir[96]. 27 Mayıs 1960'tan Anayasa'nın kabul edilip TBMM ve diğer devlet organlarının fiilen faaliyete başladığı Ekim 1961 arasındaki süreci "Milli Birlik Hükümeti devresi" olarak tanımlamakta ve bu ara rejimi de "İkinci Cumhuriyete Geçiş süreci" olarak nitelendirmektedir[97]. Doğal olarak 1961 Anayasası da "İkinci Cumhuriyetin Anayasası" olmaktadır[98]. İdare hukukçularımızdan Lütfü Duran da aynı nitelendirmeyi kullanmakta, 1982 Anayasası dönemini de 3. Cumhuriyet dönemi olarak adlandırmaktadır. Yazar, siyasi iktidar yanında bir de "devlet iktidarı" yaratan 1982 Anayasası'nın ilk yıllarında "kişisel iktidar" ve onun "yalın gücüne" dikkat çekerek keyfi yönetim tehlikesi bakımından 1982 Anayasası'nı değerlendirmektedir[99].

Anayasa hukukumuzda sıralı cumhuriyetler yaklaşımını Bakır Çağlar da kullanmaktadır. Çağlar, 1924 Anayasası dönemini "*1. Cumhuriyet*",[100] 1961 Anayasası dönemini "*2. Cumhuriyet*" ve 1982 Anayasası dönemini de "*3.Cumhuriyet*"

---

95 Özellikle "2. Cumhuriyetçi" tanımlamasının neyi temsil ettiği, etmeye çalıştığı, hangi dönemde ortaya çıktığı, neo-osmanlıcılık projesi temelinde tespitler, çeşitli politik figürler, gazeteciler ve bilim adamları ile yapılan görüşmeler, yorum ve görüşler hakkında bkz. 2. Cumhuriyet Tartışmaları, Röportaj: Metin Sever, Cem Dizdar, 2. Baskı, Ankara: Başak Yayınları, 1993, tüm eser. Cumhuriyet kavramı üzerine benzer bir yöntemle ortaya çıkan daha güncel bir eser için bkz. **FIRAT,** Ali Haydar, Türkiye'nin Cumhuriyeti (Bir Cumhuriyet Sorgulaması), İstanbul, Tekin Yayınevi, 2012, tüm eser.

96 **ARSEL,** Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, s. 85.

97 **ARSEL,** Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, s. 112.

98 **ARSEL,** Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, s. 137, 142 vd.

99 **DURAN,** Lütfi**,** "III. Cumhuriyetin 'Yürütme'si: Kuvvetli İcra mı, Kişisel İktidar mı?", Bahri Savcı'ya Armağan, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1988, s. 233-234. 232-243.

100 **ÇAĞLAR,** Bakır**,** Bir Anayasacının Seyir Defteri, İstanbul, Su Yayınları, Mayıs 2000, s. 35.

şeklinde nitelendirmektedir[101]. Çağlar'ın bu ayrımı neden yaptığını açık biçimde ifade eden bir gerekçe bulamasak da sanırız "*II. Cumhuriyet Hayaleti etkisinde kurulan*" 1982 Anayasası ile ilgili, "*devlet fikrinin yeniden inşası projesi üzerine kurulu anayasa*" ve "*sivil toplum güçlerinin sistem krizini çözmede yetersiz kalmaları halinde, Devlet cihazını yedek güç olarak düzenlemiş*" anayasa şeklindeki tespit ve yorumları yeteri kadar açıklayıcıdır[102]. Yazarın bu yorumundan hareketle denilebilir ki yeni bir anayasa ile devlet fikrinin yeniden inşası, yeni bir cumhuriyet anlayışını karşılamaktadır. 1982 Anayasası, "*devlet başkanının kişiliğinde Devlet cihazlarına dayanan bir 'devlet iktidarı' ve Parlamento aracılığı ile bir 'partiler iktidarı*'" düzenlemektedir[103].

Literatürdeki diğer yaklaşımlardan farklı bir bakış açısıyla günümüz yazarlarından Demirkent de benzer bir sonuca ulaşmakta ve Türkiye'de cumhuriyetin "*iki farklı ve birbirine karşıt*" kuruluşu olduğunu savunmaktadır. Bu yaklaşıma göre "birinci kuruluş", yerel kongre iktidarları döneminde başlayan siyasal sürecin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır ve cumhuriyetin açıkça ilan edilmemiş olsa da 1921 Anayasası'na yansıdığı biçimdir. "İkinci kuruluş" ise cumhuriyetin 1923'te ilan edilmesi ve nihayet 1924 Anayasası'nda açıkça ifade edilen biçimdir. Sadece birbirinden farklı olmayıp aynı zamanda birbirine karşıt olduğu düşünülen bu "iki cumhuriyetin" karşıtlığının temelini yazar, 1921 ve 1924 Anayasalarının egemenliğin kullanılmasındaki -diğer deyişle siyasal birliğin tipindeki- farklılığa dayandırmaktadır. Bu yönüyle 1921 Anayasası'nın "*hâkimiyet kayıtsız şartsız milletindir*" hükmünün ardından gelen "*idare usulü halkın kendi kaderini bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına dayanır*" cümlesinin halk egemenliğini kurgulaması, ancak 1924 Anayasası ile bu ikinci cümleden vazgeçilerek ulus egemenliği ve saf siyasi temsil ilişkisinin kurulmuş olması, "iki cumhuriyet"in karşıtlığını oluşturmaktadır[104].

---

101 **ÇAĞLAR,** Bir Anayasacının Seyir Defteri, s. 35.

102 **ÇAĞLAR,** Bakır, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında 'Demokrasi'", Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı 7, 1990, s. 62-63, 77, 78, 80, 82, 104, 106, 109-110.

103 **ÇAĞLAR,** Anayasa Bilimi, s. 65.

104 **DEMİRKENT,** Dinçer**,** Bir Devlet İki Cumhuriyet, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2017, s. 12-17, 23-25 ve ayrıntılı tartışma için tüm eser.

Demirkent de cumhuriyetleri sıralamaktadır; fakat yazarın diğer görüşlerden bu konudaki farkı, 1921 Anayasası ve 1924 Anayasası ile iki farklı cumhuriyetin-kuruluşun olmasındadır.

Tanör ise bu konuda farklı düşünmekte ve sıralı cumhuriyet yaklaşımını eleştiren bir yorum yapmaktadır. 1961 Anayasası döneminde Anayasa'ya karşı yükselen eleştiriler üzerinden Tanör, "12 Mart Rejimi"nin "3. Cumhuriyetin doğuşu" olduğunu ileri sürenleri ciddi şekilde eleştirir. 12 Mart 1971 sonrası "kalkınma hedefi" ile "örgütlenme özgürlüğü ve gelişiminin" arasındaki çelişki ortaya konularak ekonomik zorunlulukların gerektirdiği ölçüde bu özgürlüklere sınır çizilmesi gerektiği şeklinde yorumlar vardı. Kitle örgütlenmelerine ve sosyal taleplere karşı sınırlandırma getirilmesi amacını güden bu fikirler, o dönemde ciddi yoğunluk kazanmıştı[105]. Tanör'ün eleştirdiği 12 Mart Rejimi'nin 3. Cumhuriyet olduğu yorumu, İsmet Giritli'ye aittir. 1792, 1848 ve 1871 tarihlerinde Fransa'da cumhuriyetlerin numaralandırıldığını belirten Giritli, bu ayrımların sadece aralarına krallık-imparatorluk gibi cumhuriyetin tersi rejimlerin girmesiyle yapılamayacağını söyler. Nitekim yazar, Fransa'da İkinci Dünya Savaşı sürecinin etkisiyle yaşanan ara rejimden sonra yeni bir anayasa yapılıp 4. Cumhuriyet'in hayata geçtiğini; Cezayir'deki Generaller Hareketinin doğurduğu siyasal olaylar ve sonrasında General De Gaulle'ün iktidara gelmesiyle yeni bir anayasa kabul edilerek 5. Cumhuriyet'in doğmasını örnek göstermektedir. Bu kesintiler veya yeni dönemler arasına soya dayalı bir rejim girmemiştir. Giritli'ye göre 1960'ta "1. Cumhuriyet"e son verilmiş ve 1961 Anayasası'nın kabulü sonrası genel seçimle "2. Cumhuriyet" kurulmuştur. Cumhuriyetin "ilelebet payidar kalması"nın anlamı, bir daha saltanat veya şahsi dikta rejiminin ortaya çıkmayacağının ifadesidir. "Çağın ilerisinde", "siyasi-sosyal açıdan daha uygun" yeni bir cumhuriyetin kurulması mümkündür ve hatta "inkılapçılık ilkesi"nin gereğidir. Giritli yazısında "12 Mart Muhtırasının" ve onu takip eden siyasi gelişmelerin Türkiye'de "2. Cumhuriyet" dönemini kapadığını ve yeni bir döneme girildiğine inandığını belirtmektedir. Bu inancını, "devletin yeniden kurulmasına" bağlamaktadır. Nitekim yazısını bitirirken "önlerinde, devleti yeniden kurmak gibi çok zor ve

---

[105] **TANÖR,** Bülent, İki Anayasa 1961-1982, İstanbul,12. Levha Yayınları, Şubat 2012, s. 30-31.

önemli bir ödevin bulunduğunu" düşündüğü -güvenoyu alarak göreve başlayan- o dönemin hükümeti Erim ve Kabinesine de başarılar dilemektedir[106].

Tanör'ün sadece hukuk alanındaki sıralı cumhuriyet kavramına değil doksanlı yıllardan itibaren ortaya çıkan siyasi bir kavram olarak "2. Cumhuriyetçilik" anlayışına karşı da itirazı vardır ve bu konudaki yaklaşımın bilinçli oluşturulan bir karmaşıklıktan kaynaklandığını, aslında cumhuriyet ve demokrasi kavramlarının karıştırılmasından ortaya çıktığını belirtmektedir. Yoksa yazara göre Türkiye'de cumhuriyetin tek bir anlamı vardır; o da devlet başkanının seçimle göreve gelmesidir. Bu bağlamda Türkiye bir cumhuriyettir ve 1960 ile 1980 askeri darbe dönemleri hariç hep cumhuriyetle yönetilmiştir[107].

Türkiye'de anayasa hukuku alanında sıralı cumhuriyetler yakıştırmasının Fransa'dan esinlenerek ortaya çıktığı açıktır. Fransa'daki derecelendirme, çoğunlukla kesintili seyreden siyasal rejim değişikliklerini birbirinden ayırmak amaçlı kullanılan tarihi ve teknik bir kullanım biçimidir. Fransa'nın siyasi tarihine bakıldığında belli bir dönemde siyasal rejimlerin süreklilik göstermeden kesildiği ve sıralı biçimde cumhuriyet ile monarşi arasında değiştiği görülmektedir. Bu kesintili geçişler sebebiyle Fransa'da cumhuriyetler dereceli biçimde anılmaktadır. Fransa'da 1791 Anayasası'nın meşruti monarşi rejiminden sonra 1792'de cumhuriyet ilan edilir; ancak yaşanan iç ve dış siyasi gelişmeler sebebiyle 1795'te kabul edilen Anayasa ile Directoire dönemine geçilmişse de bu zayıf yönetimin hükümet darbesiyle yıkılmasının ardından 1799'da yeni bir anayasa kabul edilmiştir. 1799 Anayasası cumhuriyet rejimi görüntüsü sunsa da aslında fiilen Napoleon Bonaparte'ın iktidarı kendi elinde topladığı bir diktatörlük rejimine sebep olmuş, 1804'e gelindiğinde yönetim konsüllükten soya dayalı imparatorluk biçimine dönüşmüştür. Arada 1814'ten itibaren meşruti monarşi rejimi yaşanmışsa da 1848 İhtilali ile İkinci Cumhuriyet kurulmuştur. Fakat 1852'de bu sefer İkinci İmparatorluk ilan edilmiştir. 1870'te kurulan Üçüncü Cumhuriyet ise dengeli bir parlamenter sistem ile 1944 yılına kadar devam edecektir. İkinci Dünya Savaşından sonra kabul edilen

---

[106] Örneğin İsmet Giritli, "Üçüncü Cumhuriyet'e Doğru", Milliyet Gazetesi, 20 Nisan 1971 Salı, s.2.

[107] Bkz. Bülent Tanör ile röportaj, 2. Cumhuriyet Tartışmaları, s. 175-194.

1946 Anayasası ile yürürlüğe giren Dördüncü Cumhuriyet rejimi de parlamenter sistemi benimsemişti ve Cezayir'de yaşanan olayların ardından gelişen bir hükümet darbesiyle sona ermiştir. Ardından Üçüncü ve Dördüncü Cumhuriyet dönemlerinin siyasal krizlerinin yaşanmaması amacıyla yürütmenin yasama karşısında güçlü bir konuma getirildiği 1958 Anayasası kabul edilerek Beşinci Cumhuriyet dönemine geçilmiştir[108].

Giritli'nin belirttiği gibi Fransa'daki son cumhuriyetler arasına monark eksenli bir rejim girmemiştir. Ancak Fransa'da da süreklilik arzeden bir cumhuriyet rejimi olmamış, ara rejimler olmuştur. Türkiye'de ise Fransa'daki gibi cumhuriyet rejimi kurulduğu günden beri -27 Mayıs 1960 ve 12 Eylül 1980 darbe dönemleri dışında- bir kesinti yaşamamıştır ve fiilen 1920'den itibaren yürürlüktedir. Bu noktada 27 Mayıs 1960 sonrasında kısa ve 12 Eylül 1980 sonrasında uzun bir demokrasiye geçiş süreci yaşandığını ve bu dönemlerde gerek Milli Güvenlik Kurulu gerek Milli Güvenlik Konseyi başkanlarının cumhurbaşkanı olarak değil devlet başkanı statüsünde olduklarını beyan etmeleri önemlidir. Bu durum bize devlet başkanlığı makamının seçim ile özdeşleştiğini göstermektedir[109]. Fakat buna rağmen Mayıs 1960-Ekim 1961 arası gibi görece kısa, Eylül 1982-Kasım 1983 gibi uzun bir "ara" olsun, seçimle oluşmuş devlet sisteminin varlığı tamamen kesintiye uğramıştır. Bu nedenle aslında cumhuriyet rejimi bizde de kesintiye uğramıştır. Bu durum bir görüşe göre cumhuriyet ile devlet arasındaki ayrımın varlığını göstermektedir ki devleti, cumhuriyet olarak ifade ediyorsak devletin ve cumhuriyetin ayrı şekilde düşünülmemesi gerekir; düşünüyorsak da o zaman sadece bir hükümet şekli olarak cumhuriyetten bahsedebiliriz. Bu olgu, Köker'e göre cumhuriyet ve devlet ilişkisinin anayasalardaki normatif ifadesi bakımından da çelişkilidir. Çünkü normatif olarak cumhuriyet bir devlet şeklidir[110]. O halde askeri

---

108 Bu uzun siyasi dönem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **GÖZE,** Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, İstanbul, Beta, Genişletilmiş 12. Baskı, 2009, s. 582-632; ayrıca **DUNBAY,** Seda, "23 Temmuz 2008 Tarihli Anayasa Reformu Işığında Fransa'daki Yarı Başkanlık Sistemi", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Mayıs 2012, s. 299-303; değerlendirmeler için bkz. **ÇAĞLAR,** Anayasa Bilimi, s. 67-74.

109 **TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU,** 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 9-10.

110 **KÖKER,** Levent, "Cumhuriyet Hükûmet Biçimi mi, Yoksa Devlet midir?", Artı Gerçek İnternet Sitesi, 01 Kasım 2022 Salı, https://artigercek.com/makale/cumhuriyet-hukumet-bicimi-mi-yoksa-devlet-midir-228304

rejimlerin yarattığı kesintiyi bu değerlendirmelerle nasıl okumalıyız? Bu kesintilere rağmen yönetim tek bir kişinin soyuna 1920'den beri bir daha hiç geçmemiştir. Askeri darbelerin amacı olarak 1960, 1971 ve 1980'de Türk Silahlı Kuvvetlerinin cumhuriyeti koruma görevine dayanılmıştır. Bu amaçla birlikte ara rejimlerde devlette bir kesinti olmasa da geniş ya da maddi anlamıyla cumhuriyetin kesintiye uğradığı açıktır.

Bu durum, belli bir sıralı cumhuriyeti yaratır mı? Tartışmaya Fransa'da olduğu gibi bizde sıralı cumhuriyetlerdeki numaraların herkes için aynı siyasi dönemi veya aynı anlamı taşımadığını da hatırlatarak 1961 Anayasası Kurucu Meclisinden devam edelim. 1961 Anayasası'nın yapım süreci tartışmalarında sıralı cumhuriyete nasıl yaklaşıldığını görmek gereklidir. Kurucu Meclis'te Anayasa görüşmeleri sırasında ilk olarak Anayasa'nın Başlangıç kısmıyla ilgili Şinasi Özdenoğlu, "*2'inci Cumhuriyetimizin Anayasasının önsözü yazılırken 2'nci Cumhuriyetin doğmasını mümkün kılan 27 Mayıs İhtilâlinin meşruiyetinin temeli ve ihtilalin asıl yaratıcısı olan Türk Milletinin zulme karşı direnme ve karşı koyma hakkının, bu önsöze dercedilmesini…*"[111] şeklinde öneride bulunurken sıralı cumhuriyet nitelemesini kullanır. Devam eden görüşmelerde Ahmet Yıldız da aynı nitelendirmeyi kullanır: "*İkinci cumhuriyet kurulduktan sonra yeni bir safhaya girmiş bulunuyoruz. Gerçi ikinci cumhuriyet birinci cumhuriyetin devamı olmakla beraber, yeni bir rejim içerisinde toplum hayatımıza çok büyük değişiklikler olduktan sonra böyle bir safhaya girilmiştir. Bu sebeple kanaatimce bu cumhuriyet, İkinci Cumhuriyettir*[112]." Devletin devamlılığının esas olduğunu belirten üye, Anayasanın lafzında yeralmasa bile bu Anayasa ile yeni bir cumhuriyetin kurulduğunu ve Anayasa'nın "2. Cumhuriyetin" anayasası olduğunu vurgular. Bu noktada 27 Mayıs'ın önde gelen isimlerinden Suphi Karaman, bulundukları konumu hatırlatarak "*…tarihi yapan isim vermez…Biz Atatürk'ün kurduğu Cumhuriyetin devam etmekte olduğunu kabul ediyoruz. 2. Cumhuriyet isimlendirmesine gerek yoktur…*" diyerek sıralı cumhuriyet fikrine karşı çıkar[113]. Fakat Milli Birlik Komitesi Baş-

---

111 **ÖZTÜRK,** Kazım, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları İle, Cilt II/Madde 1-75, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1966, s. 916.

112 **ÖZTÜRK,** Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, s. 926.

113 **ÖZTÜRK,** Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, s. 926.

kanı Cemal Gürsel, Ahmet Yıldız'ın düşüncelerinde büyük bir gerçeklik yattığını vurgulayarak 2. Cumhuriyet ile 1. Cumhuriyet'in de devam ettiğini; Fransa'da kurulan beş cumhuriyetin her değişiklikten sonra farklı numaralansa da esasının değişmediğini; Demokrat Parti idarecilerinin 1. Cumhuriyet'i sona erdirdiğini, kendilerinin 2. Cumhuriyeti kurduğunu ve 1. Cumhuriyet'te "ideal olarak Atatürk'ü" aldıklarını belirtmiştir. Atatürk'ün eserinin parçalanmasını kabul etmedikleri için "bu ihtilali ikinci cumhuriyet olarak yazacaklardır" demiştir[114]. Bu tartışmalardan anlaşılan gerçekten de birinci cumhuriyetin yıkıldığının kabul edilmesidir; yıkanın ise Demokrat Parti iktidarı olduğu, ihtilal yapanların bu yıkılmışlığı ortadan kaldırıp yeniden kurmak için hareket ettiği ama rejimin özünün de değişmediğinin düşünüldüğüdür. Bu tartışma Anayasa görüşmelerinin devamında cumhuriyet maddesiyle ilgili de tekrar gündeme gelmiştir. Devlet şekli başlığını taşıyan ve "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir." kuralını düzenleyen 1. maddenin gerekçesinde 1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nun cumhuriyet ilkesini düzenleyen ve değiştirilmesi teklif olunamayan 1'inci maddesinin tekrarından ibaret olduğu, bu hükmün halen yürürlükte olduğu ve gerek müzakeresinin gerekse oylamasının söz konusu edilmeyeceği açıklanmıştır. Türk Devriminin hukuki ifadesi olarak görülen bu maddenin öteden beri taşıdığı amacı ve anlamı, "yeni bir devletin kuruluşu", "*bu devletin ve hükümetinin şekilleri*", "*Türkiye Cumhuriyeti'nin her türlü saltanat, şahıs ve zümre hakimiyeti şekillerini reddeden demokratik bir devlet olduğu*" şeklinde açıklanmıştır[115]. Anayasa Komisyonu Sözcüsü Turan Güneş ise 1 Sayılı Kanun'un[116] 24. maddesi ile Anayasa'nın "cumhuriyet ilkesini" düzenleyen birinci maddesinin saklı tutulduğunu, cumhuriyetin 1924 Anayasası'nda ve hatta onun da üstünde bulunan *yazılı olmayan hukuk kurallarından* olduğunu ve Kurucu Meclisin "Türk tarihinden ve Türk milletinin topyekun vicdanından doğmuş olan maddenin" lafzında ve yerinde bir değişiklik yapma yetkilerinin olmadığını belirtmiştir. Türkiye'de cumhuriyetin bir

---

114 **ÖZTÜRK,** Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, s. 931.

115 **ÖZTÜRK,** Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, s. 947.

116 1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun bazı hükümlerinin kaldırılması ve bazı hükümlerinin değiştirilmesi hakkında 12 Haziran 1960 tarihli ve 1 sayılı Kanun'un 24. Maddesinin son fıkrası "*Teşkilatı Esasiye Kanununun, Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki birinci maddesinde değişiklik yapılması hiçbir suretle teklif dahi edilemez.*" kuralını düzenlemekteydi; RG. 14.06.1960/10525.

defa kurulduğunu, başka memleketlerde olduğu gibi sırayla kurulamayacağını, 27 Mayıs'ın cumhuriyeti korumak için yapıldığını ve yeni bir cumhuriyet getirmediğini, ihtilalin "Yüksek Meclise" yeni bir cumhuriyet kurma yetkisini vermediğini de kuvvetle vurgulayarak görevlerinin "yeni bir cumhuriyet kurmak değil yeni bir anayasa yapmak olduğunu" ve Türkiye Cumhuriyeti'nin ikinci anayasasını yaptıklarını, cumhuriyetin tek ve ebedi olduğunu açıklamıştır.[117] Buna rağmen devam eden Anayasa görüşmelerinde ikinci cumhuriyet nitelendirmesinin kullanıldığı gözlenmektedir[118]. Soysal, bu nitelendirmenin kişisel bir tercihten kaynaklandığını, kesintiye uğrayan ara rejim döneminde devlet başkanlığı makamının seçime dayanmaması halinin ileri sürülerek bu nitelendirmenin tercih edilebileceğini ya da tam tersi devlet adında bir değişme olmadığı için de yeni bir cumhuriyet olmadığını düşünmenin de mümkün olduğunu ifade etmektedir. Bu noktada yazara göre demokrasinin varlığı ayrı bir tartışma konusu oluşturmaktadır[119].

Bu bağlamda bir siyasal-anayasal sistemin yeniden şekillenmesi sırasında, sıralı ya da numaralı cumhuriyetlerin ortaya çıktığı görülmektedir. Bu nitelendirme tarihsel süreçte birden fazla yeni anayasa kabul eden bir ülke olarak sadece Türkiye'de değil özellikle bu konuda çok deneyimi olan Fransa için kullanılmaktadır. Öte yandan 1787'den beri aynı Anayasa'yı uygulayan ve bu uzun zaman karşısında günümüze kadar görece az Anayasa değişikliği yapmış Amerika için de sıralı cumhuriyet nitelendirmesi kullanılmıştır. Örneğin, 1930'lu yıllarda yaşanan kriz dönemi sonrası merkezi yönetimin güçlenmesi ve Kongre'nin hakimiyeti altındaki rejimin yürütmenin hakimiyetine doğru geçmesi, II. Cumhuriyet olarak nitelendirilmektedir[120]. Türkiye açısından ise bir yandan siyasal-anayasal yapının yeniden şekillendiği gerçeği ve pratiği ortadadır; öte yandan da cumhuriyet anlayışının 1920'den beri uygulanageldiği, tüm anayasalarımızda bir devlet biçimi olarak düzenlendiği ve 1924 Anayasası'ndan günümüze bu ilkenin değişmezlik yasağı ile korunduğu gerçeği de vardır.

---

117 **ÖZTÜRK,** Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, s. 949-950.

118 Bu dönemin yazın ve düşün hayatındaki sıralı cumhuriyet anlayışı hakkında bkz**. KUTLU,** Cumhuriyet Kavramı ve Türkiye'deki Evrimi, s. 129-135 ve bu konudaki önemli yorum ve eleştiriler için bkz. a.g.e., s. 135-153.

119 **SOYSAL,** Mümtaz, Anayasaya Giriş, Ed. İlter Ertuğrul, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları, 3. Baskı, 2011, s. 231.

120 **ÇAĞLAR,** Anayasa Bilimi, s. 64.

SONUÇ YERİNE:
BİR KRALIN "DEVLET BENİM!" CÜMLESİNDEN
BİR KADININ "CUMHURİYET BENİM" CÜMLESİNE CUMHURİYET

Cumhuriyet kavramı üzerine eğilen bu yazının sonucunda, cumhuriyet kavramı üzerine bir sonuca varmanın mümkün olmadığını söylemek ilk bakışta doğru görünmeyebilir; ancak cumhuriyetin ne olduğu sorusuna yanıt vermenin kolay olmadığı anlaşılmaktadır. Bu çalışmadaki sonuçlardan biri, cumhuriyetin hiçbir zaman tek bir anlamının olmadığı tespitidir[121]. Her dönemde olağan vatandaştan siyasilere herkesin zihninde olan veya olması gereken bir cumhuriyet fikri vardır. Bu soyut ve nesnel olmayan gibi duran hal aslında herkesin içinde bulunduğu siyasal koşullarla ve bu koşullar nezdinde bulunduğu yerle ilgilidir.

Hukuk biliminin normatif yönü bağlamında cumhuriyetin ne olduğu sorusunun yanıtı da yukarıda değerlendirildiği gibi belli bir dönemde, belli bir biçimde ortaya çıkan cumhuriyeti değil dinamik bir cumhuriyet anlayışını göstermektedir. Nitekim anayasa hukuku literatüründeki ağırlığın yer aldığı ayrımlar ve tanımlama çabası veya bunun dışında veya tam tersinde duran azlık görüşlerinin varlığı da bizi dinamik anlama doğru yöneltmektedir.

Cumhuriyet dinamik bir kavramdır ve anayasa hukuku alanında da bu dinamizmi taşımaktadır. Türkiye özelinde bağımsız bir devlet kurmakla, milli egemenliğe dayalı demokratik bir devlet olmayı bir ideal olarak alıp gerçekleştirmeyi hedeflemekle ortaya çıkan bir olgudur; aynı zamanda siyasal toplumun örgütlenme biçimini ve siyasal iktidarın kullanılış şeklini düzenleyen normlara hakim genel bir kuruluş esasıdır. Fakat her zaman bir hedef olarak gösterilen bu esas, zamanın akışı içerisinde değişik ideolojik yaklaşımlarla da şekillenmiştir ve şekillenecektir.

Cumhuriyet, devleti kendi kişiliği ve varlığı ile ifade edenlerin varlığına son vermiştir. Bu sayededir ki bugün, altmışlı yıllarda doğup büyüyen annem

---

[121] **ÇELİK,** Fatma Eda, "Bir sloganın, bir marşın, bir kurtarıcının ötesinde bir 'Cumhuriyet' var mı?", Mavi Defter İnternet Sitesi, https://mavidefter.net/bir-sloganin-bir-marsin-bir-kurtaricinin-otesinde-bir-cumhuriyet-var-mi/

"cumhuriyet benim" diyebilmektedir; bu ifade, sosyal ve ekonomik olarak köylü veya alt sınıflardan olan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının kendisini devlet nezdinde bir hak sahibi olarak gördüğünün önemli bir göstergesidir. Bu hem siyasal hem de hukuki bir başarıdır. Bunu sağlayan ise bireylerin ve toplumun devlet sistemindeki konumu ve yeri ile ilgilidir. Demek ki cumhuriyet, bazı "kimsesizlerin kimsesi" olabilmiştir. Fakat bugünün ve geleceğin cumhuriyeti için bu yeterli değildir.

Anayasa hukuku açısından düşündüğümüzde bugün 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde cumhuriyet, "*toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.*" nitelikleriyle düzenlenmekte ve korunmaktadır. Fakat bu niteliklerden hepsi aynı değerde görülmemektedir. Cumhuriyetin, "sosyal hukuk devleti" niteliği açısından Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar karşısında devlete yüklediği sorumluluk devletin "mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsü" ile kayıtlanmaktadır. Bu normatif kayıt dışında Anayasa Mahkemesi de anayasallık bloku içinde sosyal devlet ilkesine, 2. maddedeki cumhuriyetin nitelikleri arasında en alt basamakta yer vermekte ve cumhuriyetin diğer nitelikleri sosyal devlet ilkesinin üstünde tutulmaktadır[122]. Bugün için devletin temel amacı bakımından bu yaklaşım kanımızca yeterli değildir. Bu elbette kurucu iradenin bir tercihidir; ancak anayasa hukuku tarihimizde bu yaklaşım aslında bir geriye gidişi ifade etmektedir. Yine anayasa hukuku diliyle bu durumu ifade edecek olursak, bu yöndeki bir tercih belki de geniş ya da maddi anlamda cumhuriyet ilkesi bakımından bir kusur olarak görülmelidir.

İkinci ve son husus ise yine cumhuriyetin, milli egemenlik ve temsil ilkesi bağlamında en dar-şekli anlamına dair bir bağlantıyla kurulabilir. Cumhuriyet, başta devlet başkanı olmak üzere devlet organlarının seçimle oluşması esasına dayalıdır. Seçim, halk iradesinin ortaya çıkmasını sağlayan bir yöntemdir. Halkın temsil-seçim dışındaki diğer katılım olanakları, demokrasi uygulamaları başka bir tartışma konusu olmakla birlikte uzun yıllardır Türkiye'de uygulanan seçim sistemleri, barajların etkisi ve seçim uygulamaları bakımından

---

[122] Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. **YÜZBAŞIOĞLU,** Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, s. 182-187.

düşünüldüğünde bu yönden de cumhuriyetin en basit anlamının kusurlu olduğu söylenebilir. Bu bağlamda son yıllarda seçim barajının düşürülmesi önemlidir; ancak millet iradesinin daha gerçek biçimde yansıması için ne genel ne de yerel düzeyde seçim sistemi ve uygulamaları yeterlidir.

Bu yetersizlik, bugünün ve gelecek nesillerin annemin kurduğu cümleyi kurabilmesinin önünde bir engeldir. Geleceğin cumhuriyetinin bu sorunları aşmasını umarım.

KAYNAKÇA

2. Cumhuriyet Tartışmaları, Röportaj: Metin Sever, Cem Dizdar, 2. Baskı, Ankara: Başak Yayınları, 1993.

1927 Tarihli Cumhuriyet Halk Fırkası Nizamnamesi, https://acikerisim.tbmm.gov.tr/server/api/core/bitstreams/52fa6430-bb23-4b92-b6b5-c3f67e957ff4/content

AKAL, Cemal Bali, İktidarın Üç Yüzü, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2016.

AKIN, Rıdvan, Türkiye'nin Siyasal Gelişmeleri (1876-1923), İstanbul: Nora Kitap, 2022.

ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku Genel Esaslar (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara: Seçkin, 2023.

ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku), Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2022.

ARSEL, İlhan, Anayasa Hukuku (Demokrasi), Ankara: Doğuş Matbaacılık, 1964.

ARSEL, İlhan, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları I, Birinci Kitap Cumhuriyetin Temel Kuruluşu, Ankara: Mars Matbaası, 1965.

ATEŞ, Toktamış, Yaşasın Cumhuriyet, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2000.

BAŞGİL, Ali Fuat, Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, İstanbul: Baha Matbaası, 1960.

CHP Programı, Ankara: Ulus Basımevi, Mayıs 1935, https://acikerisim.tbmm.gov.tr/server/api/core/bitstreams/43058644-c352-432b-af8f-564476440f37/content

Cumhuriyet Halk Fırkası Programı, Mayıs 1931, İstanbul Devlet Matbaası, 1931, https://acikerisim.tbmm.gov.tr/items/7e8dd772-765d-4c47-9f39-1ad15d65f1a7

ÇAĞLAR, Bakır, Anayasa Bilimi, İstanbul: BFS Yayınları, 1989.

ÇAĞLAR, Bakır, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında 'Demokrasi", Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı 7, 1990, s. 57-127.

ÇAĞLAR, Bakır, Bir Anayasacının Seyir Defteri, İstanbul: Su Yayınları, Mayıs 2000.

ÇEÇEN, Anıl, 100 Soruda Kemalist Devrim, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara: Kilit Yayınları, 2009.

ÇELİK, Fatma Eda, "Bir sloganın, bir marşın, bir kurtarıcının ötesinde bir 'Cumhuriyet' var mı?", Mavi Defter İnternet Sitesi, https://mavidefter.net/bir-sloganin-bir-marsin-bir-kurtaricinin-otesinde-bir-cumhuriyet-var-mi/

DEMİRKENT, Dinçer, Bir Devlet İki Cumhuriyet, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2017.

DOEHRİNG, Karl, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), Çev. Ahmet Mumcu, İstanbul: İnkılâp Kitabevi, 2019.

DOĞAN, Oğuz Kaan, Türk Anayasa Hukukunda Cumhuriyetçilik İlkesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023.

DUNBAY, Seda, "23 Temmuz 2008 Tarihli Anayasa Reformu Işığında Fransa'daki Yarı Başkanlık Sistemi", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Mayıs 2012, s. 291-316.

DURAN, Lütfi, "III. Cumhuriyetin 'Yürütme'si: Kuvvetli İcra mı, Kişisel İktidar mı?", Bahri Savcı'ya Armağan, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1988, s. 232-243.

ERDOĞAN, Mustafa, Anayasa Hukukuna Giriş-Genel Esaslar, Ankara: Siyasal Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, 2019.

EREN, Abdurrahman, Anayasa Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

FIRAT, Ali Haydar, Türkiye'nin Cumhuriyeti (Bir Cumhuriyet Sorgulaması), İstanbul, Tekin Yayınevi, 2012.

GİRİTLİ, İsmet, "Üçüncü Cumhuriyet'e Doğru", Milliyet Gazetesi, 20 Nisan 1971 Salı, s. 2.

GOLOĞLU, Mahmut, Milli Mücadele Tarihi-III, Üçüncü Meşrutiyet (1920), İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2006.

GÖZE, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, İstanbul, Beta, Genişletilmiş 12. Baskı, 2009.

GÖZLER, Kemal, "Cumhuriyet ve Monarşi", Türkiye Günlüğü, Sayı 53, Kasım-Aralık 1998, s.27-34.

GÖZLER, Kemal, "Hukuk Açısından Monarşi ve Cumhuriyet Kavramlarının Tanımı Sorunu", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 54, 1999, Sayı 1, s. 51-62.

GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Yayınları, Güncellenmiş, Düzeltilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, 2019.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **SEZGİN**, Zekai, 1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü, Ankara, 1957.

GÜNEŞ, İhsan, "Dokuz Umde", Atatürk Ansiklopedisi, https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/ bilgi/dokuz-umde/

HAMSİCİ, Mahmut, "2. Cumhuriyet'in Anayasasının Oylandığı 1961 Referandumu", BBC Türkçe İnternet Sitesi, 3 Nisan 2017, https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-39439341

HELD, David, "Cumhuriyetçilik: Özgürlük, Öz-Yönetim ve Aktif Yurttaş", Cogito, Sayı 15, 1998, s. 27-67.

İLHAN, Attilâ, "Kemalizm: Müdafaa-i Hukuk Doktrini", Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce, Cilt 2, Kemalizm, Ed. Ahmet İnsel, İstanbul, İletişim Yayınları, 6. Baskı, 2009.

KILIÇBAY, Mehmet Ali, Cumhuriyet ya da Birey Olmak, İmge Kitabevi Yayınları, Nisan 1994.

KOÇAK, Mustafa, Batı' da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi, Devlet ve Egemenlik, Eski Kavramlar-Yeni Anlamlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

KÖKER, Levent, "Cumhuriyet Hükûmet Biçimi mi, Yoksa Devlet midir?", Artı Gerçek İnternet Sitesi, 01 Kasım 2022 Salı, https://artigercek.com/makale/cumhuriyet- hukumet-bicimi-mi-yoksa-devlet-midir-228304

KUTLU, Aydoğan, Cumhuriyet Kavramı ve Türkiye'deki Evrimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Ankara, 2011.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 22. Baskı, Ankara, Yetkin Basımevi, 2022.

ÖZDEMİR, Ali Murat, **SAYGILI,** Abdurrahman, **ZABUNOĞLU,** Hamdi Gökçe, **DEMİRLİ,** Aynur, **AYKUT,** Ebubekir, **TÜRKOĞLU KARACAOVA,** Ezgi Nur, **UĞURLU,** Göksu, **ŞAHİN,** Ozan Giray, Genel Kamu Hukuku, Kuramsal Yaklaşım, Ankara, İmge Kitabevi, Ekim 2019.

ÖZTÜRK, Kazım, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları İle, Cilt II, III, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1966.

PARLA, Taha, Türkiye'de Siyasi Kültürün Resmi Kaynakları, Cilt 3, Kemalist Tek-Parti İdeolojisi ve CHP'nin Altı Ok'u, İstanbul, İletişim Yayınları, 1992.

SAĞLAM Fazıl, Anayasa Hukuku Ders Notları, Lefkoşa: Yakındoğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2013.

SİRMEN, Ali, "Üçüncü Cumhuriyete Doğru", Cumhuriyet Gazetesi İnternet Sitesi, 15 Nisan 2017, https://www.cumhuriyet.com.tr/yazarlar/ali-sirmen/3-cumhuriyete-dogru-721075

SOYSAL, Mümtaz, Anayasaya Giriş, Ed. İlter Ertuğrul, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları, 3. Baskı, 2011.

TANÖR Bülent, İki Anayasa 1961-1982, İstanbul, 12. Levha Yayınları, Şubat 2012.

TANÖR Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2011.

TANÖR, Bülent, **YÜZBAŞIOĞLU,** Necmi, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Beta, 2023.

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), İstanbul, Beta Yayınları, 2022.

UYAR, Hakkı, Cumhuriyet Halk Fırkası (1923-1938), Atatürk Ansiklopedisi, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı, https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/cumhuriyet-halk-firkasi-1923-1938/

YAYLA, Yıldızhan, "Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü", Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul, İÜHF Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayını, 1979, s. 973-1040.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, "Cumhuriyetin 75 Yılının Devletin Ana kuruluşu Yönünden Değerlendirilmesi", Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1999.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Basım Evi, 1993.

Dil Derneği Türkçe Sözlüğü: http://www.dildernegi.org.tr/TR,274/turkce-sozluk-ara-bul.html

Kubbealtı Lügati: http://www.lugatim.com/s/cumhuriyet

Nişanyan Türkçe Etimolojik Sözlük: https://www.nisanyansozluk.com

Online Etymology Dictionary: https://www.etymonline.com

Türk Dil Kurumu Sözlüğü https://sozluk.gov.tr/

EŞİTLİĞİN SAĞLANMA İMKANI OLARAK ANAYASA: 1982 ANAYASASI AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME

Canberk Gümüş*

GİRİŞ

Eşitlik ilkesi, modern devlet anlayışının ortaya çıkmasında ve bu anlayışın dönüşümünde büyük öneme sahip olmuştur. Bu önem sebebiyledir ki ilke tartışmalara konu olmuş ve farklı açılardan ele alınmıştır. Eşitliğin farklı anlamlarının eşitliği sağlama/eşitleştirme bakımından taşıdıkları önem ve söz konusu amacın anayasal yansıması olan sosyal devlet ilkesi bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.[1] Çalışmada önce eşitliğin farklı anlamları ele alınacak; ardından sosyal devlet ilkesinin eşitlik ile ilişkisi ve 1961 ve 1982 anayasalarının sosyal devlet ilkesine yaklaşımı değerlendirilecektir.

I. EŞİTLİĞİN FARKLI ANLAMLARI

A. Şekli Hukuki Eşitlik – Maddi Hukuki Eşitlik

Şekli hukuki eşitlik hukuk kuralının herkese eşit olarak uygulanması anlamına gelir. Kanun önünde eşitlik olarak da ifade edebileceğimiz şekli hukuki eşitlik, sadece kuralın uygulanmasını dikkate alır. Bu anlamda kuralın içeriğine ilişkin bir eşitlik kaygısı yoktur. Kanunların genel ve soyut olmasını gerektiren şekli hukuki eşitliğin sonucu kanunların genelliği ilkesidir.[2]

Bütün insanların eşit ve özgür doğduğu ön kabulüne dayanan liberal eşitlik anlayışı şekli hukuki eşitlikle örtüşür. Yani insanlar zaten eşit olduğu için kanunun herkese eşit uygulanması yeterlidir. Kuralın içeriğinden doğabilecek eşitsizlikler ise göz ardı edilir. Bu eşitlik anlayışının uygulaması, kanunla muhatap olan bireylerin içinde bulunduğu maddi açıdan eşitsizlikler nedeniyle

* Arş. Gör. İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, canberk.gumus@okan.edu.tr, ORCID: 0009-0002-5405-2976.

[1] Eşitliği sağlama veya eşitleme eşitliğin gerçekleşmesine dair bir sonucu ifade ederken eşitleştirme bu sonucu sağlama fırsatının yaratılmasını belirtir. Bu çalışmanın konusunu teşkil eden sosyal devlet de bir sonuç eşitliğini değil fırsat eşitliğini içerdiğinden çalışmanın devamında "eşitleştirme" kavramı kullanılmıştır.

[2] **ÖZBUDUN**, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 22. Baskı, 2022 Ankara Yetkin Yayınları, s. 155.

eşitsizliklere bizzat sebep olmuştur. Çünkü eşit olmayanlara yapılan eşit muamele eşitsizlik halinin sürmesine neden olur. Bu nedenle eşitliğin başka bir şekilde tanımlanması ihtiyacı doğmuştur.

Maddi hukuki eşitlik, uygulama eşitliğinin ötesinde kuralın içeriğinin, yarattığı sonuçların da dikkate alındığı bir eşitlik anlayışıdır. Buna göre, herkese aynı kuralın uygulanması değil yalnızca aynı koşullarda bulunanlara aynı kuralların uygulanması öngörülmüştür. Eşitlik anlayışının kazandığı bu anlam, liberalizmin öngördüğü gibi herkesin eşit doğmadığını da göstermiştir. Böylece toplumun içinde farklı "aynı"lar bulunduğu kabul edilir. Yani kurallar uygulanırken muhatapların eşitsiz durumu dikkate alınacaktır. Bu noktada toplumcu, içeriği dikkate alan bir bakış açısı devreye girer. Kuralların uygulanmasına dair eşitlikten içeriğine dair eşitliğe geçiş söz konusudur. Kuraldaki sorumluluklarda, yararlarda, yükümlülüklerde ve fırsatlardaki eşitlik, maddi hukuki eşitliktir.[3]

Maddi hukuki eşitlik sırf sayısal bir eşitlik olarak algılanmaz, içerik de dikkate alınır. Şeylerin "eşit dağıtımı hakkı" ile dağıtım bakımından "eşit hak" ayrılır.[4] Herkese eşit miktarda şey dağıtılmaması eşitliğin sağlanmasının yolu olabilir. Aynı noktadan yarışa başlamayan iki yarışmacıya eşit miktarda imkân sağlamak eşitlik değildir. İşte maddi hukuki eşitlik başlangıç noktasını da dikkate alan eşitliktir. Böylece liberal sistemin "rekabeti" içinde belli oranda bir adalet sağlanmış olur. Bunun hukuki tezahürü ise aşağıda açıklanacağı üzere sosyal devlet ilkesidir.

B. Şekli Eşitlik – Maddi Eşitlik Ayrımı

Şekli eşitlik, hukukla ilişkisi bakımından yalnızca pozitif hukuktaki, normatif düzlemdeki eşitliktir. Normatif eşitliğin olgusal düzleme de yansıması için yani eşitleştirme için alınacak önlemler de eşitlik ilkesinin kapsamındadır: normatif iyileştirmenin ötesine geçmek. Eşitliğin bu yönü özellikle insan hakları hukukunda devletlerin yükümlülüklerinin yerine getirilmesi açısından

---

[3] A.g.e.

[4] Kavramların açıklaması için bkz. **ÖDEN**, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, 2003 Ankara Yetkin Yayınları, s. 33.

önemlidir. Tarihsel, sosyolojik, ekonomik, ideolojik, dinsel, politik vb. sebeplerle kırılgan, çaresiz, korunmasız konumda bulunan bireylerin diğer kişilerle eşit konuma getirilmesi eşitleştirme ödevi kapsamındadır. Devletlerin bu ödevlerini yerine getirmek için başvurdukları ve bireyler açısından farklı muameleler teşkil eden "eşitleştirici özel önlemler" eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Aksine bu ilkenin gereklerindendir.[5] Nihayetinde devletler yalnızca hukuklarını değil toplumsal yaşamlarını da yükümlülüklerine uygun hale getirmelidirler. Böylece hem maddi hem şekli anlamıyla eşitlik ilkesi tam olarak gerçekleşmiş olacaktır.

C. Anayasal Eşitlik İlkesi

Anayasal eşitlik ilkesi bireyler açısından bir temel hak iken aynı zamanda devleti bağlayan bir ilkedir. Bu iki yönü Anayasa'nın 11. maddesi anlamındaki anayasanın tüm kişi ve kuruluşları bağlayıcılığını sağlar. Hem devlet hem de bireyler eşitlik ilkesi ile bağlıdırlar. Devlet tüm organları ile muhataplarına eşit muamele etmek zorundadır. Bireyler bakımından ise aralarındaki ilişkide eşitliğe aykırılığın tespiti halinde duruma göre yargı organı, yasama organı veya ilgili idare makamı eşitlik ilkesine dayanarak aykırılığın giderilmesini sağlayacaktır. Bu noktada bireyler arasındaki ilişkilerde de eşitlik uyulması gereken bir ilke haline gelmektedir.[6] Böylece eşitliğin muhatapları karşısında "eşit davranılmasını isteme hakkı" da bir temel hak olarak kabul edilmelidir.[7]

Anayasal eşitlik hem maddi hem şekli kriteri karşılamalıdır. Bizim Anayasamızın 10. maddesindeki "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*" ifadesi ayrım yasakları ile şekli-liberal hukuki eşitliğe, kanun önünde eşitliğe yöneliktir. Devamındaki "*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu*

---

[5] Eşitleştirme ödevi ve bu ödevin çeşitli ulusalüstü insan hakları belgelerine yansımaları için bkz. **GEMALMAZ**, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt I, 8. Baskı, 2012 İstanbul Legal Yayıncılık, s. 105-110.

[6] Aynı yönde bkz. **ÖDEN**, s. 154-157.

[7] Eşitlik ilkesinin muhatabının yalnızca devlet organları ve idare makamları olduğu, ilkenin özel kişilere hitap etmediği ve temel hak içermediği yönünde görüş için bkz. **GÖZLER**, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 27. Baskı, 2023 Bursa Ekin Yayın Dağıtım, s. 98.

maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz." hükümleri ise maddi hukuki eşitliği karşılamaya yöneliktir. Böylece eşitliğe bireysel değil kollektif bakış açısıyla yaklaşılarak fiili eşitlik de amaçlanmaktadır.[8] Fiili eşitsizlikleri gidermeye ve eşitleştirmeye yönelik anayasal politika, eşitlik ilkesinin maddi içeriği ile uyumludur.

D. Eşitliğin Cumhuriyet Açısından Anlamı

Cumhuriyet geniş anlamıyla beşeri egemenliğe dayanan bir devlet şekli olarak eşitliği de kapsar. Kaynağını milletten alan egemenliğin kullanımında belli bir kişi veya zümre lehine ayrıcalık tanımak milletten egemenliği esirgemek anlamına gelecektir. Cumhuriyet kavramı eşitliği de içinde barındırır ve gerektirir.

Cumhuriyet bir özgürlük ideali olarak ele alındığında ise saf liberal eşitlik anlayışının özgürlüğü sağlamadaki eksikliği fark edilir. Özgürlüğü liberal anlamda saf bir serbesti olarak ele almak daha önce dikkat çekildiği gibi başlangıç noktalarındaki farklılık dolayısıyla eşitsizliklere kapı aralayabilir hatta eşitsizlikleri pekiştirebilir. Oysa cumhuriyetçi özgürlük saf bir müdahalesiz serbestiyet değil tahakkümsüzlük amaçlar.[9] Bütün yurttaşların özgür olduğu yani tahakkümden azade olduğu statü ancak devletin fırsat eşitliğini gözeten tedbirleri ile mümkün olur. Ekonomik olarak varlıklı olanların her geçen gün güçlerini pekiştirmesi diğerleri üzerinde bir tahakküm kurulmasına sebep olabilir.[10] Bu eşitsizlik özgürlüğü de olumsuz etkiler. Yani bir cumhuriyette özgürlük ile eşitlik karşı karşıya gelmezler, birlikte alçalıp yükselirler. İşte bu noktada bir cumhuriyette sosyal devlet ilkesi olmazsa olmaz hale gelmektedir.[11]

---

[8] **GÖREN**, Zafer, Anayasa Hukuku, 5. Baskı, 2020 Ankara Yetkin Yayınları, s. 536.

[9] Cumhuriyetçi anlayış için bkz. **PETTİT**, Philip, Cumhuriyetçilik, 1998 İstanbul Ayrıntı Yayınları.

[10] Yolcu bu hususu şöyle ifade etmektedir: "*Sosyoekonomik olarak bağımsız olmayan birey maddi açıdan zayıf kalacak, bu ise onu devlete ve/veya diğer bireylere bağımlı hale getirecektir.*" **YOLCU**, Serkan, Bir Cumhuriyet Unsuru Olarak Sosyal Devlet: Sosyal Hakların Erozyonu Ekseninde Bir İnceleme, Cumhuriyet'in 100. Yılında Anayasa Hukuku Tartışmaları, Ed. TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan, YAZICI, Fatmagül, 2024 İstanbul On İki Levha Yayıncılık, s. 399.

[11] Yolcu da cumhuriyetçiliğin kişisel çıkarlardan ziyade kamu yararını gözettiğine ve bireyi özgürleştirmeyi amaçladığına dikkat çekerek sosyal devletin cumhuriyetçi doktrine içkin olduğunu ifade etmektedir. A.g.e. 399.

II. ANAYASAL SOSYAL DEVLET İLKESİ

Liberal özgürlük devleti hukuk devletidir. Söz konusu sistemde hiçbir kişi veya grup bir ayrıcalığa sahip değildir. Burjuvazinin mutlak monarşilere karşı bir zaferini yansıtan hukuk devleti, burjuvazinin haklarını devletin müdahalesine karşı korur. Toplumun sınıfsal açıdan okunduğu bu incelemede işçi sınıfı görmezden gelinmektedir. İşçi sınıfının da 19. yüzyıldan itibaren özne haline gelmesiyle modern devletin yeni bir anlamı ortaya çıkmıştır. İşçi sınıfının burjuvaziye karşı kazandığı asgari yaşam standartlarını güvence altına alan ilke sosyal devlet ilkesi olmuştur. Böylece hukuk devletinin amacı bireyi ve toplumu devlete karşı korumakken sosyal devlette ise geniş toplum kesimlerinin devlet tarafından korunması amaçlanır.[12] Burada kastedilen dar anlamda hukuk devletidir. Dar anlamda hukuk devletine eşlik eden sosyal devlet, yani sosyal hukuk devleti, bu anlamda modern devlette eşitliğin sağlanması açısından hukuk devletinden ileri bir aşamayı ifade eder.

Sosyal devlet yine liberal devlettir. Ancak işçi sınıfının burjuvaziye karşı kazandığı hakları koruma ve hakemlik görevi devlette olduğu oranda devlet, burjuvazinin serbestisine müdahale edebilmektedir. Çünkü müdahalesiz burjuvazinin işçilerin "liberal" haklarında meydana getirdiği tahribat tecrübe edilmiştir. Ekonomik liberalizm ile siyasal liberalizm arasındaki çelişki fark edilmiş, ikisi arasında bir denge kurulmadıkça vahşi kapitalizmin halk kesimini yoksulluğa sürükleyeceği sonucuna varılmıştır.[13]

Sosyal devlet sosyal adaleti sağlamaya yönelik devlettir. Sosyal adaleti sağlamanın başlıca kriteri de fırsat eşitliğini sağlayıp kanun önünde eşitliği pekiştirmektir. Devlet sosyal ve ekonomik hayata müdahale ederek eşitsizlikleri giderme ödeviyle yüklüdür. Sosyal devlet ile gerçekçi bir özgürlük rejimi amaçlanır.[14] Bu rejimin gerçekçiliği, liberalizmin hayalperest eşitlik ve özgürlük mitini gerçekçi bir hale dönüştürmesindedir.

---

[12] **TANÖR**, Bülent, **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 20. Baskı, 2020 İstanbul Beta Yayıncılık, s. 113.

[13] **UYGUN**, Oktay, Devlet Teorisi, 9. Baskı, 2022 İstanbul On İki Levha Yayıncılık, s. 336.

[14] **GÖZE**, Ayferi, Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet, 6. Baskı, 2010 İstanbul Beta Yayıncılık, s. 238-239.

Anayasa Mahkemesi sosyal devleti şöyle tarif etmektedir:

"Sosyal devlet; çalışma gücünden ya da imkânından yoksun olan kişileri koruyucu ekonomik tedbirler alan, sosyal risklerin yarattığı olumsuzlukları bertaraf edebilecek sistemler öngören, gelir dağılımının dengesini gözeten, kamu yararı gereği sosyal ve ekonomik ilişkilere müdahale edebilen, herkesin insan onuruna uygun asgari yaşam koşullarına sahip olması için çalışan, kişilerin hayatlarını sağlıklı şekilde sürdürebilmeleri, sağlıklarını kaybettiklerinde ise tedavileri için gerekli finansmanı sağlayacak yöntemleri geliştiren, topluma sağlıklı ve huzurlu bir gelecek vadeden devlettir."[15]

Sosyal devlet ilkesi anayasalarımız arasında ilk olarak 1961 Anayasası'nda benimsenmiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu öngörülmüştür. Anayasa'nın 10. maddesinin ikinci fıkrası sosyal devlet ilkesinin gereği olarak devlete düşeni şöyle belirtmiştir: "*Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adâlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamıyacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî ve mânevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.*" Bu görevin somutlaştırılması mahiyetinde Anayasa'da geniş bir sosyal haklar kataloğu öngörülmüştür: çalışma hakkı, dinlenme hakkı, sendika hakkı, toplu sözleşme ve grev hakkı, sosyal güvenlik hakkı, sağlık hakkı. Bununla birlikte 1971 Anayasa Değişiklikleri anayasanın sosyal yönünü zayıflatmış ve bazı kritik sosyal kesimlerin belli hak ve özgürlüklerden yararlanmaları zorlaştırılmış veya engellenmiştir. Örneğin memurların sendika kurmaları yasaklamıştır.[16] Oysa Anayasa'nın ilk halinde işçi veya memur bütün çalışanlar sendika kurma hakkına sahipti.

1982 Anayasası da 1971 Değişikliklerinin çizdiği yönü takip etmiştir. 52. maddede sendikal faaliyet birçok sınırlandırmaya tabi olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında 54. maddede grev hakkının kullanımında Yüksek Hakem Kurulu'nun tahakkümü oluşturulmuştur. Grev hakkına karşılık işverene lokavta başvurma imkânı tanınmıştır. Politik grev ise yasaklanmıştır. Burada sosyal

---

[15] Anayasa Mahkemesi, E. 2022/15, K. 2022/73, K. T. 1.6.2022, R. G., T. 8.7.2022, S. 31890.
[16] **TANÖR,** Bülent, İki Anayasa, 6. Baskı, 2019 İstanbul On İki Levha Yayıncılık, s. 48.

konumu itibarıyla güçsüz olan emekçiyi sermaye karşısında "eşitleştirme" amacını taşıyan sosyal hakların emekçi aleyhine kısıtlandığını görüyoruz. Bu anlayış sosyal hakların varlık sebebiyle, amacıyla asla uyuşmamaktadır.

1982 Anayasası'nda sonradan yapılan değişikliklerle Anayasa'nın bu eşitlikçi olmayan yönü törpülenmiştir. 1995 Anayasa Değişikliği ile sendikaların siyasal faaliyet, partilerle iş birliği, dernek ve meslek kuruluşlarıyla iş birliği ve dayanışma yasakları kaldırılmıştır. Memurların sendika kurma ve toplu görüşme hakkı anayasal güvence altına alınmıştır.[17] 2010 Değişikliğinde ise memurların toplu sözleşme hakkına sahip olduğu öngörülmüş ve politik grev yasağı kaldırılmıştır.

Her ne kadar gelinen noktada 1982 Anayasası'nda iyileştirmelerin yapıldığı söylenebilirse de Anayasa'da hala bazı sorunlar dikkat çekmektedir. Anayasanın eşitliği sağlama fonksiyonuna dair bu sorunlardan birisine örnek verilecek olursa; kamu görevlilerinin grev hakkı Anayasamızda yeterli güvenceye sahip değildir. Anayasamızda yalnızca işçilerin grev hakkına sahip olduğu öngörülmüşken kamu görevlileri hakkında bir söz söylenmemiştir. Kanuni düzlemde ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 27. maddesinde memurların grev yapması yasaklanmıştır. Ancak Danıştay ve Anayasa Mahkemesi Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri dikkate alarak memurların iş bırakma eylemlerini koruyan kararlar vermiştir. Bu mesele, mahkemelerin içtihatlarına bırakılmadan uluslararası sözleşmelerle uyumlu anayasa değişiklikleri yapılarak çözülmelidir.[18]

III. SOSYAL DEVLET İLKESİNİN DEVLETE YÜKLEDİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLER

1982 Anayasası'nın sosyal meseleye yaklaşımının 1961 Anayasası'na nazaran zayıflığı 5. maddesinin yazılış biçiminden de anlaşılmaktadır: "*Devletin temel amaç ve görevleri … kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk*

---

[17] Ayrıntılı bilgi için bkz. **AKARTÜRK**, Ali Ekrem, 1995 Anayasa Değişikliği Işığında Memurların Sendikal Hakları, 1998 İstanbul Alkım Yayınları.

[18] Ayrıntılı tartışma için bkz. **SAYIN**, Kemal Efe, **GÜMÜŞ**, Canberk, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı, Türk-Alman Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2023.

devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." 1961 Anayasası'nın aynı konuyu ele alan 10. maddesi şu şekildeydi: "*Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adâlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamıyacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî ve mânevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.*"

1961 Anayasası'nda söz konusu şartları sağlamak devlete görev olarak yüklenmişken 1982 Anayasası'nda bu şartları sağlamaya çalışmak şeklinde daha hafif bir görev yüklenmiştir. 1961'de sosyal devlet ilkesinin ilk defa benimsenmesinden 1982 Anayasası'na gelinen süreçte sosyal devlet anlayışındaki zayıflama sırf bu tercihten bile anlaşılabilmektedir. Henüz sosyal devlete dair genel çerçevenin çizildiği 5. madde hükmünde anayasa koyucunun çekingen tavrı dikkat çekmektedir.[19] Oysa sosyal devletin eşitleştirme fonksiyonu, devletin bu ilkenin hayata geçirilmesi adına hukuki bakımdan net ve aktif bir rol oynamasını gerektirir. Bu noktada devletin sosyal hakları sağlama yükümlülüğünün sınırı da tartışılmalıdır.

1961 Anayasası'nın "Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı" başlıklı 53. maddesine göre "*Devlet, bu Bölümde belirtilen iktisadî ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak iktisadî gelişme ile malî kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getirir.*" Söz konusu hüküm hakkında hükümetlerin sosyal ödevlerini yerine getirmekten kaçınmak için bir sığınak olabileceği eleştirisi yapılmıştır.[20] Bunun yanında bu hükmün söz konusu ödevleri yerine getirmeme imkânı vermediğini ancak yerine getirme ölçüsünün yasamanın takdiri içinde olduğu da belirtilmiştir.[21] Madde gerekçesine göre ise 53. madde devletin her şeyi yapmak isterken hiçbir şey yapamaz konuma düşmesini engellemek için vardır.

---

[19] Tanör ve Yüzbaşıoğlu da "hazırlamaya çalışmak" ibaresini "utangaç" olarak nitelendirmektedir: **TANÖR**, **YÜZBAŞIOĞLU,** s. 115.

[20] Aktaran: **GÖZE,** s. 229.

[21] **GÖREN**, Zafer, Sosyal Devlet, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, 2000 D.E.Ü. Rektörlük Matbaası İzmir, s. 20.

Söz konusu sınır 1982 Anayasası'nın 65. maddesinde de düzenlenmiştir: "*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir*." Bu hükümde iki ölçüt öngörülmektedir: ekonomik istikrar ve mali kaynaklarının yeterliliği. Mali kaynakların yeterliliği anayasada belirtilmese dahi doğal bir sınır oluşturacaktır.[22] Ancak ekonomik istikrar ölçütü gerçekten de belirlenmesi zor bir ölçüttür.

Anayasa'da 2001'de yapılan değişiklikle madde şu hali almıştır: *"Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir."* Böylece ekonomik istikrar ölçütünün yerini "*görevlerin amaçlarına uygun öncelikler*" almıştır. Bu öncelik de aslında Anayasa'nın diğer hükümlerinde somutlaşmaktadır. Örneğin Anayasa'nın 41. maddesi aileyi ve çocukları özel olarak korumaktadır. Yine Anayasa'nın 61. maddesi de şehit yakınlarını, gazileri, yaşlıları, engellileri özel olarak korunması gerekenler olarak düzenlemiştir.

Sosyal hakların gerçekleşmesi meselesinin sırf bir hukuk sorunu olmayıp siyasi nitelikte de bir sorun olduğu dikkate alınırsa bu hüküm o kadar da önem taşımamaktadır.[23] Çoğu zaman bir sosyal hakkın korunması devletin bu konuda sağlam ve geçerli ekonomik bir politika oluşturmasına bağlıdır. Yani sırf hukuki olarak sosyal hakları tanımak bu hakların hayata geçirilmesi için yetmemekte, siyasi alanda da uygun koşulların oluşturulması kritik önem arz etmektedir.

Bu hükmün sosyal hakların sübjektif bir hak olarak doğrudan ileri sürülmesini engellemek amacıyla koyulduğu da belirtilmektedir. Nitekim maddenin gerekçesine göre: "*Madde, hiç kimseye Devletten sosyal ve ekonomik hakları gerçekleştirmesini isteme hakkı vermediğini, bu hakların devlete yüklenen*

---

[22] Şirin, bir yükümlülüğün zaten imkanlar dahilinde yerine getirilebileceğini, buna rağmen bu duruma atıf yapmanın "imkân yoktur" diyerek yükümlülükten kaçmaya olanak sağlayacağı görüşündedir. **ŞİRİN**, Tolga, Anayasa'dan Çıkış, 2. Baskı, 2023 İstanbul İmge Kitabevi Yayınları, s. 173.

[23] **TANÖR,** Bülent, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, 2. Baskı, 2022 İstanbul On İki Levha Yayıncılık, s. 329.

ödevlerden ibaret olduğunu belirlemektedir." Yani bu anlayışa göre bir sosyal hak ancak yasal düzenleme ile öne sürülebilecektir. Bu noktada Anayasa'nın 11. maddesini gözden kaçırmamak gerekir. Anayasadaki bazı hükümlerin somutlaştırılmak için yasal düzenlemeye muhtaç oldukları söylenebilir. Ancak soyut düzenlenen temel hakların dava yoluyla takip edilebilme bakımından diğerlerinden farkı yoktur. Örneğin Anayasa'nın 42. maddesindeki parasız ilköğretim hakkını doğrudan Anayasa'nın sözüne dayanarak öne sürmenin karşısında bir engel yoktur. 42. maddenin "*(i)lköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır*" hükmü kanuna ihtiyaç duymadan kişilere sübjektif hak sağlayan açıklıktadır.[24]

Devletin mali olanaklarının sosyal hakları gerçekleştirmeye yeterli olup olmadığına dair tespit bir yerindelik denetimi olarak görüldüğünden sosyal haklardan mahrum bireylerin bu durumda yargıya başvurup bir sonuç elde etmelerinin zor olduğu da öne sürülebilir. Ancak bu noktada yargı tarafından her bir sosyal hakkın dokunulmaz özü belirlenebilir. Örneğin, parasız ilköğretim eğitim hakkının, korunmaya muhtaç kesimlerin birinci basamak sağlık hizmetlerinden yararlanması sağlık hakkının, asgari ücretle çalışacak iş bulabilmek çalışma hakkının özü olarak kabul edilebilir.[25]

SONUÇ

Liberal eşitlik anlayışının eksikliği, sebep olduğu eşitsizlik ile anlaşılmıştır. Bu eşitsizliği giderecek ancak liberal özgürlüklerden de vazgeçmeyecek önlemleri almak devlete düşmüştür. Bu dengeyi kuracak ilke ise sosyal devlet ilkesi olmuştur. Sosyal devlet ilkesi sosyalist anlamda bir eşitlik amaçlamamaktadır. Nihayetinde kavram yine liberal kurumların işlemesine hizmet etmektedir. Ancak ilkenin özgürlük-eşitlik ilişkisinde kurduğu mekanizma büyük önem taşımaktadır. Anayasamız 2. maddesinde sosyal devlet ilkesinden bahsetmeseydi bile söz konusu ilke Anayasa'nın 1. maddesindeki "*Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir*" hükmü ile korunmaktadır. Zira bir cumhuriyette eşitliği sağlamanın yolu sosyal devlet ilkesini uygulamaktan geçer.

---

[24] **GÖREN**, Sosyal Devlet, s. 41.

[25] **UYGUN**, s. 585.

1961 Anayasası'nda 1971 Değişikliği ile ortaya çıkan anlayış 1982 Anayasası'nda da devam etmiştir. Sonrasında iyileştirmeler yapılmış olsa da Anayasa hala bazı hükümleriyle sosyal adalete erişmek açısından yetersiz kalmaktadır. Bu yetersizliğin giderilmesinde sosyal hakların da Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruya konu edilebilmesinin sağlanması, Ekonomik ve Sosyal Konseyin etkin hale getirilmesi, kamu görevlilerinin grev hakkının güvence altına alınması, grev ertelemenin, lokavtın ve Yüksek Hakem Kurulu'nun sosyal adalet bakış açısıyla yeniden ele alınması önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

AKARTÜRK, Ali Ekrem, 1995 Anayasa Değişikliği Işığında Memurların Sendikal Hakları, 1998 İstanbul Alkım Yayınları.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt I, 8. Baskı, 2012 İstanbul Legal Yayıncılık.

GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, 5. Baskı, 2020 Ankara Yetkin Yayınları.

GÖREN, Zafer, Sosyal Devlet, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, 2000 D.E.Ü. Rektörlük Matbaası İzmir.

GÖZE, Ayferi, Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet, 6. Baskı, 2010 İstanbul Beta Yayıncılık.

GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 27. Baskı, 2023 Bursa Ekin Yayın Dağıtım.

ÖDEN, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, 2003 Ankara Yetkin Yayınları.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 22. Baskı, 2022 Ankara Yetkin Yayınları.

PETTİT, Philip, Cumhuriyetçilik, 1998 İstanbul Ayrıntı Yayınları.

SAYIN, Kemal Efe, **GÜMÜŞ**, Canberk, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı, Türk-Alman Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2023.

ŞİRİN, Tolga, Anayasa'dan Çıkış, 2. Baskı, 2023 İstanbul İmge Kitabevi Yayınları.

TANÖR, Bülent, **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 20. Baskı, 2020 İstanbul Beta Yayıncılık.

TANÖR, Bülent, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, 2. Baskı, 2022 İstanbul On İki Levha Yayıncılık.

TANÖR, Bülent, İki Anayasa, 6. Baskı, 2019 İstanbul On İki Levha Yayıncılık.

UYGUN, Oktay, Devlet Teorisi, 9. Baskı, 2022 İstanbul On İki Levha Yayıncılık.

YOLCU, Serkan, Bir Cumhuriyet Unsuru Olarak Sosyal Devlet: Sosyal Hakların Erozyonu Ekseninde Bir İnceleme, Cumhuriyet'in 100. Yılında Anayasa Hukuku Tartışmaları, Ed. TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan, YAZICI, Fatmagül, 2024 İstanbul On İki Levha Yayıncılık.

Kararlar

Anayasa Mahkemesi, E. 2022/15, K. 2022/73, K. T. 1.6.2022, R. G., T. 8.7.2022, S. 31890.

CUMHURİYETİN YÜZYILLIK AYNASINA YANSIYAN "VERGİDE AYRIMCILIK" GÖRÜNTÜLERİ

Nihal Saban*

GİRİŞ

Vergiler, kamu giderlerini karşılamak üzere alınır ve Anayasanın 73'üncü maddesinde Vergi Ödevi başlığı altındaki düzenleme iki temel kural içerir: vergide eşitlik ve verginin yasallığı. Bu kurallar 1215 Magna Carta[1] ve 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinde[2] yer alan ve bugün tüm ulus devletlerin anayasalarına geçmiş iki temel kuraldır.

Devletlerin tarihselliklerindeki kuruluş anlatıları, yönetim ve işleyiş biçimleri her zaman gerçekleri göstermeyebilir. Bu, karanlık/gölgeli ya da hatırlanması istenilmeyen gerçeklerin var olduğu anlamına gelir. Bir ulus devlet olarak Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşu genellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaygınlaşan antiemperyalist üçüncü dünya devrimlerinin öncüsü olarak değerlendirilmektedir[3]. Osmanlı İmparatorluğundan Cumhuriyete geçiş ve Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana vergi yasaları ve uygulanması ile bitmeyen ve aslında bitmemesi gereken bazı tartışmalar vardır ve bunlar bugün demokratik hukuk devletinin perspektifinden değerlendirildiğinde açıkça "vergide ayrımcılık" olarak nitelendirilecek gölgeli vergilendirmelerdir.

Bu çalışmada Cumhuriyetin ilanından günümüze dört vergi yasası üzerinden vergide ayrımcılık örnekleri geçmiş ve bugün üzerinden incelenecektir[4].

---

* Prof.Dr., İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Ana Bilim Dalı, email: nihal.saban@okan.edu.tr, ORCID ID 0000-0002-4187-9504.

1 **İLAL**, Ersan, Magna Carta, dergipark.org.tr

2 https://hukukbook.com/insan-ve-yurttas-bildirisi-metni/

3 **GÜLALP**, Haldun, Laiklik, Vatandaşlık Demokrasi, Türkiye'nin Siyasal Kültürü Üzerine Çalışmalar, Metis Yayınları, İstanbul 2017, s.34.

4 Bu çalışmanın Sistematik ve iç okumalarındaki değerli katkısı için İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Dr. F. Ceren Akçabay'a içten teşekkür ederim.

I. VERGİDE AYRIMCILIK

Ayrımcılık, "benzer *(similar)* ya da özdeş *(identical)* durumlarda farklı muamele yapılması; daha genel anlamda yapılan muameleyi haklı kılan elverişli temeller olmadan eşitsiz davranma olarak" ifade edilmektedir.[5] Ayrımcılık, hayatın ve oradan da hukukun tüm alanlarına yansıdığı için vergi hukukunda da geniş bir görünüm bulur. Vergi hukukunda; mali gücü aynı olanlara aynı vergilendirme kurallarının uygulanması, mali gücü farklı olanlara farklı vergilendirme kurallarının uygulanması eşitli gereğidir. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin yerleşik içtihadı, Anayasadaki eşitlik ve vergi ödevi ile ilgili kuralların birlikte okunmasıyla temellendirilir. Mali gücü aynı olanlara farklı vergilendirme kurallarının uygulanması ya da mali gücü farklı olanlara aynı vergilendirme kurallarının uygulanması, haklı nedeni yok ise, eşitliğe aykırıdır. Ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesi ile iç içe geçmiş bir kavramdır.[6] Nesnel ve makul bir gerekçenin yokluğunda farklı muamele ayrımcı olarak nitelendirilir. Gerek ulusal gerekse de uluslararası sözleşmelerde, haklı neden olmadıkça vergide ayrımcılık yasaktır. Ayrımcılığın çeşitli formları ile ilgili tartışmalar, vergi hukukunda da benzer ya da farklı formlar üzerinden ulusal ve uluslararası vergi hukukunda da devam etmektedir[7].

A. Vergide Etnik Ayrımcılık: 4305 Sayılı Yasa

1. Cumhuriyetin Kuruluş Yılları

Cumhuriyetin kuruluşunun maddi temellerinden birincisi, "Osmanlı İmparatorluğundaki Müslümanlarla gayrimüslimler arasındaki gerilimden ortaya çıkan ve sonuçta Müslüman/Türk topluluk lehine çözülen etnik bir çatışma, ikincisi ise ulus devletin kuruluşunu belirleyen tarihsel, siyasal süreçtir. Bu süreç

---

5 **AŞÇI AKINCI,** Nuray, Türkiye ve Avrupa Birliği Hukukunda Dolaysız Vergilerde Ayrımcılık Yasağı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.6.

6 **ATEŞ,** Leyla, Vergilendirmede Eşitlik, Der'in Yayınları, İstanbul 2006, s.6.

7 Bu çalışmada vergide ayrımcılığın ne olduğu anlatılmayacaktır çünkü bu konu doktrinde yeterince tartışılmıştır. Konuyla ilgili okuma yapmak isteyen meraklı okuyucu için Bak: **AŞÇI AKINCI,** age; **YALTI SOYDAN,** Billur, Avrupa Birliğinde Dolaysız Vergiler, Beta Yayınevi, İstanbul 2002; **ATEŞ,** age.

bağlamında, merkezileşen modern devlet için ulusal bir kimlik keşfedildi ve bu kimlik laik meşrulaştırma amacına hizmet etti. Böylece Osmanlı Devleti'-nin İslami meşruiyetinin yerini cumhuriyetin ulusal meşruiyeti aldı."[8].

Cumhuriyetin kuruşundan bugüne kadar olan sürece baktığımızda; devletin kendisi sınıf mücadelelerinden azade olmadığı gibi, devlet politikaları da sınıfsal çelişkilerden ve mücadelelerden bağımsız değildir[9].

Sınıfsal kesenleri de olan ve etnik, dinsel kimlik çatışmalarında vergilendirme her zaman önemli bir araç olmuştur. Tüm toplumsal olgu ve olaylara vergi düzenlemeleri eşlik eder. Osmanlı İmparatorluğundan Cumhuriyete geçişte de bunu açık biçimde görebiliriz. Şöyle ki; ulus devleti inşa etmek için ulusal burjuvaziyi yaratmak gerekmiştir. Ticaret gayrimüslimlerin elinde olduğu için son derece zayıf bir ulusal burjuvazi söz konusudur. O halde önce Müslüman bir burjuvaziyi inşa etmek sonra da onu Türkleştirmek[10], bir diğer deyişle devlet destekli Müslüman-Türk[11] burjuvazisinin yaratılması gerekmiştir. Tarihsel açıdan modern ulus-devletin ortaya çıkışıyla kapitalizmin ortaya çıkışı paralel süreçlerdir[12]. Kapitalistleşme sürecini başlatabilmek için parasal servet birikiminden yoksun olan Türk ulus devleti ilkel birikim sorununu çözmek zorundadır ve sorun azınlıkların, gayrimüslimlerin mülksüzleştirilmesi[13] üzerinden çözülmeye çalışılmıştır[14].

---

8 **GÜLALP**, s. 35.

9 **ÖZ,** İlkay, Mülksüzleştirme ve Türkleştirme Edirne Örneği, İletişim Yayınları, İstanbul 2020, s. 11.

10 **ÖZ,** s. 29.

11 Osmanlılık Sözleşmesi, Müslümanlık Sözleşmesi ve Türklük Sözleşmesi'ne bağlı dönüşerek oluşturulan bu kimlik için Bak: **ÜNLÜ,** Barış, Türklük Sözleşmesi, Oluşumu, İşleyişi ve Krizi, Dipnot Yayınları, Ankara 2023.

12 **GÜLALP,** s. 41.

13 Kavram için Bak: **HARVEY,** David, ""Yeni Emperyalizm": Mülksüzleştirme yoluyla birikim", Çeviren: Evren Mehmet DİNÇER, Praksis 11; **ERDİLEK KOZAL,** Özge "Harvey'in Mülksüzleştirme Yoluyla Birikim Kavramına Eleştirel Bir Bakış: Türkiye Örneği", Finans Politik&Ekonomik Yorumlar 2017, Cilt:54, Sayı: 628.

14 **ÖZ**, s. 28.

2. Varlık Vergisi Kanunu

Varlık Vergisi Kanunu[15] bu amaca hizmet eden en önemli vergi kanunudur.

1. Verginin konusu

Madde 1 —. Servet ve kazanç sahiplerinin servetleri ve fevkalâde kazançları üzerinden alınmak ve bir defaya mahsus olmak üzere (varlık vergisi) adiyle bir mükellefiyet tesis edilmiştir.

Verginin konusuna baktığımızda, II. Dünya Savaşı sürecindeki ekonomik kriz nedeniyle getirilen olağanüstü ya da ek bir vergidir. Ancak yasanın ilerleyen maddeleri dikkat çekicidir:

2. Verginin miktarı

Madde 6 — Yedinci maddede yazılı komisyonlar, ikinci maddede yazılı mükelleflerin mükellefiyet derecelerini, her mükellef namına 1941 yılında ve ticaretini terk, devir veya tasfiye etmiş olanlar için terk, devir veya tasfiyeye tekaddüm eden son yılda tarh edilmiş veya tahakkuk ettirilmiş vergi miktarlarını, çiftçilerde mükellefin zirai vaziyetini ve gayrimenkul sahiplerinin de irat ve vergi kıymeti miktarlarını gözden geçirmekle

Beraber bunlarla mukayyet olmaksızın edinecekleri kanaate göre takdir ve tesbit ederler.

3. Verginin tarhı

Madde 7 — İkinci maddede yazılı servet ve kazanç sahiplerinin mükellefiyet derecelerini tesbit etmek üzere her vilâyet ve kaza merkezinde mahallin en büyük mülkiye memurunun reisliği altında en büyük mal memurundan ve ticaret odalariyle belediyelerce kendi azaları arasından seçilecek ikişer azadan müteşekkil bir ve icabına göre müteaddit komisyon kurulur. Ticaret odası bulunmıyan yerlerde, bu odanın seçeceği azalar yerine belediyece, hariçten ticaret ve ziraattan anlıyanlar arasından iki âza seçilir.

---

[15] 4305 sayılı Varlık Vergisi Hakkında Kanun (RG: 12 Teşrinisani 1942, 5255); ERGİNAY, Akif, Türkiye Cumhuriyet Dönemi Vergi Resim Harç ve Kanunları 1920-1977 Kanun 1-4699, Elif Matbaacılık Sanayi, Ankara 1977, s.715-719.

4. Verginin tebliğ ve tahsili

Madde 11 — Komisyon kararları, şehir ve kasabalarda varidat dairelerinin kapılarına ve köylerde münasip mahallere listeler yapıştırılmak suretiyle ilân ve tebliğ olunur. Listelerin asıldığı, gündelik gazete çıkan yerlerde gazetelerle ve gündelik gazete çıkmıyan mahallerde belediye tellâlları marifetiyle halka ayrıca haber verilir.

Komisyon kararları nihaî ve katî mahiyette olup bunlara karşı idari ve adli kaza mercilerinde dâva açılamaz.

Varlık Vergisi ile ilgili listeler açıklandığında İstanbul'un merkez seçildiği görülmektedir çünkü gayrimüslim azınlığın yoğun olarak yaşadığı kentti. Mükellefler: Müslümanlar (M), Gayrimüslimler (G) ve diğer (G-M-E) olarak gruplandırılmış[16] ve bu yetmemiş ayrıca "hayat tarzları" ve sahip oldukları farklı "tüketim kalıpları" nedeniyle de son derece farklı biçimde vergilendirilmişlerdir[17]. Söyle ki;

"...babam [Avukat Jak Hatem] çevresinde itibarı yüksek, sosyal hayat bakımından da o dönemde seçkin kişilerin üye olduğu kulüplere üye olan bir insandı. Yılın belli aylarında Yalova'ya gider, Termal Oteli'nde kür yapardı. Ortağı Bensiyon Garin ise daha kapalı, mütevazi bir hayat sürerdi. Kendisiyle aynı katta avukatlık yapan o zamanın meşhur ceza avukatı Sadi Rıza Dağ ile iyi arkadaştı. Hatta ben hukuk fakültesini bitirdiğim zaman Sadi Beyin yayında staj yaptım.

Varlık vergisi listeleri asıldığı zaman babam Jak Hatem'e tarh edilen vergi 140.000.-TL., ortağı Bensiyon Garin'e tarh edilen verginin de 90.000.-TL. olduğunu gördük. Aynı katta, aynı işi yapan Avukat Sadi Rıza Dağ'a tarh edilen vergi ise sadece 6.000.- liraydı…"[18]

---

16 **AKAR,** Rıdvan, Aşkale Yolcuları, Varlık Vergisi ve Çalışma Kampları, Belge Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2000, s.87.

17 **AKTAR,** Ayhan, Varlık Vergisi ve Türkleştirme Politikaları, İletişim Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2000, s.157.

18 **AKTAR,** s.155.

Süreçte vergilerini ödeyemeyenler için 7 Ocak 1943 tarihli ve 19288 sayılı Çalışma Mükellefiyeti Talimatnamesi'nin[19] yayınlanması ile önce hiç ödeme yapmayanlardan başlamak üzere çalışma kamplarına gönderilme süreci başlatılmıştır. Bu süreçte vergisini ödemek için mükellefler tarafından satışa çıkarılan ya da haczedilen malları, gayrimenkulleri satışında, çok ucuz değerlerle Müslüman Türklere geçmiştir. 1944 yılında kaldırılmıştır[20]. Bu büyük mülksüzleştirmeyi/servet transferini zamanın İstanbul Defterdarı Faik Ökte[21] ve döneme tanıklık edenler[22] anlatmışlardır.

Günümüzde ise benzer başka bir şey yaşanmıştır: 2010 yılından itibaren burjuvazinin iç çelişkileri nedeniyle kendi içinde çatışma başlamış ve iki İslamcı sermayenin 15 Temmuz 2016'da karşılaşmasıyla bir iç savaşa dönüşmüş ve ardından büyük bir servet transferi gerçekleşmiştir.

B. Gelir Türlerine Dayalı Ayrımcılık: 3239 Sayılı Yasa

Gelir Vergisi, gerçek kişilerin gelirlerini vergilendirir ve Gelir Vergisi Kanununda (GVK) yedi gelir türü vardır. Bunların bazıları GVK'nda yer alan artan oranlı tarifeye göre vergilendirilirken bir bölümü de yürütmeye verilen yeki ile kaynakta vergi kesintisine yani stopaja tabidir. Cumhuriyet döneminden bu yana ücretliler, düzenli vergi ödemek zorunda olan kesimdir çünkü vergileri kaynakta kesilir ve de GVK'daki yasa ile belirlenen tarifeye göre vergi ödemek zorundadırlar. Mukayese yapacağımız bir diğer gelir türü ise menkul sermaye iradı yani paradan para kazanma dediğimiz rant gelirleri içinde yer alır. Örneğin bankada mevduat geliriniz varsa menkul sermaye iradı elde ediyorsunuzdur ve bunun vergilendirmesi de Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen vergi oranı üzerinden yapılmaktadır.

---

19 **AKAR,** s.115.

20 4530 sayılı Varlık Vergisi Bakayasının Terkinine Dair Kanun (RG: 17.3.1944) (**ERGİNAY**, s.738).

21 **ÖKTE,** Faik, Varlık Vergisi Faciası, Nebioğlu Yayınları, İstanbul 1951.

22 **KAYRA**, Cahit, 1938 Kuşağı, Olaylar, İnsanlar, Anılar, Cem Yayınevi, İstanbul 1995, s.105-109.

Gelir türlerinin farklı vergilendirilmesi ile ilgili önemli bir örnek olarak 3239 sayılı yasa[23] verilebilir. Anayasa Mahkemesinin 1987 tarihli bir kararında[24] konu şöyle değerlendirilmiştir:

Anayasa Mahkemesi, 19.3.1987, E.1986/5, K.1987/7;

"…..Ücret gelirlerinin Gelir Vergisi Kanunu'nun 103. ve 104. maddeleri uyarınca "esas tarife"de yer alan ve gelir seviyelerine göre % 25 - % 50 arasında değişen oranlara göre tevkifata tabi tutulması ve bu oranların Bakanlar Kurulu kararı ile ancak % 10 oranında indirilmesi ve eski seviyesine çıkarılmasıyla; stopaj usulüne göre ve % 25 oranında vergi tevkifatına tabi diğer gelir unsurlarının yine Bakanlar Kurulu kararıyla vergiden muaf tutulması (sıfır oran) veya bir misli fazla tevkif ata tabi kılınması Anayasa'nın 73. maddesinde öngörülen "herkesin mali gücüne göre vergi ödemesi" ilkesi ile "vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı" sosyal amacına ters düşmez. Çünkü Gelir Vergisine "esas tarife" üzerinden tabi tutulan ücret geliri çoğu mükellefler için yegane devamlı gelir kaynağıdır. Ücret dışı stopaj usulü ile tevkifata tabi gelirlerin bir kısmı geçici gelir kaynağı niteliğindedir. Ücret geliri elde edenlerin de bir ek gelir olarak bu tür gelirler elde etmesi mümkündür. Farklı nitelikteki gelirlerin ayrı vergilendirme yöntem ve oranlarına tabi tutulması, vergi adaletinin sağlanması için gereklidir. Öte yandan çağdaş devletlerin; sermaye birikiminin teşviki, kalkınma hızının arttırılması, enflasyonun durdurulması, işsizliğin önlenmesi, ödemeler dengesi açığının giderilmesi ve tüketim yapısının ıslahı gibi temel sosyo-ekonomik amaçlara ulaşmak için kullandığı etkin araçlardan biri çeşitli gelirlere uygulanan vergi oranlarının indirilip yükseltilmesidir…"

---

[23] 3239 sayılı yasa (R: 11.12.1985, 18955): 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu; 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu, 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 2978 Sayılı ücretlilere Vergi İadesi Hakkında Kanun, 492 Sayılı Harçlar Kanunu, 488 Sayılı Damga Vergisi Kanunu, 210 Sayılı Değerli Kağıtlar Kanunu, 1319 Sayılı Emlâk Vergisi Kanunu, 2464 Sayılı Belediye Gelirleri Kanunu, 3074 Sayılı Akaryakıt Tüketim Vergisi Kanunu, 2380 Sayılı Belediyelere ve İl Özel İdarelerine Genel Bütçe Vergisi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun ile 6802 Sayılı Gider Vergileri Kanununda Değişiklikler Yapılması ve Bu Kanunlara Bazı Hükümler Eklenmesi ve 190 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki I Sayılı Cetvele Yeni Kadrolar Eklenmesi Hakkında Kanun.

[24] Anayasa Mahkemesi, 19.3.1987, E.1986/5, K.1987/7.

Bu madde ve Anayasa Mahkemesi bize şunu söyler: Siz ücret geliri elde ediyorsanız %25 ya da %50 oranı arasında vergi ödersiniz. Ancak bir başka gelir türünün Bakanlar Kurulu Kararıyla %0 oranında vergilendirilmesi eşitliğe aykırı değildir. Bu karar 1987 yılına ait olsa da ancak eskide kalmış diye değerlendirilemez. Nitekim şu anda 2023 yılı itibariyle Gelir Vergisi tarifesi aşağıdaki gibidir ve siz ücret geliri elde ediyorsanız (asgari ücret dışında) bu tarife üzerinden vergilendirilirsiniz:

70.000 TL'ye kadar %15

150.000 TL'nin 70.000 TL'si için 10.500 TL, fazlası %20

370.000 TL'nin 150.000 TL'si için 26.500 TL (ücret gelirlerinde 550.000 TL'nin 150.000 TL'si için 26.500 TL), fazlası %27

1.900.000 TL'nin 370.000 TL'si için 85.900 TL, (ücret gelirlerinde 1.900.000 TL'nin 550.000 TL'si için 134.500 TL), fazlası %35

1.900.000 TL'den fazlasının 1.900.000 TL'si için 621.400 TL, (ücret gelirlerinde 1.900.000 TL'den fazlasının 1.900.000 TL'si için 607.000 TL), fazlası %40

Ancak Kur Korumalı Mevduat Hesabı (KKMH) sahibi iseniz yani bankada Dolar veya Euro cinsinden döviz hesabınız varsa elde ettiğiniz gelir menkul sermaye iradıdır ve GVK'nın Geçici 67 nci maddesine göre vergi ödemeniz gerekir. Ancak bu hesabınızı KKMH hesabına çevirirseniz Cumhurbaşkanı Kararına[25] göre ödeyeceğiniz vergi %0'dır. Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki kararına göre bu vergi de eşitliğe aykırı değildir.

Peki niçin böyle bir uygulamaya gidildi? Ülkenin döviz birikimleri nereye harcandığını kime satıldığını bilmediğimiz dövizleri azalınca yani devletin yanlış politikaları nedeniyle döviz kıtlığı başlayınca yine bizim ödediğimiz vergilerle döviz sahiplerini zengin etmek için bu yola başvuruldu. Büyük olasılık devlet bu borçların altından kalkamadığında yani KKMH tasfiye etmek zorunda kaldığında 1981 yılında Kıbrıs Barış Harekatındaki Dövize Çevrilebilir Mevduat Hesaplarında olduğu gibi borç Devlet tarafından üstlenilecektir.

---

[25] RG: 25.12.2021, 31700.

C. Mali Milat Yoluyla Ayrımcılık: 4369 Sayılı Yasa

Karapara, vergilendirilmeyen gelirler, vergide eşitlik ilkesini ihlal eden konuların başında gelir ve karaparayla mücadele etmek gerektiği bilinir. Cumhuriyetin kuruluşundan sonra ticaret ve büyük toprak sahiplerinde olan sermaye, devlet desteği ile 1960'lı yıllarda sanayi sermayesine dönüşür. 1980'li yıllarda finansal serbestleşme ve kapitalizme entegre olabilmesi için de vergide muafiyet ve istisnalar, ucuz krediler, vergi afları gibi pek çok araç ile desteklenirler. 1996 yılında Susurluk'ta yaşanan bir trafik kazası mafya-siyaset-devlet üçgeninin görüntüsünü ortaya çıkarmıştır. Yine 80'li yıllar, Demirel, Özal, Erbakan, Çiller, Yılmaz'lı yıllar çarpıcı olaylara sahne olmuştur. Kiminin hayali ihracat yapan yeğeni, kiminin çocuklarına sünnette takılan altınlar, batan bankalar, bankerler tarafından dolandırılanlar, özelleştirme rüzgarıyla siyasilerin yakınlarına ucuza satılan kamu kurumları, vergi yasalarında siyasilerin yakınlarına tanınan muafiyet ve istisnalar yahut af yasaları kamuoyunu gündemine gelmiştir. Bunlar sonucu bazı kesimler inanılmaz ölçüde zenginleşirken, 1961-69 tasarruf bonoları, 1970 Devlet Memurları Yardımlaşma Kanunu, 1982 çalışanların zorunlu tasarrufu,1986 konut edindirme yardımı gibi kalemlerle çalışanlar devlet eliyle tasarrufa zorlanmış, daha sonra bu paralar pul olup, büyük bir yoksulluk olarak vergi mükelleflerine dönmüştür[26].

1989 yılında Bülent Ecevit döneminde vergi yasalarında önemli bir reform çalışması yapılarak vergilendirilmeyen gelirlerin vergilendirilebilmesi için mali milat olarak anılan bir düzenleme hazırlanmıştır. 4369 sayılı Yasa'nın[27] gerekçesinde şu ifadeler yer almıştır:

---

[26] **SABAN,** Nihal, "Kaybolan Zamanlarda Gerçeğin Yoksullaşması: Çalışanların Zorunlu Tasarrufu", Prof.Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.595-607.

[27] Vergi Usul Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Gelir Vergisi Kanunu, Kurumlar Vergisi Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu, Gider Vergileri Kanunu, Emlak Vergisi Kanunu, Veraset Ve İntikal Vergisi Kanunu, Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu, Damga Vergisi Kanunu, Harçlar Kanunu, 3505 Sayılı Kanun, Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında Kanun, Belediye Gelirleri Kanunu, 1318 Sayılı Ve 4208 Sayılı Kanunlar İle 178 Sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Ve 190 Sayılı Genel Kadro Ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG: 29.7.1998, 23417 Mük.).

> "…ancak, vergi tabanının darlığı ve kayıt dışı işlemlerin yaygınlığı nedeniyle gerçek matrahlar üzerinden vergilerini ödeyen mükellefler hep sınırlı sayıda kalmış ve sistem ödeyenlerin üzerine çok ağır yükler getirirken, vergi ödemeyenler için bir vergi cenneti haline gelmiştir…"[28]

Bu yaklaşımla gelir türleri ile ilgili yeni bir düzenleme yapılmış ve bu durum şöyle açıklanmıştır:

> "yasada vergi tabanının genişletilmesi ilk adım olarak Gelir Vergisi Kanunundaki gelir tanımı genişletilmekte ve yasaların kavramadığı gelir bırakılmamaktadır. Bundan böyle vatandaşların bir yıl içerisindeki harcamaları ile tasarrufların tamamı Gelir Vergisi Kanunu'nda sayılan 6 gelir unsuruyla ilişkilendirilemiyorsa, kanunlarda istisna edilmemişse, veraset ve intikal vergisinin kapsamına girmiyorsa ve belli tutarı aşıyorsa kaynağına ve konusuna bakılmaksızın vergiye tabi diğer kazanç ve irat olarak vergilendirilecektir."[29]

Yasa, kaynağı belli olmayan ya da açıklanamayacak gelire sahip olanlardan büyük tepki görmüştür. Örneğin TUSİAD bir basın açıklaması yaparak konuyu şöyle değerlendirmiştir:

"…Mali Milat uygulamasında başarının bir diğer koşulu, mükelleflere milattan önceki faaliyetleri sebebiyle tam bir teminatın verilmesidir. Daha önceki uygulamada mükelleflere verilen teminat sadece mali milada ilişkin bildirimlerde yer alan servet unsurlarıyla sınırlanmıştır. Oysa mükellefler, Mali Milat tarihinden önceki faaliyetleri, gelirleri, servetleri ve harcamaları sebebiyle ileride bir vergi endişesi taşımak istememektedirler. Gerçek anlamda bir milattan bahsediliyorsa, geçmişle ilgili tüm vergisel bağların koparıldığı mesajı hiçbir tartışmaya, yoruma yer vermeyecek açıklıkta ortaya konulmak durumundadır…"[30]

Sonrasında yasanın uygulanması önce ertelenir daha sonra Tayyip Erdoğan hükümeti döneminde kaldırılır.

Bugüne geldiğimizde; Suç Gelirlerin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ve Türk Ceza Kanunu'nun 282'nci maddesi olmasına rağmen, güzellik

---

28 https://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/gerekceler/6183/tvk_4369_sayili_kanun_1.pdf (Gerekçe) s.344.

29 Gerekçe, s.347.

30 TUSİAD Basın Bülteni, 2.8.2002, TS/BAS/02/063.

salonlarında, Tik-Tok'ta, bankalardaki birtakım fonlarda aklanan kara paranın, bütçe açıklarının finansmanında kullanılan kaynağı belirsiz paranın haddi hesabı yoktur. 17-25 Aralık 2013'de yaşanan ve yargılamaları Amerika'da devam eden olaylar bu süreçte gerçekleşmiş, yargılananların yakın oldukları siyasilerin kazançları bu yasalar varken elde edilmiş ve aklanmış, aklanmaya da devam edecek gibi görünmektedir. Üstelik her gün başka bir skandal patlamakta bizler yoksullaşmaya devam etmekteyiz.

D. Vergi Desteği Vasıtasıyla Ayrımcılık: 6306 Saylı Yasa

1. Mülksüzleştirme: Soylulaştırmanın Yeni Biçimleriyle Yerinden Edilmek

Soylulaştırma, sınıfsal ve/veya etnik, dini, ırksal olarak kent merkezinin yeniden inşa edilmesi ve düzenlenmesi anlamına gelmektedir[31].

"...Jason Hackworth 2002'de yayımlanan "Ekonomik Durgunluk Dönemi Sonrası New York'ta Soylulaştırma" isimli makalesinde soylulaştırmanın evrimini 3 dalga halinde açıklamaktadır. Bu açıklamalar New York temel alınarak yapılması açısından kısmî bir açıklayıcılığa sahip olsa da sürecin gelişiminin takibinde bir izlek oluşturabilmektedir. Hackworth, 1950-1973 arası dönemi ilk dalga soylulaştırma olarak isimlendirmiş, tek tek ve dağınık şekilde gerçekleşen, özellikle merkez kentlerde varlığını gösteren bir olgu olarak tarif etmiştir. Devlet bu süreçte bir yandan belli bölgelerde dönüşümü desteklerken, bir yandan da spekülatif kira artışlarına engel olacak koruyucu yasalar oluşturmuştur. 1974-1988 yılları arasında soylulaştırma ikinci bir dalga olarak, yerleşmiş ve kendini göstermeye başlamış, coğrafi olarak kısmen yaygınlaşmış ve daha çok sermayenin elinde şekillenen bir sürece dönüşmüştür. Zira bu dönemde devlet mekanizması ağırlıklı olarak "laissez-faire" politikaları izlemektedir. Hackworth'e göre, 5 yıllık bir geçiş dönemini takiben 1993'ten sonra hem sermayenin ölçeğinin büyüdüğü ve devletin doğrudan girişimci rolü üstlendiği, hem de soylulaştırmanın coğrafi olarak küre düzeyinde yaygınlaştığı

---

[31] **SÖNMEZ,** Beril, "Soylulaştırmanın Yeni Biçimleriyle Yerinden Edilmeyi Yeniden Düşünmek", Planlama 2014;24(1):42-53 doi: 10.5505/planlama.2014.11939, s.48.

ve de muhalif hareketlerin daha şiddetle bastırıldığı bir döneme girilmiştir..."[32]

Yukarıdaki açıklamalara baktığımızda ülkemizde de soylulaştırma hareketinin başladığını ve yukarıdaki metindekine benzer gelişmelerin gecikmediğini görüyoruz. Fatih, Sulukule, Fener, Balat, Tarlabaşı ve Fikirtepe gördüğümüz, bildiğimiz örneklerdir. Bu bölgeler yasalara uygun çeşitli adlandırmalarla ve kimi zaman yasalara uymaksızın ve kimi zaman da mahkeme kararlarına aykırı biçimde kentsel dönüşüme uğrayan ya da uğramaya devam eden bölgelerdir. Bu bölgelerin en önemli özellikleri ise yoksulların yaşam alanları olmalarıdır. Örneğin Sulukule Romanların yerleşim alanı idi ve oradan başka yerlere gönderildiler şimdi Sulukule'de villalar var.

Bir başka örnek olan Diyarbakır Suriçi, çok düşük bedellerle kamulaştırmaya tabi tutulmuş ve insanlar bu bölgeden göç ettirilmiştir. Üstelik bu bölgede yaşayan Kürtler tarihin pek çok döneminde zorunlu köy boşaltma gibi uygulamalarla devlet eliyle yerlerinden edilmişlerdir.

Aslında sadece yukarıdaki örneklere baktığımızda dahi etnik kökenin soylulaştırmanın yapılacağı bölgelerin seçiminde etkili olduğu söylenebilir.

2. Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun

Vergilendirme alanından baktığımızda; Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun[33] 7 maddesinin 9 fıkrası gereğince:

"....Kanun uyarınca yapılacak diğer işlemler noter harcı, tapu harcı, belediyelerce alınan ücret ve harçlardan, veraset ve intikal vergisi, döner sermaye ücreti ve diğer ücretlerden, bu işlemler nedeniyle düzenlenecek kâğıtlar, resmî dairelerin mal ve hizmet alımlarına ilişkin ödemeler sebebiyle düzenlenen kâğıtlar da dahil olmak üzere damga vergisinden, bu Kanun kapsamındaki yapıların maliklerine ve malik olmasalar bile bu yapılarda kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi olarak en az bir yıldır ikamet ettiği veya bunlarda işyeri

---

[32] **SÖNMEZ,** s.44.

[33] 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun (RG: 31.5.2012, 28309).

bulunduğu tespit edilenlere bu amaçlarla kullandırılan krediler dolayısıyla lehe alınacak paralar, banka ve sigorta muameleleri vergisinden istisnadır. Bu Kanun kapsamındaki iş, işlem ve uygulamalar, Bakanlık, Başkanlık, TOKİ, İller Bankası Anonim Şirketi ve İdarenin, sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri tarafından yürütülüyor ise, bu şirketlerce yapılan iş, işlem ve uygulamalarda da bu fıkrada belirtilen vergi, harç ve ücret muafiyetleri uygulanır…"

Hak sahiplerinin harç, damga vergisi, banka sigorta muamele vergisi ve Katma Değer Vergisi istisnasından yararlanmaları mümkündür. Bunlar genel bir teşvik olarak nitelenebilir ancak kentsel dönüşüm sonrasındaki konutların değerlerine bakıldığında büyük bir kayıp yaşadıkları ortadadır. Bırakın kendilerine ortaya çıkan ranttan pay verilmesini, şehir kimliği için bir rant vergisi dahi söz konusu değildir. Böyle bir yerden baktığımızda bile devlet eliyle mülksüzleştirmeyi görmek mümkündür.

Bütün bunlar AKP'nin sermaye birikim modelinin inşaat sermayesine dönüştüğünü de göstermektedir. Çünkü AKP'ye yakın bazı şirketlerin ülkenin pek çok ihale, yol, köprü gibi büyük inşaat işlerini alması, onlara büyük teşvikler vermesi ve ayrıca da bankalardan sağlanan büyük kredilerle desteklenmeleri, ülke kaynaklarının bir avuç insana adeta transferini göstermektedir.

SONUÇ

Vergide ayrımcılık Cumhuriyetten günümüze farklı kılıklarda gözlemlenmekte ancak içerik değişmemektedir. Vergide ayrımcılığın neden devam ettiği sorusunun cevabını tekrar tekrar aramamız gerekiyor. Böylesi bir yaklaşımla Badiou'nun "olay temelli hakikat" kavramı ile yeniden düşünmek belki bir yol açabilir.

Badiou'nun felsefesinin temel argümanı, olay adını verdiği geniş kapsamlı değişimler ve bu değişimlerin sonucu ortaya çıkan hakikat ve özneleşme süreçleridir[34]. Varlık bilgisinin erişimi dışında, tahmin edilemez bir biçimde durumu aşan ve Varlık-dışına ait olarak gerçekleşen kopuş ise Olay'dır[35].

---

[34] **GÜNGÖR,** Feyza Şule, Alain Badiou'nun Olay Felsefesine Dair Eleştirel Bir Değerlendirme, beytulhikme Philosophy Circle Beytulhikme Int J Phil 8 (2) 2018, s. 478.

[35] **GÜNGÖR,** s.478-479.

Olay, "durum" üzerindeki statükoyu kırma ve ondan kopmayla gerçekleşir[36]. Durum'da olay gerçekleşmeden önce, tahmin ve temsil edilecek bir hakikat yoktur; sadece gerçeğe uygunluk vardır[37]. Olaya ilişkin karar vermesi, olaya sadakat duyması, özne'yi yaratan süreçtir; olaydan önce özne yoktur, sadece bireyler vardır[38]. Hakikat olay tarafından yaratılır, üretilir[39] Hakikat süreci adı verilen bu süreç döngüseldir; öznenin kararı olayı belirler; onun olaya sadakati de bireyi özneleştirir Hakikat süreci adı verilen bu süreç döngüseldir; öznenin kararı olayı belirler; onun olaya sadakati de bireyi özneleştirir[40].

Badiou'nun öznesini vergi yükümlülerine aktaralım hala hakikatin ne olduğunu göremiyor muyuz?

Aslında Marx'a göre; ilkel birikim dolaysız üreticilerin, geçimlik araçlarından koparılmasını ifade etmektedir. Dolaysız üreticilerin, ortak mülkiyette topraklarının çitlenmesiyle geçim araçlarından yoksun bırakılmaları sonucunda şehirlerde ücretli işçi olarak emek gücüne ve piyasaya dahil oldukları tarihsel bir süreçtir[41].

Belki de Badiou'nun olay kavramını, Marx'ın işçileşme kavramı ile birlikte düşünürsek; neoliberal rüzgarların, hepimizi işçilikten öte kölelik düzenine götürdüğü hakikatini görüp, özne haline gelebiliriz!

---

36 **GÜNGÖR,** s.478.

37 **GÜNGÖR,** s.479.

38 **GÜNGÖR,** s.480.

39 **GÜNGÖR,** s.481.

40 **GÜNGÖR,** s.481.

41 **MARKS,** Karl, Kapital, Kapitalist Üretimin Eleştirel Bir Tahlili, Birinci Cilt, Eriş Yayınları, 2003, s.613.

KAYNAKÇA

AKAR, Rıdvan, Aşkale Yolcuları, Varlık Vergisi ve Çalışma Kampları, Belge Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2000.

AKTAR, Ayhan, Varlık Vergisi ve Türkleştirme Politikaları, İletişim Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2000.

AŞÇI AKINCI, Nuray, Türkiye ve Avrupa Birliği Hukukunda Dolaysız Vergilerde Ayrımcılık Yasağı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.

ATEŞ, Leyla, Vergilendirmede Eşitlik, Der'in Yayınları, İstanbul 2006.

ERDİLEK KOZAL, Özge, "Harvey'in Mülksüzleştirme Yoluyla Birikim Kavramına Eleştirel Bir Bakış: Türkiye Örneği", Finans Politik&Ekonomik Yorumlar 2017, Cilt:54, Sayı: 628.

ERGİNAY, Akif, Türkiye Cumhuriyet Dönemi Vergi Resim Harç ve Kanunları 1920-1977 Kanun 1-4699, Elif Matbaacılık Sanayi, Ankara 1977.

Fransız İnsan ve Yurttaş Bildirisi, https://hukukbook.com/insan-ve-yurttas-bildirisi-metni/

GÜLALP, Haldun, Laiklik, Vatandaşlık Demokrasi, Türkiye'nin Siyasal Kültürü Üzerine Çalışmalar, Metis Yayınları, İstanbul 2017.

GÜNGÖR, Feyza Şule, Alain Badiou'nun Olay Felsefesine Dair Eleştirel Bir Değerlendirme eytulhikme Philosophy Circle Beytulhikme Int J Phil 8 (2) 2018.

HARVEY, David, ""Yeni Emperyalizm": Mülksüzleştirme yoluyla birikim", Çeviren: Evren Mehmet DİNÇER, Praksis 11.

İLAL, Ersan, Magna Carta, dergipark.org.tr

KAYRA, Cahit, 1938 Kuşağı, Olaylar, İnsanlar, Anılar, Cem Yayınevi, İstanbul 1995.

MARKS, Karl, Kapital, Kapitalist Üretimin Eleştirel Bir Tahlili, Birinci Cilt, Eriş Yayınları, 2003.

ÖKTE, Faik, Varlık Vergisi Faciası, Nebioğlu Yayınları, İstanbul 1951.

ÖZ, İlkay, Mülksüzleştirme ve Türkleştirme Edirne Örneği, İletişim Yayınları, İstanbul 2020.

SABAN, Nihal, "Kaybolan Zamanlarda Gerçeğin Yoksullaşması: Çalışanların Zorunlu Tasarrufu", Prof.Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

SÖNMEZ, Beril, "Soylulaştırmanın Yeni Biçimleriyle Yerinden Edilmeyi Yeniden Düşünmek", Planlama 2014;24(1):42-53 doi: 10.5505/planlama.2014.11939.

TUSİAD Basın Bülteni, 2.8.2002, TS/BAS/02/063

ÜNLÜ, Barış, Türklük Sözleşmesi, Oluşumu, İşleyişi ve Krizi, Dipnot Yayınları, Ankara 2023.

YALTI SOYDAN, Billur, Avrupa Birliğinde Dolaysız Vergiler, Beta Yayınevi, İstanbul 2002.

TÜRK İŞ HUKUKUNDA KADINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Evra Çetin*

> "Eşitsizliği gerçekleştirmek için yapacağımız tek şey, işleri kendi haline bırakmamızdır. Ama eşitliği elde etmek istiyorsak, hiç durmadan çalışmamız gerekecektir[1]."

GİRİŞ

Türkiye'de istihdamda kadın erkek eşitliği uzun bir zamandır sosyal politika ve hukuk alanının önemli başlıklarından biridir. Kadınların istihdamdaki yerine ilişkin güncel veriler Avrupa Birliği (AB) ve Ekonomik Kalkınma ve İş birliği Örgütü ("Organisation for Economic Co-operation and Development", OECD) ülkeleri ile kıyaslandığında amaçlanan eşitliğin ne kadar gerisinde kaldığımız açıkça ortaya çıkmaktadır.[2] Sorun sadece istihdama katılım oranlarındaki düşüklük değildir. Genel bir inceleme yapıldığında kadınların[3] sektöre göre istihdamı (hizmet, tarım, sanayi), istihdam edildikleri işlerdeki durumları (ücretli/maaşlı/yevmiyeli, aile işçisi, kendi hesabına, işveren olarak), kayıtlılık durumları (kayıtlı, kayıtdışı istihdam), çalışma hayatında kalma süreleri ve medeni hale göre istihdam oranları bakımından erkeklerin oldukça gerisinde seyrettiği görülür.

---

* Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku, evra.cetin@okan.edu.tr, ORCID NO: https://orcid.org/0000-0001-8738-1827

[1] **SARTORİ,** Giovanni, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, (çev. Tunçer Karamustafaoğlu), Türk Demokrasi Vakfı, Ankara, 1993.

[2] Konuya ilişkin güncel veri ve istatistikler için bkz., https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Kadin-2022-49668; https://www.tuik.gov.tr/media/announcements/toplumsalcinsiyetistatistikleri.pdf; https://ceidizler.ceid.org.tr/dosya/Istihdamda-Toplumsal-Cinsiyet-Esitligi.pdf (E. Tarihi:03.03.2024)

[3] Toplumsal cinsiyet eşitliği/eşitsizliği gerek tüm dünyada gerekse Türkiye'de sadece kadınlar değil LGBTİ+ bireyler bakımından da ağır hak ihlalleri yaratmaktadır. Çalışmanın sadece kadın çalışanlara ilişkin düzenlemelerle sınırlandırılması, LGBTİ+ bireyler bakımından yapılması gereken eşitlik tartışmasının sebep, düzenleme ve uygulamalar bakımından ayrıca tartışılması gerekliliğine dayanmaktadır. Kanaatimizce, LGBTİ+'lara karşı cinsel yönelim temelli ayrımcı düzenleme ve uygulamalar ayrı bir çalışmanın konusu olması gereken önemli bir ihlal alanı oluşturmaktadır.

Modern hukuk devletlerinin meşruiyet kaynağı olan eşitlik ilkesine verilen önem, yönetici ve kanun koyucu kadrolar tarafından devamlı vurgulanırken eşitsizliğin hiç değişmeden devam ediyor oluşu sorgulanmalıdır. Farklı ülkelerde kadın erkek eşitliğinde -hala yeterli olmasa da- sağlanan olumlu gelişmeler dikkate alındığında istihdamda cinsiyet eşitliğinin sağlanmasının imkansız bir ideal olmadığı görülmektedir. Hal böyle iken, Türkiye'de genel olarak eşitliğe ilişkin düzenlemeler ile özellikle çalışma yaşamını düzenleyen mevzuatın tekrar tekrar değerlendirilmesi ve eşitlik ideali bakımından yetersizliğinin duyurulması gerekmektedir.

Açıktır ki, cinsiyet eşitliğinin sağlanması konusunda bir değerlendirme yapılabilmesi için çalışma yaşamındaki sosyal ve hukuki politikalarının analizi ve bütüncül bir bakış açısıyla büyük resmin incelenmesi gereklidir. Ancak bu çalışmada, zaman zaman dar/sınırlı bir bakış açısının daha net bir görüş için gerekli olabildiği düşüncesi ile eşitliğe ilişkin teorik yaklaşımlar ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması için tartışılan sosyal ve hukuki politikalar bir tarafa bırakılarak özel hukuk alanında çalışma yaşamında temel norm niteliği taşıyan yürürlükteki İş Kanunu ve ilgili alt düzenlemelerdeki kadınlara yönelik düzenlemeler değerlendirilecektir.[4] Zaman zaman İş Kanunu ile önemli

---

[4] Bu noktada her ne kadar bu çalışma İş Kanunu düzenlemelerinin genel olarak değerlendirilmesine özgülemiş olsa da kadın işçilerin "korunmasına" yönelik önlemlere ilişkin düzenlemelere İş Kanununun dışında Umumi Hıfzısıhha Kanunu, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda da yer verildiği belirtilmelidir. Ayrıca Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik, Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik ve Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik de kadın çalışanlara ilişkin düzenlemeler içermektedir. İlgili Yönetmeliklere çalışmanın ilgili bölümlerinde ayrıca değinilecektir.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile eşitlik ilkesi ve ayrımcılığın önlenmesi konusunda düzenlemeler getirilmiştir. Kapsam ve konu bakımından ayrı bir çalışmanın konusu olması gerektiği düşüncesiyle bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılan 6701 sayılı Kanun'un amacı ve kapsamı konusuna ayrıntılı bilgi için bkz., **SAVAŞ KUTSAL,** F. Burcu, "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz", (ed. Kübra Doğan Yenisey ve Seda Ergüneş Emrağ), İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar içinde, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 259 vd; **SÜZEK,** Sarper, İş Hukuku, 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2023, s.495 vd.; **AYDIN,** Ufuk, Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, Nisan Kitabevi, İstanbul, 2023, s. 277 vd.

farkları dipnotlarda hatırlatılacak olmasına rağmen devlet çalışanları hakkındaki düzenlemeler de çalışma dışında bırakılmıştır.[5]

Son olarak belirtilmelidir ki, çalışmada söylenen hiçbir sözün ilk söyleyeni biz değiliz. Dolayısıyla çalışma, sırtını daha önce toplumsal cinsiyet eşitliği ve istihdam alanında eşitlik tartışmalarını yapan öncül çalışmalara ve feminist mücadeleye dayamaktadır. Bu çalışma ile amaçlanan somut eşitsizliklerin tekrar ve tekrar hatırlatılmasına ilişkin bir vazifenin gerçekleştirilmesidir.

I. TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİ PERSPEKTİFİ NEDEN ÖNEMLİDİR?

Toplumsal cinsiyet; toplumdaki üretim ilişkilerinin, kültür, değer, gelenek-görenekler ile inanç ve normların kadına ve erkeğe yüklemiş olduğu anlamı ifade eder.[6] Diğer bir ifade ile toplumsal cinsiyet, toplumun kadından ve erkekten beklenen sosyal rollerle ilgili kalıplaşmış yargılarına dayanır. Dolayısıyla toplumsal cinsiyet kavramı kadının ve erkeğin doğuştan getirdiği özelliklerin değil, toplumsal ilişkilerin bir sonucu olarak ortaya çıkar.[7] Toplumsal cinsiyete dair yargılar hangi rol ve görevlerin "erkeksi" ya da "kadınsı" olarak kategorize edildiğini gösterir ve genelde aile kurumu ile örgütlenen geleneksel bir yapıya karşılık gelir. Geleneksel aile yapısında ev içi ve bakım hizmetlerinden kadın sorumludur, erkeğe ise evin geçimini sağlama görevini verilir. Bu görev ve rol bölüşümü, kadınların toplumsal yaşamın çeşitli alanlarına ulaşmasını ve kalıplaşmış rollerin dışına çıkmasını zorlaştırır ve hatta zaman zaman engeller.[8]

---

5 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda (DMK) yapılan özellikle 13/2/2011 tarih 6111 sayılı, 29/1/2016 tarih 6663 sayılı ve 20/2/2014 tarih 6525 sayılı kanunlar ile özellikle doğum izni, emzirme izni, evlat edinme izni ve bakım izinleri konularında yapılan değişikliklerle Kanun, AB beklentileri doğrultusunda toplumsal cinsiyet eşitliği bakımından güncellenmiştir. Yapılan değişiklikler neticesinde devlet memurları ve İş Kanunu'na tabi çalışanların pek çok hakkı bakımından önemli farklılıklar ortaya çıkmıştır. Kapsamın genişlemesi kaygısı ile DMK bu çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

6 **ÇAHA**, Havva, Ömer **ÇAH**A, Sare **AYDIN YILMAZ**, Türkiye'de Cam Tavan Sendromu Hizmet Sektöründe Kadın, KADEM-Kadın ve Demokrasi Derneği, 2016, s. 25.

7 **BORA,** Aksu, Kadınların Sınıfı: Ücretli Ev Emeği ve Kadın Öznelliğinin İnşası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s. 22.

8 **ERİKLİ,** Süheyla, "Çalışma Yaşamında Toplumsal Cinsiyet Ayrımcılığının Görünümü", Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 2, Sayı: 1, 2020, s. 41.

Sosyal, kültürel ve ekonomik yapıya ve toplumsal fırsat ve kaynaklara erişimde kadınları ikincilleştiren bu yapının nihai sonucu toplumsal cinsiyet eşitsizliğidir.[9] Ancak tarihselliği nedeniyle mevcut eşitsizlikler bireylerin zihin dünyasında "doğru/mantıklı bir gerçeklik" olarak algılanmaktadır.

Toplumsal cinsiyet eşitsizliği feminist hukuk teorisinin merkezi tartışmalarından biridir. Feminist hukuk teorisi, hukukun toplumsal cinsiyet açısından sorunlu yönlerini deşifre ederek toplumsal cinsiyet eşitliği mücadelesine katkı sunar.[10] Teorinin bu çerçevede odaklandığı kavramlardan biri hukuki eşitlik kavramıdır.[11]

Feminist teoriye göre, eşitliğe şekli bakış açısı, erkek ve kadın arasında doğumdan itibaren hayatın her alanında sürdürülen farklı beklenti ve rolleri, bunların ne kadar güçlü ve köklü sınırlar yarattığını göz ardı eder. Dolayısıyla eşitliğin şekli olarak anayasal düzeyde ilan edilmesi, toplumsal yaşamın bütün alanlarında kök salmış olan eşitsizlikte tek başına bir değişiklik yaratmaz. Zira, toplumda eril standartlar hakimdir ve dolayısıyla tarafsız yaklaşımın tanımı da eril bakışa dayanır.[12] Standart belirleme (yani nesnellik) büyük oranda

---

9 **BAKIRCI,** Kadriye, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, Seçkin Yayıncılık, 2012, Ankara, s. 30.

10 Toplumsal cinsiyet kavramı sadece kadınlar bakımından değil LGBTİ+'ların yaşam gerçeklikleri bakımından da dikkate alınmalıdır. Ataerkil sistem tüm toplumsal ilişkilere ve kurallara ve aynı zamanda hukukun da her alanına sızmıştır. Dolayısıyla hukukun içine sızan bu anlayışın feminist analiz yöntemi ile açığa çıkarılması gerekir ki feminist hukuk teorisyenlerinin de öncelikli amacı tam olarak budur. Feminist Teori ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., **ÇAĞLAR GÜRGEY,** Fatma İrem, "Feminist Hukuk Teorisi" Nedir?, Hukuk Kuramı, Cilt 1, Sayı 5, Eylül-Ekim 2014, **SÜZEK,** 2023, 28-44; **AKÇABAY,** F. Ceren, "Feminist Hukuk Tartışmalarının Liberal Hak Eleştirisine Katkısı", Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları içinde, Nota Bene, 2015, 107-140; **BARTLETT,** Katharina, "Feminist Legal Methods", Harvard Law Review, Cilt 103, 1990, s. 829-888; **FİNLEY,** Lucinda, "Breaking Women's Silence in Law: The Dilemma of the Gendered Nature of legal Reasoning", Feminist Legal Theory, Foundations içinde, der: Kelly Weisberg, Temple University Press, Philadelphia, 1993, s. 571-581.

11 Eşitlik kavramının da diğer pek çok kavram ve yöntemde olduğu gibi farklı feminist yaklaşımlarca farklı şekillerde tanımlandığı ve eşitliğin sağlanması konusunda farklı yöntemlerin ön plana çıkarıldığı belirtilmelidir. Bu bağlamda liberal eşitlik, biyolojik farklılık doğrultusunda farklı muamele eşitliği, kültürel farkların gözetildiği farklı muamele eşitliği, radikal eşitlik olmak üzere farklı eşitlik tanımlarından bahsedilebilir. Bu eşitlik anlayışları aynı zamanda feminizm içinde oluşan farklı akımların da birer yansıması olarak kabul edilir. Bkz. **SEVER,** Çiğdem, "Anayasa Mahkemesi'nin Kadın-Erkek Eşitliği Yaklaşımına Bir Eleştiri" Toplumsal Cinsiyet ve Yansımaları, (eds. Lerzan Gültekin vd.), Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 37.

12 **MACKİNNON,** Catharine A., 'Pleasure under Patriarchy', CL Williams and A Stein (eds), Sexuality and Gender içinde, Blackwell Publishers, Oxford, 2002, s. 33.

erkek bakış açısına bağlıdır.[13] Bu, kadının sadece hayattaki tanımını değil aynı zamanda "hukuktaki" tanımını da içerir.[14]

Ancak toplumsal cinsiyet eşitliği çerçevesinde yapılan eleştirel değerlendirmeler gerçek eşitliğin sağlanması için, şekli eşitliğin yahut doğrudan cinsiyete (ve cinsel yönelime) dayalı ayrımcılığın[15] yasaklamasının yeterli olmadığını ortaya koymuştur. Eşitliği sağlamak için yalnızca aynı muamelenin öngörülmesini sağlayan 'evrensel birey'[16] genellemesi, eşit olmayan bir toplumda, herkese aynı şekilde davranılmasının tarafsız olmadığını ve farklı gruplar üzerinde farklı etkileri olabilecek belirli bir normatif standart tarafından belirlendiğini kabul etmekte başarısız olması nedeniyle uzun zamandır eleştirilmektedir.[17]

---

[13] **MACKİNNON,** Catharine A., 'Feminism, Marxism, Method and the State', Signs, Volume:7, No.3, Spring 1982, s. 640.

[14] **MACKİNNON,** Catharine A., Feminism Unmodified Harvard University Press, Cambridge, 1987, s. 71.

[15] Doğrudan ayrımcılık, kişinin ya da grubun cinsiyet ve/veya cinsel yönelimi (dil, din, mezhep, etnik köken, engellik, yaş vb nedenlerin yanı sıra) nedeniyle toplumdaki diğer kişilere (heteroseksüel erkeklere) göre insan hak ve özgürlüklerinden eşit bir şekilde kullanmasını engellemeye ya da zorlaştırmaya yönelik her türlü düzenleme, işlem ve uygulamayı kapsayan bir tanıma sahiptir. **YILDIZ,** Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 73; **GÜL,** İdil Işıl / **KARAN,** Ulaş, Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 351, İstanbul, 2011, s. 14. Örneğin iş ilanlarında erkek işçi aranması, bütün işçilere yapılan ücret zammından, haklı neden olmaksızın kadın bir işçinin yararlandırılmaması, cinsiyeti nedeniyle kadın çalışana farklı davranılması, doğrudan ayrımcılıktır. **ONARAN YÜKSEL,** Melek, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 96-101. Doğrudan ayrımcılıktan bahsedebilmek için aynı veya benzer konumda olan kişi ya da gruba farklı muamelenin tespit edilmesinin yanı sıra söze konu farklı muameleyi meşru kılan bir amacın varlığı da değerlendirilmelidir. **GÜL ve KARAN,** 2011, s. 9. Dolaylı ayrımcılık ise, herkes için aynı şekilde geçerli gibi görünen ve tarafsız olarak değerlendirilmesi mümkün olan ancak bazı kişi ve gruplar bakımından diğerlerine kıyasla farklı olanaklar sağlayan ve diğerleri üzerinde olumsuz etki yaratan düzenleme, işlem veya uygulamalardır. **GÜL ve KARAN,** 2011, s. 10. Örneğin işin niteliği ile ilişkili olmamasına rağmen işe girişte uzun süreli seyahat etme şartı veya boy şartı aranması kadınlara yönelik dolaylı ayrımcılığa neden olabilmektedir. Ortaya konan şartların işletme gerekleri ile objektif olarak haklı kılınamadığı durumlarda kadınlar tarafından yerine getirilebilmesi erkeklere kıyasla daha zor olan bu gibi uygulamalar dolaylı ayrımcılık olarak kabul edilir. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında doğrudan ve dolaylı farklı işlemden bahsetmiş olmasına rağmen Kanunda ilgili kavramların tanımlanmadığı görülmektedir. **MANAV ÖZDEMİR,** Eda, 'İş Hukukunda Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması', (ed. Kübra Doğan Yenisey ve Seda Ergüneş Emrağ), İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar içinde, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 140.

[16] **FREDMAN,** Sandra, Discrimination Law, 2nd edition, OUP, Oxford, 2011, s. 11.

[17] **CONAGHAN**, Joanne, 'Reassessing the Feminist Theoretical Project in Law' Journal of Law and Society, Volume:27, No.3, 2000, s. 360**; BAKIRCI,** 2012, s. 16-17.

Eşit muameleden yararlanmak için kişinin ya norm gibi olması/norma uygun olması ya da norma uymayı amaçlaması/ona ulaşması gerekir. Aksi takdirde, formül kişiye farklı davranma yükümlülüğü doğurur.[18] Bu ise son derece eşitlikçi olmayan bir durumdur[19] ve çeşitliliği kucaklayan ve yaşam tercihlerinde özgürlüğün var olduğu bir toplumda kaçınılması gereken ağır bir baskı yaratır.

Dolayısıyla maddi eşitliğe yani sonuçta eşitliğe ulaşılabilmesi için sadece somut dezavantajların karşılanması veya telafi edilmesi ile yetinilmemelidir. Aynı zamanda 'bazılarının fırsatlarını kısıtlayan sosyal süreç'[20] de *tanınmalı* ve sosyal olarak dayatılan baskıya meydan okunmalıdır.[21] Bu yapılabildiği takdirde, maddi eşitlik, toplumsal baskıları azaltabilir ve toplumdaki farklı grupların farklı ihtiyaçlarını tanıyarak "çeşitlilik içinde" eşitliği teşvik edebilir. Bu nedenle hukukun farklılıklara karşı duyarlı olması gerekir ve ayrımcılık yasağının sağladığı sınırlı olanaklarının ötesine geçerek pozitif eylem, yardım ve siyasi tedbirler talep edilmelidir.[22]

Bu noktada maddi eşitlik anlayışı, salt soyut adalet görüşünün ötesine geçer ve insanların kendilerini çok farklı sosyal durumlarda örneğin eğitime erişim, malvarlığı veya ev içi sorumluluklar açısından çok farklı zorluklarla karşılaştıklarını kabul eder.[23]

Toplumsal cinsiyet eşitsizliği sorunu çalışma yaşamıyla yakından ilişkili olduğu gibi, çalışma yaşamı toplum da kadınlar bakımından eşitsiz koşulların devamında oldukça etkilidir. Toplumsal cinsiyet eşitliğine ilişkin problemler çalışma yaşamında kadının meslek seçimi ve eğitimi ile başlayıp, iş gücüne katılma, çalışma şartları ve terfi olanaklarına kadar geniş bir alana yayılır.

---

[18] **BAKIRCI,** 2012, s. 17.

[19] **SCHİEK,** Dagmar, 'Torn between Arithmetic and Substantive Equality? Perspectives on Equality in German Labour Law', International Journal of Comparative Law Labour Law and Industrial Relations, Volume: 18, Issue:2, 2002, s. 150-151.

[20] **YOUNG**, Iris Marion, 'Equality of Whom?', Journal of Political Philosophy, Volume:9, Issue:1, 2001, s. 16.

[21] **ANDERSON,** Elisabeth S., 'What Is the Point of Equality?', Ethics, Vol. 109, No.2, 1999, s. 287-337, **MCCOLGAN**, Aileen, Discrimination, Equality and the Law, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 36-37.

[22] **PRECHAL,** Sacha, 'Equality of treatment, non-discrimination and social policy: Achiements in Three Themes', Common Market Law Review, Volume: 41, Issue:2, 2004, s. 537.

[23] **FREDMAN,** 2011, s. 144. Formel muamele eşitliğinin, kişisel sosyal bağlamları göz ardı edilerek tüm insanlara uygulandığında genellikle eşitsizlikle sonuçlandığını kabul eder. **FREDMAN,** 2011, s. 25-33.

Aşağıda eşitlik ve kadın erkek eşitliğini sağlamak ve çalışma yaşamını düzenlemek amacını taşıyan anayasal ve yasal/yasa altı düzenlemeler değerlendirilecek ve çalışma yaşamına ilişkin temel ilke ve düzenlemelerin kadın erkek eşitliğini sağlama amacı bakımından samimi olup olmadığı tartışılacaktır. Baştan belirtmek gerekir ki çalışma yaşamında eşitsizliğe ilişkin sorunun çözümü için dikkate alınabilecek pek çok iyi örnek, düzenleme ve uygulama mevcutken tercih edilen yöntemler ve düzenlemeler açıkça mevcut geleneksel eşitsiz rollerin devamını sağlamakta ve hatta pekiştirmektedir.

Bu düzenlemelerde öncelikle tıpkı hukuki özne bakımından genelde olduğu gibi ideal çalışan da 'tipik' heteroseksüel bir erkek olarak algılanır. Buna sıklıkla 'erkek normu' denir.[24] İdeal çalışan toplumsal cinsiyeti bakımından erkek olduğu için çalışma yaşamında kadınlara en iyimser ihtimalle ikinci en iyi seçenek olarak bakılır. Bu noktada hatırlatılması gereken hususlardan biri de çalışma yaşamında da toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin toplumsal kabullere dayalı olduğudur. Dolayısıyla bu alanda eşitliğin sağlanabilmesi için çalışma yaşamına ilişkin düzenlemeler tek başına yeterli/etkili olamaz. Zira cinsiyet rollerinin inşası toplumsal bir süreçtir ve doğumla başlar. Nasıl davranılacağı, hayattaki öncelikler ile roller ve meslek seçimi de bizlere biçilen roller içinde ortaya çıkan imkanların ve toplumsal beklentilere bağlı tercihlerin sonucudur.

Çalışma yaşamında erkekler ve kadınlar genellikle aynı beklentilerle karşı karşıya kalır. Bu beklentiler norm olarak görülen ve makul olduğu varsayılan standartlara dayanmaktadır. İdeal çalışanı temel alan bu norm ve beklentilerin erkekler tarafından yerine getirilmesi daha kolaydır çünkü tipik geleneksel erkek rolü evin geçimini sağlayan kişidir ve dolayısıyla işgücü piyasasının ekonomik alanı içerisinde yer almaktadır. Liberalizm, doğrudan ayrımcılığı yasaklayarak kurumları kadınlara açar ancak 'erkekler düşünülerek tasarlanan' kurumların doğasını/yapısını değiştirmez/değiştirmeyi gerekli görmez.[25] Çalışma yaşamında erkek standardına uymaya yönelik baskılar varlığını sürdürür. Normların rasyonelliği sorgulanmaz ve ortaya çıkan eşitsizlik rekabetin

---

[24] **O'DONOVAN,** Katherine / **SZYSZCZAK,** Erika, Equality and Sex Discrimination Law, Blackwell, Oxford, 1988, s. 146.

[25] **FİNEMAN,** Martha L. A., 'Feminist Theory and Law', Harvard Journal of Law & Public Policy, 18(2), 1995, s. 352.

sonucu olarak görülür.[26] Liberal anlayışta, ayrımcılık yasağı yalnızca işverenlerin asılsız stereotipler tarafından yönlendirilmemesini sağlamaya çalışır ve dolayısıyla yalnızca rasyonel karar alma sürecini destekler.

II. ÇALIŞMANIN KADINA İLİŞKİN KURALLARI

Bu bölümde, ilk olarak Temel Eşitlik düzenlemeleri başlığı altında Anayasa'nın 10, 50, 41. maddeleri ile İş Kanunu'nda yer verilen kadınlara ilişkin düzenlemelere kaynaklık eden anayasal ilkeler olarak değerlendirildikten sonra iş hukuku mevzuatında kadınlara ilişkin düzenlemeler ve ilgili alt düzenlemeler değerlendirilecektir. İş hukuku mevzuatına baktığımızda en dar haliyle "kadın" işçilere ilişkin düzenlemelerin 4 ana başlıkta toplanması mümkündür. İlk olarak eşitliğin sağlanması ve ayrımcılığın kaldırılmasına ilişkin temel anayasal düzenleme olan Anayasa'nın 10. maddesi ve bu düzenlemenin İş Kanunu'ndaki yansıması olan İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer verilen eşit davranma ilkesinden bahsedilebilir. İkinci olarak çalışma yaşamında kadınlara ilişkin çalışma yasaklarına ilişkin İş Kanunu'nda yer alan özel düzenlemelerden bahsetmek mümkündür.[27] Üçüncü olarak yine İş Kanunu ve ilgili mevzuatta ayrıntılı şekilde düzenlenen gebelik ve doğum ile doğumun hemen ertesine ve bu dönemde analık haline ilişkin düzenlemeler söz konusudur. Son olarak gebelik, doğum ve ertesinde mümkün olan tüm izin vb. süreçleri tamamlandıktan sonra çocuğun bakımı konusuna özgülenen bazı spesifik düzenlemeler mevcuttur.

A. Temel Eşitlik Düzenlemeleri

1982 Anayasası'nda eşitlik ilkesi, "Kanun Önünde Eşitlik" başlığı taşıyan 10. maddesinde, ayrım yasakları ve bu yasakların dışında kalan hallerde de dar anlamda eşit davranma borcunu kapsayan bir üst kavram olarak düzenlen-

---

[26] **BAKER,** John/ **LYNCH,** Kathleen / **CANTILLON,** Sara / **WALSH,** Judy, Equality From Theory to Action, Palgrave Macmillan, New York, 2004, s. 21-46.

[27] Çalışmada özellikle mobbing ve cinsel tacize karşı koruma ile cam tavan, cam duvar, cam uçurum gibi kavramlarla anılan ve çalışma yaşamında özel olarak kadın olmak sebebiyle yaşanan ayrımcı uygulamalar kapsam sınırı nedeniyle dışarıda bırakılacaktır. Bu konular çok önemli ve çoğunlukla mevzuatta yetersiz düzenlenen konular olup, farklı bir çalışmada ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz., **MANAV ÖZDEMİR,** 2017, s. 159-163; **AYDIN,** 2023, s. 277 vd.

miştir.[28] Ayrım yasağının konusunu kişinin insan olmasından kaynaklanan ve değiştirmesi mümkün olmayan cinsiyet, renk, ırk, dil gibi nedenler ile değiştirmesi istenemeyecek siyasi görüşü, felsefi inancı, dini, sendikal tercihi gibi nedenler oluşturmaktadır.[29] Dar anlamda eşit davranma borcu ise aynı ve benzer durumda olan kişilerin farklı işleme tabi tutulmaması ve kişilere ayrımcılık tanınmaması olarak tanımlanabilir.

2004 yılı öncesinde, madde metninin ilk halinde açıkça kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğuna ilişkin bir hüküm yoktu. Ancak cinsiyete dayalı ayrımcılık gözetilmeksizin kişilerin kanun önünde eşit olduğu düzenlenmiş idi. 7 Mayıs 2004 tarihinde yapılan değişiklikle[30] bu hükme ek fıkra olarak "kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir, devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür" hükmü eklenmiştir.[31] 7 Mayıs 2010 tarihinde yapılan bir diğer değişiklikle maddenin 2. fıkrasına "Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz."[32] eklemesi yapılmıştır.

2010 değişikliği ile şekli eşitlik yaklaşımından ayrılınarak maddi eşitlik ilkesine geçiş sağlandığı ve eşitliğin sağlanması için kadınlar açısından pozitif ayrımcılık yapılabilmesinin anayasal düzeyde önünün açıldığı ifade edilmiştir.[33] Devlet tarafından kadın ve erkek eşitliğini sağlayan tedbirlerin alınması-

---

[28] **ÖDEN,** Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 129-130; **SÜZEK,** 2023, 469; **UGAN ÇATALKAYA,** Deniz, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 155 vd.; **TUNCAY,** Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 132 vd.; **MUTLAY,** Faruk Barış, Sosyal Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşulları ve Eşitlik İlkesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 18 vd.

[29] **SÜZEK,** 2023, 469.

[30] 7/5/2004 Tarihli ve 5170 Sayılı Kanun. Yapılan bu değişiklik 10. madde düzenlemesinin kadın erkek eşitliğinin yeterli olmadığının pek çok kadın örgütü ve bağımsız kadınların ortak çabalarının da sonucudur.

[31] Bu düzenleme ile sonuçlar açısından eşitliğin değil fırsat eşitliğinin amaçlandığını savunan bir görüş için bkz., **KARAN,** Ulaş, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 61.

[32] 2004 değişikliği ile maddeye 3. fıkra olarak "Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz." hükmü de eklenmiştir.

[33] Bu değişiklikle devlete kadınlar lehine özel önlemler alma ve fırsat eşitliğini sağlama yükümlülüğünün getirildiğini savunan görüşler için bkz., **ÖZBUDUN,** Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 156; **TANÖR,** Bülent / **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2023, s. 131; **DOĞAN YENİSEY,** Kübra, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum, Cilt: 4, Sayı:11, 2006, s.72; **ULUCAN,** Devrim, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, s. 372. madde değişikliğinin gerekçesi de aynı yönü işaret etmektedir.

nın eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği fıkrada açıkça düzenlenmiştir. Her ne kadar 2004 ve 2010 Anayasa değişiklikleri ile 10. maddeye yapılan eklemeler anayasal eşitlik ilkesinin sınırlarını çizmiş olsa da farklı düzenlemelerin eşitlik ilkesine uygun olup olmadığının tespiti noktasında 10. maddenin yoruma muhtaç olduğu belirtilmelidir.[34] Son haliyle Anayasa'nın 10. maddesi toplumsal cinsiyet eşitliği bakımından yarattığı olanaklar bakımından değerlendirildiğinde toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması için yetersizdir.

Anayasa'nın 10. maddesi hükmü, bütün insanların tüm özellikleri bakımından eşit (veya aynı) olduğunu değil, herkese eşit muamele edilmesini, eşit hizmet sunumunu ve eşit işlem yapılmasını ifade etmektedir. Madde, eşitliği hukuk devletinden kaynaklanan, aynı zamanda Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından ayrı bir hak olarak yorumlanan[35] bir ilke olarak düzenlemektedir. Ancak, eşitliğin ilkesel bir ağırlığının olup olmadığı ve hukukun temel amaçlarından biri olarak düşünülüp düşünülmediğinin değerlendirilebilmesi için farklı düzenlemelerle birlikte incelenmelidir. Örneğin, çalışma yaşamında toplumsal cinsiyet eşitliğinin ulaşılmaya çalışılan bir amaç olarak tanınıp tanınmadığını görmek için madde, konuya ilişkin farklı anayasal, yasal ve yasa altı düzenleyici işlemleri birlikte tartışılmalıdır.

Farklılıkların dikkate alınması ve eşitliğin sağlanmasının anayasal ve yasal düzeyde korunması önemlidir. Ancak bu korumanın nedeni ve amacı farklı şekillerde ortaya çıkar ve farklı sonuçlar doğurur. İşte bu noktada, hukuk sisteminin bir hukuk öznesi olarak kadını nasıl tanımladığı önem kazanmaktadır. Bu konuda, Anayasa'nın "Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı" başlıklı 50. maddesine değinmek yerinde olacaktır. Bu maddede "kimsenin, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılamayacağı, küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacağı" hükme bağlanmaktadır. Doktrinde çok tartışılmamakla birlikte, Bakırcı tarafından ısrarla vurgulandığı üzere maddede kadınların, fiil ehliyeti

---

[34] **HAZER GÜNGÖR,** Arzu, "Cinsiyet Eşitliğinin Temeli ve Yorumu", İzmir Barosu Dergisi, Ocak, 2021, s. 153.

[35] 1982 Anayasası'nda, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak eşitlik ilkesinin temel haklar bölümünde değil devletin temel kuruluş ve niteliklerinin düzenlendiği genel esaslar kısmında yer alması, ilkenin temel hak niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Öden, s. 132-133; **UGAN ÇATALKAYA,** 2019, s. 163.

olmayan küçükler ve ruhî yetersizliği olanlarla aynı düzenlemeye tabi kılınması, toplumda erkeklerle eşit bireyler olarak değil, kısıtlı, çaresiz, zayıf ve korunmaya muhtaç varlıklar konumuna sokulduğunu açıkça göstermektedir.[36]

Yaş ve fiziksel ve ruhi engellilik halleri her iki cinsiyete de özgü ek ayrımcılık nedenleridir. Hem kadın hem engelli ve/veya yaşlı olmak kadınlar açısından bileşik veya kesişimsel ayrımcılığa uğrama nedeni olmaktadır. Nitekim engelli kadınlar engelli erkeklerle, yaşlı kadınlar yaşlı erkeklerle fiili eşitliğe sahip değildir. Öte yandan ihtiyaç duyulan özel önlemler de kadınlar için farklıdır. Kadınlar için, kadın erkek eşitliği sağlanıncaya kadar alınacak özel önlemler geçici nitelikteyken, diğer iki durumda sürekli özel önlemlere ihtiyaç vardır. Fırsat ve uygulama eşitliği hedeflerine ulaşıldığı zaman kadınlar için alınan önlemlere son verilecektir.[37] Engelli kadınlar çalışma yaşamında hem kadın hem de engelli olmaları nedeniyle çifte ayrımcılığa maruz kalmaktadırlar.

Anayasa'nın 50. maddesi**,** İş hukukunda, kadın işçilerin fiziken görece güçsüz olması ve özellikle de hamilelik ve analık halleri nedeniyle, özel olarak korunmasına ilişkin düzenlemelerin temel dayanağını teşkil etmesi nedeniyle çalışma yaşamını düzenleyen ilke, kural ve uygulamalara bakış açısını doğrudan etkilemektedir. Kadınlar *standart kabul edilen* erkeklerden farklı olmaları nedeniyle yani sadece kadın oldukları için korunmaya muhtaç varlıklar olarak görülmektedir. Dolayısıyla amacı, toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamak olduğu kabul edilecek olsa dahi 50. madde tam tersine ayrımcı bir düzenlemedir.[38]

Bu noktada çalışma yaşamı ile doğrudan bağlantısı yok gibi görünen Anayasa'nın "Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları" başlıklı 41. maddesini de anımsamak yerinde olacaktır. 41. maddenin ilk fıkrasında "Aile, Türk toplumunun temelidir" denilmiş, maddeye 03.10.2001 tarihinde[39] "ve eşler arasındaki

---

[36] **BAKIRCI,** 2012, s. 61-62. Doktrinde kadın işçilerin fiziksel olarak erkek işçilerden daha nazik bir yapıda oldukları da belirten Anayasa'nın 50. maddesi düzenlemesinin yol gösterici niteliğinin vurgulandığı bir çalışma için bkz., **AYDIN,** 2023, s. 557.

[37] **BAKIRCI,** 2012, s. 61.

[38] **BAKIRCI,** 2012, s. 61.

[39] 03/10/2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanun.

eşitliğe dayanır" ibaresi eklenmiştir. Maddenin sonraki fıkrasında ise "Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar" ifadesine yer verilmiştir. Anayasa'nın 41. maddesinin gerekçesinde "Ananın, bu sıfatla korunması mevzuatta esasen yer almıştır." denilerek "ailenin korunması başlığı altında annelik sıfatının devlet için önemli olduğu ve özellikle korunmak istediği vurgulanmıştır. Türk hukuk sisteminde normlar hiyerarşisi bakımından Anayasadan sonra gelen tüm düzenlemelerin benzer bakış açısıyla oluşturulduğu ve pozitif hukuktaki kadına ilişkin düzenlemelerde anneliğin temel bir konu olarak karşımıza çıktığı belirtilmelidir.[40]

Geleneksel roller bağlamında da evlenmek ve analık hali kadının toplumdaki konumunu tamamen değiştirmektedir.[41] Evlenmek ve çocuk sahibi olmayı kadının asli rolü olarak gören geleneksel yaklaşımın hukuku yapanların yanı sıra hukuku uygulayanların da dahil olduğu toplumsal kültürün temel taşlarından biri olduğu belirtilmelidir. Bu tespit, evlilik nedeniyle istifa eden kadın işçiye tanınan kıdem tazminatı hakkının ısrarla sürdürülmesi konusunda açıklığa kavuşmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi yollamasıyla[42], halen yürürlükte olan 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrası uyarınca evlenen kadın işçi, evlenme tarihinden itibaren bir yıl içinde kendi isteği ile iş sözleşmesini sona erdirirse kıdem tazminatı alabilmektedir.

506 sayılı mülga Sosyal Sigortalar Kanunu'nda yer alan paralel bir düzenleme 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası (SSGSS) Kanunu'nda kaldırılmıştır. 2006 yılında Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılığı iddiası ile iptal talebiyle AYM önüne götürülen düzenleme hakkında Yüksek Mahkeme tarafından kaleme alınan karar gerekçesi oldukça önemlidir. Mahkeme, evlenen kadın işçiye kıdem tazminatı verilmesine ilişkin düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı yönündeki kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir;

---

[40] **ÇAĞLAR,** Fatma İrem, "Türk Hukuk Mevzuatı Çerçevesinde Annelik", Birkaç Arpa Boyu...21.Yüzyıla Girerken Türkiye'de Feminist Çalışmalar: Prof. Dr. Nermin Abadan Unat'a Armağan II. Cilt**,** Derleyen: Serpil Sancar, 1.Baskı, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 916.

[41] **BAKIRCI,** 2012, s. 75.

[42] İş Kanunu'nun "Yürürlükten Kaldırılan Hükümler"; Madde 120- 25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

"*Kadının toplum ve aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım gibi toplumsal gerçekler* kadın çalışanlar yararına değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabileceğinden, kadın çalışanların durum ve konumlarındaki özellikleri gözetilerek getirilmiş bulunan kural Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. *Kimi sosyal gerçeklerin* doğurduğu zorunluluktan kaynaklanan ve *aile birliği içerisinde yüklenilen görevlerin boyut ve önemi gözetilerek* evlenmesi nedeniyle hizmet akdini kendi arzusu ile sona erdiren kadın çalışanı ve aile birliğini korumaya yönelik düzenlemenin, Anayasaya aykırılığından söz edilemez."[43]

Karara yazılan karşı oy yazısı da konu bakımından anılmaya değerdir. Karşı oy yazısında, "…Bu, kadın lehine dayanağını Anayasadan alan pozitif ayrımcılık değil, erkeğe ve kadına verilen geleneksel rolün *erkek yönünden* doğurduğu negatif yansımadır. Öte yandan, evlenme nedeniyle isteğe bağlı olarak iş akdinin sona erdirilmesinde, kadına kıdem tazminatı ödenerek bu durumun özendirici hale getirilmesinin, kadının iş yaşamından uzaklaştırılmasına *da* neden olabileceği gözetildiğinde, geleneksel yaklaşımlarla kadının korunması amaçlanırken, aslında kadınla erkek arasında bu konudaki yasal düzenlemelere karşın uygulamada varlığını sürdüren ve Anayasa'nın 10. maddesine eklenen fıkra ile giderilmeye çalışılan eşitsizliğin daha da derinleşmesine yol açılması olasılığı, varsayımdan öte üzerinde durulması gereken Anayasal bir sorun oluşturmaktadır. Çağımızda kadın, geleneksel yaklaşımlarla değil, toplumun eşit haklara sahip bireyi olarak erkeklerle aynı hukuksal konuma getirilebilmesi amacıyla Anayasal korumadan yararlandırılmalıdır. Bu tür korumaya gereksinim duyulmadığı durumlarda ise erkeklerin kadınların yararlandığı olanaklardan yoksun bırakılmaları onlar yönünden açık bir eşitsizlik yaratacağından Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık oluşturur."[44]

---

[43] AYM, 19.06.2008, 2006/156, 2008/125. Bakırcı, kararın sonucuna katılmakla birlikte, gerekçelerini eleştirmektedir, bkz. Bakırcı, 2012:74-75, 78. Ayrıca karar ve kararın incelendiği bir çalışma için bkz., **BAKIRCI,** Kadriye, "Anayasa Mahkemesi'nin Evlilik Sonrası İşten Ayrılan Kadın İşçilerin Kıdem Tazminatı Haklarına İlişkin Kararı", Mess Sicil Dergisi, Sayı 12, 2008, s. 112 vd.

[44] Fulya Kantarcıoğlu ve Zehra Ayla Perktaş tarafından yazılan karşı oy yazısı, AYM, 19.06.2008, E. 2006/156, K. 2008/125. Doktrinde düzenlemenin kaldırılmasını gerekli bulan düşüncelerin ortak noktası, evlenen kadının ailevi yükümlülükleri nedeniyle işten çıkmasını normalleştiren geleneksel bir bakış açısına ve ilgili düzenlemenin şimdi yürürlükte olmayan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 159. maddesi, kadının çalışmasını kocanın iznine bağlayan düzenlemesine dayandığıdır. Dolayısıyla ilgili düzenleme 29.11.1990 tarihinde AYM tarafından iptal edildikten sonra ilgili madde hukuken temelsiz kalmıştır. E.1990/30, K.1990/31. Aynı yönde görüş için bkz., **AYDIN,** 2023, s. 433.

Doktrinde ise ilgili düzenlemenin farklı yazarlarca farklı şekillerde değerlendirildiği görülmektedir.[45] Ancak düzenleme ve AYM'nin 1990 tarihli karar gerekçesi kanaatimizce göstermektedir ki kadının *toplum ve aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım gibi toplumsal gerçekler* yani evlenmek ve çocuk bakımı kadının asli vazifesi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu bakış açısı kadını çalışma yaşamında yedek/ikincil bir kategoriye sokarak kadınların çalışma yaşamında genel olarak ayrımcılığa uğramasını mümkün kılmaktadır.[46] Zira henüz iş mülakatı aşamasında erkek adaylara sorulmayan "medeni hal, çocuk durumu" veya yakın bir zamanda bu tip bir değişiklik olup olmayacağına ilişkin hukuka aykırı sorular ve sorgulamalar da dikkate alındığında, henüz evlenmemiş ve anne olmamış kadınların dahi vakti geldiğinde asli rolünü ifa edeceğine ilişkin kanıksanmış bir yargının varlığı açıkça ortaya çıkmaktadır.

İş Hukuku mevzuatının kadınlara ilişkin düzenlemelerle, kadının analık ve bakım yükü konusunda geleneksel toplumsal bakış açısını teyit eden, pekiştiren ve devamını sağlayan düzenlemelerle bu yargıyı devam ettirdiğini söylemek mümkündür.

---

[45] Hakkın, işverenlerin işe alımlarda bekar kadın işçi tercih etmesine yol açabileceğinden, kadın istihdamını sınırlayıcı nitelikte bir düzenleme olması nedeniyle eleştirildiği bir çalışma için bkz., **GÖKÇEOĞLU BALCI,** Şebnem, Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, Cilt: 3, Sayı: 54, 2017, s. 1272. Doktrinde toplumsal cinsiyet eşitliği bağlamında kadının istihdamı üzerindeki etkilerine dikkat edilmeksizin düzenlemenin, "kadın işçiler bakımından eşitlik ilkesinden öteye bir pozitif ayrımcılık" olarak değerlendiren görüşler de azımsanmayacak kadar çoktur. Örnek olarak bkz., ULUCAN, 2013, s. 374.

[46] Aynı yönde bkz., **MANAV ÖZDEMİR,** 2017, s. 145. **CENTEL,** Tankut, "6663 Sayılı Yasa'yla İş Kanunu'na Getirilen Değişiklikler -Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:35, 2016, s. 9-10; **AYDIN,** 2023, s. 434.

B. İş Kanununda Eşit Davranma İlkesi

Anayasada yer verilen "Eşitlik İlkesi"nin İş Kanunu'ndaki yansıması 5. maddedir.[47] Doktrinde ve Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere Anayasa'nın 10. maddesi ayrım yasakları ve bu yasakların dışında kalan hallerde de dar anlamda eşit davranma borcunu düzenlemesine ve 5. maddenin başlığı "Eşit Davranma İlkesi" olmasına rağmen maddede yalnızca ayrım yasakları düzenlenmiştir.[48]

Ayrım yasaklarının sayıldığı maddenin 1. fıkrası uyarınca; iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrım yapılamaz. "ve benzeri" ifadesi ayrım yasaklarının sınırlı şekilde sayılmadığını göstermekte olup, ayrım yasağı sadece sayılan hallerle sınırlı değildir. İşveren sayılan hallerin dışında yaş, medeni hal, sağlık durumu, genetik özellikler, cinsel yönelim, fiziki görünüm gibi diğer nedenlere de dayanılarak ayrım yapamaz.[49]

---

47 Madde metni şu şekildedir; "Eşit davranma ilkesi

Madde 5 – (Ek:6/2/2014-6518/57 md.) İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

20'nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur."

48 **SÜZEK,** 2023, s. 470. Bunun tek istisnası maddenin 2. fıkrasında yer alan düzenlemedir. Bu düzenleme ile sözleşme türlerine göre işverene dar anlamda eşit davranma yükümlülüğü getirilmiştir. Bkz., **SÜZEK,** 2023, s. 493 vd.

49 **SÜZEK,** 2023, s. 470; **AYDIN,** 2023, s. 266; **ERTÜRK,** Şükran / **GÜRSEL**, İlke, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta, İstanbul, 2011, s. 434-435; **YUVALI,** Ertuğrul, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 45.

Maddenin 3. fıkrasına göre işverenin, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacağına ilişkin düzenleme ile cinsiyet veya gebelik halinde ayrımcılık yasaklanmıştır. 5. maddenin 6. fıkrasında ise iş ilişkisinde veya bu ilişkinin sona ermesinde ayrımcı muameleye maruz kalması halinde işçinin tazminat hakkı olduğu düzenlenmiştir.[50]

Tıpkı Anayasa'nın 10. maddesi gibi İş Kanununun 5. maddesinde de eşitliği şekli bir yaklaşımla kanun önünde eşitlik olarak tanımakta ve ilan etmektedir. Ayrım yapmama yükümlülüğü, eşit davranma borcunun önemli bir yanını oluşturur. Ancak haklı nedenlerin gerektirdiği durumlarda farklı davranmak gerekli olabilir, bu durumda farklı davranma yükümlülüğü de eşit davranma borcunun bir yanını oluşturur. Aksi halde eşitliğin salt eşitlik olarak uygulanması, sık sık eşitsizliğe yol açabilir.[51]

Doktrinde, "Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü" başlıklı 11. maddesi uyarınca Anayasa ilke ve kurallarının sadece devlet ve kişi arasındaki ilişkilerde değil, kişiler arasındaki "yatay" ilişkilerde de uygulanacağının hükme bağlandığı belirtilerek eşitlik ilkesinin tüm hukuk düzeni ve dolayısıyla iş ilişkilerinde de geçerli olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla işverenin ayrım yasaklarının yanı sıra dar anlamda eşit davranma borcuna da uymak zorunda olduğu haklı olarak belirtilmektedir.[52] Ancak; işverenin ayrım yasağı ve dar anlamda eşit davranma borcuna İş Kanununda işe alma, işin devamı süresince ve iş akdinin feshinde uygulanacak yaptırımlar bu iki yükümlülük bakımından farklı düzenlenmiştir.[53]

---

[50] Ayrıca İş Kanunu'nun iş güvencesini düzenleyen md.18/3 (d) bendi uyarınca, "…aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, …ve benzeri nedenler", (e) bendi uyarınca, "74. maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek", fesih için geçerli sebep oluşturmaz.

[51] **SÜZEK,** 2023, s. 471-472; **ERTÜRK ve GÜRSEL,** 2011, s. 428-429; **UŞAN,** Fatih, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var Mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 8, 2005, s. 1627; **MUTLAY,** 2014, s. 15. Konuya ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz., **UGAN ÇATALKAYA,** 2019, s. 167 vd.

[52] **SÜZEK,** 2023, s. 471; **TUNCAY,** 1982, s. 62 vd.; **GÜLMEZ,** Mesut, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler" Çalışma ve Toplum, Cilt:2, Sayı:25, 2010, s. 239; **UGAN ÇATALKAYA,** 2019, s. 175-177.

[53] **SÜZEK,** 2023, s. 472.

1. İşe Giriş Aşamasında Eşit Davranma Borcu ve Sağlanan Koruma

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, işverenin bir işçiye, *iş sözleşmesinin yapılmasında*, şartların oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacağı belirtilmiştir.

Kural olarak işverenin herhangi birini işe almak konusunda zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla işveren iş başvurusunda bulunan kişiler arasından dilediği ile sözleşme yapma özgürlüğüne sahiptir.[54] Bu özgürlük, Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü ile açıklanır. Bu durum aynı zamanda kanun koyucunun işe alım sırasında işverene tercih esnekliği tanımayı amaçladığı ve iş sözleşmesini yaparken işverenin işi hangi işçi ile en uyumlu şekilde yürütebileceğini belirleme yetkisine sahip olması gerektiği belirtilerek açıklanmaktadır.[55] Doktrinde 48. maddede yer alan sözleşme özgürlüğü ile 10. maddede yer alan ayrım yasağına ilişkin kanun önünde eşitlik ilkesi arasındaki çatışmada hangi anayasal hak ve özgürlüğe iş ilişkileri bağlamında üstünlük tanınacağının tespiti gereği ortaya çıkmaktadır. Süzek tarafından

---

[54] İş sözleşmeleri bakımından sözleşme özgürlüğünün Borçlar Kanunu'ndan farklı düzenlenmesinin sebepleri ve önemi hakkında bkz., **AYDIN,** 2023, s. 120 vd. **TUNCAY,** 1982, s. 153-154; **KANDEMİR,** Murat, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun Kadın İşçiler ile İlgili Düzenlemeleri", A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 421. Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bkz. **ONARAN YÜKSEL,** 2000, s. 138 vd; "Diğer yandan iş sözleşmesinin kurulması sırasında işverenin sözleşme özgürlüğüne yer veren klasik görüşün bugün pek çok ülkede terk edildiği vurgulanmaktadır. **DOĞAN YENİSEY,** Kübra, "Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları" Kamu-İş Dergisi (Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan), Cilt:6, Sayı:4, 2002, s. 49; **UGAN ÇATALKAYA,** 2019, s. 124 vd.

[55] **TAŞKENT,** Savaş / **KURT,** Dilek, "Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması", Çalışma ve Toplum, Cilt: 1, Sayı:40, 2014, s. 38-39; **YILDIZ,** 2008, s. 198; *Yuvalı* ise, yasağın anlam kazanabilmesi için İş Kanunun 5. maddesinin 6. fıkrasının işe almada cinsiyete dayalı ayrım yasağını da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesinin isabetli olacağını ifade etmektedir. Bkz. **YUVALI,** 2012, s. 96. Ancak belirtmek gerekir ki, işverenin dar anlamda eşit davranma borcu doğası gereği iş ilişkisi kurulduktan sonra uygulanabilecekse de ayrım yasakları söz konusu olduğunda, işe alım aşamasında da bu yasakların varlığı kabul edilmelidir. **SÜZEK,** 2023, s. 475-477; **TUNCAY,** 1982, s. 153-154; **GÜLMEZ,** 2010, s. 246; **DOĞAN YENİSEY,** Kübra, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum, Cilt: 4, Sayı:11, 2006, s. 67; **YILDIZ,** 2008, s. 67-68. Ancak kanaatimizce bu durumda da konunun ispatı ve yaptırımının ne olacağı konuları açıkta kalmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., **SÜZEK,** 2023, s. 485 vd.

ayrım yasakları gibi kişinin insan olmasından kaynaklanan ve değiştiremeyeceği, değiştirmesi beklenemeyecek veya istenemeyecek özellikleri yani ayrım yasağına giren nitelikleri söz konusu olduğunda ayrımcılık yasağına üstünlük tanınması gereği belirtilmiştir.[56] Ancak bu noktada vurgulanması gereken husus, iş hukukunun özünde yer alan işçinin korunmasına ilişkin amacı dikkate alındığında, eşit davranma ilkesinin iş ilişkisinde sözleşme özgürlüğü ilkesinin "üstünde ve onu sınırlayan bir nitelikte olduğu"[57] kabul edilmelidir. Bu bağlamda cinsiyet gibi mutlak bir ayrım yasağı söz konusu olduğunda işverenin farklı işlemini sözleşme özgürlüğüne dayandırması mümkün değildir.[58] Dolayısıyla iş başvurularında meslek bilgisi, yeterlilik bakımından erkek adaya göre daha uygun olan iş başvurusu, başvuru sahibinin cinsiyetinin kadın olması nedeniyle reddedilmemelidir.[59]

Ancak İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan düzenleme ile sadece *iş ilişkisi süresince ve iş sözleşmesinin sona erdirilmesi*nde ayrım yapılması halleri yaptırıma bağlanmıştır. Yani, iş sözleşmesinin kurulması sırasından ayrım yapılması hali İş Kanunu kapsamında herhangi bir yaptırıma bağlanmamıştır.[60]

Ancak Türkiye şartlarında işe alım sürecinde kadınlara karşı sürdürülen ayrımcılığın yaygınlığı dikkate alındığında bu aşamada ortaya çıkan ayrımcılığın kanun koyucu tarafından yaptırımsız bırakılmış olması çok önemli bir boşluk yaratmakta ve kötüye kullanılmaktadır.[61]

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen işe almada cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrım yapılması yasağı, iş ilişkisinin kurulması aşamasında ayrım yapılmasını engelleyen istisnai kurallardan biridir. Bu hüküm doğrultusunda işveren, işin niteliği gereği haklı bir neden olmaksızın sırf cin-

---

56 **SÜZEK,** 2023, s. 475.

57 **MANAV ÖZDEMİR,** 2017, s. 146.

58 **YÜKSEL,** 2000, s. 140-141, **MANAV ÖZDEMİR**, 2017, s. 146.

59 **YÜKSEL,** 2000, s. 141.

60 **SÜZEK,** 2023, s. 476-477; **AYDIN,** 2023, s. 266, 270.

61 **DEDEOĞLU,** Saniye, "Eşitlik mi Ayrımcılık mı? Türkiye'de Sosyal Devlet, Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Kadın İstihdamı", Çalışma ve Toplum, Cilt: 2, Sayı:21, 2009, s. 49; **TAŞKENT VE KURT,** 2004, s. 38; **ARSLAN ERTÜRK,** Arzu, "Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 23/1, 2017, s. 354; **MANAV ÖZDEMİR,** 2017, s. 147.

siyet veya hamilelik nedeniyle iş sözleşmesi yapmaktan kaçınamaz. Hükme aykırı şekilde ayrımcılık yapılması durumunda İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenen ayrımcılık tazminatının uygulanma imkanı olmasa da, genel hükümler uyarınca tazminata hükmedilebilmektedir.[62] Görüldüğü üzere, çalışma yaşamına giriş aşamasında kadınlar bakımından yaptırımlı şekilde koruma sağlanan konular sadece cinsiyet veya hamilelik nedeniyle doğrudan ayrımcılık uygulamalarıdır.[63]

Doktrinde, işverenin iş başvurularında objektif bir seçim yöntemi ile tarafsız, ön yargısız, eşit ve adil muamele yaparak görülecek işin niteliğine ve hizmetin yürütümüne uygun, işyerinin veya işletmenin çıkarına olacak işçiyi belirlemesi gerektiği ifade edilmektedir.[64] Doğru olan bu şekilde karar alınması olmakla birlikte dikkatten kaçan veya göz ardı edilen husus açıktır. Rasyonel karar alacağına güvenilen işveren/işveren temsilcisi de eril normunun geçerli olduğu toplumda yaşamaktadır. Dolayısıyla liberal teoriye göre rasyonel karar vereceği varsayılan kişiler de bu normla göre yani toplumsal cinsiyet rolleri bakımından erkek ve kadın arasında oluşmuş olan ve gelecekte de sürecek farklara göre karar verir.

Uygulamada sıkça karşılaşılan bir diğer husus işe alım sürecinde yapılan iş duyuruları ve mülakatlar esnasında adaylara yöneltilen sorulardır. Bir iş ilanının cinsiyet belirtilerek verilmesi ancak yapılacak işin ifasının da belirli bir cinsiyette olmayı gerektirmesi durumunda hukuka uygun hale gelebilir.[65] Örneğin kadın veya erkek giysilerinin tanıtılacağı bir defilede kadın veya erkek mankenler için duyuru yapılması örnek olarak gösterilebilir.[66]

---

[62] **SÜZEK,** 2023, s. 487-488; **AYDIN,** 2023, s. 266; **NARMANLIOĞLU,** Ünal, İş Hukuku-Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 330.

[63] 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Nefret ve ayırımcılık" başlıklı 122 maddesi uyarınca, kişinin işe alınması sırasında ayrım yapılması suç sayılmakta olup ayrım yapan kimse hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile adli para cezası öngörülmektedir. Ancak, doktrinde bu madde, işe almada sınırlı sebeplere dayalı ayrımcılığın yasaklanmış olması, ayrımcılık suçunun oluşabilmesi için ayrımcılık saikinin aranması ve böylece dolaylı ayrımcılık hallerinin kapsam dışı bırakılması nedeniyle haklı olarak eleştirilmektedir. **BAKIRCI,** 2012, s. 11. TCK 122. madde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **SÜZEK,** 2023, s. 492 vd; **YILDIZ,** 2008, s. 343 vd.

[64] **YÜKSEL,** 2000, s. 141.

[65] LÖSCHNİGG/HEKİMLER, s. 197, aktaran; **MANAV ÖZDEMİR,** 2017, s. 148.

[66] **MOLLAMAHMUTOĞLU,** Hamdi / **ASTARLI**, Muhittin / **BAYSAL**, Ulaş, İş Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 738. Çalışmada farklı örnekler verilmiş olmakla birlikte örneğin kreş öğretmenliği için kadın çalışan ilanı verilmesi bu konuda hukuka uygunluk nedeni olarak belirlenen iş-cinsiyet uyumu/gerekliliği konusunda geleneksel toplumsal cinsiyet rollerinin dışına çıkılarak gerekliliğin daha dar değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İşverenler tarafından iş mülakatlarında özellikle kadın adaylara evli olup olmadığı, evlenmeyi düşünüp düşünmediği, çocuk sahibi olup olmadığı ve olmayı düşünüp düşünmediği gibi özel ve aile yaşamına ilişkin sorular sorulması sıkça karşılaşılan bir durumdur. Bu konular, özellikle adayın tercih edilmesi, işe kendini adaması konusunda toplumsal cinsiyet rollerine dayalı geleneksel işbölümü anlayışına dayanması nedeniyle önemli ve belirleyici olmaktadır.[67]

Bu konuda öğretide adayın, sorulan sorulara doğru cevap verme yükünün bulunup bulunmadığı ve varsa bile kapsamı konusunda farklı düşünceler mevcuttur. Örneğin gebeliğe ilişkin soruların ancak işin niteliği gerektiriyorsa sorulabilmesi veya işveren bakımından zorunlu bir külfet yaratacağı gerekçesiyle her durumda sorulabilmesi[68] gerektiğine ilişkin farklı düşünceler mevcuttur. Kanaatimizce kadın adaya hamile olup olmadığı konusunda soru sorulması özel hayatın gizliliği ilkesini de zedeleyecektir. Dolayısıyla kadın adaylara erkek adaylardan farklı sorular sorulması ve özellikle gebeliğe ilişkin sorular sorulması, işin niteliği sorulacak soruyu gerekli kılmıyorsa hukuka uygun kabul edilmemelidir.[69]

2. İş Sözleşmesinin Devamı Süresince Sağlanan Koruma ve Ücret Eşitliğinin Sağlanması

İşveren işin devamı süresince cinsiyet nedeniyle ayrım yapamaz.[70] İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz. Maddede yer verilen açık yasağa rağmen cinsiyet dışında objektif nedenlerin varlığı halinde örneğin verimlilik, kıdem, mesleki nitelikler vd. dikkate alınarak kadın ve erkek işçiler arasında farklı ücret kararlaştırılmasının mümkün olduğu yani ücret konusunda eşitliğe ilişkin kuralın mutlak olarak kabul edilmediği belirtilmelidir.[71]

---

[67] **MANAV ÖZDEMİR,** 2017, s. 149; **YÜKSEL,** 2000, s. 154.

[68] **SÖZER,** Ali Nazım, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2023, s. 1051.

[69] Konuya ilişkin doktrindeki tartışmalar için bkz., **MANAV ÖZDEMİR,** 2017, s. 149-150.

[70] **SÜZEK,** 2023, s. 480;

[71] **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL,** 2014, s. 739-740; **AYDIN,** 2023, s. 558; **MANAV ÖZDEMİR,** 2017, s. 157.

Uygulamada, özellikle iş sözleşmelerinde diğer işçilerle alınan ücretin paylaşılmasına ilişkin yasaklara yer verilmekte ve bu konuda bir karşılaştırma yapabilmenin önü işverenlerce kapatılmaktadır. Ancak aynı veya eşit değerde işler söz konusu olduğunda, erkek işçilerin ücretlerinin kadınlara oranla daha yüksek olduğu genel olarak belirlenebilmektedir.[72] Bu noktada ücret değerlendirmesinde işin niteliği, iş için harcanan emek, çalışma koşulları dikkate alınarak objektif bir değerlendirme yapılması ve cinsiyet farkı gözetilmeksizin kadın ve erkek işçilere eşit ücret ödenmesinin önemi haklı olarak ifade edilmektedir.[73]

Ancak cinsiyete dayalı ücret eşitsizliği işe başlarken başlayan, işin devamında terfi ve görevlendirmeler yapılırken kadın ve erkek işçilerin geleneksel toplumsal cinsiyete dayalı uygulama ve ön yargılar sonucunda ücret farkını sözde makul hale getiren bir fark hızla ortaya çıkmaktadır. Bu konuda kadınların cinsiyetleri gereği hapsedildikleri aile içi roller, annelik yükü, bakım ve hizmet yükü gibi sorumlulukları ortaya çıkan farkı kaçınılmaz hale getirmektedir.

3. İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Sağlanan Koruma

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca çalışma devam ederken ve sona ermesinde işveren, iş sözleşmesinin sona ermesinde biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça bir işçiye, iş sözleşmesinin sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.[74]

İş Kanunu'nun 18. maddesinde de cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum gibi nedenler ve 74. maddede öngörülen kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemenin iş sözleşmesinin feshi bakımından geçerli sebep olarak kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir. Bu

---

[72] Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., **SÜRAL**, Nurhan / **DAYIOĞLU,** Meltem, "Recent Evidents on the gender wage gap in Turkey", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul, 2011, s. 691 vd.

[73] **MANAV ÖZDEMİR,** 2017, s. 157.

[74] Farklı bir ifade ile işveren "biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılıyorsa" cinsiyete dayalı doğrudan veya dolaylı farklı muamelede bulunabilmektedir. **BAKIRCI**, 2012, s. 62. Doktrinde iş sözleşmesinin feshi aşamasında fesih hakkının kötüye kullanılması dışında mutlak bir eşit işlem borcu olmadığı kabul edilmektedir. **AYDIN,** 2023, s. 268 vd., **YUVALI,** 2012, s. 182 vd.

bağlamda, kadın işçinin doğuma bağlı yasal izin haklarını kullanması nedeniyle ve süt izni kullanması nedeniyle iş sözleşmesi feshedilemez. Doğum ve gebelik hallerinde bildirim süresi 74. maddedeki sürenin bitiminden başlamakta olup bu süre bitmeden doğum veya gebelik nedeniyle fesih yapıldığı durumlarda sözleşmenin feshi için haklı bir sebep olmaması nedeniyle haksız fesih söz konusu olmaktadır.[75]

Uygulamada, kadın işçilerin doğum izni ve süt izni sürelerinde işten çıkartılmadığı görülmektedir. Ancak bu sürelerde işten çıkarmanın yasaklanması tek başına kadın işçinin çalışması süresince ayrımcılığa karşı korunmasını sağlamaktan uzaktır. Özellikle doğum ve sonrasında kadına yüklenen bakım yükü bu süreçlere özgülenen hakların kullanılmasını kadın işçilerin aleyhine çeviren farklı uygulamalara sebep olmaya devam etmektedir.

Bu noktada vurgulanması gereken bir diğer husus, iş sözleşmesinin feshinin yasaklı sürelere denk gelmesinin, tek başına işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı anlamına gelmediği ve ayrımcılık tazminatına doğrudan sebep olmadığıdır. Bu konuda ayrımcılığın ispatı gerekli olup, ispata ilişkin yaklaşımlar özellikle önem kazanmaktadır.[76]

---

[75] **MANAV ÖZDEMİR,** 2017, s. 159.

[76] **MANAV ÖZDEMİR,** 2017, s. 158-159. Bkz., **AYDIN,** 2023, s. 270 vd. Ayrımcılık yasağına aykırılığın ispatı konusunda ayrıca bkz., **MANAV ÖZDEMİR,** 2017, s. 169-171.

C. Kadınlara Yönelik Çalışma/Çalıştırma Yasakları

İş hukukunda kadınlar için yer ve su altında çalışma yasağı[77], gece çalışma yasağı[78] ve tehlikeli işlerde çalışma yasağı[79] mevcuttur**.** Bu yasaklar, genel olarak Anayasa'nın 50. maddesinden kaynaklanan ve kadın çalışanları "dezavantajlı" bir grup olması nedeniyle çalışma yaşamında korunma amacına dayandırılan düzenlemelerdir. Doktrinde genellikle işin devamı esnasında kadın işçilerin korunmasını sağlamak amacını taşıyan özel koruyucu düzenlemeler olarak anılan ilgili madde düzenlemeleri, zaman içinde değiştirilerek mutlak yasaklılık halinden çıkarılmıştır. Ancak buna rağmen kadınların çalışmasına getirilen yasaklar konusunda farklı şartlara ve prosedürlere bağlı kalınmaya devam edilmiştir. Yapılan değişiklikler olumlu olmakla birlikte, söz konusu çağ dışı düzenlemelerin halen varlığını sürdürmesi kanun koyucunun kadın çalışanlara ilişkin genel bakış açısını gösterir niteliktedir.

İş Kanunu ve ilgili mevzuatta çalışma yasağı içeren düzenlemelerin değerlendirilmesi ve kadın işçilere özgülenen yasaklarının kaldırılması gereklidir. Zira eksiksiz iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alındığı bir işte bazı istisnai durumlar ve kadın işçinin analık hali haricinde kadınlara özel koruyucu tedbirlere ver verilmesi ayrımcılık yaratır ve kadınlar için fırsat eşitliğine zarar

---

[77] İş Kanunu, madde 72'ye göre: "[m]aden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır"

[78] 1475 sayılı İş Kanunu'nda her yaştaki kadınlar için gece çalışması yasaklanmıştı. 4857 sayılı kanunda18 yaşını dolduran kadınların gece çalıştırılmasına yönelik kuralların ayrı bir yönetmelik ile belirleneceği belirtilmiştir (İş Kanunu, madde 73/2). Bu kapsamda Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik (2013) ile kadınların gece çalışması kapsamlı bir şekilde ele alınarak gerekli koruyucu tedbirler yönetmelik kapsamında sıralanmıştır.

[79] 4857 sayılı İş Kanunu'nun mülga 85. maddesinde, kadınların hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabileceklerinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterileceği şeklinde bir hüküm yer almaktaydı. Bu hüküm gereği, 16.06.2004 tarihli ve 25494 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren mülga Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'nin Ek-I çizelgesinde kadınların hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabileceği yanına K harfi konmak suretiyle düzenlenmişti. 2012 yılında yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile İş Kanunu'nun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tüm maddeleri yürürlükten kaldırılınca, "Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği" (RG, 16.06.2004, No:25494), 08.03.2013 tarih ve 28553 nolu Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır. 25494 numaralı mülga Yönetmelik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **BAKIRCI,** 2012, s. 62-67; **GÖKÇEOĞLU BALCI**, 2017, s. 1278.

verir.[80] Bakırcı tarafından da ifade edildiği üzere, "[a]ğır ve tehlikeli işlerde kadınlar için öngörülen çalıştırma yasakları ve sınırlamalar, kadınların (örneğin kadın mühendislerin), sanayide çalışabileceği alanları son derece kısıtlayarak yüksek ücretli işlerde istihdamını önemli ölçüde engellemekte ve cinsiyet ayrımcılığına yol açmaktadır. Bu nedenle bu düzenlemelerin teknolojik ve bilimsel gelişmeler dikkate alınarak gözden geçirilmesi ve kadın istihdamını daraltıcı gereksiz yasakların kaldırılması gerekmektedir. Bu tür işlerde iş sağlığı ve güvenliği önlemleri artırılarak hem kadın hem erkek işçiler korunmalı ve çalışıp çalışmayacağına, kadınlar kendileri karar vermelidir. Aksi durum ayrımcılık oluşturur ve eşitlik ilkesini ihlal eder."[81]

D. Gebelik Dönemi ve Doğum Sonrası Döneme Özgü Düzenlemeler

Çalışma yaşamında, kadının sadece kadın olması nedeniyle *korunmaya gereksinimi* olmamasının tek istisnası, hamilelik, doğum ve lohusalık döneminde, biyolojik nedenlerle, birtakım özel koruyucu önlemlerin alınması gerekliliğidir.[82] Analık halinde sağlanacak koruma mevzuatta 5510 sayılı Kanun[83] ve İş Kanunu'nda düzenlenmiştir.

5510 sayılı Kanun'un 15. maddesinde kadının "…gebeliğin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve özürlülük hallerinin" analık hali kabul edildiği düzenlenmiştir. Düzenlemede analık hali, gebelik, doğum ve lohusalık olmak üzere üç dönemi kapsamakta-

---

[80] Aynı yönde eleştiri için bkz., **BAKIRCI,** 2012, s. 67; **GÖKÇEOĞLU BALCI**, 2017, s. 1278 vd. Doktrinde bir görüşe göre, kadın işçilerin belirli işlerde çalışmasının yasaklanması yerine işe başlarken sağlık raporu alınması ve/veya belli aralıklarla doktor kontrolünde geçmesi gibi işçiyi koruyucu ek tedbirler alınması daha isabetli olacaktır. Demiral, 2005:5. Kadın işçilerin psikolojik, fizyolojik ve biyolojik yapısal farklılıkları düşünülerek getirilmiş, tıbbi açıdan kanıtlanmış, kadınların iş sağlığını ve güvenliğini koruyan düzenlemelerin ayrımcılık yasağını ihlal eden düzenlemeler olarak görülmemesi yönündeki görüş için bkz., **MANAV ÖZDEMİR,** 2017, s. 152-153; **YÜKSEL**, 2000, s. 168-175.

[81] **BAKIRCI,** 2009, s. 62 ve 64; **GÖKÇEOĞLU BALCI**, 2017, s. 1271.

[82] Bu önlemler aynı zamanda, iş sağlığı ve güvenliğinin de bir parçasıdır. **GÖKÇEOĞLU BALCI**, 2017, s. 1279.

[83] 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (SSGSSK), Kabul Tarihi:31.05.2006.

dır.[84] Düzenleme gebeliğin başlaması ile doğumdan sonraki 8/10 haftalık süre ile sınırlamış olsa da analık hali maddedeki düzenlemeyi aşan geniş bir içeriğe sahiptir.[85]

Bu süreçte özellikle biyolojik bir süreç olarak gebeliğin kadın cinsiyetinden ayrılamadığı dikkate alınarak gebelik süreci ve doğum sonrasında devam eden belirli sürelerde (emzirme süreci) kadınların özellikle iş yaşamında mağdur olmaması için alınacak tedbirlerde devlet ve işveren arasında ölçülü bir paylaşım yapılması gerekir.[86] Bu konudaki tüm yükün (gebenin refahı bakımından yetersiz olmasına rağmen) işverene yüklenmesi, kadın istihdamı konusunda eşitliğin sağlanmasını oldukça güçleştirir.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, kadın işçiler bakımından doğum ve analık haline ilişkin düzenlemelerin gerçekten biyolojik bir süreç olarak doğum ve ertesine (emzirme süreci) ilişkin olup olmadığıdır. Düzenlemelerle amaçlanan bu süreci kadın ve çocuk bakımından sağlıklı hale getirmek mi yoksa çocuğun bakımının geleneksel toplumsal cinsiyet rolleri bağlamında kadına/anneye yüklenmesi ve bu rol bölüşümünün devamını mı sağlamak olduğu netleştirilmelidir. Gebelik ve doğum sonrası süreci düzenleyen kadına ilişkin düzenlemeler belli alt başlıklar altında incelenebilir. Çalışma mevzuatında tercih edilen yaklaşımın belirlenebilmesi için bazı düzenlemeler değerlendirilecektir.

1. İş Sağlığı ve Güvenliği Tedbirleri

İş Hukukunda, gebelik ve emzirme dönemine ilişkin koruyucu düzenlemeler, İş Kanunu'nu ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 30. maddesine dayanılarak 2013 yılında çıkarılan, Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelikte[87] düzenlenmiştir. Anılan yönetmelikte, işverene gebe işçilerin korunması amacıyla birtakım tedbirler alma yükü yüklenmiştir. Yönetmelikte, risk değerlendirme sonuçları, gebe veya emziren işçi için sağlık ve güvenlik

---

[84] **TUNCAY,** Can, **EKMEKÇİ**, Ömer, **GÜLVER**, Ender, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 22. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2023, s. 442.

[85] **SÖZER,** 2023, s. 249.

[86] **BAKIRCI**, 2012, s. 75.

[87] R.G., 16.08.2013, 28737.

riski taşıyorsa, işverenin ilgili işçinin çalışma koşullarını ve/veya çalışma saatlerini, bu risklere maruz kalmasını önleyecek bir biçimde geçici olarak değiştirmesi (md. 7/1); gerektiği takdirde ilgili işçiyi başka bir işe aktarmak için gerekli önlemleri alması (md. 7/2); sağlık raporu ile gerekli görüldüğü takdirde gebe işçinin, sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılması ve bu halde işçinin ücretinde bir kesinti yapılamayacağı, başka bir işe aktarılması mümkün değilse, işçinin, sağlık ve güvenliğinin korunması için gerekli süre içinde ve isteği halinde ücretsiz izinli sayılmasının sağlanması (md. 7/3); gebe işçinin, günde 7.5 saatten fazla çalıştırılamayacağı (md. 9); gebelikleri süresince periyodik kontrolleri için ücretli izin verileceği (md. 11); kadın işçinin, gebe olduğunun sağlık raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar geçen sürede gece çalışmaya zorlanamayacağı, yeni doğum yapmış işçinin doğumu izleyen 1 yıl boyunca gece çalıştırılamayacağı ve bu sürenin sonunda da, sağlık ve güvenlik açısından sakıncalı olduğunun sağlık raporu ile belirlendiği dönem boyunca gece çalıştırılamayacağı düzenlemelerine yer verilmiştir.[88]

2. Analık İzni

Analık izin süresi ise; İş Kanunu'nun 74. maddesinde çalıştırma yasağı olarak "doğumdan önce 8 hafta ve doğumdan sonra 8 hafta olmak üzere, toplam 16 haftalık süre için çalıştırılmamaları esas" olduğu belirtilerek düzenlenmiştir. Gebelik ve doğum sonrası dönemde ayrıca, sosyal güvenlik hakkı kapsamında kadın için Devlet tarafından sağlanan geçici iş göremezlik ödeneği, emzirme ödeneği[89], doğum borçlanması hakkı[90] gibi bazı koruyucu tedbirlerin de düzenlendiği görülmektedir.

---

[88] Yönetmelik md. 8.

[89] Emzirme ödeneği, doğum yapması halinde sigortalı kadına veya sigortalı olmayan karısının doğum yapması halinde sigortalı erkeğe verilir. Ödenek, her bir çocuk için doğum anında yaşaması şartıyla (canlı doğum) doğum tarihinde geçerli olan ve Kurum Yönetim Kurulunca belirlenerek Bakanlık Makamınca onaylanan tarife üzerinden verilir. 2020 yılı için bu rakam 202,00 TL, 2021 yılı için 232,00 TL, 2022 yılı için 316 TL, 2023 yılı için 520,00 TL ve 2024 yılı için 857,00 TL olarak ve bir defaya mahsus olarak ödenmektedir. https://www.sgk.gov.tr (Erişim Tarihi, 01.03.2024). İlgili düzenlemeler; 5510 sayılı Kanun 16/3, 4; 2016/21 sayılı genelge. Ayrıntılar için bkz., Çavuş, 2021, s. 80 vd.

[90] Bkz., **ÇAVUŞ,** Ö. Hakan, "Sosyal Güvenlik Mevzuatımızda Gebe ve Anne Sigortalılara Yönelik Düzenlemeler", Çalışma ve Toplum, Cilt:1, Sayı: 68, 2021, s. 82 vd ve https://www.sgk.gov.tr (Erişim Tarihi, 01.03.2024).

5510 sayılı Kanunda ise kadın işçinin, çalışmadığı bu dönemde ücret alamayacağı, ancak analık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneği alabileceği düzenlenmiştir.[91] Ancak analık, sosyal güvenlik hukuku bağlamında, sosyal bir risk olarak nitelendirilerek kısa vadeli sigorta kolları arasında iş kazası ve meslek hastalığı ve hastalıkla birlikte düzenlenmiştir.[92]

Gebe kalan ya da doğum yapan kişi sigortalı kadın ise analık yardımlarından yararlanabilmesi için analığın evlilik birliği içinde meydana gelmesi şart değildir. Halbuki, analık yardımlarından sigortalı erkek üzerinden (sigortasız eşin) yararlanılabilmesi için gebeliğin ancak evlilik birliği içinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir.[93]

Sosyal güvenlik sistemimizde annelik; kadının hamile kalması ile başlayarak doğumla devam eden ve çocuk sahibi olmakla süren fizyolojik, ekonomik ve sosyolojik risklerle dolu bir süreç olarak ele alınmıştır.[94] Bu süreç içinde kadın çalışanlar belirli bir süre çalışma yaşamından uzak kaldıkları için hem gelir kaybına uğramakta hem de sağlık yardımları yönünden zorluklarla karşılaşabilmektedirler. Genel olarak gebe ve anne sigortalılara yönelik düzenlemelerin, kadınların daha fazla istihdam edilmesini sağlamak ve yıpranmalarını önlemeye yönelik düzenlemeler olduğu belirtilmektedir. Bu durum kadın yoksulluğunu ortaya çıkaran önemli nedenlerden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, gebelik ve analık yükü, niteliği bakımından hastalık ve diğer iş göremezlik nedenlerine benzememesinin yanı sıra kadın bakımından yıkıcı etkisi yasalarda dikkate alınan sürelerle de sınırlı değildir.

---

[91] SSGSSK md. 18/d. Analık sigortası hakkında ayrıntı için bkz. **TUNCAY, EKMEKÇİ VE GÜLVER,** 2023, s. 441 vd; **GÜZEL,** Ali / **OKUR,** Ali Rıza / **CANİKLİOĞLU,** Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 474 vd.; **SÖZER,** 2023, s. 248-258; **AYDIN,** 2023, s. 561 vd.

[92] Daha genel bir perspektiften sosyal güvenlik sistemimizde düzenlenen bu haklar; geçici iş göremezlik ödeneği, emzirme ödeneği, belli şartlarda yarım çalışma ödeneği, iş kazası sigortasından sağlanan yardımlar, doğum borçlanması, engelli çocuğu bulunan annelerin erken yaşlılık aylığı almaları, doğum yardımı, çocuk bakım desteği, evde bakım aylığı ve şartlı sağlık yardımı şeklinde sayılabilir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., **ÇAVUŞ,** 2021, s. 75 vd.

[93] **TUNCAY, EKMEKÇİ VE GÜLVER,** 2023, s. 442.

[94] **TUNCAY, EKMEKÇİ VE GÜLVER,** 2023, s. 441.

Bu noktada, işverenin gebelik ve doğum sonrası süreçte çalışamayan kadına ücret ödememesi doğaldır. Ancak, sosyal bir hukuk devletinde sosyal güvenlik hakkının en temel unsurlarından biri olan analık sigortası, Türkiye'de "geçici iş göremezlik ödeneği" olarak, kadının belli bir süre prim ödeme şartına bağlanmıştır.[95] Gerek ödemenin prim ödeme şartına bağlanmış olması gerekse ödenen net tutarların[96] azlığı nedeniyle geçici iş göremezlik ödemesinin, kadına ekonomik bakımdan katkıda bulunmak konusunda yetersiz olduğu belirtilmelidir.[97]

3. Emzirme İzni / Süt İzni

İş Kanunu'nun 74. maddesi ve Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik hükümleri uyarınca, kadın işçilerin doğumdan itibaren 1 yıl süreyle günde 1.5 saat emzirme izni vardır.[98] Asıl olan süt izninin işyerinde kullanılmasıdır. Ancak uygulamada işverenler genellikle kadın işçinin her gün 1.5 saat işe geç gelmesi veya 1.5 saat işten daha erken ayrılmasına izin vermek suretiyle bu izni kullandırmaktadırlar.[99] Dolayısıyla, çocuğun beslenmesi gereğine dayanan düzenleme uygulanması itibariyle amacına aykırı, dolayısıyla yararsız hale gelmektedir.

---

[95] Kanun'un md. 18/1 hükmü gereğince, sigortalı kadının analığı halinde, doğumdan önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz., **SÖZER,** 2023, s. 254; **TUNCAY, EKMEKÇİ VE GÜLVER,** 2023, s. 445.

[96] Geçici iş göremezlik ödeneği hakkında bilgi için bkz., **TUNCAY, EKMEKÇİ VE GÜLVER,** 2023, s. 445 vd.

[97] Bu konudaki önemli sorunlardan bir diğeri, doğum borçlanması konusundaki yaklaşım ve düzenlemelerdir. İlk olarak kadın işçinin sigortalı olmadan önce yaptığı doğuma/doğumlara ilişkin süreler için borçlanma hakkı verilmemiştir. Yani kadın sigortalı işe giriş tarihinden önce doğum/doğumlar yapmışsa doğum borçlanması yaptığında borçlandığı süreler işe giriş tarihini geriye doğru çekmemektedir. Bu durum, *gebelik nedeniyle çalışma yaşamına hiç başlayamayan veya geç başlayan kadınların*, borçlanma gibi şartlı bir kurumdan dahi yararlanamamalarına dolayısıyla emekli olamamalarına sebep olabilmektedir. **ÇAVUŞ,** 2021, s. 83.

[98] Yönetmelik hakkında bilgi için bkz., **AYDIN,** 2023, s. 567 vd. Geçici iş göremezlik ödeneğinden farklı olarak 5510 sayılı Kanun'un 4/I/a bendi uyarınca sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin doğumdan önceki bir yıl içinde en az 120 gün kısa vadeli sigorta kolları priminin bildirilmiş olması yeterli olup ayrıca ödenmiş olması gerekmemektedir. **TUNCAY, EKMEKÇİ VE GÜLVER**, 2023, s. 443.

[99] Konuya ilişkin Yargıtay uygulaması hakkında bkz., **AYDIN,** 2023, s. 566, dn 57.

Ayrıca, ilgili Yönetmeliğin 13. maddesinde yer alan ve[100] işverenleri belli sayıda (yaşı ve medeni haline bakılmaksızın) kadın çalışan bulunan işyerlerinde emzirme odası açmakla yükümlü tutan düzenleme, yükümlülüğün kadın işçi sayısına bağlaması nedeniyle sorunludur. Aşağıda değinilecek olan diğer düzenlemelerle birlikte yükümlülüğün sayıya bağlanması işverenlerin kadın işçi sayısını 100'ün altında tutmasına ve daha az sayıda kadın istihdam etmesine yol açmaktadır.[101]

Doktrinde artık, özellikle günümüzde teknolojinin sağladığı imkanlar sonucunda bebeği besleme işinin sadece anne tarafından veya fiilen gerçekleştirilmesinin gerekli olmadığı kabul edilmektedir. Bu noktada biyolojik zorunluluk ortadan kalkmasına rağmen bebeğin bakım ve şefkat ihtiyacı ve sağlıklı gelişimi için belli bir süre anne tarafından beslenmesinin gerekli olduğu düşünülebilir. Yine de çocuğun beslenmesi için düzenlenen süreler bu bakışla uyumlu olmadığı gibi işyerinde emzirme odası açmak gibi yükümlülüklerin "çalışan kadın sayısı"na bağlanması geleneksel cinsiyet rollerinin devamını teşvik eden bir nitelik ortaya koymaktadır.[102]

İlgili düzenlemelerin, çocuk bakım yükünü doğrudan kadına yükleyen geleneksel eril bakıştan kaynaklandığı açıktır. Mevzuatta bakım yüküne ilişkin düzenlemelerde de aynı bakış açısı devam ettirilmektedir.

Sigortalı kadın işçiye Kurum tarafından çocuk sahibi olduğunda emzirme ödeneği verilmektedir. Ödenek, çocuğun sağ doğması ve yaşaması şartına bağlıdır. Emzirme ödeneğinin miktarı Kurum yönetim kurulunca belirlenerek Bakan tarafından onaylanan emzirme ödeneği tarifesinde açıklanmaktadır.[103]

---

[100] Yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 100-150 kadın işçi çalıştırılan işyerlerinde, bir yaşından küçük çocukların bırakılması ve bakılması ve emziren işçilerin çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerlerine en çok 250 metre uzaklıkta bir emzirme odasının kurulması zorunludur. Bkz. Yönetmelik madde 13.

[101] Erkek işçilerin bu sayının hesabına katılması, ancak çocuğun annesinin ölmüş veya velayetinin babaya verilmiş olması hallerinde mümkündür. Yönetmelik madde 13/5.

[102] **GÖKÇEOĞLU BALCI,** 2017, s. 1282; **BAKIRCI,** 2012, s. 81.

[103] Bilgi için bkz., **SÖZER,** 2023:258 vd; Emzirme ödeneği 2020 yılı için 202 TL, 2021 yılı için 232 TL, 2022 yılı için 316 TL, 2023 yılı için 520 TL olarak belirlenerek ödenmiştir. Ödenek her bir çocuk için bir defaya mahsus olarak ödenmektedir. **TUNCAY, EKMEKÇİ VE GÜLVER,** 2023, s. 445.

E. Doğum Sonrası Esnek Çalışma Olanakları, İzinler

Biyolojik gerekçelere dayanan doğum ve doğum izni süreçleri tamamlandıktan sonra çocuğun veya çocukların bakımına ilişkin birtakım izin düzenlemelerinden bahsetmek mümkün.

Bu konuda öncelikle belirtilmesi gereken husus, çalışma yaşamında gerçek anlamda kadın-erkek eşitliğinin sağlanabilmesi için, doğum sonrası dönemdeki bakım izinlerinin, her iki ebeveyn tarafından da kullanılabilmesinin önünün açılmasının gerekli olduğudur.[104]

1. Altı Aylık Ücretsiz İzin Hakkı

İş Kanunu'nun 74. maddesi 6. fıkrası uyarınca, analık izninin[105] bitmesiyle "kadın işçi" en fazla 6 ay süreyle ücretsiz izne çıkabilir. Kadın işçinin talep etmesi durumunda bu iznin işverence verilmesi zorunludur.[106]

2. Doğum Sonrası Yarım Çalışma İzni

Kanun'un 74. maddesinin 2. fıkrasına göre ücretsiz izne çıkmayı tercih etmeyen "kadın işçi" bu durumda yarım çalışma yapmayı tercih edebilir. Ancak ilgili düzenleme, yarım çalışma ödeneğinden yararlanabilmeyi belli şartlara bağlamıştır.[107] Analık izninin bitiminden sonraki 6 ayın sonunda ücretsiz izin

---

[104] Özellikle eşitlik bakımından başarılı kabul edilen uygulamalar ile AB Hukuku mevzuatı ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları da çocuğun bakımını kadına/anneye yüklemek yönündeki geleneksel bakış açısının çağdışılığını ve geleneksel stereotiplerin devamı ile pekişmesini sağlayan bir yaklaşım olduğunu işaret etmektedir. **GÖKÇEOĞLU BALCI,** 2017, s. 1283.

[105] Kadın işçinin analık halinin ortaya çıkmasıyla İş Kanunu'nun kadın işçiye tanıdığı izinler analık izni ile başlamaktadır.

[106] **AYDIN,** 2023, s. 565.

[107] Buna göre; bu haktan yararlanabilmesi için kadın işçinin doğum tarihinden önceki son 3 yılda en az 600 gün işsizlik sigortası priminin bildirilmiş olması, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışmış olması, doğum sonrası analık hali izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde Çalışma ve İş Kurumu'na başvuruda bulunulması gerekmektedir. 74/2 uyarınca; kadın işçiye, doğum sonrası analık hali izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla; birinci doğumda 60 gün, ikinci doğumda 120 gün, sonraki doğumlarda 180 gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum halinde bu sürelere 30'ar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması halinde bu süre 360 gün olarak uygulanır. Bkz., **SÖZER,** 2023, s. 254 vd.

Kadın işçi 60/120/180 gün boyunca yarım çalışma yaptıktan sonra dilerse çalışmaya geri dönebilir, dilerse sona ermemiş olan ücretsiz izin hakkının kalan sürelerini de kullanabilir.

hakkı sona erdiği için 6 aydan sonra bu izin kullanılamaz. Yarım çalışma ve ücretsiz izin süresi zorunlu olmadığı için kadın çalışan analık izni bitimiyle normal çalışma süresi dahilinde çalışmaya geri dönebilir.

Doğum sonrası yarım çalışma izni, çocuğun bakımı nedeniyle getirilmiş bir düzenlemedir. 74. maddenin 2. fıkrası uyarınca doğum sonrasında kullanılan analık izninin bitiminden itibaren "çocuğun bakımı ve daha iyi yetiştirilebilmesi amacıyla" ve çocuğun da hayatta olması kaydıyla istemeleri halinde kadın işçiye, ayrıca üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere belli sürelerle tanınmış bir izindir.[108] Düzenleme çocuğun biyolojik babasına izin hakkı vermemektedir.[109] Ancak çocuk bakımından ve yetiştirilmesinden yalnızca anne değil baba da sorumludur. Ayrıca bakım görevi açısından cinsiyet farklılığının bir önemi bulunmamaktadır. Çocuk bakımı her iki ebeveyn tarafından da gerçekleştirilebilir. Buna karşın, doğum sonrası bakım izninin sadece kadına özgülenmesi ve talep halinde işveren tarafından kabul edilmesinin zorunlu kılınması, görünüşte kadını koruyan düzenlemeler olsa da, işverenlerin kadın işçi tercihini olumsuz yönde etkileyeceği açıktır.[110] Çocuk bakımının esas olarak ebeveyn izni olarak düzenlenmesi daha isabetli olacaktır. Kısmi çalışma olanağının aile-iş dengesinin sağlanması ve çalışma yaşamından kopmamak gibi çalışan bakımından olumlu tarafları muhakkak vardır. Ancak, kısmi çalışma yapacak kadın işçinin bu süreçte gelirinin azalacağı ve prim ödemelerinin de kısmi olarak yapılacağı ve emeklilik süresinin uzayacağı dikkate alındığında, bu olanağın kadını bakım yükünün asli sorumlusu gören ve kadının mağduriyetini sadece şeklen hafifleten bir politika olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

---

[108] **TUNCAY, EKMEKÇİ VE GÜLVER,** 2023, s. 447.

[109] Yazarlar tarafından da evlat edinen babaya da tanınan hakkın biyolojik babaya tanınmamasının anlaşılması güç olarak nitelendirilmiştir. **TUNCAY, EKMEKÇİ VE GÜLVER,** 2023, s. 447.

[110] **GÖKÇEOĞLU BALCI**, 2017, s. 1283. Ayrıca farklı gerekçelerle de olsa 6663 sayılı Kanun'la getirilen ek hakların kadın istihdamını olumsuz yönde etkileyebileceği yönündeki bir görüş için bkz. **CENTEL,** 2016, s. 9, 16. Olumlu bir görüş için bkz., **SÜRAL,** Nurhan, "Avrupa Birliği'nin Cinsiyet Eşitliğine Dair Düzenlemeleri ve Esneklik", **İşveren**, C.53, S.2, 2015, s. 52 vd.

Yarım çalışma izni kullanan işçinin çalışmadığı süre esnasında da ekonomik sıkıntı çekmesini önlemek amacıyla bu süre içinde kendisine yarım çalışma ödeneği ödenir.[111]

3. Kısmi Süreli Çalışma İzni

Kısmi süreli çalışma, İş Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenerek tanımlanmıştır. Maddeye göre kısmi süreli çalışma "işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir". Kısmi süreli çalışmaya ilişkin ayrıntılar Kanun'un 13. maddesinin yanı sıra ilgili Yönetmelikte[112] düzenlenmiştir.

İş Kanunu'nun 74. maddesi kapsamında tanınan izin sürelerinin bitmesinin ardından bu sefer "anne ya da baba" esnek bir çalışma modeli olan kısmi süreli çalışmayı talep edebilme hakkına sahiptir.[113]

Her ne kadar iki cinse tanınsa da, uygulamada bu esnek çalışma imkanı kadınlar tarafından kullanılmaktadır.[114] Kısmi süreli çalışanların çoğunluğunun kadın olması gerçeği karşısında, AB'nde sosyal hakların tam süreli çalışanlara göre daha elverişsiz olduğu durumlarda, dolaylı ayrımcılık tartışması gündeme gelmektedir.[115]

---

[111] 6663 saylı Kanun ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa eklenen ek madde 5. **TUNCAY, EKMEKÇİ VE GÜLVER,** 2023, s. 448. Kadın işçi yarım çalışma karşılığı yarım ücret alacak, kalan kısım için ise kendisine SGK tarafından yarım çalışma ödeneği verilecektir. Tutarın hesabı için bkz., **SÖZER,** 2023, s. 255.

[112] Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 29882 sayılı çıkarılan Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik, R.G. 08.11.2016.

[113] 6663 sayılı Kanun'la 4447 sayılı Kanun'a eklenen Ek 5. madde uyarınca, evlat edinme sonrası yarım çalışma yapan işçilere, İşsizlik Sigortası Fonu'ndan yarım çalışma ödeneği ödenir.

[114] Aynı yönde bkz., **GÖKÇEOĞLU BALCI,** 2017, s. 1287; **METİN,** Banu, "İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılmasına Yönelik Politikalar ve Kadın İstihdamı: İsveç, Almanya ve Birleşik Krallık Örnekleri", TİSK Akademi, Cilt: 12, Sayı: 23, 2017, s. 44.

[115] Bu konuda AB ülkelerindeki durum ve ABAD kararları hakkında bilgi için bkz., **GÖKÇEOĞLU BALCI,** 2017, s. 1287 vd; **MANAV ÖZDEMİR,** 2017, s. 740; **BAKIRCI**, 2012, s. 45; **KAYA,** Gözde, Avrupa Birliği İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2010, https://acikbilim.yok.gov.tr/handle/20.500.12812/ 553665 (Erişim Tarihi: 01.03.2024), s. 110.

Ayrıca, kısmi süreli çalışma durumunda çocuk ilkokula gidinceye kadar uzun bir zaman dilimini kapsayan bu sürede, yarım çalışma izninin aksine izin kullanan ebeveyne ayrıca ödenek hakkı ile eksik ödenen prim günleri için İş Kanunu tarafından sigorta primi ödenmesi hakları da tanınmadığı dikkate alındığında, iznin tercih edilmesinin zor olduğu belirtilmelidir.[116]

E. Bakım Hizmeti/Bakım Desteği Sağlanmasına İlişkin Düzenlemeler

Toplumsal cinsiyet eşitliği ve özellikle çalışma yaşamında eşitliğin sağlanması bakımından bakım yükümlülüğü, kilit öneme sahip konulardan biridir. Bakım konusunda tercih edilecek sosyal ve hukuki politikalar cinsiyet eşitliğinin sağlanması için belirleyici niteliktedir. Genellikle çocuk bakımına özgülense de aslında bakım yükü sadece çocuk bakımından ibaret değildir. Bakım yükünü; okul öncesi çocuk bakımı ve eğitimi, okul çağındaki çocukların okul saatleri dışında ve tatillerde bakım ve eğitimi ile yaşlı, engelli ve hasta bakımı hizmetleri[117] olmak üzere üç farklı başlık altında ele almak mümkündür. Ancak bakım yükü olarak değerlendirilen çalışmanın, kadının ev içindeki görünmeyen ücretsiz emeğinin en önemli unsurlarından biri olduğunu vurgulamak gereklidir. Türkiye'de kadınların çalışma yaşamına katılmasının önündeki en temel engellerden biri, kurumsal bakım hizmetlerinin yetersizliğidir. İş hukuku kapsamındaki bakım düzenlemeleri yalnızca, çocuk bakımı ile sınırlı olduğu için bu çalışmada sadece bu konuya ilişkin düzenlemeler değerlendirilecektir.

Türkiye'de çocuk bakımının yeterli şekilde kurumsallaşmadığı görülmektedir.[118] Okul öncesi yaş grubunda bulunan çocukların bakımı, bir kamu

---

[116] Kısmi süreli çalışma izni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **GÖKÇEOĞLU BALCI,** 2017, s. 1286. Düzenlemenin iyiniyetli olmasına rağmen talepte bulunan işçiye yeterli güvence sağlanmaması ve talebe uymayan işverene yeterli yaptırım öngörülmemesi nedeniyle bu olanaktan yararlanmanın güç olduğu yönündeki görüş için bkz., **AYDIN,** 2023, s. 567.

[117] **İLKKARACAN,** İpek, "Türkiye'de Kadın İstihdamı Önünde Bir Engel Olarak İş-Aile Dengesi Sorunsalı", İşveren, Cilt:53, Sayı:2, 2015, s. 56.

[118] Türkiye'de sadece çocuklar için değil aynı zamanda yaşlılar ve engelliler için de bakım hizmetlerinin kurumsallaşmasındaki yetersizliği vurgulayan ve sosyal bakımı, aile içinde ve kadınlarca üstlenilmesi gereken bir yükümlülük olarak kurgulayan geleneksel eril bakışa işaret eden bazı kaynak için bkz., **ECEVİT,** 2008. Bu konuda Boğaziçi Üniversitesi tarafından gerçekleştirilen ayrıntılı bir çalışma için ayrıca bkz., Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Politika Forumu, Mart 2009, Türkiye'de Çocuk Bakım Hizmetlerinin Yaygınlaştırılmasına Yönelik Bir Öneri: Mahalle Kreşleri, https://spf.bogazici.edu.tr/sites/spf.boun.edu.tr/files/143979 6403mahallekresleri-arastirmaraporu0.pdf (Erişim Tarihi:01.03.2024).

sorumluluğu olarak ele alınmaktan ziyade aile ve akrabalar, özellikle de kadınlar tarafından üstlenilen bir yükümlülüktür. Kamu tarafından sağlanan çocuk bakım hizmetleri son derece yetersiz iken, özel sektör tarafından sağlanan hizmetler de sosyo-ekonomik anlamda çok sınırlı bir kesimin erişebileceği niteliktedir.[119] Dolayısıyla kadınların çalışma yaşamına katılımı ve "Aile ile Çalışma Hayatının Uzlaştırılması" politikaları açısından bakım yükünün ne şekilde düzenlendiği ve bu konuda sağlanan yarar ve hizmetlerin neler olduğu önem taşır. Bu noktada özellikle vurgulanması gereken bir diğer husus, bu alanda yapılacak düzenlemelerin emek piyasasında yer alsın ya da almasın, tüm kadınlar ve genelde bakmakla yükümlü çocukları bulunan tüm bireyler için sosyal bir hak olarak ele alınması gereğidir.

SONUÇ YERİNE

Eşitlik liberal olarak nitelendirilen tüm hukuk sistemlerinde olduğu gibi bizim ülkemiz de de anayasal bir ilke olarak düzenlenmiştir. Ancak özellikle erkek ve kadınların eşitliği söz konusu olduğunda politik bir söylem ve vaad olarak kullanılan bu idealin gerçekleştirilmesi bu konuda doğru amaçlarla doğru ve ciddi adımların atılmasını gerektirir. Maalesef İş Kanunu ve ilgili düzenlemeler dikkate alındığında kadın erkek eşitliğinin sağlanması amacının samimiyetinin dahi belirsizliğini koruduğu açıktır. İlgili düzenlemeler, toplumsal cinsiyet rollerinden kaynaklanan geleneksel kadın ve erkek rollerinin devamını engellemekten ziyade bunların pekiştirilmesine sebep olacağı açık olan düzenleme ve uygulamalar ısrarla sürdürülmektedir. Kadının toplumda ve çalışma yaşamında ikincil statüye mahkum eden ve yaşamdaki rolünü evlilik ve analık halini merkeze koyarak araçsallaştıran bir yaklaşımla tüm insanlar için ortaklaşan eşitlik hakkına ulaşılması mümkün değildir.

---

[119] Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Politika Forumu, Mart 2009, Türkiye'de Çocuk Bakım Hizmetlerinin Yaygınlaştırılmasına Yönelik Bir Öneri: Mahalle Kreşleri, https://spf.bogazici.edu.tr/sites/spf.boun.edu.tr/files/1439796403mahallekresleri-arastirmaraporu0.pdf (Erişim Tarihi:01.03.2024), s. 2.

KAYNAKÇA

AKÇABAY, F. Ceren, "Feminist Hukuk Tartışmalarının Liberal Hak Eleştirisine Katkısı", Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları içinde, Nota Bene, Ankara, 2015, ss. 107-140.

ANDERSON, Elisabeth S., 'What Is the Point of Equality?', Ethics, Vol. 109, No.2, 1999, ss. 287-337.

ARSLAN ERTÜRK, Arzu, "Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış". Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 23/1, 2017, ss. 345-369.

AYDIN, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, Nisan Kitabevi, İstanbul, 2023.

BAKER, John/ **LYNCH,** Kathleen / **CANTILLON,** Sara / **WALSH,** Judy, Equality From Theory to Action, Palgrave Macmillan, New York, 2004.

BAKIRCI, Kadriye, "Anayasa Mahkemesi'nin Evlilik Sonrası İşten Ayrılan Kadın İşçilerin Kıdem Tazminatı Haklarına İlişkin Kararı", Mess Sicil Dergisi, Sayı 12, 2008, ss. 112-124.

BAKIRCI, Kadriye, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, Seçkin Yayıncılık, 2012, Ankara. (çalışma içinde kısaca 2012)

BAKIRCI, Kadriye, Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku İle Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, Seçkin Yayıncılık, 2012, Ankara. (çalışma içinde kısaca 2012a)

BAKIRCI, Kadriye, "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamu Politikalarında Yapılması Gereken Değişiklikler", Kadın Araştırmaları Dergisi, 2012/1, Sayı: 10, 2012, ss. 1-37. (çalışma içinde kısaca 2012b)

BARTLETT, Katharina, "Feminist Legal Methods", Harvard Law Review, Cilt 103, 1990, ss. 829-888.

Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Politika Forumu, Mart 2009, Türkiye'de Çocuk Bakım Hizmetlerinin Yaygınlaştırılmasına Yönelik Bir Öneri: Mahalle Kreşleri, https://spf.bogazici.edu.tr/sites/spf.boun.edu.tr/files/1439796403mahallekreslerii-arastirmaraporu0.pdf (Erişim Tarihi: 01.03.2024.)

BORA, Aksu, Kadınların Sınıfı: Ücretli Ev Emeği ve Kadın Öznelliğinin İnşası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.

CENTEL, Tankut, "6663 Sayılı Yasa'yla İş Kanunu'na Getirilen Değişiklikler –Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:35, 2016, ss. 9-17.

CONAGHAN, Joanne, 'Reassessing the Feminist Theoretical Project in Law' Journal of Law and Society, Volume:27, No.3, 2000, ss. 351-385.

ÇAHA, Havva, Ömer **ÇAH**A, Sare **AYDIN YILMAZ**, Türkiye'de Cam Tavan Sendromu Hizmet Sektöründe Kadın, KADEM-Kadın ve Demokrasi Derneği, 2016.

ÇAĞLAR GÜRGEY, Fatma İrem, "Feminist Hukuk Teorisi" Nedir?, Hukuk Kuramı, Cilt 1, Sayı 5, Eylül-Ekim 2014, ss. 28-44.

ÇAĞLAR, Fatma İrem, "Türk Hukuk Mevzuatı Çerçevesinde Annelik", Birkaç Arpa Boyu...21.Yüzyıla Girerken Türkiye'de Feminist Çalışmalar: Prof. Dr. Nermin Abadan Unat'a Armağan II. Cilt**,** Derleyen: Serpil Sancar, 1.Baskı, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.

ÇAVUŞ, Ö. Hakan, "Sosyal Güvenlik Mevzuatımızda Gebe ve Anne Sigortalılara Yönelik Düzenlemeler", Çalışma ve Toplum, Cilt:1, Sayı: 68, 2021, ss. 75-95.

DEDEOĞLU, Saniye, "Eşitlik mi Ayrımcılık mı? Türkiye'de Sosyal Devlet, Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Kadın İstihdamı", Çalışma ve Toplum, Cilt: 2, Sayı:21, 2009, ss. 41-54.

DOĞAN YENİSEY, Kübra, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum, Cilt: 4, Sayı:11, 2006, ss. 61-82.

DOĞAN YENİSEY, Kübra, "Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları" Kamu-İş Dergisi (Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan), Cilt:6, Sayı:4, 2002, ss. 31-73.

ERİKLİ, Süheyla, "Çalışma Yaşamında Toplumsal Cinsiyet Ayrımcılığının Görünümü", Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 2, Sayı: 1, 2020, ss. 39-60.

ERTÜRK, Şükran / **GÜRSEL**, İlke, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta, İstanbul, 2011, ss. 425-458.

FİNEMAN, Martha L. A., 'Feminist Theory and Law', Harvard Journal of Law & Public Policy, 18(2), 1995, ss. 349.

FİNLEY, Lucinda, "Breaking Women's Silence in Law: The Dilemma of the Gendered Nature of legal Reasoning", Feminist Legal Theory, Foundations içinde, der: Kelly Weisberg, Temple University Press, Philadelphia, 1993, ss. 571-581.

FREDMAN, Sandra, Discrimination Law, 2nd edition, OUP, Oxford, 2011.

GÖKÇEOĞLU BALCI, Şebnem, Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, Cilt: 3, Sayı: 54, 2017, ss. 1263-1298.

GÜL, İdil Işıl / **KARAN,** Ulaş, Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 351, İstanbul, 2011.

GÜLMEZ, Mesut, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler" Çalışma ve Toplum, Cilt:2, Sayı:25, 2010, ss. 217-266.

GÜZEL, Ali / **OKUR,** Ali Rıza / **CANİKLİOĞLU,** Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

HAZER GÜNGÖR, Arzu, "Cinsiyet Eşitliğinin Temeli ve Yorumu", İzmir Barosu Dergisi, Ocak, 2021, ss. 133-180, www.izmirbarosu.org.tr (E. Tarihi 03.03.2024).

İLKKARACAN, İpek, "Türkiye'de Kadın İstihdamı Önünde Bir Engel Olarak İş-Aile Dengesi Sorunsalı", **İşveren**, Cilt:53, Sayı:2, 2015, ss. 54-57.

KARAN, Ulaş, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2017.

KANDEMİR, Murat, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun Kadın İşçiler ile İlgili Düzenlemeleri", A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, ss. 415-444.

KAYA, Gözde, Avrupa Birliği İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2010, https://acikbilim.yok.gov.tr/handle/20.500.12812/553665 (Erişim Tarihi: 01.03.2024).

MACKİNNON, Catharine A., 'Pleasure under Patriarchy', CL Williams and A Stein (eds), Sexuality and Gender içinde, Blackwell Publishers, Oxford, 2002, ss. 33–43.

MACKİNNON, Catharine A., 'Feminism, Marxism, Method and the State', Signs, Volume:7, No.3, Spring 1982, ss. 635–58.

MACKİNNON, Catharine A., Feminism Unmodified Harvard University Press, Cambridge, 1987.

MANAV ÖZDEMİR, Eda, 'İş Hukukunda Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması', (ed. Kübra Doğan Yenisey ve Seda Ergüneş Emrağ), İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar içinde, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

MCCOLGAN, Aileen, Discrimination, Equality and the Law, Hart Publishing, Oxford, 2014.

METİN, Banu, "İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılmasına Yönelik Politikalar ve Kadın İstihdamı: İsveç, Almanya ve Birleşik Krallık Örnekleri", TİSK Akademi, Cilt: 12, Sayı: 23, 2017, ss. 18-49.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / **ASTARLI**, Muhittin / **BAYSAL**, Ulaş, İş Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

MUTLAY, Faruk Barış, Sosyal Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşulları ve Eşitlik İlkesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku-Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

O'DONOVAN, Katherine / **SZYSZCZAK,** Erika, Equality and Sex Discrimination Law, Blackwell, Oxford, 1988.

ONARAN YÜKSEL, Melek, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

ÖDEN, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

PRECHAL, Sacha, 'Equality of treatment, non-discrimination and social policy: Achiements in Three Themes', Common Market Law Review, Volume: 41, Issue:2, 2004, ss. 533-551.

SARTORİ, Giovanni, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, (çev. Tunçer Karamustafaoğlu), Türk Demokrasi Vakfı, Ankara, 1993.

SAVAŞ KUTSAL, F. Burcu, "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz", (ed. Kübra Doğan Yenisey ve Seda Ergüneş Emrağ), İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar içinde, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, ss. 257-287.

SCHİEK, Dagmar, 'Torn between Arithmetic and Substantive Equality? Perspectives on Equality in German Labour Law', International Journal of Comparative Law Labour Law and Industrial Relations, Volume: 18, Issue:2, 2002, ss. 149-168.

SEVER, Çiğdem, "Anayasa Mahkemesi'nin Kadın-Erkek Eşitliği Yaklaşımına Bir Eleştiri" Toplumsal Cinsiyet ve Yansımaları, (eds. Lerzan Gültekin vd.), Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2013, ss. 34-49.

SÖZER, Ali Nazım, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2023.

SÜRAL, Nurhan, "Avrupa Birliği'nin Cinsiyet Eşitliğine Dair Düzenlemeleri ve Esneklik", **İşveren**, C.53, S.2, 2015, ss. 50-53.

SÜRAL, Nurhan / **DAYIOĞLU,** Meltem, "Recent Evidents on the gender wage gap in Turkey", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul, 2011, ss. 691-713.

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2023.

TANÖR, Bülent / **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2023.

TAŞKENT, Savaş / **KURT,** Dilek, "Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması", Çalışma ve Toplum, Cilt: 1, Sayı:40, 2014, ss. 29-50.

TUNCAY, Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

TUNCAY, Can, **EKMEKÇİ**, Ömer, **GÜLVER**, Ender, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 22. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2023.

UGAN ÇATALKAYA, Deniz, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.

ULUCAN, Devrim, "Eşitlik İlkesi Ve Pozitif Ayrımcılık", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, ss. 369-383.

UŞAN, Fatih, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var Mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 8, 2005, ss. 1624-1632.

YILDIZ, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

YOUNG, Iris Marion, 'Equality of Whom?', Journal of Political Philosophy, Volume:9, Issue:1 2001, ss. 1-18.

YUVALI, Ertuğrul, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

EŞİTLİĞİN İDARE HUKUKU ALANINDA GÖRÜNÜMÜ: KAMU KÜLFETLERİ KARŞISINDA EŞİTLİK İLKESİ

Özge Didem Boulanger*

GİRİŞ

Eşitlik ilkesi farklı açılardan, değişik bakış açılarıyla incelenip değerlendirilebilir. İdare hukukunda ve genel olarak kamu hukukunda eşitlik ilkesinin dayanağı Anayasamızın 10'uncu maddesidir. Aslında 1924 Anayasasından itibaren anayasal pozitif bir ilke olarak hukuk sistemimizde mevcut olan eşitlik ilkesi idare hukuku açısından da idarenin faaliyetlerinde uymakla yükümlü olduğu anayasal ilkelerden biridir. 1982 Anayasasının 10'uncu maddesinin 1'inci fıkrası "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*" hükmüne haizdir, maddenin 4'üncü fıkrası idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduklarını söylemektedir.

Buna göre idare tüm faaliyetlerinde eşit davranma yükümlülüğü altındadır ve bu ilkeyi ihlal eder şekilde faaliyetlerini yürüttüğü takdirde eşitlik ilkesine uygun olmayan idari nitelikli işlemler ve faaliyetleri hukuka aykırı olacaktır[1].

Anayasanın "*genel esaslar"* başlığı altında 10'uncu maddesinde düzenlenmiş olan eşitlik ilkesi, bir temel hak ve hürriyet olarak ya da hukuk devleti ilkesi altında değerlendirilmesi gereken bir ilke olarak görülemez, esasen bu ilke devlet yönetimine ilişkin olan genel bir ilkedir[2]. Anayasa koyucunun da iradesinin bu yönde olduğu söylenebilir, zira örneğin 1961 Anayasasında eşitlik ilkesi temel hak ve ödevler kısmında düzenlenmişti, 1982 Anayasasında bu ilkenin genel esaslar altında yer alması anayasa koyucunun bu ilkeyi demokratik, laik, sosyal hukuk devleti ilkesi gibi devlet yönetimine ilişkin genel bir anayasal ilke olarak gördüğünü gösterir[3].

---

* Dr.Öğr. Üyesi, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, ozge.boulanger@okan.edu.tr, (Orcid ID 0000-0002-9474-9471).

1 **ULUSOY,** Ali, Yeni İdare Hukuku, 2021, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 10

2 **GÖZLER**, Kemal; **KAPLAN** Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 2023, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 69.

3 **GÖZLER; KAPLAN**, s. 70.

Bu çalışmada idarenin sorumluluğu alanında eşitlik ilkesinin uygulanması niteliğinde olan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Zira kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi Anayasanın 10'uncu maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir ilkedir. Burada Anayasanın başlangıç kısmında yer alan *nimet ve külfette* ortaklığın bir nevi uygulanması söz konusudur. Buna göre idarenin kamuya yararlı eylem ve işlemlerinden doğan nimetlerin toplum tarafından eşit paylaşılması nimetler kadar külfetler karşısında da vatandaşın eşit kılınması gerekir.

8 Şubat 1873 tarihli Blanco kararında Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi kamu hizmetinden kaynaklanan zararın Devletçe karşılanması gerekliliğine ve buna ilişkin davanın idari yargı yerinde görülmesine karar vermiştir[4]. Blanco kararı idare hukuku tarihinde önemli bir karardır zira bu kararla birlikte uzun süredir süregelen Devletin sorumsuz olduğu görüşüne son verilmiş ve kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluk özel bir rejime tabi tutulmuştur. 150 yıl evvel Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından kabul edilen ünlü davadan bu yana sorumluluk hukukunda birçok farklı gelişme gerçekleşmiş, farklı sorumluluk türleri ortaya çıkmıştır.

Bu çalışmada idarenin sorumluluğuna, sorumluluk türlerine değinilmiş ve eşitlik ilkesinin uygulanması niteliğinde olan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi örnek Danıştay kararlarıyla açıklanmaya çalışılmıştır.

I. İDARENİN MALİ SORUMLULUĞU

Hukukta sorumluluk ceza sorumluluğu, hukuki sorumluluk ve siyasi sorumluluk olmak üzere üç temel başlıkta incelenebilir[5]. İnceleme konumuz olan hukuki sorumluluk, malvarlığı sorumluluğu ya da mali sorumluluk olarak da adlandırılır. Sorumluluk hukuksal açıdan değerlendirdiğimizde, bir kişinin diğerine "*hukuken korunan bir hakka dayanmaksızın verdiği zararı gidermesine ilişkin bir yükümlülüktür*[6]. İdarenin sorumluluğu kavramından anlaşılması

---

4 **ATAY,** Ender Ethem, İdare Hukuku, 2021, Ankara, Turhan Kitapevi, s. 652.

5 **KÖKSAL**, Mustafa, Risk İlkesinin İdareye Yüklediği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları, TBB Dergisi, Sayı 85, 2009, s. 241.

6 **ATAY**, s. 651.

gerekense idarenin faaliyetleri sonucu kişilere vermiş olduğu zararın yine idarece tazmin edilmesidir.

Anayasanın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu maddenin ilk cümlesinde hükme bağlamıştır. İdarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır ve idare eylem ve işlemlerinden dolayı sorumludur. İdarenin söz konusu (sözleşme dışı) sorumluluğu özel hukuk veya kamu hukuku kaynaklı olabilir. Ancak idare hukukunun konusu olan sorumluluk idarelerin kamu hukukuna ilişkin sorumluluğudur. İdarenin *hukuki sorumluluğu kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile bireyler arasında bireyler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı maddi zararlar yanında manevi zararların da idarece tazmin edilmesine olanak sağlayan bir hukuksal kurumdur*[7].

İdarenin mali sorumluluğunun Anayasanın 125. maddesi dışında kanuni dayanağı, genel bir kanun hükmü bulunmamaktadır, bu bağlamda idarenin kamu hukukuna ilişkin sorumluluğu idare hukuku alanında içtihatlarla geliştirilmiştir. İdarenin kamu hukukuna ilişkin sorumluluğu özel hukuk sorumluluğundan esinlenerek geliştirilmiştir ancak özel hukuktan farklıdır[8] zira idare hukuku özerk bir hukuk dalı olduğundan özel hukuk sorumluluğu idari sorumluluğa aynen uygulanamaz[9].

İdarenin kamu hukukuna ilişkin sorumluluğu kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olarak iki başlıkta incelenir. İdarenin kusur sorumluluğunun dayanağı olarak "hukuk devleti ilkesi" gösterilebilir[10]. İdare kendisine verilen görevleri yerine getirebilmek için öncelikle gerekli teşkilatı kurar ve teşkilatın ayni, şahsi ve mali imkanlarını ve vasıtalarını hizmete hazır bulundurur, tüm bunların temin ve ifasındaki kusur sonunda hizmetin hiç işlememesine veya kötü ya da geç işlemesine sebebiyet verildiyse idare zarar gören kişilerin zararlarını tazmin eder[11]. Kusur sorumluluğu idare hukukunda hizmet kusuru

---

7 DANIŞTAY, 10. D., 18.05.2021, E: 2016/3132, K: 2021/2384, kararama.danistay.gov.tr, E.T.:05.11.2023.

8 **TAN,** Turgut, İdare Hukuku, 2018, Ankara, Turhan Kitapevi, s. 453.

9 **ATAY**, s.651.

10 **TAN**, s. 456.

11 DANIŞTAY 10. D., 12,10.1999, E: 1997/3568, K: 1999/4782, www.legalbank.net, E.T.:11.11.2023.

olarak tezahür eder. İdare yürütmekle yükümlü olduğu hizmeti gereği gibi ifa etmelidir ve hizmetin işleyişini sürekli denetleyerek, gerekli önlemleri almakla yükümlüdür, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi sonunda hizmetin geç işlemesi, hiç işlememesi veya gereği gibi işlememesi şeklinde bir zarar meydana gelirse idare bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür[12].

İdarenin sorumluluğu söz konusu olduğunda birincil nitelikli olan kusur sorumluluğudur, idarenin kusursuz sorumluluğu ikincil niteliktedir. Bu bağlamda idarenin tazmin sorumluluğu belirlenirken öncelikle kusur araştırılır, kusur belirlenemezse kusursuz sorumluluğun uygulanıp uygulanmayacağına karar verilir[13].

İdarenin kusursuz sorumluluğu ise idarenin tutum ve davranışlarının hukuka uygun olduğu ancak yine de idarenin tutum ve davranışlarından doğan zararın idare tarafından adalet, nesafet ve hakkaniyet gereği karşılanması gerektiği durumlarda ortaya çıkar. İdarenin kusursuz sorumluluğunun dayanağı sosyal devlet anlayışıdır[14], zira burada idarenin faaliyeti hukuka uygundur ve toplum için yapılmıştır ve bu faaliyetten bir zarar doğduğunda, şartlar mevcutsa bu zararın toplum tarafından karşılanması gerekir.

II. İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU

20. yüzyıl başına kadar idarenin yalnızca kusuru nedeniyle sorumlu olduğu kabul ediliyordu[15]. Ancak zaman içerisinde sosyal hukuk devletine doğru gerçekleşen gelişmeler çerçevesinde idarenin sorumluluk alanı da genişledi[16]. Gerçekten de idarenin faaliyetlerinin artması ve karmaşıklaşmasıyla, teknolojinin de ilerlemesiyle kusurun kanıtlanması ve idari davranışla kusur arasında illiyettin kurulması güçleştiği gibi ayrıca sosyal adalet anlayışının da gelişmesiyle bazı durumlarda zararın kişiler üzerinde bırakılması hakkaniyet ve adalet duygularına uygun düşmedi ve idarenin kusursuz davranışlarından da sorumlu olabileceği kabul edilmeye başlandı[17].

---

[12] DANIŞTAY 8. D., 12.03.2021, E: 2020/7528, K: 2021/1532, www.legalbank.net, E.T.:11.11.2023.
[13] DANIŞTAY 10. D., 15.10.1996, E: 1995/481, K: 1996/5980, www.legalbank.net, E.T.:13.11.2023.
[14] **TAN**, s. 457.
[15] **KÖKSAL,** s. 243.
[16] **KÖKSAL,** s. 243.
[17] **KÖKSAL,** s. 243.

Kusursuz sorumlulukta idarenin faaliyeti hukuka uygundur ancak yine de faaliyetten özel bir zarar doğabilir, bu zararın idare tarafından tazmin edilmesi gerekebilir. İdare hukuku alanında kusursuz sorumluluğun uygulama alanı dar olmamakla beraber bu sorumluluk türü yardımcı niteliktedir. İdarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmeden evvel kusura dayanan sorumluluğu araştırılır. İdarenin aynı olayda hem kusur hem de kusursuz sorumluluğunun bulunması mümkün değildir. Kusur sorumluluğu varsa artık idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmez[18].

Kusursuz sorumluk söz konusu olduğunda idarenin hizmetinin doğrudan sonucu olan bir zarar söz konusudur ve zararın idari davranışla arasında illiyet bağı kurulabilir durumdadır ayrıca bu zarar özel ve olağan dışıdır[19]. Doğal olarak bu sorumluluk türünde bir zarar olması ve bu zararla idari bir davranış arasında illiyet bağı bulunması yeterlidir, ayrıca kusur şartı aranmaz.

İdarenin kusursuz sorumluluğuna yönelik olarak iki temel ilke bulunmaktadır bu ilkeler risk ilkesi (hasar/muhatara) ve kamu külfetleri karşısında eşitlik (fedakarlığın denkleştirilmesi) ilkesidir. Risk ilkesi genel olarak idarenin bazı faaliyetlerinin içeriğinde taşıdığı tehlike nedeniyle bazı kişilere zarar vermesi halinde ortaya çıkar. Risk ilkesi ya da tehlike ilkesinde zarar idarenin tehlikeli bir faaliyetinden veya araç gereçlerinden kaynaklanmış olabilir ya da kamu görevlisinin mesleki faaliyetlerini ifası sırasında meydana gelen zararların bir kısmının da bu ilke çerçevesinde tazmini mümkündür. Sosyal risk ilkesi de yine risk ilkesi başlığı altında değerlendirilir. Sosyal risk ilkesi idarenin faaliyet alanında meydana gelmekle beraber yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmayan, toplumsal nitelikli riskin gerçekleşmesi sonucu oluşan, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan özel ve olağandışı zararların topluma pay edilerek giderilmesini amaçlar[20].

---

[18] DANIŞTAY 10. D., 10.04.1996, E: 1995/53, K: 1996/1913, www.legalbank.net, E.T.:13.11.2023.

[19] DANIŞTAY 10. D., 18.04.2022, E: 2019/180, K: 2022/2143, karararama.danistay.gov.tr, E.T.:04.11.2023.

[20] DANIŞTAY 10. D., 25.02.2003, E: 2001/4795, K: 2003/696, karararama.danistay.gov.tr, E.T.:03.01.2024.

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesiyse aşağıda detaylıca açıklanacağı üzere idarenin gerçekleştirdiği hukuka uygun faaliyetleri sonunda belirli bazı kişilerin özel ve olağan dışı bir zarara uğramaları ve külfette dengenin bozulması sonucu idarenin sorumlu tutulmasıdır.

III. KAMU KÜLFETLERİ KARŞISINDA EŞİTLİK İLKESİ

İdarenin kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi kapsamında sorumluluğu fedakarlığın denkleştirilmesi, hakkaniyet ilkesi olarak da adlandırılır. Bu sorumluluk esasının temel mantığı şudur; idarenin hukuka uygun faaliyetlerinden nasıl tüm toplum faydalanıyorsa, bu faaliyetlerden kaynaklanan külfetlerin de tüm topluma yayılması gerekir, bu faaliyetlerden belirli bazı kişiler zarara uğradığında bu zararın idare tarafından tazmin edilmesi gerekir. Gerçekten de idarenin sunduğu hizmetler kural olarak toplumun geneline yöneliktir ancak bu hizmetlerden bazı kişiler özel ve olağanüstü ağırlıkta bir zarara uğrayabilir. Bu durumda sunulan hizmetten toplumun büyük çoğunluğu faydalanırken, belirli kişiler zarar görmekte ve fazladan fedakarlığa katlanmak durumunda kalmaktadırlar. Dolayısıyla idarenin kamu yararına yönelik bir faaliyeti sonucu belirli kişi ya da kişiler bir külfete girmişler, farklı bir fedakarlığa katlanmışlar ve külfetin dağıtımındaki denge bozulmuştur, işte bozulan bu dengenin yeniden denk hale getirilerek tesis edilmesi gerekir bu ancak aleyhinde denklemin bozulduğu kişinin zararının idare tarafından tazmin edilmesiyle gerçekleşir[21]. Adalet ve hakkaniyetle nesafet idarenin kamuya yararlı eylem ve işlemlerinden doğan külfetlerin ve tabi nimetlerin toplum tarafından eşit paylaşılmasını, nimetler kadar kamu külfetleri karşısında da vatandaşların eşit kılınmasını gerektirir.

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi söz konusu olduğunda idarenin bir kusuru yoktur ya da faaliyet bünyesinde herhangi bir risk de taşımamaktadır. İdarenin faaliyetlerine ilişkin olarak ortaya çıkan külfetlerin belirli kişilerin üzerinde kalması hakkaniyet açısından uygun düşmeyeceğinden bu zararın idarenin kusuru olmasa dahi karşılanması gerekir[22]. Bu ilke diğer bir kusursuz

---

[21] **GÜNDAY,** Metin, İdare Hukuku, 2017, Ankara, İmaj Kitapevi, s. 382.
[22] **ATAY**, s.710.

sorumluluk türü olan risk sorumluluğundan farklıdır zira kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinde zarar önceden öngörülebilir durumdadır[23].

Kamu külfetleri karşısında eşitlik veya hakkaniyet ilkesi aslında kusursuz sorumluluğun genel esası olarak kabul edilebilir çünkü idarenin kusurunun bulunmadığı durumlarda tehlikeli araç ve faaliyet ile sosyal risk de söz konusu değilse idarenin sorumluluğuna gidebilmenin tek yolu kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nesafet[24] ilkesinin uygulanmasıdır[25].

Bilindiği üzere idarenin faaliyetlerine ilişkin olarak ortaya çıkan maliyetin karşılığı o toplumda yaşayanların ödemekte oldukları vergilerdir[26]. Anayasamızın 73'üncü maddesi uyarınca "*Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır*". Kanaatimizce kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi Anayasada yer alan vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımına ilişkin düzenlemeyle de benzer niteliktedir. İdarenin faaliyetleri sonunda vatandaşın katlanmak zorunda olduğu bir külfet varsa bu külfetin adaletli ve dengeli dağılımı gerekir. Ancak bu sorumluluk türünde kamunun katlanmak zorunda kaldığı külfetlere ilişkin olarak eşitlik bozulmuştur[27]. Oysa *"kamu külfetlerine herkes eşit oranda katlanmalıdır"*[28]. Bu eşit katılım gerçekleşmediğinde bu durumda fazladan zarar gören kişinin zararının idare tarafından karşılanması bu sorumluluk esasının mantığını oluşturur[29]. Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi çift taraflı uygulanabilir, bazen vatandaş bazen de idare bu ilkeyle korunabilir[30].

---

23 DANIŞTAY 10 D, 25.04.2022, E: 2021/6900, K: 2022/2323, kararara ma.danistay.gov.tr, E.T.:04.11.2023

24 "*Nesafet, somut olayda adalet duygusunun tatminini amaçladığından eşitlikle bağlantılıdır. Kanun önünde eşitlik Anayasada düzenlenmiş bir ilkedir ve bu ilke ile ifade edilmek istenen hukuk kurallarının uygulanmasında ayrım gözetilmemesidir. Somut olaylar benzer koşullar içeriyorsa uygulama da benzer olmalıdır. Ancak bu şekilde eşitlik ve adalet sağlanmış olur*" *Çalış* aynı zamanda Nesafetin Danıştayımız tarafından kullanımının çatışan menfaatler arasında dengenin sağlanması ve hakka uygun bir çare bulmak şeklinde olduğunu söylemektedir. **ÇALIŞ**, Hande Sena, Genel Olarak Nesafet Kavramı ve Bu Kavramın İdare Hukukundaki Bazı Görünüş Şekilleri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.25, Sayı.2, 2017, s. 187-191.

25 **YAYLA,** Yıldızhan, İdare Hukuku, 1985, İstanbul, Filiz Kitapevi, s. 146.

26 **GÖZLER,** Kemal, İdare Hukuku Cilt II, 2019, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 1262.

27 **GÖZLER**, s. 1261.

28 **GÖZLER**, s. 1262.

29 **GÖZLER,** s.1262.

30 **YILDIRIM,** Ramazan; **ÇINARLI,** Serkan, Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt II, 2019, Ankara, Astana Yayınları, s. 309.

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi Fransız Anayasa Konseyi tarafından 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nde hüküm altına alınan "*kanun önünde eşitlik*" ilkesi kapsamında bulunan anayasal bir ilke olarak değerlendirilmektedir[31]. *Gözler*, ülkemiz açısından da kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin Anayasanın 10'uncu maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesi kapsamında görülebileceğini söylemektedir[32]. Esasen kamulaştırmada özünde bu ilkeye dayanır. İdarelerin kamulaştırma yapılabilmesi için kamulaştırılan taşınmazın gerçek karşılığının peşin ödenmesi gerekir ve bu gereklilik kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanmaktadır[33].

Çağlayan, 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının başlangıç kısmında yer alan "*nimet ve külfetlerde*" ortaklık ibaresinin, Anayasa madde 10'da yer alan kanun önünde eşitlik hükmünün ve Anayasa madde 70'de yer alan kamu hizmetine girmede eşitlik düzenlemelerinin birlikte değerlendirilmesinden eşitlik ilkesinin anayasal pozitif bir ilke olduğu tespitinin yapılabileceğini ve esasen Anayasa Mahkememizin de eşitlik ilkesini anayasal değerde hukukun genel prensibi olarak gördüğünü söylemektedir[34].

Özetle bu sorumluluk türünde idari davranış sonunda vatandaşların katlanmak zorunda olduğu külfetler eşit olmalı bazı kişiler özel ve olağan dışı bir külfete katlanmak zorunda bırakılmamalıdır. Bu ilke kapsamında idarenin sorumlu olabilmesi için gerekli şartlar, idari davranış, zarar veya illiyet bağıdır.

A. İdarenin Sorumluluğunun Şartları

"İdarenin hukuki sorumluluğundan söz edilmesi için ortada bir zararın bulunması ve bunun idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle zararla idari faaliyet arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir"[35]. Kusursuz sorumluluk söz konusu olduğunda doğal olarak kusur

---

31 **GÖZLER**, s. 1262.

32 **GÖZLER**, s. 1263.

33 **GÖZLER,** s. 1262.

34 "Danıştay, kamu külfetleri karşısında eşitlik kavramını, "hak" ve "adalet" kavramları ile birlikte kullanmaktadır. **ÇAĞLAYAN**, Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, 2021, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 659.

35 DANIŞTAY 8 D, 01.06.2011, E: 2008/6707, K: 2011/2949, kararara ma.danistay.gov.tr, E.T.:11.11.2023.

aranmaz. İdari davranış, zarar ve illiyet bağı şartlarına ek olarak idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran ya da azaltan nedenlerin bulunmaması hususu da idarenin sorumlu tutulması açısından önemlidir[36].

İlk olarak ortada idari bir davranış olmalıdır. Eğer idarenin bir davranışı yoksa idarenin bir sorumluluğu yoktur ki idarenin davranışı idari işlem veya eylem olarak tezahür eder, davranış olumlu (icrai) ya da olumsuz (ihmali) olabilir[37]. Bu hususta *Çağlayan* şöyle bir ayrım gerçekleştirmiştir[38]:

- İdareyle ilgisiz olan kişilerin gerçekleştirdikleri davranışlar söz konusuysa,
- Kamu görevlisinin salt kişisel kusuru mevcutsa,
- Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi usulüyle özel hukuk kişilerince işletiliyorsa (kural olarak) özel hukuk kişilerinin davranışları idareye atfedilemez.

Buna karşılık[39]; - Kamu görevlisinin görevle bağlantılı davranışları,

- Kamu hizmetine geçici iştirak edenlerin davranışları,
- Kamu hizmeti özel hukuk kişisi tarafından yürütülüyorsa özel hukuk kişinin faaliyetleri idareye atfedilebilir.

Danıştay bir kararında idarenin tazminat sorumluluğunun doğması için maddi zararla ilgili şu kriterleri ortaya koymuştur; maddi zarar kesin ve gerçekleşmiş olmalı, somut delille ispatlanabilmelidir, ayrıca hukuken korunan bir kişisel kişisel hak ya da menfaate yönelik ve belirli bir kişiye ait olmalıdır. Buna göre somut olarak belirlenemeyen, varsayıma dayalı olarak oluştuğu ileri sürülen zararların tazmini mümkün değildir[40].

Danıştay kararında da altı çizildiği üzere zarar muhtemel olmamalıdır, olasılıkla sorumluluk hukuku bağdaşmaz, zarar kesin nitelikte olmalı ve gerçek

---

36 **CANDAN**, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2023, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 276.

37 **ÇAĞLAYAN**, s. 673.-674.

38 **ÇAĞLAYAN**, s. 674.

39 **ÇAĞLAYAN,** 2021, s. 674-675.

40 DANIŞTAY 10. D., 18.04.2022, E: 2019/180, K: 2022/2143, kararara ma.danistay.gov.tr, E.T.:04.11.2023.

olmalıdır. Zira idare hukukunda tam yargı davalarıyla kişilerin uğradıkları gerçek zararlar tazmin edilir. Danıştay bir kararında gerçek zarar kavramını "*idari eylemin meydana gelmesi ya da işlemin uygulanmasıyla oluşan ve somut olarak tespit edilebilen zarar*"[41] şeklinde tanımlamıştır. Danıştay kira kaybının tazmin istemiyle açılan davada kira kaybının muhtemel zarar kapsamında kalması nedeniyle tazmini talebini reddetmiştir[42]. Ancak kira kaybı somut olarak ispatlanabiliyorsa bu zararın da tazmininin istenmesi mümkündür.

Zararın mutlaka meşru olması, bir başka deyişle hukuken korunan bir menfaate ilişkin olması gerekir, hukuken korunan bir menfaate ilişkin olmayan zararlar ödenmez[43]. Bu noktada ruhsatsız yapılar örneği verilebilir[44]. Ruhsatsız yapılara ilişkin olarak kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince bir değer kaybı tazminatı ödenmeyecektir.

Bu ilke kapsamında zarar olağan dışıdır ve genel bir zarar, genel bir külfet niteliğine haiz değildir ve zararın etki alanı da sınırlıdır[45]. Eğer zarar genel ve olağan nitelikteyse idare tarafından bu zarar nedeniyle tazminat ödenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu kapsamda idarece bir tazminat ödenebilmesi için zarar kamu külfeti olmaktan çıkmalı ve bazı kişiler için olağandışı ve özel bir zarar haline gelmiş olmalıdır[46]. *"Kamu hizmetinin yürütülmesinin neden*

---

41 DANIŞTAY 10. D., 18.04.2022, E: 2019/180, K: 2022/2143, kararara ma.danistay.gov.tr, E.T.:04.11.2023.

42 "*bir taşınmazın kiralanabilirliği hususunun özel ilgi ve beklentilerle birlikte serbest piyasa koşullarında arz ve talep durumuna ve birçok değişkene göre belirlendiği dikkate alındığında, taşınmazın kiraya verilebilme kabiliyeti ve kira bedeli ile çevresinde inşa edilen üst geçit varlığı arasında doğrudan ispatlanabilir, kesin ve somut bir zarar ilişkisinin kurulmasının olanaklı olmadığı, dolayısıyla davacıya ait bağımsız bölümler için hükme esas alınan bilirkişi raporunda hesaplanmış olan 4.718,00 TL'lik kira kaybının, muhtemel zarar kapsamında kaldığı açık olup, bu hususa yönelik tazminat isteminin reddi gerekmektedir*". DANIŞTAY 10 D, 18.04.2022, E: 2019/180, K: 2022/2143, kararara ma.danistay.gov.tr, E.T.: 04.11.2023.

43 **ÇAĞLAYAN**, s. 675.

44 "*...arsa vasfındaki taşınmazın ve üzerindeki yapının ruhsatlı bölümlerinin değer yitirdiğinin ortaya çıkması halinde oluşan maddi zararın, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idarece karşılanması gerektiği açıktır"* DANIŞTAY 10 D, 10.06.2021, E: 2016/3520, K: 2021/3257, kararara ma.danistay.gov.tr, E.T.: 07.11.2023.

45 DANIŞTAY 10. D., 25.04.2022, E: 2021/6900, K: 2022/2323, kararara ma.danistay.gov.tr, E.T.: 04.11.2023.

46 DANIŞTAY 10. D., 25.04.2022, E: 2021/6900, K: 2022/2323, kararara ma.danistay.gov.tr, E.T.: 04.11.2023.

ve etkisinden kaynaklanan bir zararın doğmaması için idarece her türlü tedbir alınmasına rağmen, hizmetin doğal ve zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkan, hizmetten yararlananlar yönünden genel ve olağan nitelikteki bir külfetten kaynaklanan zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanmasına olanak bulunmamaktadır"[47] *. "Kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan bir zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanabilmesi için, uğranıldığı ileri sürülen zararın kamu külfeti olmaktan çıkıp, hizmetten yararlananlar yönünden özel ve olağandışı bir niteliğe dönüşmüş olması gerekir"*[48].

Gerçekten de bu ilkede dikkat edilmesi gereken husus zararın genel nitelikli bir zarar olmaması hususudur. Ayrıca ek olarak bu ilke kapsamında zarar arızi nitelikte değildir, zira zarar kazalardan kaynaklanmaz[49]. Zarar parayla ölçülebilir durumda olmak kaydıyla maddi veya manevi nitelikte olabilir[50].

İlliyet bağıysa zararla idari davranış arasında sebep sonuç ilişkisidir[51]. Ancak sebep sonuç ilişkisinden söz edebilmek için sebebin zararı doğurmaya elverişli ve uygun olması gerekir[52]. Zararla idari davranış arasında illiyet bağı mevcut olmalı ve bu bağın mücbir sebep ve zararın tamamının kişisinin kendi kusurundan meydana gelmesi gibi durumlar nedeniyle kesilmemiş olması gerekir.

Bu şartlara idarenin sorumluluğunu azaltan ya da ortadan kaldıran hallerin bulunmaması hususunun da eklenmesi gerektiğini söylemiştik. Bu durumlar, mücbir sebep, beklenmeyen hal, kişinin kendi kusuru ve üçüncü kişinin kusuru olarak sayılabilir. Bu durumlar arasında beklenmeyen hal ve üçüncü kişinin kusuru idarenin kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Zarar mücbir sebepten veya tamamen kişinin kendi kusurundan kaynaklanıyorsa idarenin sorumluluğu ortadan kalkabilir. Ancak mücbir sebebe de özel hukuktan

---

47 DANIŞTAY 10. D., 09.09.2015, E:2012/4517, K:2015/3682, www.legalbank.net, E.T.: 31.10.2023.

48 DANIŞTAY 10. D., 16.03.2011, E:2008/188, K:2012/934, E.T.: 31.10.2023.

49 DANIŞTAY 10 D, 18.04.2022, E: 2019/180, K: 2022/2143, kararara ma.danistay.gov.tr, E.T.:04.11.2023.

50 **ÇAĞLAYAN,** s. 679

51 **ÇAĞLAYAN**, s. 681.

52 **CANDAN,** s. 281.

farklı yaklaşmak gerekir. *Yayla* isabetli bir şekilde mücbir sebebe ilişkin olarak bir olayın mücbir sebep olarak kabulünün idarenin sorumluluğu söz konusu olduğunda çok da kolay olmadığını söylemektedir zira idare güçlüdür ve o ölçüde sorumludur; idarenin elinde mevcut istatistikler, bilgiler, veriler, olaylardaki öngörülemezlik unsurunu daraltmaktadır[53]. *Yayla* benzer şekilde önlenemezlik açısından da idarenin özel kişilere kıyasla farklı bir konumda olduğunu söylemektedir, örneğin idare elindeki veriler hilafına dere yatağına yakın bir yerden karayolu geçirdiyse yolun çökmesine rağmen sorumlu tutulabilir, zira idare tabi olayları mümkün olduğunca engelleyecek tedbirleri almalıdır[54].

B. Danıştay Kararları

Yukarı da zikredildiği üzere idarenin sorumluluğu alanında temel ilkeler mevzuat hükmü bulunmadığından içtihatlarla geliştirilmiştir. Bu açıdan yüksek mahkeme kararlarının incelenmesi hangi durumlarda bu ilke kapsamında tazminat isteneceğinin belirlenmesi açısından önemlidir. Bu alanda mevcut yayımlanmış Danıştay kararlarının tamamı tarafımızdan incelenmiş farklı konularda olduğu düşünülen kararlar çalışmaya alınmıştır.

Bir olayda davacılara ait, imar planı içinde, üzerine bina yapılabilir durumda olan arsa üzerinde tarım yapılmaktadır. Kavşak ve üst geçit inşaatının ardından parselin doğu cephesi kapanmıştır. Taşınmazın imar durumu ve mevcut durumu incelendiğinde taşınmaz üzerine yapılabilecek inşaat ve eklentilerinde azalma olmamış ancak köprü yapılması nedeniyle taşınmazın kotu köprü kotundan sekiz metre kadar aşağıda kalmıştır ve taşınmazda kavşak ve üst geçit inşaatı nedeniyle ulaşım, doğal afetler, görünüm, estetik, mimari çözüm, çevre emniyeti, ekonomi, ticari kazanım ve yapım maliyetleri yönünden %16 oranında değer kaybının meydana geldiği belirlenmiştir. Danıştay şu görüşle zararın idare tarafından karşılanması gerektiğine karar vermiştir.

---

[53] **YAYLA**, s. 1469.
[54] **YAYLA,** s. 1469.

"Kusursuz sorumluluk sebeplerinden olan 'kamu külfetleri karşısında eşitlik' ... nimetlerinden tüm toplum tarafından yararlanılan idarenin eylem ve işlemlerinden doğan külfetlerin, sadece belli kişi veya kişilerin üstünde kalması durumunda, bu kişi veya kişilerin uğradığı zararların, kusuru olmasa dahi idarece, tazminini öngörmektedir. Risk sorumluluğundan farklı olarak burada, kazalardan kaynaklanmayan, diğer bir deyişle arızi nitelikte olmayan, önceden öngörülebilen zararların tazmini söz konusudur. İdari faaliyetin doğal sonucu olan bu zarar, etki alanı bakımından sınırlı, özel ve olağan dışı nitelik arz etmektedir[55] *".*

Dava taşınmazların önünden geçen yol üzerinde davalı idarece inşa edilen farklı seviyeli köprülü kavşak düzenlemesi ve üst geçit inşaat duvarı inşaatı nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen değer kaybının karşılığı zararın kanuni faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi amacıyla açılmıştır.

İdare Mahkemesi kamu yararına ilişkin olan ve tüm toplumun yararlandığı söz konusu faaliyet nedeniyle davacının uğradığı zararın, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca kusursuz sorumluluk ilke ve esaslarına göre tazmini gerektiği, tüm toplumun yararlandığı kamusal hizmet nedeniyle ortaya çıkan zararın sadece davacı üzerinde bırakılmasının mümkün olmadığı, bu zararın idarece karşılanarak tüm topluma yayılmasının kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin bir gereği olduğu yolunda karar vermiş, Danıştay da incelemeleri sonucu «*Kusursuz sorumluluk türlerinden birisi de, kimilerince kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi olarak da adlandırılan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir. Dava konusu olayın bu ilke çerçevesinde değerlendirilerek idarenin tazmin sorumluluğuna hükmedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Ancak tazmin edilecek zararın miktarının nasıl belirleneceği hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir"* sonucuna ulaşmıştır[56].

Uyuşmazlık, köy sınırları içerisinde yer alan taşınmaz üzerinde kurulu bulunan davacıya ait tesisin, davalı idarece yürütülen yol yapım çalışmaları nedeniyle zarar gördüğünden bahisle uğranıldığı ileri sürülen zararın olay tari-

---

[55] DANIŞTAY, 10. D., 04.11.2015, E: 2012/512, K: 2015/4746, Ali Galip Çetiner ve diğerleri başvurusundan alınmıştır (AYM Bireysel Başvuru numarası: 2019/25419).

[56] DANIŞTAY,10. D., 15.03.2016, E: 2013/6827, K: 2016/1402, www.lexpera.com.tr, E.T.:06.01.2024.

hinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte tazmini isteminden doğmuştur. Davacılar tarafından işletilmekte olan köy sınırları içerisinde bulunan akaryakıt istasyonu, restoran, market, yıkama ve yağlama ünitesi karayolunun yükseltilmesi sonucu yol kotunun aşağısında kalmış ve araç giriş-çıkışı kesilmiştir, uğranılan zarar idareden talep edilmiş ancak başvurunun reddi üzerine dava açılmıştır.

"*Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi veya kamu külfetleri karşısında vatandaşların eşitliği ilkesi; idarenin, nimetleri tüm toplum tarafından paylaşılan hukuka uygun eylem ve işlemlerin külfetlerinin belli kişi veya kişilerin üzerine kalmamasını, uğranılan zararın idarenin bir kusuru olmasa bile tazmin edilmesini öngörmektedir. Kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince idarenin hukuka uygun eylemlerinden doğan zararı da tazmin etme yükümlülüğü bulunmaktadır...Ayrıca kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında bir görevle ilgili olarak genel külfetler dışında fertlere ve ferdi mülkiyete verilen zararların, eylemle zararlı sonuç arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla kusursuz sorumluluk esaslarına göre kusur aranmadan hizmetin sahibi idarece tazmin edilmesi hukukun genel ilkeleriyle hakkaniyet kuralları gereğidir. Aksine bir durumda; bu hizmetten doğan zarar bir veya birkaç kişiye yüklenmiş olacaktır…Somut olayda da idare, kamu yararını gerçekleştirmek, toplumsal bir ihtiyacı karşılamak için hizmet yürütmüş ve bir faaliyette bulunmuştur. İdarenin, bu hizmetinden tüm toplum yararlanacak olmasına karşın davacılar bir külfet altına sokulmuş ve kamu yararı lehine özel bir fedakarlığa katlanmak zorunda bırakılmıştır. Bu şekilde bozulan kamu külfetlerinin dağılımındaki dengenin bir denkleştirilmeyle yeniden kurulması gerekir. Bu denkleştirme ise kamu yararını gerçekleştirmek için girişilen bu hizmet nedeniyle zarara uğramış olan davacıların zararlarının idarece tazmin edilmesi suretiyle gerçekleşecektir*" görüşüyle tazminat isteminin reddini hukuka aykırı bulmuştur[57].

Danıştay köprülü kavşak yapımı sırasında davacının taşınmazlarının değer kaybetmesi ve petrol istasyonlarının çalışmaması nedeniyle uğranılan maddi zararın istendiği davada "*...dava konusu taşınmazların, davacı tarafından edi-*

[57] DANIŞTAY,8. D., 08.02.2012, E: 2010/4187, K: 2012/429, www.lexpera.com.tr, E.T.:06.01.2024.

nildiği tarih itibarıyla köprülü kavşak düzenlemesi ile ilgili imar planı ve notları karşısındaki durumunun ne olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Zira imar düzenlemesinde söz konusu yapı (köprülü kavşak) öngörülmüş ve davacı tarafından taşınmazlar buna rağmen edinilmiş ise dava konusu taşınmazlarda oluşan zararın davalı idare tarafından tazmin edilmesinin beklenemeyeceği açıktır"[58], görüşüyle kavşak çalışmasından taşınmazların etkileneceğinin malik tarafından taşınılmazlar edinildiğinde bilinmesinin mümkün olup olmadığı hususunun araştırılması ve bu sonuca göre değer kaybının hesaplanarak karar verilmesi gerektiğini söylemiştir[59].

Benzer şekilde Danıştay bir başka kararında yol yapım çalışması esnasında taşınmazının (akaryakıt istasyonu) yol ile bağlantısının kesilmesi nedeniyle uğramış olduğu zararın ödenmesi istemiyle açılan davada "*... farklı seviyeli katlı yol ve kavşak düzenlemesine ilişkin imar planına göre kavşak çalışmalarının yapıldığı anlaşıldığından, davacının dava konusu taşınmazları edindiği tarih itibarıyla farklı seviyeli yol ve kavşak düzenlemesi ile ilgili imar planı ve notlarındaki durumun ne olduğunun tespit edilmesi, şayet imar düzenlemesinde söz konusu yapı (köprülü alt geçit) öngörülmüş ve davacı tarafından buna rağmen taşınmaz edinilmişse herhangi bir tazminat yükümlülüğünün doğmayacağı…"*[60] şeklinde imar planı düzenlemesinde yer almasına karşın taşınmaz edinildiyse tazminat ödenmeyeceğine karar vermiştir.

Davacılar tarafından işletilmekte olan akaryakıt istasyonu, dinlenme tesisi, araç yıkama-yağlama servisi ve üniteleri ile kahvehane ve eklenti binalarının

---

[58] DANIŞTAY 10. D., 25.04.2022, E: 2021/6900, K: 2022/2323, karararama.danistay.gov.tr, E.T.:04.11.2023.

[59] DANIŞTAY 10. D., 25.04.2022, E: 2021/6900, K: 2022/2323, karararama.danistay.gov.tr, E.T.:04.11.2023. "*Ancak taşınmazın bulunduğu Samsun-Ordu Devlet Karayolu'nun Canik Belediyesi sınırları içinden geçen Asarcık Köprülü Kavşağı ile Belediye Evleri arasında kalan kesimde, köprülü kavşak düzenlemesine ilişkin imar planı değişikliği ve bu plana göre de köprülü kavşak çalışmalarının yapıldığı anlaşıldığından, İdare Mahkemesince, davacının dava konusu taşınmazları edindiği tarih itibarıyla köprülü kavşak düzenlemesi ile ilgili imar planı ve notlarındaki durumun ne olduğunun tespit edilmesi, şayet imar düzenlemesinde söz konusu yapı (köprülü kavşak) öngörülmüş ve davacı tarafından taşınmaz buna rağmen edinilmiş ise, idarenin herhangi bir tazminat yükümlülüğünün doğmayacağı gözetilerek bir karar verilmesi gerekmektedir*".

[60] DANIŞTAY 10. D., 23.11.2020, E: 2015/4447, K: 2020/5166, karararama.danistay.gov.tr, E.T.:05.11.2023

davalı idarece yürütülen yol genişletme çalışmaları esnasında yolun yükseltilmesi nedeniyle kullanılamaz hale geldiğinden bahisle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle yapılan başvurunun zımnen reddine ilişkin işlemin iptali ve maddi zararın olay tarihinden itibaren işleyecek ticari faizi ile birlikte tazmini istenmiştir. Kişiye kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarenin tazminat ödemesine karar verilmiştir[61].

Bayındırlık işleri dışında da kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi kapsamında ilgilisine tazminat ödenmesi mümkündür. Örneğin evine giren teröristlerle güvenlik kuvvetleri arasında çıkan çatışmalar sırasında ilgilinin evinde meydana gelen hasar nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararın davalı idarece tazminine karar verilmesi istemiyle dava açılmıştır.

Danıştay "*Kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında bu hizmetle ilgili olarak genel külfetler dışında kişilere ve özel mülkiyete verilen zararların, eylem ile zararlı sonuç arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla ayrıca idarenin kusuru aranmadan hizmet sahibi idarelerce tazmin edilmesi hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğidir...olay ile zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması, idarenin kamu yararı düşüncesiyle yaptığı hizmetler dolayısıyla idareye yükletilebilecek bir kusur olması dahi bu tür eylem nedeniyle zarara uğrayan kişilerin bu zararlarının kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılarak tazminine karar verilmesi için yeterli olup, bu zararların karşılanması kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin de bir sonucudur. Davalı idarece asayiş ve güvenliğin sağlanması şeklinde yürütülen kamu hizmetinin görülmesi sırasında meydana geldiği tartışmasız olan olayda davacının evinin, güvenlik kuvvetleriyle teröristler arasında çıkan çatışma nedeniyle zarar gördüğü … davacının yasa dışı örgüt elemanları ile herhangi bir ilişkisi olmadığı anlaşıldığından, olayda bir kusuru bulunmadığı açık olan davacının uğradığı bu zararın davalı idarece karşılanması gerekir*[62]*"* şeklinde karar vermiştir.

---

[61] DANIŞTAY İDDK, 13.04.2022, E: 2021/646, K: 2022/1390, kararara ma.danistay.gov.tr, E.T.:03.12.2023.

[62] DANIŞTAY, 10. D., 05.10.1983, E: 1982/4042, K: 1983/1823, www.legalbank.net, E.T.:03.12.2023.

Bir olayda, davacıların çocukları ilkokulda eğitim gördüğü sırada, ders arasında merdiven korkuluklarından kaymak istediği sırada arkadan başka bir öğrencinin itmesi sonucu dengesini kaybederek yere düşmüştür. Öğretmen çocuğun vücudunu kontrol etmiş ve herhangi bir iz görememiş, benzeri olayların her gün yaşandığı düşüncesiyle ve çocuğunda herhangi bir yerinin ağrımaması nedeniyle derse devam etmiştir. Ancak çocuk akşam ağrıları nedeniyle ailesi tarafından hastaneye götürülmüş ve birkaç gün tedavi gördükten sonra ameliyatla dalağı alınmıştır. Yaşanan olayda idarenin hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek zararın tazmini istemiyle idari yargıda dava açılmıştır. İdare Mahkemesi herhangi bir hizmet kusuru olmaması nedeniyle davayı reddetmiştir. Danıştay kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında bir görevle ilgili genel külfetler dışında fertlere verilen zararın da eylem ve sonuç arasında nedensellik bağı varsa kamu hizmetinin sahibi idarece karşılanması gerekmesinden hareketle "*İdarenin gözetim sorumluluğu gereği, kamu hizmetinin yerine getirilmesinde kusuru olmasa bile öğrenci velisinin öğrenciyi okul idaresinin gözetim ve denetimine bıraktığı andan itibaren okulda ders saati içerisinde meydana gelebilecek olan zararlardan sorumlu tutulması ve meydana gelen zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin edilmesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nasafet ilkeleri gereğidir*" gerekçesiyle tazminata hükmetmiştir[63].

---

[63] "*Ayrıca, kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında, bir görevle ilgili olarak genel külfetler dışında fertlere verilen zararların, eylem ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla, kusursuz sorumluluk esaslarına göre hizmetin sahibi idarelerce tazmin edilmesi de gerekmektedir. Başka anlatımla, idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen, özel ve olağanüstü zararları kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazminle yükümlüdür. Aksi durum, bu hizmetlerin yürütülmesi sırasında oluşan zararların bir veya birkaç kişiye yükletilmesi sonucunu doğurur ki, bu da kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nesafet ilkeleri ile bağdaşmaz. Buna göre, idare kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında hizmetin kuruluş ve işleyişinde kusuru olmasa bile, kamu görevlisinin kişisel kusurundan doğmamış olmak koşuluyla, çalışma gücündeki eksilme ya da ölüm durumunda ortaya çıkan maddi zararı, istihdam edenin sorumluluğu kapsamında ve kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin etmekle yükümlüdür. Bakılan davada; davacının çocuklarının okulda ders arasında, merdiven korkuluklarından kaymak istediği sırada arkadan başka bir öğrencinin itmesi sonucu dengesini kaybederek yere düştüğü ve bu düşme sonucu karın ağrısı şikayeti ile ailesi tarafından hastaneye götürülmesi sonucunda dalağının alınması olayında, idarenin bu zararın oluşumunda doğrudan etkisi bulunmamakla birlikte, öğrencinin okul idaresinin gözetim ve denetiminde bulunduğu süre zarfında meydana geldiği göz önüne alındığında, davalı idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca zararı*

Davacının maliki olduğu taşınmaz üzerinde bulunan kuyuya Malatya Belediyesi çöp toplama sahasından atık su sızması nedeniyle kayısı bahçesinde ve kuyuda meydana gelen zararın tazmini istemiyle dava açılmıştır. İdare Mahkemesince zararın davalı idarenin hizmet kusurundan kaynaklanmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Danıştay şu görüşle idare mahkemesi kararını bozmuştur.

"Olayda, davalı Belediye, kamu yararını gerçekleştirmek, toplumsal bir ihtiyacı karşılamak için hizmet yürütmüş ve bir faaliyette bulunmuştur. İdarenin bu hizmetinden toplumun geneli yararlandığı halde, hizmetin külfeti davacı üzerinde bırakılmış ve davacı kamu lehine özel bir fedakarlığa katlanmak zorunda bırakılmıştır. Bu şekilde bozulan kamu külfetlerinin dağılımındaki dengenin bir denkleştirilmeyle yeniden kurulması gerekir. Bu denkleştirme ise kamu yararını gerçekleştirmek için girişilen bu hizmet nedeniyle zarara uğramış olan davacının zararının idarece tazmin edilmesi suretiyle gerçekleşecektir[64]".

---

tazmin sorumluğu bulunmaktadır" DANIŞTAY 8 D, 03.03.2021, E: 2021/995, K: 2021/1312, karararama.danistay.gov.tr, E.T.:04.11.2023. Benzer şekilde ilköğretim okulunda eğitim görmekte olan kişi sınıf arkadaşı tarafından yaralanmış öğretmenler ve okul müdürü tarafından hastaneye götürülmüş, ailesi haberdar edilmiş ancak kişinin 90% oranında görme kaybı oluşmuştur. Ailesinin açtığı davada Danıştay 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu 56 maddesinde eğitim ve öğretim hizmetinin, Devlet adına yürütülmesinden gözetim ve denetiminden Milli Eğitim Bakanlığının sorumlu olduğu hükmüne atıf yaparak "*Başka bir anlatımla idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen, özel ve olağanüstü zararları kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazminle yükümlüdür. Aksi halde bu hizmetlerin görülmesi sırasında oluşan zararların ilgiliye yükletilmesi eşitlik, hakkaniyet ve nesafet kuralları ile bağdaşmaz.Buna göre, idarenin gözetim sorumluluğu gereği, kamu hizmetinin yerine getirilmesinde kusuru olmasa bile öğrenci velisinin öğrenciyi okul idaresinin gözetim ve denetimine bıraktığı andan itibaren okulda ders saatleri içerisinde meydana gelebilecek olan zararlardan sorumlu tutulması ve meydana gelen zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin edilmesi, hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğidir*" şeklinde karar vermiştir. DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU, 30.12.2020, E: 2020/1694, K:2020/3635, karararamadanistay.gov.tr, E.T.: 05.11. 2023.

[64] Danıştay önce idarenin kusurlu olup olmadığının araştırılması, kusurluysa kusur sorumluluğuna gidilmesi aksi takdirde, davacı taşınmazının idarenin çöp toplama sahasına yakın olması nedeniyle davacının bir külfet altına sokulduğu ve kamu yararı lehine özel bir fedakarlığa katlanmak zorunda bırakıldığı hususları göz önüne alınarak kamu külfetleri karşısında vatandaşların eşitliği ilkesi uyarınca ve somut olayın özelliklerine göre tazminatın miktarı takdir edilmek suretiyle idarenin tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. DANIŞTAY, 8. D., 10.06.2015, E: 2014/8596, K: 2015/5879, www.lexpera.com.tr, E.T.:06.01.2024.

Bir başka olayda muhtar olan davacı ayı saldırısı sonucu ağır bir biçimde yaralanmış yabani hayata ilişkin olarak idarelerin gerekli ve yeterli önlem almadığından bahisle uğranıldığı ileri sürülen zararlara karşılık olmak üzere maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. İdare Mahkemesince, olayda davalı idarelerin kusuru olmadığı ve kusursuz sorumluluk şartlarının da oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Danıştaysa "*Bu bağlamda, toplumun genel yararına yönelik faaliyetlerde, hizmet kusurunun tespit edilememesi halinde, yalnızca kişilerin uğradığı özel zararların tazmini mümkün olup; ilgililerin genel külfetlere katlanması gerekmektedir... ...idare, yaban hayvanlarını koruma görevi kapsamında ayıları mutlak koruma altına almıştır. Yaban hayatının ve yaban hayvanlarının korunması noktasında alınan bu kararın kamu menfaatinin korunması amacına yönelik olduğu açıktır. Kamunun genel menfaatinin korunmasına yönelik bu karardan doğan külfetin tek kişi üzerinde bırakılmaması, bu kişinin özel zararının kusursuz sorumluluk (fedakarlığın denkleştirilmesi) ilkesi uyarınca topluma pay edilmesi gerekmektedir*" şeklinde verdiği kararla idare mahkemesi kararını bozmuştur[65].

Bir başka olayda izcilik faaliyeti esnasında kişi düşerek kafasını çarpmış ve sol gözünü kaybetmiştir. İdare Mahkemesi olayda hizmet kusurunu tespit edememiş, ancak kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde maddi ve manevi tazminat ödenmesine karar vermiş, karar Danıştay tarafından onanmıştır. Kararda karşı oy mevcuttur, karşı oyda kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinden kaynaklanan sorumluluğun başlıca hallerinin bayındırlık işlerinin daimi zararlarından, hukuka uygun idari işlemlerden ve kanunlarla uluslararası sözleşmelerden dolayı sorumluluk halleri olduğu belirtilmiş ve "*fedakarlığın denkleştirilmesinden söz edebilmek için idarenin, kamu yararını gerçekleştirmek, toplumsal bir ihtiyacı karşılamak için hizmet yürütmesi ve bir faaliyette bulunmuş olması, idarenin, bu hizmetinden tüm toplum yararlanacak olmasına*

---

65 "Uyuşmazlıkta, her ne kadar ayı saldırısının gerçekleştiği Erzurum ili, Pazaryolu ilçesinin, 09/11/2005 tarih ve 232 sayılı Bakanlık Oluru ile yaban hayatı koruma sahası statüsünden çıkarıldığı anlaşılmakta ise de, yukarıda aktarılan mevzuat uyarınca idare tarafından, yaban hayvanlarını koruma görevi kapsamında ayıların mutlak koruma altına alınması karşısında, ayı saldırısı sonucunda yaralanan davacının özel nitelikteki zararlarının kusursuz sorumluluk (fedakarlığın denkleştirilmesi) ilkesi uyarınca tazmini gerektiği sonucuna varılmıştır". DANIŞTAY 10. D., 18.12.2020, E: 2015/779, K: 2020/5949, kararara ma.danistay.gov.tr, E.T.:05.11.2023.

karşın davacıların bir külfet altına sokulmuş ve kamu yararı lehine özel bir fedakarlığa katlanmak zorunda bırakılmış olması gerekmekte ve bu şekilde bozulan kamu külfetlerinin dağılımındaki dengenin bir denkleştirmeyle yeniden kurulması gerekmektedir" görüşü ifade edilmiştir[66].

Yukarıda da aktarıldığı üzere bu ilke kapsamında idarenin sorumlu olabilmesi için zararın özel ve olağan dışı olması gerekir. Nitekim akaryakıt istasyonu yol yapım çalışmaları esnasında gelir kaybına uğramıştır ve idare aleyhine zararın tazmini için kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi kapsamında tam yargı davası açılmıştır. Danıştay "*Kamu hizmetinin yürütülmesinin neden ve etkisinden kaynaklanan bir zararın doğmaması için idarece her türlü tedbir alınmasına rağmen, hizmetin doğal ve zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkan, hizmetten yararlananlar yönünden genel ve olağan nitelikteki bir külfetten kaynaklanan zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanmasına olanak bulunmamaktadır. Kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan bir zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanabilmesi için, uğranıldığı ileri sürülen zararın kamu külfeti olmaktan çıkıp, hizmetten yararlananlar yönünden özel ve olağandışı bir niteliğe dönüşmüş olması gerekir…"* gerekçesiyle davacının diğer *iş* yeri sahiplerinden farklı, özel ve olağandışı bir nitelikte zararının olmaması nedeniyle tazminat istemini reddetmiştir. *"… kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda yapılan yol çalışmaları nedeniyle oluşan genel külfetlere, "kamu külfetlerindeki eşitlik ilkesi" uyarınca herkesin katlanması gerektiği açıktır. Kaldı ki, davacı şirketin yenilenen yolun olanaklarından yararlanacağı da dikkate alındığında, idarenin tazmin sorumluluğunu gerektiren, kamu külfeti olmaktan çıkan, hizmetten yararlanan davacı şirket yönünden özel ve olağandışı niteliğe dönüşen bir maddi zarar bulunmamaktadır*"[67].

Yine bir başka olayda Marmaray Projesi yapımı esnasında kişinin iş yerinin bulunduğu cadde trafiğe kapatılmış, kazı çalışma alanı paravanla çevrilmiştir. Kişi bu önlemlerden dolayı müşteri kaybına uğradığını, çıkan tozdan temizlik giderlerinin artığını belirterek doğmuş ve doğacak maddi zararların

---

[66] DANIŞTAY 8. D., 01.10.2020, E: 2016/14574, K: 2020/3976, kararara ma.danistay.gov.tr, E.T.:05.11.2023.

[67] DANIŞTAY 10. D., 09.09.2015, E: 2012/4517, K: 2015/3682, kararara ma.danistay.gov.tr, E.T.:05.11.2023.

tazmini amacıyla dava açmıştır. Danıştay "*uğranıldığı ileri sürülen zarar kalemlerinin veya katlanılan sıkıntının cadde üzerinde bulunan bütün işyeri sahipleri yönünden de ileri sürülebileceği, bu haliyle davacı tarafından uğranıldığı ileri sürülen zarar kalemlerinin, diğer işyeri sahiplerinden farklı, özel ve olağandışı bir nitelikte olmadığı, ...kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesini ihlal edecek nitelikte ve ağırlıkta bir zararın davacı yönünden gerçekleşmediği,... "* gerekçesiyle maddi tazminat isteminin kısmen kabulü yolunda verilen idare mahkemesi kararını bozmuştur.[68]

SONUÇ

Eşitlik pek çok açıdan incelenebilecek çok boyutlu bir kavramdır. Hukuksal açıdan ve özellikle kamu hukuku açısından değerlendirdiğimizde eşitlik ilkesinin temel dayanağı Anayasanın 10'uncu maddesi hükmüdür. Bu madde herkesin herhangi bir ayrım gözetmeksizin kanun önünde eşit olduğunu vurgularken 4'üncü fıkrasında idareye de bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etme yükümlülüğü yüklemektedir. İdare faaliyetlerini gerçekleştirirken bu ilkeye uygun davranmakla yükümlüdür. İdarenin sorumluluğu alanında eşitlik ilkesinin görünümü kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesidir. Zira bu ilke idarenin faaliyetlerinden eşit şekilde faydalanan vatandaşların faaliyet neticesi ortaya çıkan külfetlere de eşit katlanmasını gerektirir. Aksi takdirde, bazı vatandaşlar aleyhine külfette eşitlik bozulduğunda bu durumun idare kusurlu olmasa da ödenecek tazminatla dengelemesi gerekecektir.

Esasen Danıştayın da bir kararında belirttiği gibi idarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf ve atıfet duygularıyla tazminat ödenmesini öngören bir prensip değildir. Bu sorumluluk demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur. İdari yargıda bu bakış

---

[68] "Müteahhit firmanın, kazı çalışması sonucunda çıkan molozun nakledilebilmesi için geçici olarak depolanmasının zorunlu olması nedeniyle protokolde öngörülen çalışma alanını genişlettiği, bu şekilde cadde üzerinde genişleyen çalışma alanının iki yıl süreyle bedelsiz kullanımının 5.1.2005 tarihli belediye encümen kararı ile uygun görüldüğü dikkate alındığında, mahkeme kararında belirtilenin aksine, olayda idarenin tazmin sorumluluğunu gerektirecek nitelikte özel ve olağandışı maddi zarar bulunmamaktadır".
DANIŞTAY 10. D., 16.03.2011, E: 2008/188, K: 2012/934, www.legalbank.net, E.T.:13.11.2023.

açısıyla, idare hukukunun ilke ve kuralları tatbik edilerek, idarenin hukuki sorumluluk alanını ve sebeplerini içtihatla saptamak zorundadır[69].

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi idarenin sorumluluğu alanında yer alan diğer ilkeler gibi içtihadi bir ilkedir. Herhangi bir kanunda bu ilkeye ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. İdarenin faaliyetlerinde kusur bulunmadığı durumlarda ancak ilgilisine verdiği zarardan adalet, nesafet ve hakkaniyet gereği sorumlu tutulması gerektiğinde risk sorumluluğuna ilişkin şartlar oluşmadıysa kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gündeme gelebilecektir.

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinde idarenin sorumlu tutulabilmesi için idari davranış, zarar ve illiyet bağı gibi genel sorumluluk şartları yanı sıra zararın herkesin katlanması gereken genel bir zarar niteliğinde olmaması gerekir. Bu sorumluluk türünde hepimizin eşit katlandığı külfetlere bazı kişiler özel ve olağandışı şekilde katlanmak zorunda kalmışlardır. Dolayısıyla zararın olağandışı nitelikte olması ve belirli bazı kişileri etkileyerek genel bir külfet niteliğinde olmaması kanun önünde eşitlik ilkesi için zaruri niteliktedir. Esasen idarenin tazminat sorumluluğunun doğması açısından da" külfette eşitliğin" bozulması gerekir. Külfette eşitlik bozulmadığı takdirde bu ilke kapsamında idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi mümkün değildir.

Danıştay kararları incelendiğinde bayındırlık dışında farklı alanlarda da bu ilke kapsamında tazminat ödenmesine karar verildiği görülmektedir. İdare Anayasanın kendisine verdiği emir çerçevesinde vatandaşlara eylem ve işlemlerinde eşit davranacak ve külfette eşitliği de kapsar şekilde, eşitlikte denge bozulduğunda bu durumu uygun bir tazminat ödemesiyle dengeli hale getirecek ve vatandaşlar arası eşitliği sağlayacaktır. Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi bu bağlamda idareye Anayasa -ile verilen eşit davranma ödevini yerine getirmesini sağlayan önemli bir sorumluluk ilkesidir.

---

[69] DANIŞTAY 10. D., 18.12.2020, E: 2015/779, K: 2020/5949, kararara ma.danistay.gov.tr, E.T.:04.12.2023.

KAYNAKÇA

ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 2021, Ankara, Turhan Kitapevi.

CANDAN, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2023, Ankara, Yetkin Yayınları.

ÇAĞLAYAN, Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, 2021, Ankara, Adalet Yayınevi.

ÇALIŞ, Hande Sena, Genel Olarak Nesafet Kavramı ve Bu Kavramın İdare Hukukundaki Bazı Görünüş Şekilleri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.25, Sayı.2, 2017.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt II, 2019, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım.

GÖZLER, Kemal; **KAPLAN,** Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 2023, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 2017, Ankara, İmaj Kitapevi.

KÖKSAL, Mustafa, Risk İlkesinin İdareye Yüklediği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları, TBB Dergisi, Sayı 85, 2009.

TAN, Turgut, İdare Hukuku, 2018, Ankara, Turhan Kitapevi.

ULUSOY, Ali, Yeni İdare Hukuku, 2021, Ankara, Yetkin Yayınları.

YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, 1985, İstanbul, Filiz Kitapevi.

YILDIRIM, Ramazan; **ÇINARLI,** Serkan, Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt II, 2019, Ankara, Astana Yayınları.

VATANDAŞLIK, SİYASAL KATILIM ANLAYIŞI VE V-DEM VERİ SETİNDE TÜRKİYE'NİN DURUMU

Zeynep Alemdar*

GİRİŞ

Bu çalışmada, vatandaşlık- siyasal katılım- demokrasi ilişkisi irdelenerek bu kavramların uluslararası literatürde nasıl geliştiği, birbirleriyle ilişkilerinin nasıl kurulduğu kısaca açıklanmaktadır. Demokrasinin Çeşitleri (Varieties of Democracy) adlı, 134 ülkeden araştırmacıları birleştiren ve 600'den fazla göstergeyi inceleyen veri tabanının kavramsal çerçevesinde demokrasinin nasıl tanımlandığı aktarıldıktan sonra Türkiye'nin bu veri setindeki değerleri de sunulmaktadır.

I. VATANDAŞ- DEVLET İLİŞKİLERİ: NASIL BİR ÇERÇEVE?

1998 yılında İlkay Sunar, Türkiye'de devlet-vatandaşlık ilişkisini tarif ederken, devletin dezavantajlı grupları rejimin içine katmak için özel bir çaba sarfetmediğini ancak sivil topluma yönelik de ne saldırgan ne de cesaretlendirici bir tavrı olmadığını yazar[1]. Türkiye'de vatandaş- sivil toplum- devlet ilişkilerini pasif- dışlayıcı olarak sınıflandırarak teorik bir çerçeve içinde farklı Ortadoğu ülkeleriyle karşılaştıran bu nadir çalışmanın araştırmacılara tavsiyesi ise şöyledir: Devlet farklı sivil toplumlara farklı davrandığından, sivil toplum içindeki değişik grupların vatandaş olma çabalarını, bu grupların farklı kimlik yaratımlarına, söylemsel müzakerelerine (discursive deliberation), derneksel aktivitelerine ve devlet politikalarına direk ya da gizli olarak etki edip etmediklerine bakarak incelemek gereklidir. Vatandaşlık- sivil toplum- devlet ilişkilerinin nasıl incelenebileceği üzerine bu araştırma tavsiyesi demokrasi ve demokrasinin çeşitleri üzerine de bir tartışmanın kapılarını aralar. Vatandaşlar devletle ilişkilerini hangi araçlar üzerinden kurarlar? Farklı grupların kimlik

* Prof. Dr., İstanbul Okan Üniversitesi İşletme Yönetim Bilimleri Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, zeynep.alemdar@okan.edu.tr, ORCİD 0000-0002-1031-1748.

[1] **SUNAR**, İlkay, "The Politics of Citizenship in the Middle east: An Agenda For Research," State, Society and Democracy in Turkey. Bahçeşehir University Publications, 2004, s.196.

oluşumları devletle olan ilişkilerine nasıl yansır? Nasıl bir söylem ile politika yaparlar? Devlet politikalarını etkileyebilirler mi?

Vatandaşlığın devletle birey arasında nasıl bir ilişki olduğu sorusuna yönelik cevaplar da çeşitlidir. Yazındaki temel cevaplar vatandaşlığı pasif ve aktif olarak ayırır. Pasif vatandaşlık, Marshall'ın 1964 yılında tanımladığı gibi devlet tarafından verilen sivil, siyasi ve sosyal haklardır[2]. Devletin hukuk yoluyla sağladığı ve garanti altına aldığı bu haklara sahip olma durumu pasif vatandaşlıktır. Aktif vatandaşlık ise, kamusal hayata katılım yükümlülüğü getiren, oy vermek, siyasi partilere üye olmak, bunların yönetim mekanizmalarına aday olmak gibi aktiviteleri gerçekleştirmektir[3]

Ancak her kavramsallaştırma çabasının, o zamana ait düşüncelerle şekillendiğini de hatırlamak gerekir. O nedenle alıntıladığımız bu vatandaşlık, demokratikleşme ve sivil toplum kavramlarının ve bunlar arasındaki ilişkilerin nasıl adlandırıldığını, kavramsallaştırıldığını hatırlamak önemlidir.

Özellikle Sovyetler Birliği'nin dağılması ve Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin Avrupa Birliği'ne girmesi sürecinde, vatandaşlığın aktif olarak gerçekleştirilmesi demokratikleşme için olmazsa olmaz bir görev olarak vatandaşlara veriliyordu. Böylece demokratikleşme de vatandaşların aktif olarak katkı vereceği ve kolektif alanın vatandaşların birbirleriyle ve devletle müzakere ederek kurulacağı bir süreç olarak görülüyordu. Vatandaşlık konusunda da kozmopolitan vatandaşlık gibi yeni tanımlamalar ortaya çıkıyor, dünya vatandaşlığı olarak adlandırılabilecek devletler ötesi uluslararası organizasyonlarla bireylerin ilişkisi üzerinden kurulabilecek ve vatandaşların bu şekilde vergi ödeyeceği bir düzenleme bile tahayyül ediliyordu[4].

Oysa 11 Eylül saldırıları sonrasında devletlerin güvenlik politikaları vatandaşlık haklarının önüne geçmeye ve özellikle dezavantajlı grupları gittikçe

---

[2] **MARSHALL**, T.H., Class, Citizenship and Social Development. New York, DoubleDay and Company, 1964.

[3] **KYMLİCKA** W./**NORMAN**, W., "Return of the Citizen", R. Bernier (der), Theorizing Citizenship (283-327). Albany: State UNiversity of New York. 1995, s.286.

[4] **IŞIN**, E.F./**TURNER**, S. Bryan, 2007. "Investigating Citizenship: An Agenda for Citizenship Studies," Citizenship Studies, 2007, 11, 1: 5-15.

marjinalleştirilerek devletle vatandaş arasındaki ilişkiler gerilmeye başladı. 2011 yılında gerçekleşen Arap Baharı ve onun ardından tüm dünyada dalgalar halinde yayılan farklı direniş hareketleri sonucunda ise devlet- vatandaş ilişkileri Batı yazınına ve uluslararası değerler sistemine hakim olan liberal değerler ve demokratikleşme bağlamından çıkarak, devletlerin kendi güvenlik algılarına göre ve uluslararası normlardan da uzaklaşarak şekillendirdikleri ilişkilere dönüştü.

II. ULUSLARARASI V-DEM ENDEKSİNDEN BİR UYARLAMA

Peki bu ilişkileri tanımlamaya çalışırken uluslararası karşılaştırmalarda da kullanabileceğimiz, vatandaşlık- devlet- demokrasi üçgenini açıklayabilecek olan kriterler nelerdir? Uluslararası karşılaştırmalı endeksler, günümüzde otokrasilerin arttığı ve demokrasilerin sayısında olağanüstü bir azalma olduğu konusunda birleşiyorlar. Son 10 yılda tüm dünyada demokrasiler otoriterleşmeye doğru yol alırken, daha önceki 35 yılın demokratik kazanımları da kaybolmuştur[5]. Bir yandan da özellikle politika yapıcıların söylemlerinde, akademisyenlerin yıllardır dikkat çekmeye çalıştıklarının aksine, demokrasinin en önemli göstergesinin seçimlerin varlığı olduğu konusunda bir anlaşma hala var. 2024 tüm dünyada seçim takvimlerinin oldukça yoğun geçeceği bir yıl iken, seçimlerin hala kalitesinden değil katılım oranlarından bahsedilmeye devam ediliyor. Oysa seçimler, aslen, size verilen/ sunulan seçeneklerden birini tercih etme eylemi olduğundan aslında seçimlerin gerçekten ne kadar anlamlı bir katılım olduğunu yeniden düşünmek gerekir[6]. Seçimler, bireylerin vatandaş olarak tanımlandığı tek yer, seçim sandıkları da vatandaşların kendi iradelerini gösterebildikleri tek yer olduğunda insanlar da seçimi sosyal iradenin ortaya çıkması olarak görüyor, verilen seçenekler arasından seçtiğini anlamıyor. Seçimleri, ancak, siyasi bir değişim olasılığı olarak gördüğünüzde bu bir siyasi hareket- ya da katılım- olabilir.

---

5 Democracy Report 2023: Defiance in the Face of Autocratization, 2022. Available at https://v-dem.net/documents/29/V-dem_democracyreport2023_lowres.pdf accesed 20 February 2024, s.9.

6 **TOKER**, Nilgün, "Şu an yaşadığımız yurttaşlık kavramının toptan ilgasıdır,", Saha, Available at https://hyd.org.tr/attachments/article/1240/saha10_aralik2022.pdf, accessed 20 February 2024, s.13.

Demokrasi- vatandaşlık-siyasi katılım eksenini daha iyi anlayabilmek için uzun yıllardır uluslararası ortak bir çabayla geliştirilen V-Dem demokrasi endeksi bu tartışmalara da ışık tutabilecek önemli bir yol haritası sağlar.

V-Dem endeksi, siyaset bilimi literatüründeki demokrasi tanımlarını toparlayarak demokrasiyi en uygun şekilde ölçebilmek için demokrasi hakkındaki düşüncelerimizin çoğunu şekillendiren yedi temel ilkeyi ortaya koymaktadır: seçimsel, liberal, çoğunlukçu, uzlaşmacı, katılımcı, müzakereci ve eşitlikçi[7]. Bu ilkelere yakından bir bakış, vatandaşlık-siyasi katılım- demokrasi üçgenini daha iyi anlamamıza ve daha iyi sorular sormamıza katkıda bulunacaktır.

1. Seçimler: Demokrasinin seçim ilkesi, diğer tüm demokrasi ölçütleri için bir temel de sağlar, lakin seçimlerin olmadığı bir rejim hiçbir anlamda "demokratik" olarak adlandırılamaz[8]. Ancak elbette seçimlerin adil ve özgür bir ortamda gerçekleşmesi ve diğer altı ilkenin de seçimleri tamamlaması gereklidir.
2. Liberal demokrasi ilkesi, anayasal olarak korunan sivil özgürlükler, hukukun üstünlüğü ve yürütme gücünün kullanımını sınırlayan etkili denge ve denetleme mekanizmaları ile tanımlanır. Bu ilkenin temel işlevi, birey ve azınlık haklarını potansiyel bir "çoğunluğun tiranlığına" ve devlet baskısına karşı korumaktır.
3. Katılımcılık ilkesi, doğrudan yönetim ve vatandaşların tüm siyasi süreçlere aktif katılımı ile ilgilidir. Bu ilke, seçimlere katılım ile yakından ilgiliyse de sivil toplum kuruluşları ve doğrudan demokrasinin siyasi katılım biçimlerini de vurgular.
4. Müzakereci ilke, kamu yararını gözeten siyasi kararların her düzeyde saygılı ve akla dayalı diyalogla alınması gerektiği temel değerini benimser. Bu ilkenin benimsenmesiyle, siyasi kararlar duygusal çağrılar,

---

[7] **COPPEDGE,** Michael/ **GERRING**, John/ **KNUTSEN,** Carl Henrik/ **LINDBERG,** Staffan I/ **TEORELL,** Jan/ **MARQUARDT,** Kyle L/ **MEDZIHORSKY,** Juraj/ **PEMSTEIN,** Daniel/ **GASTALDI,** Lisa/ **GRAHN,** Sandra/ **PERNES,** Josefine/ **RYDEN,** Oskar/**ROMER,** Johannes von/ **TZELGOV,** Eitan/ **WANG,** Yi-ting/ **WILSON,** Steven, Varieties of Democracy, Methodology 2023 (Metedoloji 2023,) 2023. "V-Dem Methodology v13" Varieties of Democracy (V-Dem) Project. Available at https://v-dem.net/documents/26/ methodology_ v13. pdf, accessed 20 February 2024.

[8] Methodology 2023, s. 4.

dayanışmacı bağlılıklar, dar görüşlü çıkarlar veya zorlama yerine, akıl ve saygılı müzakere ile alınır.

5. Eşitlikçi ilke, maddi ve manevi eşitsizliklerin resmi siyasi (seçim) hak ve özgürlüklerin fiilen kullanılmasını engellediğini savunur. İdeal olan, tüm grupların katılım, siyasi güç pozisyonlarında görev alma, sorunları gündeme getirme ve politika yapımını etkileme konularında de jure ve de facto olarak eşit imkanlara sahip olmasıdır. Bu gelenekteki literatürü takiben, sağlık, eğitim veya gelirdeki büyük eşitsizliklerin siyasi gücün kullanılmasını ve siyasi haklardan fiilen yararlanılmasını engellediği anlaşılmaktadır.
6. Demokrasinin çoğunlukçu ilkesi, halkın çoğunluğunun yönetme ve iradelerini politika açısından uygulama kapasitesine sahip olması gerektiği inancını yansıtır.
7. Demokrasinin uzlaşmacı ilkesi, çoğunluğun siyasi azınlıkları göz ardı etmemesi gerektiğini ve farklı çıkar ve görüşlere sahip grupların temsil edilmesinde içsel bir değer olduğunu vurgular.

V-Dem, bu kavramsal çerçeve ile karmaşık demokrasi kavramında yer alan teorik ayrımların önemli bir kısmını kapsamaktadır. Elbette bu ilkelerin hepsi kendi başlarına da değerlidir, ancak hepsini karşılayan bağımsız değişkenlerle ele alındıklarında değerlendirmelerinin daha geçerli olma olasılığı yükselecektir. Öte yandan, V-Dem veri setinin ele aldığı ilkelerin uygulanış biçimleri de o ülkelerin demokratik kültürlerine göre değişecektir.

Türkiye, V-Dem skorlarına göre, 2012-2022 yılları arasında otokratikleşen ülkeler sınıfında yer almaktadır. Hatta en çok otoriterleşen ilk 10 ülke arasındadır. El Salvador, Macaristan, Hindistan, Sırbistan, Tayland ve Tunus'la beraber demokrasinin son on yılda tamamen bozulduğu ülkeler arasında bulunmaktadır. Polonya, Mauritius ve Brezilya ise hala demokrasi kalmalarına karşın son 10 yılda skoru en kötü olan diğer üç ülkedir[9]. V-Dem veri projesinin Demokrasi Raporuna göre, özellikle ifade özgürlüğü ve siyasi rekabet konusunda kısıtlamalarıyla öne çıkan Türkiye'de, 1998 yılında İlkay Sunar'ın yaz

[9] Democracy Report 2023, s.23.

dığı gibi, devletin sivil topluma yönelik pasif dışlayıcı tavır almanın ötesinde, artık sistemin sivil toplumu kendi güvenlik algılarına bir tehdit olarak görerek vatandaşlığı yalnızca seçimlere katılıma indirgediğini söylemek yanlış olmaz. V-Dem demokrasi raporunda Türkiye'nin öne çıktığı başka bir veri ise, Rusya, ABD, Polonya ve Brezilya ile birlikte Türkiye'de de devlet eliyle yapılan dezenformasyonun halkı polarizasyona sürüklediğidir[10]. Çoğulcu olmayan siyasi partilerin bu ülkelerde vatandaşların tercihlerini yönlendirdikleri, bölünmeleri/ ayrılmaları derinleştirdikleri ve bu şekilde kendilerine olan desteği artırdıkları ortaya çıkmıştır[11]. Bu veriler de yine V-Dem'in tanımladığı ilkeler çerçevesinde Türkiye'de müzakerecilik ya da uzlaşmacılık ilkelerinin de olmadığının göstergesidir.

SONUÇ

V-Dem veri setinin yıllar boyu ülkeleri sınıflandırmasına bakarsak ise, Türkiye, 1972-1980 yılları arasında seçimli demokrasi, 1980-1981 arasında kapalı otokrasi, 1983-1990 arasında seçimli otokrasi, 1990-2012 arasında seçimli demokrasi ve 2012'den itibaren seçimli otokrasi olarak değerlendirilmektedir. Şu anda dünyadaki rejimler içinde alt yüzde 20-30'luk seviyede bulunan Türkiye'nin bulunduğu grubun üst sınırını Orta Afrika Cumhuriyeti alt sınırında ise Rwanda ve Vietnam bulunmaktadır[12].

---

[10] Democracy Report 2023, s.26.
[11] Democracy Report 2023, s.26.
[12] Democracy Report 2023, s.43.

KAYNAKÇA

COPPEDGE, Michael/ **GERRING,** John/ **KNUTSEN,** Carl Henrik/ **LINDBERG,** Staffan I/ **TEORELL,** Jan/ **MARQUARDT,** Kyle L/ **MEDZIHORSKY**, Juraj/ **PEMSTEIN,** Daniel/ **GASTALDI,** Lisa/ **GRAHN,** Sandra/ **PERNES,** Josefine/ **RYDEN,** Oskar/**ROMER,** Johannes von/ **TZELGOV,** Eitan/ **WANG,** Yi-ting/ **WILSON,** Steven, Varieties of Democracy, Methodology 2023 (Metedoloji 2023,) 2023. "V-Dem Methodology v13" Varieties of Democracy (V-Dem) Project. Available at https://v-dem.net/documents/26/methodology_v13.pdf, accessed 20 February 2024.

Democracy Report 2023: Defiance in the Face of Autocratization, 2022. Available at https://v-dem.net/documents/29/V-dem_democracyreport2023_lowres.pdf accesed 20 February 2024.

IŞIN, E.F./**TURNER**, S. Bryan, 2007. "Investigating Citizenship: An Agenda for Citizenship Studies," Citizenship Studies, 2007, 11, 1: 5-15.

KYMLİCKA W./**NORMAN**, W., "Return of the Citizen", R. Bernier (der). Theorizing Citizenship (283-327), Albany: State University of New York. 1995.

MARSHALL, T.H., Class, Citizenshipand Social Development, New York, Double-Day and Company, 1964.

SUNAR, İlkay, "The Politics of Citizenship in the Middle east: An Agenda For Research," State, Society and Democracy in Turkey, Bahçeşehir University Publications, 2004.

TOKER, Nilgün, "Şu an yaşadığımız yurttaşlık kavramının toptan ilgasıdır,", Saha, Available at https://hyd.org.tr/attachments/article/1240/saha10_aralik2022.pdf, accessed 20 February 2024.

ARAFTA HUKUK:
EŞİTLİK İDEALİ VE EŞİTSİZLİK GERÇEĞİ ARASINDA[*]

F. Ceren Akçabay[**]

GİRİŞ

Eşitlik bir ilke olarak tüm hukuk düzenleri tarafından kabul edilmiş olsa da tıpkı adalet gibi eşitliğe ilişkin siyasi ve toplumsal tartışmalar gitgide modern hukukun dışına çıkmıştır. Modern toplumun temel düzenleyici mekanizması olarak kabul gören hukukun toplumsal çatışmaların asli sebeplerinden olan eşitsizliklere körleşmesi anlamına gelen bu kopuş; hukuk önünde eşitlik ve eşit hukuki korumayı içeren eşitlik uygulamalarını zayıflattığı gibi, toplumsal hiyerarşiler ekseninde süren eşitsizliklerle mücadelede hukukun bir toplumsal değişim aracı olarak kullanılmasını da zorlaştırmaktadır.

Oysa hukuk her dönem ayrımcılığa, şiddete ve kötü muameleye maruz kalan insanların ilk aklına gelen çaredir. Modern hukuk gücünü, yaptırımlarından çok toplumda var olan eşitlik vaadinin etkisinden ve bunun yarattığı meşruiyetten alır. Ancak hukuk, eşitliği çağrıştırsa da hukuk düzenlemeleri insanların eşitlik konusundaki beklentilerini karşılamaktan çoğu zaman uzaktır. Yine de bu durum bireysel ve toplumsal eşitlik arayışlarının hukuka taşınmaya devam etmesine engel olmaz. Hukuk ve eşitlik arasındaki bu çetrefilli ilişkiyi eşitliğin anlamına ilişkin belirsizlikleri ve eşitlik tartışmasının tarihsel dönüşümünü incelemeden aydınlatmak hayli zordur. Diğer yandan bu tartışma sadece teori ile sınırlı olmayıp hukuk uygulaması ve kanun yapma süreçleriyle ilgili önemli sonuçlar içermektedir. Hukuk önünde eşitlik ilkesinin toplumsal eşitsizlikler bakımından anlamı ve etkisi, hukukun insanlar arasındaki farklara ve dezavantajlı gruplara yaklaşımı gibi tartışmalar eşitliğin anlamı ve kavramın dönüşümü ile yakından ilgilidir.

Anlambilim, felsefe, tarih ve hukuk gibi pek çok farklı alandan beslenen geniş bir literatüre sahip böyle bir tartışmayı bir kitap bölümünde tüketmek

[*] Başlık önerisi ve çalışmanın geliştirilmesi konusundaki desteği için Prof. Dr. Nihal Saban'a teşekkürü bir borç bilirim.

[**] Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı, ceren.akcabay@okan.edu.tr,
ORCID NO: 0000-0003-0073-8067.

şüphesiz mümkün değildir. Bu nedenle, çalışma büyük oranda hukuk ve eşitlik ilişkisine yönelik tartışmaya bir giriş yapmayı amaçlamaktadır. Çalışmada, önce eşitliğin farklı anlamları ve retorik gücü incelenecek ve Antik Yunan'dan bugüne eşitlik tartışmasının dönüşümüne kısaca göz atıldıktan sonra hukuktaki şekli eşitliğin liberal düşüncedeki kökenleri ve sınırları incelenecektir. Sonrasında ise liberal hukukun eşitlik anlayışına yönelik eleştiriler çerçevesinde geliştirilen öneri ve düzenlemeler ile hukukta eşitlik çalışmalarının geleceği üzerine değerlendirmeler yapılmaya çalışılacaktır.

I. EŞİTLİĞİN ANLAMI

Eşitlik bugün, ahlaki açıdan reddedilmesi mümkün olmayan bir gereklilik ve hemen hemen bütün uluslararası ve ulusal hukuk düzenlemeleri tarafından açık şekilde düzenlenmiş bir kavram olarak görülse de[1] eşitliğin anlamı felsefe tarihi boyunca geniş tartışmalara konu olmuştur[2]. Çağdaş siyaset felsefesinde hala eşitlikten murat edilenin ne olduğu ve bunun arzu edilir bir amaç olup olmadığı sorularına verilen yanıtlar farklılaşmaktadır. Dworkin'in veciz ifadesiyle, eşitlik söz konusu olduğunda "[o]nu öven ya da küçümseyen insanlar, neyi övdükleri ya da küçümsedikleri konusunda anlaşamazlar[3]". Aslında bu durumun en önemli nedeni eşitliğin farklı anlamlarının genelde bir arada kullanılmasıdır.

Genel olarak eşitlik, diğer özellikler bakımından farklılıklar gösteren bir grup nesne, kişi, süreç veya durum arasında en az bir açıdan yani belirli bir özellik bakımından belirlenen uygunluk olarak tanımlanır. Dolayısıyla eşitlik öncelikle niteliksel bir ilişkiyi ortaya koyar[4]. Ayrıca "eşitlik", örneğin "güzel-

---

1 **FREDMAN,** Sandra, Discrimination Law, 2011, Oxford, s. 1.

2 **WOLF,** Jonathan, "Equality", The Oxford Handbook of the History of Political Philosophy, Gerge Klasko (ed.), 2011, Oxford, s. 613.

3 **DWORKIN,** Ronald, Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality, Harvard University Press, 2000, Cambridge, s.2.

4 Eşitlik yargıları, karşılaştırılan şeyler arasında bir fark olduğunu varsayar. Bu tanıma göre, "tam" ya da "mutlak" eşitlik kavramı, farklılık varsayımını ihlal edeceği için sorunludur. Eğer nesneler farklı değillerse "eşit" değil, "özdeş" olarak adlandırılmalıdırlar. Matematikteki kullanımı bakımından ise eşitlik özdeşlikle aynıdır. Matematikte eşittir işaretinin her iki tarafındaki semboller atıfta bulunduğu soyutlamalar arasında elde edilen tam özdeşliği temsil eder. Bu nedenle, eşitliğin matematikteki kullanımı ve eşitliğin somut olgu ve şeyler için kullanımı arasında bir paralellik kurmak bir kategori hatası olarak görülmektedir. Ayrıntılı tartışma için bkz. **WESTEN,** Peter, Speaking of Equality: An Analysis of the Rhetorical Force of "Equality" in Moral and Legal Discourse, 1990, Princeton, s. 42-58.

lik" gibi öznel bir niteleme olmaktan çok kişiler, nesneler ya da sayılar arasında kesin, nesnel hatta evrensel bir ilişki olarak kabul edilir. Eşitliğe ilişkin bu kabule rağmen eşitliğin kesinlikten ve nesnellikten uzak anlamları da söz konusudur. Bu nedenle, eşitlik son derece zorlu, karmaşık ve dinamik bir kavram olarak nitelendirilir[5]. Eşitliğe dair bu paradoksun nedeni kavramın gerçekte birbirinden ayrılması oldukça zor iki farklı anlama sahip oluşudur. Bunlardan ilki eşitliğin tanımlayıcı anlamı ikincisi ise normatif anlamıdır.

Eşitliğin ilk anlamı yukarıda ifade edildiği gibi nitelikseldir. Eşitlik ilk anlamıyla, farklılıklara sahip nesne, kişi, süreç veya durumların bir karşılaştırma standardı ile ölçülmesi sonucu ayırt edilemez olduğu tespit edilen bir ilişkiyi tanımlamak için kullanılır. Bu tanımlayıcı anlam olması gerekene değil, olana, ölçülebilen gerçekliğe ilişkin düşüncemizi içerir: "Ali ve Ayşe'nin boyları eşittir." Ancak ağırlıklar ve ölçüler söz konusu olduğunda oldukça basit hatta apaçık olan eşitliğin anlamı; ahlak, siyaset ve hukuk alanlarında farklılaşır. Çünkü bu alanlarda eşitlik tanımlayıcı değil, kural koyucu yani normatif anlamda kullanılır. Örneğin, "tüm insanlar hukuk önünde eşittir" yahut "tüm insanlar doğaları gereği eşittir" ifadelerinde eşitlik tanımlayıcı değil kural koyucu bir anlam taşır. Tanımlayıcı eşitlik ile normatif eşitlik arasındaki fark aslında kullandıkları karşılaştırma standartlarının niteliğinde yatar. Tanımlayıcı eşitlik söz konusu olduğunda, kullanılan karşılaştırma standardının kendisi tanımlayıcıdır[6]. Diğer bir deyişle, tanımlayıcı eşitliğin altında yatan karşılaştırma standartları, insanları ve nesneleri, yalnızca gerçekteki varlıklarına göre karşılaştırmaya yönelik standartlardır. Normatif eşitlik ise doğrulanabilir gerçeklikler yerine tartışılabilir değerler çerçevesinde bir ilişki kurar. Normatif eşitliğin içerdiği karşılaştırma standardının kendisi bir kuraldır. Normatif eşitlik, belirli bir kuralının amacı doğrultusunda tanımlayıcı bir sınıf oluştu-

---

5 **CLIFFORD**, Jarlath, "Equality" The Oxford Handbook of International Human Rights Law, Dinah Shelton (ed.), 2013, Oxford, s. 421.

6 **WESTEN,** Peter, "The Meaning of Equality in Law, Science, Math, and Morals: A Reply", 81 MICH. L. REV. 604, 1983, s. 615-616.

rur[7] ve bu sınıfa giren kişileri eşit olarak kabul eder. Dolayısıyla "tanım olarak eşit olanlar", tanımları bakımından aynı olan kişiler veya şeyler; "kural olarak eşitler" ise ilgili kurallara göre ölçüldüklerinde borçlu oldukları veya hak ettikleri şeyler bakımından aynı olan kişilerdir[8].

Eşitliğe ilişkin kesinlik ve nesnellik kanısı yaratan anlam, tanımlayıcı eşitliğe karşılık gelir. Gerçekten de tanımlayıcı eşitlikler nadiren ciddi tartışmaların konusu olur. İnsanlar, elbette zaman zaman belirli bir ölçüm standardının belirli bir karşılaştırma için uygun olup olmadığı konusunda anlaşamayabilirler. Örneğin, geleneksel olarak kullanılan insan uzuvlarına dayalı ölçü standartları (adım, arşın, karış, kulaç vb.) kişiden kişiye değiştiği için ya da ölçüm araçları bozulabildiği için tartışmalar yaşanmıştır. Ancak bu tür anlaşmazlıklar nesnel bir çözüme ulaşma eğilimindedir. Çünkü bu ölçümler doğrulanabilir gerçekliklere dayanır. Kural koyucu eşitlikler ise tanımlayıcı eşitliklerin aksine pek çok yönden tartışmalı hatta belirsizdir. Hukukta eşitlik çerçevesinde yapılan tüm tartışmalar ve tanımlar, tıpkı ahlak ve siyaset alanlarında olduğu gibi, asıl olarak kural koyucu eşitliğe ilişkindir. Tüm insanların eşit değerde olup olmadığı, insan fetüsleri ile bebeklerin yaşam hakkı bakımından eşit olup olmadığı ya da tüm insanların dünya kaynakları üzerinde eşit hak iddiasında bulunup bulunamayacağı değere bağlı pek çok tartışmayı içerir. Ancak bu tartışmaların sadece eşitlik kavramına başvurularak çözümlenmesi hayli zordur. Çünkü kuralcı eşitliğin varlığı için aynı sınıflandırma altındaki her kişiye veya nesneye aynı kuralın uygulanması yeterlidir[9]. Oysa farklı yaklaşımlar çerçevesinde aynı duruma uygulanacak farklı kuralları savunmak mümkün olduğu

---

7 Kural koyucu eşitlik ile tanımlayıcı eşitliğin birbirinden ayırt edilmesinin oldukça zor olmasının sebeplerinden biri de kural koyucu karşılaştırma standartlarının tıpkı tanımlayıcı eşitliğin standartları gibi tanımlama içermesidir. Belirli kişilerin hak ettikleri muameleler bakımından kural olarak eşit oldukları sonucuna varmak için öncelikle kategorilerin yani grupların tanımlanması zorunludur. Örneğin, belirli bir gruptaki kişilerin aynı muameleyi hak ettiklerinin söylenebilmesi için bu gruba üye olanların olmayanlardan ayırt edilebilmesi gerekir. Bu ise, belirli kişileri grup üyesi olarak nitelendiren özellikleri belirleyen bir tanımlamanın yapılmasını gerektirir. Ancak kural koyucu standardın içerdiği bu tanımlar, tanımlayıcı eşitlikte olduğu gibi olana ilişkin değil olması gerekene ilişkin belirlemelerdir. Ayrıntılı tartışma için bkz. **WESTEN,** 1990, 86-93.

8 **WESTEN,** Speaking of Equality, s. 69.

9 **NATHAN,** Christopher, "What is Basic Equality?", Do All Persons Have Equal Moral Worth? On 'Basic Equality' and Equal Respect and Concern, Uwe Steinhoff (ed.), 2014, Oxford, s.7.

gibi kimi kurallar eşitliğe ilişkin bazı değer tartışmaları ile tutarsız olabilir. Örneğin, ayrımcı düzenlemeler içeren kanunların eşit şekilde uygulanması mümkündür.

Eşitliğin kural koyucu anlamının tanımlayıcı anlamından kolaylıkla ayrılamaması, kavramın kesinlik ve nesnelliği çağrıştırmasına neden olarak eşitliğe retorik bir güç kazandırmıştır [10]. Ancak bu güç nedeniyle kavramın olanı ve olması gerekeni aynı anda içerecek şekilde kullanılması çoğu zaman eşitlik mücadelesine zarar verir. Normatif eşitlik, herhangi bir ampirik doğrulama imkanından yoksun olsa da olgusal bir temele sahipmiş gibi ele alındığında, "zaten hep var olduğuna, sadece toplumsal düzenlemeler tarafından görmezden gelindiğine ya da ihmal edildiğine inanılan" bir gerçekliğe atıfla tartışılabilmektedir. Bu durum, eşitlik tartışmasını son derece kafa karıştırıcı ve yorucu hale getirdiği gibi uzun vadede önemsizleştirir[11]. Oysa modern dünyanın en çarpıcı özelliği, eşitlik ideali ile eşitsizlik gerçeği arasındaki kopukluktur. Bir yandan eşitlik ideali yaygın olarak kabul görürken maddi ve diğer kaynakların dağılımında ve akla gelebilecek her türden birey, grup ve kategori arasındaki ilişkilerde kapsamlı eşitsizlikler söz konusudur[12].

II. EŞİTLİK TARTIŞMASININ DÖNÜŞÜMÜ

Eşitliğin tanımına ilişkin anlam karmaşasına rağmen özellikle modern toplumlarda pek çok toplumsal mücadele eşitlik talebi etrafında örülmüştür. Köleliğin kaldırılması, oy hakkının yaygınlaşması, ırk ayrımcılığı ve kastın yasaklanması ve kadınların özgürleştirilmesi gibi tarihteki en önemli siyasi ve hukuki kazanımların gerisinde eşitlik tartışmasının yer alması kavramın önemini giderek artırmıştır[13]. Öyle ki bugün çağdaş siyaset ve hukuk felsefesindeki farklı yaklaşımların eşitlik zemininde birleştiği yani ortak değer olarak

---

[10] **WESTEN,** Speaking of Equality, s. xv, 265-266.

[11] **WILLIAMS,** Bernard, "The Idea of Equality", Problems of the Self, 1973, Cambridge, s. 231.

[12] **BÉTEILLE**, André, "Inequality and equality", Companion Encyclopedia of Anthropology, Tim Ingold (ed.), 2003, s.1010.

[13] **WESTEN**, Speaking of Equality, s. xiv.

"insanlara eşitler olarak davranma düşüncesini" benimsedikleri kabul edilmektedir[14].

Gerçekten de insanların eşit olmadığını ya da belli grupların diğer insanlar kadar önemli olmadığını iddia eden bir yaklaşımın modern dünyada destek bulma imkânı yoktur[15]. İlginç olan, eşitliğe verilen bu değerin oldukça yakın tarihli bir kabulün ürünü olmasıdır. Örneğin, antik dünyada hiyerarşik bir toplum anlayışı söz konusudur. Doğanın, her biri kendi yerleşik amacına sahip, birbirine kenetlenmiş bir dizi varlıktan oluştuğu kabul edilir. Doğanın bir parçası yahut yansıması olan toplum ise yetenek farklılıklarını yansıtacak şekilde tabakalaşmış, bu da toplumsal işlev ve statü farklılıklarını beraberinde getirmiştir[16]. Dolayısıyla, Atina demokrasisinde dahi kadınların, kölelerin ve yabancıların vatandaş olarak kabul edilmemesi bir tesadüf değildir. Atina'nın önemli düşünürlerinden Aristoteles'in eşitlik ve adalet tartışmalarına katkısı düşünüldüğünde bu belirlemeler ilk bakışta çarpıcı görünse de Aristoteles'e göre: "Kişiler eşit değillerse sahip oldukları da eşit olmayacaktır. Eşit olan kişiler eşit olmayan haklara ya da eşit olmayanlar eşit haklara sahiplerse burada tartışma çıkar ve suçlama olur[17]."

Antik Yunan sonrası Stoacı Romalı düşünürler tarafından tüm insanların evrensel düzeni kavramak için eşit rasyonel kapasiteye sahip olduğu ileri sürüldüyse de bu sav mevcut toplumsal statülerin değiştirilmesine ilişkin herhangi bir normatif sonuç üretmemiştir. Orta Çağ'da ise modern eşitlik anlayışının kökeni olan Hıristiyanlığın kabulüyle Tanrı'nın gözünde tüm insanların

---

[14] Elbette eşitlik bu tartışmalarda kural koyucu anlamıyla kullanıldığı için normatif bir önermeden ibarettir. Bu nedenle, modern felsefede bu düşünceyi benimsediklerini iddia edenlerin tutarlılıkları yahut samimiyetleri ayrı bir tartışmanın konusudur. Bununla birlikte, modern düşüncede özgürlük ve eşitlik arasında bir ikilik oluşturarak açıkça eşitliğe karşı özgürlüğü savunan düşünürler de mevcuttur. Ancak bu tartışmalarda genelde eşitlik olarak ele alınan dağıtım çerçevesinde geliştirilen ekonomik eşitliktir. Örneğin Hayek'e göre toplumsal eşitsizlik bireysel özgürlük için ödenmesi gerekli bir bedeldir. Hayek'in eşitlik ve özgürlük karşıtlığı üzerine kurduğu tartışma için bkz. **HAYEK**, Friedrich, The Road to Serfdom, Routledge, 2001, NewYork.

[15] **KYMLICKA**, Will, Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş, Ebru Kılıç (çev.), 2006, İstanbul, s. 6.

[16] **CAPALDI**, Nicholas, "The Meaning of Equality", Liberty & Equality, Tibor Machan (ed.), 2002, Stanford, s.2.

[17] **ARİSTOTELES**, Nikomakhos'a Etik, Furkan Akderin (çev.), 2019, İstanbul, s. 110.

eşit ahlaki değere sahip olduğu ilan edilmiştir. Bu sınıflandırmanın normatif sonucu Hristiyanların kurtuluşa giden yolda eşit şekilde hak sahibi olmalarıdır. Orta Çağ'da dini öğretilerin feodalizm ile birlikte artan tabakalaşmaya uygun şekilde yorumlandığı açıktır. Yine de insanların eşit ahlaki değerde oldukları inancı toplumsal gelişmelerle birlikte daha fazla etki açığa çıkaracak örneğin kölelik karşıtlığı dini argümanlarla savunulacaktır[18].

Eşitlik anlayışında yaşanan asıl dönüşüm ise Yeni Çağ ile birlikte normları belirleyen standartların kaynağındaki değişimdir. İlk Çağ ve Orta Çağ boyunca doğa düzenine bağlı olarak (akıl ya da lütuf yoluyla) belirlenen standartlar Reform sonrası içsel hale gelmiştir. Bu standartlar aşkın düzenle ya da dış dünyayla bir ilişki içinde belirlenebilirse de nihayetinde içsel bir değerlendirme konusudur [19]. Standartların içsel hale gelmesi, dış dünyanın yani doğa ve toplumun bu standartlar doğrultusunda oluşturulan normlarla değiştirilmesine neden olduğu için önemlidir[20]. İnsan ile doğa/toplum arasındaki ilişkiyi bir bütün olarak değiştiren bu düşünsel dönüşüm doğadaki hiyerarşinin sorgulanmaksızın topluma uyarlanmasına engel olduğu gibi, Tanrı'nın yarattığı insan ve aklın, dahası akıl yoluyla insanın gerçekleştirdiği toplumsal değişimin kutsanmasına yol açacaktır. Bu açıdan bakıldığında modern eşitlik düşüncesinin gerisinde Hristiyanlığın insana bakışı yatmakla birlikte, insanları eşit şekilde yaratıp onları haklarla donatan Tanrı olsa da bir anlamda Tanrı'nın rolü burada sona ermektedir[21]. "Doğadan gelen" hakları korumak için kurulan modern devlet gücünü, artık dini bir otoriteden değil, Tanrı'nın sureti ve dünyanın merkezi olarak görülmeye başlanan "insanlar"dan yani halktan alacaktır.

---

[18] Kölelik ticaretinin ve köleliğin yasaklanması şüphesiz felsefe ve dinden daha fazla ekonomik değişimlerin bir sonucudur. Avrupa'da Hristiyanların köle olarak satılmasına ilişkin yasaklarla başlayan süreç feodalizmin yıkılması ile toprağa bağlı köleliğin son bulmasına kadar kademeli şekilde sürer. Ancak bu süreçte coğrafi keşiflerle birlikte gelişen ve ticaret kapitalizmin gelişimini sağlayacak ölçüde artan siyah köleliğin yasaklanması 19. yüzyılı bulacaktır. Siyah köleliğin yasaklanmasında din ve ekonominin etkisine ilişkin ayrıntılı bir tartışma için bkz. **REYNOLDS**, Edward, Fırtınaya Karşı Ayakta Kalmak, Koray Akten (çev.), 2004, Ankara, s.127 vd.

[19] Lynn Hunt'ın bu değerlendirmede ahlakın temelinin dinden ayrışması bakımından modern edebiyata, özellikle de romana biçtiği değer ilginçtir. Hunt'a göre, roman karakterleri gündelik hayatın ve sıradan insanın ahlaki dünya yaratma kapasitesinin takdir edilmesini sağlayarak kişilerin başkalarını kendilerinin eşiti olarak görmeye başlamalarına neden olmuştur. **HUNT,** Lynn, İnsan Haklarını İcat Etmek: Tarihsel Bir Anlatı, Eymir Albal (çev.), 2012, Ankara, s. 61.

[20] **CAPALDI,** s. 4-6.

[21] **HUNT,** s. 29.

Fransız Devrimi, bu nedenle, eşitlik tartışması açısından yeni bir dönüm noktasına karşılık gelir. Devrim ile doğuma dayalı ayrıcalık ve fırsatlar reddedilerek herkes için fırsat eşitliği savunulur. Feodalizmin ortadan kaldırılmasından sonra yayınlanan "Haklar Bildirgesi" ile kanun önünde eşitlik ilkesi ve hak, fırsat, ceza ve vergi eşitlikleri tanınır. Ancak 1789 tarihli Bildirge bilinenin aksine insan hakları değil "Erkek ve Vatandaş Hakları Bildirgesi"dir[22]. Tamahana'nın belirttiği gibi, bu dönem eşitlik konusunda var olan "cömert retoriğe" rağmen fiiliyatta eşitlik "elitlere" tahsis edilmiştir[23]. Hukuk önünde eşitlik bakımından önemli sınırlamalar söz konusudur. Yeni düzenlemeler çerçevesinde kadınlar, çocuklar ve yabancılar pasif Fransız vatandaşları olarak sadece kişilikleri, mülkleri ve özgürlüklerine ilişkin korumadan yararlanabilmektedir. Medeni haklar ile siyasi haklar arasında ise herhangi bir ilinti kurulmamıştır. Hatta siyasi haklarından mahrum olan grupların sayısı devrimin sınıfsal niteliği nedeniyle çok daha fazladır. Kadınların yanı sıra Yahudilerin, eski kölelerin hatta cellatlar ve aktörler gibi çeşitli meslek mensuplarının seçme ve seçilme hakkı yoktur[24]. Dolayısıyla modern toplum kurulurken belli bir cinsiyet, sınıf, ırk, din hatta mezhep özelinde bir hak öznesi belirlenmiş ve bu özneler birbirine eşit kılınmıştır[25].

Modern felsefenin üzerinde uzlaştığı kabul edilen eşitlik tam da bu soyutluk üzerine yükselir ve eşitlik tartışması neyin eşitliği sorusuna yanıt verilmeksizin devam ettirilir. Bu noktada Kymlicka'nın açıklaması değer taşır. Kymlicka'ya göre, modern felsefede üzerinde uzlaşılan eşitlik, ekonomik ya da toplumsal eşitlik değil, temel eşitliktir. Marksizm'den liberterlere kadar uzanan farklı teorik düzlemlerde düşünürler eşitlik konusunda farklı fikirlere sahip olsalar da insanların birbirinin eşiti olduğunda hemfikirdirler[26]. Liberal düşüncenin Hristiyanlığın eşit ahlaki değer varsayımına dayanarak geliştirdiği

---

[22] Bildirgeye yönelik feminist eleştiri ve bu doğrultuda yazılan karşı bildiri olan "Fransız Kadın ve Kadın Vatandaş Hakları Bildirgesi" için bkz. de Gouges, Olympe, Kadın Uyan: Fransız Kadın ve Kadın Yurttaş Hakları Bildirgesi, Berna Günen (çev.), 2019, İstanbul.

[23] **TAMAHANA**, Brian, Hukukun Üstünlüğü: Tarih, Siyaset ve Teori, Ali Fahri Doğan (çev.), 2020, İstanbul, s. 102.

[24] **HUNT**, s. 165-197.

[25] **PHILIPS,** Anne, Demokrasinin Cinsiyeti, Alev Türker (çev.), İstanbul: Metis Yayınları, 1995, s. 47-55.

[26] **KYMLICKA,** s. 5.

temel eşitlik anlayışı, vatandaşların eşit siyasi haklara sahip olmasını ve hukuk önünde eşit kabul edilmesini gerektirir.

Liberal temel eşitlik insanlar arasındaki farklılıklara rağmen ahlaki bir aynılık standardı oluşturur ve herkese eşit muameleyi zorunlu kılar[27]. Ancak bu zorunluluğun kimin için ne anlama geldiği ve mevcut eşitsizlikleri ortadan kaldırıp kaldıramayacağı belirsizdir. Modern toplumda eşitlik konusundaki uzlaşının bir soyutlamaya dayanmasının nedeni toplumsal gerçek içindeki eşitsizliğin modern toplumun kuruluşunda verili kabul edilmesidir. Modern toplumun kuruluş anlatısına karşılık gelen toplum sözleşmesi kuramları özgür ve eşit bireylerin bir arada yaşadığı doğa durumundan devletli topluma geçişi açıklar. Doğa durumu ile devletli toplum arasındaki temel fark ise eşitsizliktir. Bu anlatının en rafine görünümü Fransız Devriminin düşünsel mimarı olarak da görülen Rousseau'nun 1754 yılında kaleme aldığı "İnsanlararası Eşitsizliğin Kaynağı Üzerine" denemesinde yer alır. Rousseau'ya göre: "Doğa halinde hemen hiç bulunmayan eşitsizlik, gücünü ve artışını bizim yeteneklerimizden, insan aklının ilerlemesinden alır ve sonunda mülkiyetin ve kanunların yerleşmesiyle sabitleşir ve yasalaşır."[28] Rousseau eşitsizliğin gelişimine ve geri dönüşsüz niteliğine ilişkin açıklamaların "tarihsel gerçekler" olarak görülmesinin doğru olmadığını ve bunları "varsayımsal ve şarta bağlı muhakeme ve yargılar olarak almak" gerektiğini açıkça vurgulasa da[29] bu yaklaşım tarih alanında yapılan bilimsel çalışmaları dahi etkilemiştir.

Güncel prehistorya çalışmalarının ortaya koyduğu bulgular, insanlık tarihinin gelişimine ilişkin bu tür genellemeleri yanlışlasa da tarih yazınında avcı toplayıcı toplulukların arasında var olan eşitliğin tarımsal üretimin başlaması, nüfus artışı ve şehirlerin kurulması sonucu ortadan kalktığı düşüncesi yerleşiktir. Bu yaklaşım, politik bir çıkarımı beraberinde getirir. Buna göre, eşitsizlik tarihin zorunlu bir sonucudur ve uygarlığın nimetlerinden yararlanmanın bedeli olarak görülebilir. Oysa arkeolojik çalışmalara dayalı yeni veriler insanların tarım öncesi dönemde eşitsiz topluluklar içinde yaşayabildiğini ve tarihte eşitlikçi

---

27 **TAMAHANA,** s. 60.

28 **ROUSSEAU,** Jean-Jacques, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı, R. Nuri İleri(çev.), 2013, İstanbul, s. 174-175.

29 **ROUSSEAU,** s. 89-90.

şehirlerin var olduğunu göstermektedir[30]. Tüm bu bulgular ışında bakıldığında eşitlik tartışmasının soyut kabullerle sınırlı tutulması anlaşılır olmadığı gibi, toplumsal mücadelelerin eşitlik taleplerinin elde ettiği kazanımlar nedeniyle hukukta eşitlik bakımından da bu açıklamalar artık yeterli değildir. Ancak hukuk bakımından eşitliği daha geniş şekilde tartışabilmek için öncelikle temel eşitliğin hukuktaki yansımalarına göz atmak faydalı olacaktır.

III. EŞİTSİZ BİR DÜNYADA HUKUK

Şüphesiz dünyadaki eşitsizliği bütünsel ve sistematik bir şekilde ortaya koymak hayli zordur. Ancak kaynakların dağılımı, tanınma ve temsil gibi pek çok farklı alanda sınıf, ırk, etnisite ve cinsiyet benzeri toplumsal ayrımların belirleyici olduğu derin eşitsizlikler her toplumda son derece yaygın şekilde gözlemlenir. Modern liberal düşünce ise eşitlik bakımından çelişkilerle doludur. Eşitsizlik, bir yandan insan gelişiminin zirvesi kabul edilen modern toplumun zorunlu bir sonucu olarak görülürken diğer yandan uygarlığın gelişimi, eşitlik düşüncesinin yaşamın giderek daha fazla alanına nüfuz etmesiyle açıklanır[31]. Bunu mümkün kılan ise eşitliğin farklı anlamları çerçevesinde zekice oynanan oyunlardır. Örneğin, normatif eşitlik yani insanların eşit olduğuna ilişkin bir hukuk kuralı, bir gerçekliği ifade edermişcesine kullanılabilmekte ya da modern toplumda eşitsizlik bir zorunluluk olarak görülse de toplumsal mücadelelerin talepleri eşitlik retoriğiyle geçiştirilebilmektedir. Eşitliğin toplumsal, ekonomik, siyasi ve hukuki eşitlik gibi farklı eşitlik şekilleri yerine soyut bir temel eşitlik anlayışı içinde ele alınması eşitlik tartışmasını içeriksizleştirmektedir. Bu sayede modern toplumda eşitsizlik yadsınamaz boyutlarda olsa da insanlar kendilerini birbirlerinin eşiti olarak görebilmektedir.

Modern devlet ve hukukun kökenini oluşturan liberal düşünceye göre insanlar özlerinde eşit ahlaki değere sahip olmaları anlamında eşit doğdukları için eşit haklara ve onura sahiptirler ve eşit saygıyı hak ederler. Hukuk normları insanların temelde eşit olduğu, her bireyin aynı temel değere veya statüye

---

[30] **GRABER,** David, Wengrow, David, The Dawn of Everything: A New History of Humanity, 2022, London, s. 15-40.

[31] **WOLF,** s.613.

sahip olduğu fikrine dayanarak oluşturulur[32]. Modern toplumda statülere[33] göre belirlenen ayrıcalıkların ortadan kaldırılması ile temel eşitlik ilkesi modern hukukun temeli haline gelir[34]. Diğer yandan, hak bildirgelerinden de anlaşıldığı gibi, modern toplumun şafağında, temel eşitliğin gereği olarak kaldırılması planlanan statüler sadece bazı sınıfsal statülerdir. Bu dönüşümle hem feodal lortlara siyasi meşruiyet veren ayrıcalıklı pozisyonların kaldırılması hem de yeni iktidarın gelişen işçi sınıfının desteğini almasını kolaylaştıracak bir aynılaştırma amaçlanır. Ancak gerçeklikte herhangi bir karşılığı olmayan bu aynılık varsayımı hızla sorgulanmaya başlamış, işçi sınıfı, kadınlar ve siyahlar, bu yeni "sınıfsız" ve statüsüz" toplumda "hak" ettikleri söylenen eşitliğin peşine düşmüştür.

Siyasi eşitlik talepleriyle başlayıp ilerleyen bu toplumsal mücadeleler temel eşitlik ilkesinin modern hukukta istisnasız şekilde yerleşmesini sağlamıştır. Ancak bu süreçte modern hukukun ahlak ve politikadan ayrılarak belirli ve öngörülebilir bir uzmanlık alanı halini alması gerektiğini öne süren hukuki pozitivizm yaklaşımının hukuk çevrelerinde yaygınlaşması, eşitliğe ilişkin daha derin tartışmaların hukuk alanı dışında kalmasına neden olur. Hukuki pozitivistler adaleti eşitlik olarak ele alırken eşitliği hukuk uygulamasında şekli bir ölçütten ibaret saymışlardır[35]. Toplumsal eşitsizlikler liberal hukukun

---

[32] **NATHAN**, s. 1.

[33] Statü kavramı, Waldron'un yaptığı türsel statü ve şartlı statü ayrımı çerçevesinde açıklanmalıdır. Waldron kişileri doğum ile sahip oldukları kabul edilen niteliklerden olan toplumsal sınıflara, ırklara, cinsiyetlere göre türlere dayalı olarak ayıran statüleri türsel statüler olarak adlandırırken bugün modern hukukta devam eden kişilerin şartlar sonucu geçici olarak elde ettikleri çocukluk, evlilik, meslek üyeliği gibi statüleri şartlı statüler olarak ele alır. **WALDRON**, Jeremy, One Another's Equals: The Basis of Human Equality, 2017, Cambridge, s. 6-7; Felsefe ve sosyoloji literatüründe genelde statü terimi tarihsel önemi nedeniyle türsel statüye karşılık gelecek şekilde kullanılmaktadır. Bu çalışmada da benzer şekilde statü terimi ile önce feodalizm ardından ırk ve cinsiyet ayrımcılığına karşı verilen mücadeleler sonucu hukuken ortadan kalkan daimî ayrımlara atıfta bulunulmuştur.

[34] **WALDRON**, s. 8.

[35] **KEYMAN**, Selahattin, Hukukuki Pozitivizm, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.35, S.1,1978, s. 31-32. Yine de bu yaklaşım hukukta eşitlik arayışını sönümlendiremediği gibi, güncel siyaset felsefesinde temel eşitliğin dayanaklarına, ekonomik ve sosyal eşitliğe ilişkin tartışmalar sürmektedir. Örneğin, Nathan'a göre temel eşitliğin çoğu zaman hukuktaki formel eşitlikle yani eşit muamele ile aynı anlama geldiği düşünülse de temel eşitlik kişilerin eşit değerde oldukları anlamına gelir, aynı durumda olmayan eşit değerdeki kişilere eşit muamele ise formel eşitlikle örtüşmemektedir. **NATHAN**, s. 7. Diğer yandan ekonomik ve sosyal eşitlik tartışmaları konusunda da dağıtım ve tanınma adaleti kapsamında genişleyen bir literatür söz konusudur. Bkz. **SHORTEN**, Andrew, Contemporary Political Theory, 2016, NewYork, s.208-238.

merkeze aldığı soyut liberal hak öznesi nedeniyle hukuk tartışması bakımından görünür değildir. Farklı toplumsal hareketlerin etkisi ile "eşitlenenler"in niceliği artsa da temel eşitlik hukukta ancak şekli eşitlik olarak karşılık bulur. Bu yaklaşım, aynı zamanda toplumsal ilişkiler ve bu ilişkiler içindeki hak ve görevlerle ilgili farklı düşünme biçimleri inşa ederek dikkatleri fiili eşitsizliklerden başka yönlere çeker[36].

Hukukta öngörülen şekli eşitlik ilkesi özgül nitelikleri ne olursa olsun, kişilere hukuken eşit muamele edilmesinden ibarettir[37]. Hukuktaki şekli eşitliğin dayanağını Aristotelesçi bir ilke olarak kabul gören[38] "benzer kişilere aynı muamelenin yapılması" oluşturur. Bu ilke çerçevesinde tutarlılığa odaklanılarak hukuk uygulamasında kişiler arasındaki farklılıklar dikkate alınmaksızın hepsinin benzer oldukları varsayılır[39]. Şekli eşitlik, soyut hak öznesi ile uyumlu biçimde genel ve soyuttur, nesnellik iddiası içerir[40]. Şüphesiz şekli eşitlik yaklaşımı sorunlarla doludur. Çünkü bireylerin birbiriyle aynı ya da benzer diye nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Üstelik Aristoteles tarafından da dillendirildiği gibi[41] benzer kişilere benzer şekilde davranılması ilkesi mantıken farklı kişilere de farklı davranılmasını gerektirir. Ancak hukuken şekli eşitlik ile farklılıklar tartışma dışı bırakılmaktadır. Üstelik şekli eşitlik benzer muameleyle sınırlı olduğu için bu muamelenin niteliğiyle de ilgilenilmez. Oysa farklı muamele türlerinde de eşitlenmek mümkündür[42].

---

36 **COTTERRELL,** Roger, Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş, Saim Üye (çev.), 2018, İstanbul, s. 326.

37 **TURNER**, Bryan S., Eşitlik, Bahadır Sina Şener (çev.), 1997, Ankara, s. 23.

38 Bu ifade sıklıkla Aristoteles'e atıfla kullanılsa da Aristoteles'in günümüze ulaşan eserlerinde tam olarak böyle bir ifade yoktur. Aristoteles eşitlik kavramını adalet tartışmasında kullanır. Buna en yakın sözleri Politika eserinde yer alan şu ifadelerdir: " ..[A]dalet eşitlik gibi görünür ve zaten öyledir, ama herkes için değil, yalnızca eşit olanlar için. Adalet aynı zamanda eşitsizlik gibi görünür, zira gerçekten öyledir, ama herkes için değil, yalnızca eşit olmayanlar için." Bkz. **ARİSTOTELES**, Politika, Özgüç Orhan (çev.), 2017, İstanbul, s. 275.

39 **FREDMAN**, Discrimination Law, s. 13-14.

40 **SEVER,** Çiğdem, "İdeolojik Kavram Olarak Hukuki Eşitlik", Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları, Bora Erdağı (ed.), 2015, Ankara, s. 43.

41 Aristoteles'e göre benzerlik ve farklılık adalete ilişkin değerlendirmeler gerektirir: "[İ]nsanlar diğer açılardan farklılık göstermediği ve benzer oldukları sürece, herhangi iyi bir şeyde üstünlüğün makamların eşit olmayan bir şekilde dağıtılmasını gerektirdiğini söyleyebilir; zira insanlar birbirinden farklı oldukları zaman, neyin adil olduğu ve neyi hak ettikleri buna göre değişir." Bkz. **ARİSTOTELES,** Politika, s. 288.

42 **FREDMAN,** Discrimination Law, s. 8-15.

Şekli eşitliğin benzerlikler kadar farklılıkları da değerlendirme zorunluluğu içeren bir ilke olduğu ve bu değerlendirmelerin her zaman adalete dair bir tartışmayı beraberinde getirdiği düşünüldüğünde bugün hukukta şekli eşitlik olarak ele alınan ilkenin gerçekte hukuka özgü bir şekli eşitlik olduğu söylenebilir. Hukuki şekli eşitlik temel eşitlik standardına dayanarak soyut hak öznelerini aynılık içinde eşitler ve onlara aynı hukuk kurallarını uygular. Bu bakımdan şekli eşitlik, devletin eşitlik ve özgürlük açısından potansiyel tehdit olarak görüldüğü liberal insan hakları paradigmasının bir parçasıdır ve bireyi devlet müdahalelerinden eşit şekilde korumayı görev edinir[43]. Hukuk önünde eşitlik ilkesi olarak da bilinen bu uygulama her ne kadar şekli bir uygulama olarak görülse de şekli eşitlik açısından dahi yetersizdir. Bununla birlikte, modern toplum öncesi statü farkları ve modern toplumun şafağında süren ayrıcalıklar düşünüldüğünde şekli hukuki eşitlik olarak anabileceğimiz bu eşitlik yaklaşımına ulaşabilmenin dahi kitleler açısından önemli mücadeleler gerektirdiği unutulmamalıdır[44]. Hukuk önünde eşitlik ilkesi, siyaset felsefesinde adalet bağlamında süren tartışmalarda liberaller tarafından savunulan fırsat eşitliği ile de uyumludur. Fırsat eşitliği açısından, toplumsal kaynakların dağılımı hesaba katılmaz. Bir kadın veya siyahın beyazlarla eşit şekilde üniversite sınavlarına girme hakkına sahip olması sosyal adalet bakımından yeterli görülür[45].

IV. HUKUKTA YENİ EŞİTLİK ARAYIŞLARI

Bugün hukuki şekli eşitlik anlayışını eleştirerek bunu aşmaya çalışan feminist hukuk teorisi ve eleştirel ırk çalışmaları gibi çeşitli eleştirel hukuk yaklaşımları toplumsal mücadelelerin birikimlerinden beslenmektedir. Şekli (hu-

---

43 **FREDMAN,** Sandra, Providing Equality: Substantive Equality and the Positive Duty to Provide," South African Journal on Human Rights 21, No. 2, 2005, s. 165-166.

44 Bu arayış aslında hukuk önünde eşitliğin devamında toplumsal mücadelelerle paralel olarak şekli (hukuki) eşitlik çerçevesi içinde gelişen hukuk içinde eşitliğe kapı aralar. Günümüzde hukuk önünde eşitliğin bir parçası olarak görülen hukuk içinde eşitlik yine aynılık varsayımı ile yola çıkar ancak bu kez hukuk uygulayıcıları için değil kanun koyucu açısından yükümlülükler getirir. Bu ilkeye göre kanun koyucu eşitlik ilkesine aykırı sınıflandırmalar çerçevesinde hukuk düzenlemeleri hazırlayamaz. **KARAN,** Ulaş, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 2017, İstanbul, s. 54.

45 **SEVER,** s. 44

kuki) eşitliğe yönelik eleştiriler öncelikle farklılıktan yola çıkmıştır. Buna göre, şekli eşitliğin evrensel ve soyut aynılık anlayışı yerine kadınlar ve engelliler gibi kişilerin farklılıklarını yadsımayan yaklaşımlar geliştirilmelidir. Farklı durumdakilere farklı muamele edilmesi açısından bu arayış Aristoteles'in görüşlerini yansıtıyor gibi gözükse de eleştirel yaklaşımlar bununla sınırlı değildir. Maddi eşitlik olarak adlandırılan bu yaklaşım çerçevesinde farklılıkların göz ardı edilmemesinin yanı sıra eşitsizliklerin ortadan kaldırılması da savunulur[46].

Maddi eşitlik tartışmasının kurucu figürlerinden biri olan feminist hukukçu Catharine MacKinnon'a göre eşitlik bir aynılık ya da farklılık meselesi değil, bir iktidar meselesidir. MacKinnon, liberal hukuktaki cinsiyet eşitliğine ilişkin güvencelerin toplumsal cinsiyet eşitsizliğini yansıtan eril bir bakışla oluşturulduğunu ve bununla sınırlı olduğunu vurgular. MacKinnon'a göre, eşitsizlik temelde bir hiyerarşi sorunudur. Ancak iktidar hiyerarşilerinin yerleşikliği sistematik tahakküme maruz kalan insanların özelliklerinin farklılık olarak algılanmasına sebep olur. Bu hiyerarşiler ise hukukta kategorik ayrımlar ve farklılıklara dönüşür. Oysa kadınları korumak için hazırlanan tecavüz, müstehcenlik ve kürtaja ilişkin eşitlik düzenlemeleri kadınların ikincil statüsünü pekiştirmekte ve toplumsal cinsiyet eşitsizliğini yeniden üretmektedir. Diğer yandan, eşitliğe soyut bir kavram olarak yaklaşılması hiyerarşilerin görmezden gelinerek varsayılan eşitliğin düzenlemelerle güvence altına alınmasını sağlar. Oysa eşitlik içerikli bir kavram olarak anlaşıldığında kişilerin ifadeleri ve deneyimlerine odaklanılacak ve gerçekliğin varsayımlarla olan çarpıcı zıtlığı görülecektir. Bu nedenle, maddi eşitlikte amaç hukuki kategoriler yaratmak yerine hukuk yoluyla eşitsizliklerle yüzleşmek ve bunları gidermektir[47].

MacKinnon'ın geliştirdiği tahakküm kuramının bir parçası olan maddi eşitlik kavramının hukukta eşitlik tartışmalarına önemli bir etkisi olmuştur. Feminist hukuk literatüründe devam eden bu tartışmaların hukuk düzenlemelerinde çeşitli etkileri olsa da eşitlik hukuku literatüründe şekli eşitlik ve maddi eşitlik arasındaki ayrımın genelde iktidar ilişkilerinden bağımsız şekilde

---

46 **KARAN,** s. 42-45.

47 **MACKINNON,** Catharine, Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru, Türkan Yöney, Sabir Yücesoy (çev.), 2015, İstanbul, s. 276-277.

ele alındığı söylenebilir. Kabul gören ayrıma göre, şekli eşitlikte farklılıklar göz ardı edilerek kişiler aynı hukuk düzenlemelerine tabi kılınırken maddi eşitlikte gerçek eşitliğin sağlanması için düzenlemelerde farklılıklar gözetilir[48]. Aslında hukukun tartışma konusu olan farkların önemli bir bölümünü yaratan toplumsal hiyerarşileri değerlendirme dışı bıraktığı için bu yaklaşım hayli sınırlıdır. Yine de maddi eşitlik kavramının yaygınlaşmasıyla pozitivist yaklaşımın aşılarak hukuk düzenlemelerinin içeriğine odaklanılmaya başlanması önemlidir.

Hukukta maddi eşitlik doğrultusunda, farklılıkların ve adaletin ne şekilde değerlendirileceği konusunda ise öneriler çeşitlidir. Örneğin, farklılıklara olumsuz biçimde yaklaşılarak hukuk aracılığıyla ortadan kaldırılmaya çalışılması yerine farklılıkların tanınması, kabul edilmesi ve farklılıklara saygı duyulması gerektiği vurgulanmaktır. Bu noktada devletin negatif yükümlülüklerinden çok pozitif yükümlülüklere odaklanılır. Maddi eşitlik çerçevesinde geliştirilen hukuk tartışmalarına bir bütün olarak bakıldığında ise klasik fırsat eşitliğinden sonuçlarda eşitliğe doğru bir ilerlemenin söz konusu olduğu söylenebilir. Bu çerçevede eşitlik hukukunda eşit muamelenin yanı sıra dezavantajlı grupları ve toplumsal eşitliği göz önünde bulunduran maddi bir fırsat eşitliğinin[49] mümkün olup olmadığı tartışılmakta ve sonuçlarda eşitlik çerçevesinde geçmişte olan ya da devam eden ayrımcılıkların neden olduğu eşitsizlikleri pekiştirebileceği için aynı muamele reddedilerek farklı muamele talep

---

[48] Çiğdem Sever, Türkiye'de mahkemelerin şekli eşitlik-maddi eşitlik ayrımı yerine mutlak eşitlik-nispi eşitlik ayrımı yaptığını hatırlatır. Mahkemelerin yaklaşımına göre mutlak eşitlik, eşit muamele yükümlülüğüne karşılık gelirken, nispi eşitlik farklı durumdakilere farklı muamele edilmesidir. Bkz. **SEVER,** s. 43-44. Ancak mutlak eşitlik, kuramsal açıdan benzerlik yerine özdeşlik gerektirir. Bu nedenle hukuk uygulaması bakımından imkansızdır. Mutlak eşitliğe ilişkin hayli önemli aynı zamanda da eğlenceli bir değerlendirme için bkz. **SCALES**, Ann, Hukuki Feminizm, F. Ceren Akçabay (çev.), 2019, Ankara, s. 109-111.

[49] Fredman'ın maddi fırsat eşitliği olarak adlandırdığı bu versiyon Fredman'a göre hepsi maddi eşitlik çerçevesinde değerlendirilebilecek eşit muamele ile sonuçlarda eşitliğin orta noktasına karşılık gelir. Bkz. **FREDMAN**, Discrimination Law, s. 18-19. Ancak feminist hukuk teorisinde ve maddi eşitlik tartışmalarının gelişiminde önemli yeri olan MacKinnon'a göre, Fredman'ın fırsat eşitliğini maddi eşitlikle ilişkilendirmesi hatalıdır. Maddi eşitlik şekli eşitliğin içerdiği aynı ve farklı muamaeleyi aşan bir adalet arayışıdır. MacKinnon'ın Fredman'a cevap olarak yazdığı makale için bkz. **MACKINNON,** Catharine, Substantive equality revisited: A reply to Sandra Fredman, International Journal of Constitutional Law, Volume 14, Issue 3, July 2016, s. 739–746.

edilebilmektedir. Örneğin, siyah çocuklar eğitim hakkından eşit şekilde yararlanamıyorsa okuryazarlığın oy kullanma hakkının ön koşulu olarak düzenlenmesi, bu düzenleme herkese eşit olarak uygulansa da, siyahların önemli bir bölümü açısından eşitsizliğin devamı anlamına gelir. Benzer şekilde, kamu hizmetine girişte yaş sınırı kadın ve erkekler için aynı şekilde düzenlense de pek çok kadının çocuk sahibi olduğu ve bu nedenle eğitim ve işe başlama süreçlerinin ileri yaşlara kaydığı düşünüldüğünde kadınların kamu hizmetlerinden dışlanmasına neden olur. Bu nedenle maddi eşitlikle sonuçlarda eşitlik talep edilerek eşit muamele yerine toplumsal adalete odaklanılmaktadır[50].

Maddi eşitlik başlığı altında tartışılan bu farklı öneriler aslında tarihsel olarak birbirini takip eden yaklaşımların ürünüdür. Bu yaklaşımlar farklılık, dezavantaj ve dönüştürücü eşitlik olarak sıralanabilir. Maddi eşitlik tartışmalarının ortaya çıktığı dönemin ürünü olan farklılık yaklaşımı belirli koşullar altında farklılığa odaklanarak eşitliği sağlamaya çalışır. Bu yaklaşıma göre, eşitliği sağlamak için devletin farklılıkları gözeterek bu farklılıklarla orantılı önlemler alması ya da olanaklar sağlaması gerekir. Hamilelik ve annelik izinleri ile engelli kişilere ihtiyaçları ile uyumlaştırılmış olanakların sunulması bu yaklaşımın yaygın örnekleridir. Ancak bu yaklaşımda odaklanılan farklılıklar sadece "biyolojik ya da sabit nitelikli farklılıklar"dır. Dezavantaj yaklaşımı ise kişilerin somut farklılıkları yerine toplumdaki iktidar ilişkilerine ve bunları sonucu olan eşitsizliklere odaklanılır. Bu çerçevede öngörülen önlem ise toplumdaki eşitsizlikleri güçlendiren uygulama ve politikaları ortadan kaldırmaktır. Bunun için, örneğin, kadınlar ve azınlıklar için tarihsel olarak dışlandıkları

---

[50] **FREDMAN,** Discrimination Law, s. 14; Ayrıca hukuk önünde eşitlik ve hukuk içinde eşitlikten sonra maddi eşitlik tartışmaları ile birlikte hukuken eşit korunma ve hukuktan eşit faydalanma ilkeleri de modern hukuk düzenlemelerinde yer almaya başlamıştır. Hukuken eşit korunma, eşitlik varsayımı bir yana bırakılarak insanlar arası farklılıkların kabul görmesi anlamına gelmektedir. Ayrımcılık yasağı ve özel önlem gibi düzenlemeler asıl olarak bu ilkenin bir sonucudur. Hukuktan eşit faydalanma ise devletin pozitif yükümlülüklerine odaklanmakta ve sosyal haklar vasıtasıyla kaynakların ve olanakların eşit dağılımına vurgu yapmaktadır. bkz. **KARAN**, s. 56-57.

eğitim, istihdam ve kültür gibi alanlarda geçici özel önlemlerin alınması[51], engelliler için makul uyumlaştırmanın zorunlu kılınması yahut farklı dolaylı ayrımcılık biçimlerinin yasaklanması öngörülebilir[52].

Maddi dezavantaj olarak da anılan bu yaklaşımın en somut örneğinin 2008 tarihli Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi (EKHS)[53] olduğu kabul edilmektedir. Sözleşmede engellilerin karşı karşıya olduğu "ağır toplumsal dezavantaj"lara dikkat çekilerek insan hakları engelliler özelinde ve onların ihtiyaçları çerçevesinde tekrar tanımlamıştır[54]. EKHS aynı zamanda hukuk alanındaki eşitlik tartışmaları için yeni bir adım olarak görülebilecek dönüştürücü eşitlik tartışmalarını da başlatmıştır. Kanunların altında yatan kalıp yargı ve yapıların her zaman tarafsız olmadığı farkındalığının sonucu olarak ortaya çıktığı vurgulanan dönüştürücü eşitlik, hukuk düzenlemelerinin yalnızca hakim görüşü ve çoğunluğun deneyimlerini değil, farklı bakış açılarını da içerecek şekilde oluşturulması olarak açıklanmaktadır[55].

Dönüştürücü eşitlik, kurumsal yapılara meydan okumanın ve yerleşik ayrımcılık biçimlerinin nedenlerini ortadan kaldırmanın önemini vurgulamaktadır. Bu nedenle, dönüştürücü eşitlik sistemik ve yapısal boyutları olan bir tür maddi eşitlik olarak da nitelendirilmektedir[56]. Buna benzer bir başka değerlen-

---

51 Türkiye'de daha çok pozitif ayrımcılık olarak adlandırılan özel önlemler yerleşmiş eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yahut zararı gidermeye yönelik uygulama, strateji ve politikalardır. Bkz. CEDAW Komitesinin 1999 tarihli 25 Sayılı Tavsiye Kararı, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/292_1.pdf (erişim tarihi: 05.02.2024)

52 **BÜYÜKÇALIK,** Mürvet Ece, Dolaylı Ayrımcılık, 2021, İstanbul, s. 26 vd.

53 Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 13 Aralık 2006 tarihli ve A/RES/61/106 tarihli kararıyla kabul edilmiş ve 3 Mayıs 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme'yi 30 Mart 2007 tarihinde imzalamıştır. Sözleşmenin tam metni için bkz. https:// insanhaklarimerkezi. bilgi.edu.tr/tr/content/132-engellilerin-haklarna-iliskin-sozlesme/

54 **KARAN**, s. 47-48.

55 **GOLDSCHMIDT,** Jenny E., "New Perspectives on Equality: Towards Transformative Justice through the Disability Convention?", Nordic Journal of Human Rights, 35:1, s. 5.

56 Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Tür Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) madde 5'i ve CEDAW Komitesi 25 Sayılı Tavsiye Kararını bu çerçevede yorumlayan bir çalışma için bkz. **BIHOLAR**, Ramona, "Challenging the Barriers to Real Equality: Transformative Equality", Annual Gathering of the Group of Women Parliamentarians Moving from Formal to Substantive Equality, Mexico City, Mexico – June 24-25, 2014. https://www.parlamericas.org/uploads/documents/article-ramona-biholar-en.pdf (erişim tarihi: 10.02.2024)

dirme ise dönüştürücü eşitliğin maddi eşitliğin güncel içeriğini kavramak için kullanılabilecek bir model yahut çerçeve olarak düşünülmesidir. Buna göre, maddi eşitlik için dönüşüm sağlamak; dezavantaj döngüsünü kırmak, onur ve değere saygıyı teşvik etmek, yapısal değişim sağlayarak farklılıklara uyum sağlamak ve siyasal ve toplumsal açıdan kapsayıcılığı teşvik etmekle mümkündür. Birbiriyle örtüşen bu dört amacın insan hakları ilkeleriyle birlikte göz önünde bulundurulması eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için politika oluşturmaya yönelik yönergeler sağlayabileceği gibi uygulamaların güçlü ve zayıf yönlerinin değerlendirmesine de olanak tanır[57].

SONUÇ YERİNE: HUKUKTA EŞİTLİK TARTIŞMALARININ GELECEĞİ

Liberal düşünce eşitlik bakımından çelişkilerle doludur. Eşitsizlik, bir yandan insan gelişiminin zirvesi kabul edilen modern toplumun zorunlu bir sonucu olarak görülürken diğer yandan uygarlığın gelişimi, eşitlik düşüncesinin yaşamın giderek daha fazla alanına nüfuz etmesiyle açıklanır. Bu çelişkiler modern hukuka da yansır. Normatif eşitlik yani insanların eşit olduğuna ilişkin hukuk kuralları, bir gerçekliği ifade edermişcesine kullanılabilmekte ya da eşitsizlik kaçınılmaz kabul edilirken toplumsal mücadelelerin talepleri eşitlik retoriğiyle geçiştirilebilmektedir. Modern toplumdaki derin eşitsizliklere rağmen hukuk sayesinde insanlar kendilerini birbirlerinin eşiti olarak görebilmektedir. Bununla birlikte, bireysel ve toplumsal eşitlik arayışları hukuka taşınmaya devam etmekte ve eşitlik talebiyle verilen mücadelelerde hukuki kazanımlar da elde edilebilmektedir.

Hukuk eşitlikle sık sık yan yana anılsa da liberal hukukun içerdiği eşitlik anlayışı Aristotelesçi şekli eşitliğin dahi gerisindedir. Liberal düşüncenin eşitlik konusundaki soyut kabulleri düşünüldüğünde hukuk uygulaması ve düzenlemeleri çerçevesinde geliştirilmeye çalışılan maddi eşitlik tartışmasının önemi açıktır. Hukukun, eşitliği retorik bir araç olarak ele almaktan uzaklaşıp uyuşmazlık çözümü ve toplumsal değişim bakımından var olan toplumsal bek-

---

[57] **FREDMAN**, Sandra, Kuosmanen, Jaakko ve Campbell, Meghan, Transformative Equality: Making the Sustainable Development Goals Work for Women, Ethics and International Affairs, 30, No. 2, 2016, s. 180 ve 185.

lentileri karşılayabilmesi bu tartışmanın ilerlemesine bağlıdır. Bugün maddi eşitlik sadece teorik düzeyde değil, hukuk uygulamasında da kabul görmeye başlamıştır. Farklılıkların neden olduğu dezavantajların giderilmesi için hukuki düzenlemelerde kota benzeri özel önlemlere yer verilmesi, ayrımcılık yasağının bağımsız bir hak olarak düzenlenmesi, doğrudan ayrımcılığın yanı sıra dolaylı ayrımcılığın yasaklanması ve makul uyumlaştırma gibi çeşitli maddi eşitlik uygulamaları uluslararası insan hakları hukukundan başlayarak yaygınlaşmaktadır[58]. Bu uygulamaların gelişmesinde dönüştürücü eşitlik kavramının da etkili olmaya başladığı ve dönüştürücü eşitliğin maddi eşitlik tartışmasının yönünü toplumdaki iktidar hiyerarşilerinin sonucu olan yapısal eşitsizliklere çevirmeye başladığı gözlenmektedir.

Dikkatle incelendiğinde dönüştürücü eşitlik tartışmalarının maddi eşitlik tartışmalarının gelişiminde önemli etkisi olan MacKinnon'ın eşitsizlik ve iktidar vurgusuna bir geri dönüş anlamına geldiği söylenebilir. Maddi eşitlik tartışmaları her ne kadar önce farklılıkları ve farklı muameleyi önemseyen sınırlı bir çerçeve içinde gelişse de toplumsal eşitlik taleplerini karşılayabilmek için bu yaklaşım yeterli olmamış ve sonrasında insanlar arasındaki farklılıkların önemli bir kısmına neden olan dezavantajları maddi eşitlik tartışmalarına dahil edilmiştir. Dönüştürücü eşitlik tartışmaları ise dezavantajların genelde ele alındığı grup çerçevesini aşmış ve bu dezavantajlara sebep olan iktidar hiyerarşilerini oluşturan toplumsal yapıların dönüşümüne odaklanmıştır.

Aslında MacKinnon ile başlayıp feminist hukukta gelişen tartışmaların iktidara yaptığı vurgu, bu tartışmaları başlatan toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin gerisindeki cinsiyet hiyerarşisinin feminist teori tarafından daha önce tespit edilmiş olmasından kaynaklıdır. Feministler bu tespitten hareketle şekli hukuki eşitlik taleplerini geliştirmiş ve eşitsizliğin kökenindeki yapıların ortadan kaldırılması için toplumsal dönüşüm sağlayabilecek hukuk reformlarına odaklanmaya başlamışlardır. Toplumsal cinsiyet hiyerarşisinin kurucu unsurlarından olan toplumsal cinsiyete dayalı şiddetle mücadele için talep edilen hukuk düzenlemeleri bu yaklaşımın en belirgin örneğini oluşturur. Toplumsal cinsiyet eşitsizliğine benzer şekilde sınıf, ırk, etnisite, din, mezhep, sağlamlık ve

[58] Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının farklı uluslararası düzenlemelerdeki güncel görünümlerini de içeren oldukça kapsamlı bir çalışma için bkz. **KARAN**, s. 46-52.

yaş gibi toplumsal eşitsizliklere sebep olan diğer hiyerarşilerin maddi eşitlik tartışmasına dahli eşitsizliklerin giderilmesinde önemli sonuçlar doğurabilir. Feminist hukuk teorisi ve uygulamasının birikimlerinden yararlanılarak eşitsizliklerin somut gerçeklik içinde değerlendirilmesi ve eşitlik taleplerinin bağlamının göz önünde bulundurulması eşitlik tartışmalarına hız kazandıracaktır. Bunun için ise toplumsal cinsiyet eşitliği tartışmalarının feminist hukukla sınırlı görülmeksizin maddi eşitlikle birlikte ele alınması önemlidir.

KAYNAKÇA

ARİSTOTELES, Nikomakhos'a Etik, Furkan Akderin (çev.), 2019, İstanbul.

ARİSTOTELES, Politika, Özgüç Orhan (çev.), 2017, İstanbul.

BÉTEİLLE, André, "Inequality and equality", Companion Encyclopedia of Anthropology, Tim Ingold (ed.), Taylor & Francis e-Library, 2003, ss. 1010-1040.

BIHOLAR, Ramona, "Challenging the Barriers to Real Equality: Transformative Equality", Annual Gathering of the Group of Women Parliamentarians Moving from Formal to Substantive Equality, Mexico City, Mexico – June 24-25, 2014.

Birleşmiş Milletler, Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi, 2008.

BÜYÜKÇALIK, Mürvet Ece, Dolaylı Ayrımcılık, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

CEDAW Komitesi, 1999, 25 Sayılı Tavsiye Kararı, http://www.ceidizleme.org/ ekutuphaneresim/dosya/292_1.pdf

CAPALDI, Nicholas, "The Meaning of Equality", Liberty & Equality, Tibor Machan (ed.), Hoover Institution Press, 2002, Stanford, ss.1-33.

CLIFFORD, Jarlath, "Equality" , The Oxford Handbook of International Human Rights Law, Dinah Shelton (ed.), Oxford University Press, 2013, Oxford, ss. 421-445.

COTTERRELL, Roger, Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş, Saim Üye (çev.), 2018, İstanbul.

DE GOUGES, Olympe , "Kadın Uyan", Fransız Kadın ve Kadın Yurttaş Hakları Bildirgesi, Berna Günen (çev.), 2019, İstanbul.

DWORKIN, Ronald, Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality, 2000, Cambridge.

FREDMAN, Sandra, Providing Equality: Substantive Equality and the Positive Duty to Provide," South African Journal on Human Rights 21, No. 2, 2005, ss. 163-190.

FREDMAN, Sandra, Kuosmanen, Jaakko ve Campbell, Meghan, Transformative Equality: Making the Sustainable Development Goals Work for Women, Ethics and International Affairs, 30, No. 2, 2016, ss. 177-187.

GOLDSCHMIDT, Jenny E., "New Perspectives on Equality: Towards Transformative Justice through the Disability Convention?", Nordic Journal of Human Rights, 35:1, ss. 1-14.

GRABER, David, Wengrow, David, The Dawn of Everything: A New History of Humanity, 2022, London.

HAYEK, Friedrich, The Road to Serfdom, 2001, NewYork.

HUNT, Lynn, İnsan Haklarını İcat Etmek: Tarihsel Bir Anlatı, Eymir Albal (çev.), 2012, Ankara.

KARAN, Ulaş, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 2017, İstanbul.

KEYMAN, Selahattin, Hukukuki Pozitivizm, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.35, S.1,1978.

KYMLICKA, Will, Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş, Ebru Kılıç (çev.), 2006, İstanbul.

MACKINNON, Catharine, Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru, Türkan Yöney, Sabir Yücesoy (çev.), 2015, İstanbul.

MACKINNON, Catharine, Substantive equality revisited: A reply to Sandra Fredman, International Journal of Constitutional Law, Volume 14, Issue 3, July 2016, ss. 739-746.

NATHAN, Christopher, "What is Basic Equality?", Do All Persons Have Equal Moral Worth? On 'Basic Equality' and Equal Respect and Concern, Uwe Steinhoff (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2014, ss. 1-17.

PHILIPS, Anne, Demokrasinin Cinsiyeti, Alev Türker (çev.), 1995, İstanbul.

REYNOLDS, Edward, Fırtınaya Karşı Ayakta Kalmak, Koray Akten (çev.), 2004, Ankara.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı, R. Nuri İleri (çev.), 2013, İstanbul.

SCALES, Ann, Hukuki Feminizm, F. Ceren Akçabay (çev.), 2019, Ankara.

SEVER, Çiğdem, "İdeolojik Kavram Olarak Hukuki Eşitlik", Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları, Bora Erdağı (ed.), 2015, Ankara, ss. 29-59.

SHORTEN, Andrew, Contemporary Political Theory, 2016, NewYork.

TAMAHANA, Brian, Hukukun Üstünlüğü: Tarih, Siyaset ve Teori, Ali Fahri Doğan (çev.), 2020, İstanbul.

TURNER, Bryan S., Eşitlik, Bahadır Sina Şener (çev.), 1997, Ankara.

WALDRON, Jeremy, One Another's Equals: The Basis of Human Equality, 2017, Cambridge.

WESTEN, Peter, Speaking of Equality: An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality' in Moral and Legal Discourse, 1990, Princeton.

WESTEN, Peter, "The Meaning of Equality in Law, Science, Math, and Morals: A Reply", 81 MICH. L. REV. 604, 1983, ss. 604-663.

WILLIAMS, Bernard, Problems of the Self, 1973, Cambridge.

WOLF, Jonathan, "Equality", The Oxford Handbook of the History of Political Philosophy, Gerge Klasko (ed.), 2011, Oxford, ss. 613-624.

KAMU HUKUKU II:
CUMHURİYETİN 100. YILINDA YÜKSEK MAHKEME KARARLARINDA CEZA HUKUKU UYGULAMALARI

765 SAYILI MÜLGA TÜRK CEZA KANUNU'NDAN 5237 SAYILI MER'İ TÜRK CEZA KANUNU'NA ÖZEL HÜKÜMLER SİSTEMATİĞİ VE CİNSEL SUÇLARIN DÜZENLENİŞİ

Barış Işık*

GİRİŞ

Çalışmada ceza kanunlarımızın ve bu bağlamda cinsel suçların düzenlenmesine ilişkin gelişim kronolojik olarak ele alınacaktır. 2537 sayılı Kanun'da ilgili suç tipleri için "cinsel dokunulmazlığa karşı suç" kavramı kullanılmışken; doktrinde "cinsel özgürlüğe karşı suç" kavramlarının kullanılmasının daha doğru olduğu ileri sürülmektedir[1]. Buna göre cinsel dokunulmazlık cinsel özgürlüğün negatif görünümünü ifade etmektedir, bu nedenle korunan hukuksal yararın insanın fiziki varlığı, bedeni olduğu; pozitif yönüyle kişinin cinsel kimliğini özgürce ifade etme hakkını yeteri kadar korumadığı algısına yol açmaktadır[2]. Kanun yapım sürecinde önemli görevler üstlenen Özgenç de cinsel özgürlük kavramına başlıkta yer verilmemesinin bilinçli bir tercih olduğu belirtmektedir[3]. Hukuksal yararın tüm yönleriyle cinsel özgürlük olduğu düşüncesini taşımakla birlikte; çalışmada her iki kullanımı da savunanlarca başvurulan ve kapsayıcı olduğu düşündüğüm cinsel suç kavramını kullanmayı tercih etmekteyim. Bu noktada cinsel suçlar içerisine mer'i Kanun'da Genel Ahlaka Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenmiş müstehcenlik, fuhuş, alenen hayasızca hareketler gibi suçların dahil olmadığı belirtmek isteriz. Çünkü cinsel suçlarda gayri meşruluğun temel ölçüsü rızanın yokluğuyken; söz konusu

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, baris.isik@okan.edu.tr, ORCİD: 0000-0002-0720-5856.

1 **TEZCAN,** Durmuş/**ERDEM,** Ruhan/**ÖNOK,** R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2002, Ankara, Seçkin**,** s. 400; **CENTEL**, Nur, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu*'nda* Cinsel Saldırı Suçu *ve* Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*,* Mart/Nisan 2005, s. 271; **KESKİN KİZİROĞLU**, Serap, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C. 2, 2008, Türk Ceza Hukuku Derneği, s. 1000.

2 **SANCAR**, Türkan Yalçın, Türk Ceza Hukukunda Kadın, 2013, Ankara, Seçkin, s. 100.

3 **ÖZGENÇ,** İzzet, Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanunu'nun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 24/1 (Ocak 2020), s. 260.

suçlar, cinsel eylem veya hazzı gerçekleştirme yönteminin ahlak dışılığı nedeniyle cezalandırılmak istenen fiillerdir. Bu nedenle bu suçları cinsellikle ilgili suçlar biçiminde tanımlamak daha doğru olacaktır[4].

Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan önce de cinsel suçlar dahil olmak üzere birçok alanda ceza hukuku düzenlemeleri mevcuttu. Bu hususta eski Türk boyları ve devletlerinin hukukundan İslam hukukuna kadar birçok farklı düzenlemeden bahsedilebilecektir. Ancak çalışmada, modern ceza hukukumuzun gelişimini ortaya koyabilmek amacıyla, özellikle 765 sayılı Kanun'a etkisi olan düzenlemeler ele alınacaktır. Bu sınırlama özellikle Avrupa'da modern devletin inşası süreçlerinin, bu anlamda Aydınlanma Çağı ve kanunlaştırma hareketinin bir yansıması olan Tanzimat Dönemi ve sonrası ceza hukuku düzenlemelerini incelemeyi zorunlu kılmaktadır.

I. TANZİMAT DÖNEMİ VE SONRASI

A. 1840 Tarihli Ceza Kanunnamesi

Şeriat hukukunun modernleştirilmesinin ilk denemesi olduğu iddia edilen[5] Kanunname'nin temellerini 1839 tarihli Tanzimat Fermanı'nda aramak gerekmektedir. Çünkü Ferman'da keyfî uygulamalara karşı ve emniyet-i can ve ırz ve namusu temine yönelik olarak bir ceza kanunnamesi çıkarılacağı vaat edilmiştir[6]. Bir mukaddime, 13 fasıl ve bir hâtimeden oluşan, 41 maddeden ibaret Kanunname'de Tanzimat ruhunun ve lafzının canlı olarak devam ettiği, Batı'daki doğal hukuk, liberalizm ve rasyonalizm akımlarının ortaya çıkardığı eşitlik ilkesinin etkisinin açıkça görüldüğü belirtilmektedir[7]. Hazırlanmasında

---

4 **SANCAR**, s. 93.

5 **CANDAN**, Rabia Beyza, 1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi, AndHD, 2015, C.1, S.1, s. 72.

6 **AKGÜNDÜZ,** Said Nuri, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması, 2017, İstanbul, Rağbet, s. 79; **ÖRSTEN ESİRGEN,** Seda, Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri, Adalet Dergisi, 2019/1-2, S. 62-63, s. 436.

7 **CANDAN,** s. 75; **GÖKÇEN**, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, 1989, İstanbul, s. 11.

Batı'daki kanunlardan yararlanıldığının tahmin edildiği, ancak içerik olarak yerli olduğu iddia edilmektedir[8].

Kanun sistematiği bağlamında ele aldığımızda fasılların adının bulunmadığını ve fasıl maddelerinin her başlıkta baştan numaralandırıldığını görmekteyiz. Bazı suçların ceza miktarı belirtilmemişken, birçok suça sabit tek bir ceza verilerek hâkime takdir yetkisi tanınmadığı anlaşılmaktadır. Kanunname'nin ceza öngören maddelerinde madde gerekçesi sayılabilecek hükümler mevcuttur. Şer'î hükümlere açıkça atıf yapılmaktadır. Bu çerçevede düzenlemenin, modern ceza kanunlarına karşılık gelmeyecek biçimde kısa, düzensiz ve özensiz, günümüz ceza kanunlarının taşıması gereken niteliklerden uzak olduğu belirtilmektedir[9].

Bunun yanında insan öldürme, ırz ve namus aleyhine işlenen suçlar, memurlara karşı ırz ve namus dokunulmazlığı, mal aleyhine işlenen suçlar gibi bazı suç tiplerini tanımlanması ve cezalarının ortaya konulması kanunilik ilkesi bakımından önemli bir gelişmedir[10]. Kanunname'de kalpazanlık, kundakçılık, yalan yere şahitlik, hileli iflas, dolandırıcılık, görevi kötüye kullanma gibi birçok suça yer verilmediği görülmektedir. Uygulamada sorun yaratan bu eksiklikler, aynı sene Kanunname'ye çeşitli eklemeler yapılarak giderilmeye çalışılmıştır[11].

Cinsel suçlar anlamında ırz ve namus aleyhine suçlar düzenlenmiş olsa da zina suçuyla ilgili herhangi bir maddenin yer almadığını ifade etmek gerekmektedir[12]. Ayrıca buradaki namus kavramının bir "adamın" itibarı ve haysiyeti olarak tanımlandığı, bu anlamda herhangi bir cinsel suçla özdeştirilemeyeceğini ileri sürülmektedir[13].

---

8 bkz. **ŞENTOP**, Mustafa, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku, Kanunlar-Tadiller-Layihalar-Uygulama, 2004, İstanbul, Yaylacık Matbaası, s. 28.

9 **YILDIRIM**, Zeki, Türk Ceza Hukuku Açısından 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu, Suç ve Ceza, S. 3, 2021, s. 538; **ÖRSTEN ESİRGEN**, s. 437; **GÖKÇEN**, s. 19.

10 **CANDAN,** s. 75, 76.

11 **ŞENTOP,** s. 29-31.

12 **AKGÜNDÜZ,** s. 176**; ŞENTOP,** s. 33.

13 **TUĞ ONARAN**, Başak, 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda Irz ve Namus Kavramlarının Kodifikasyonu ve Toplumsal Cinsiyet, Akdeniz Kadın Çalışmaları ve Toplumsal Cinsiyet Dergisi, Sayı V (2), 2022, s. 213, 225.

B. 1851 Tarihli Kanun-i Cedîd

Yeni bir kanun hazırlığı yerine 1940 Kanunnamesi'nde değişiklik yapmak suretiyle hazırlanan Kanun, kısmen de olsa daha sistematik olması; yeni suç tipleri ve tekerrür, iştirak gibi yeni kurumlara yer vermesi; şeriat hükümlerine uyum konusunda daha dikkatli davranılması gibi yönleriyle 1940 tarihli Kanunname'den ayrılmaktadır[14]. Kanun'un mukaddimesinde söz konusu kanunun yapımına gerekçe olarak ilk kanundaki bazı suçların cezalarının bulunmaması, mevcut bazı cezaların infazının zor olması, süreç içerisinde eklemelerin ayrı ayrı yerlerde bulunması sebebiyle kanun bütünlüğü ve sistematiğinin bozulması gösterilmiştir[15]. Buna rağmen esas itibariyle iki düzenlemenin arasında içerik olarak çok ciddi farklılık bulunmadığı, şekli bakımdan ise benzer eksikliklere sahip olduğu ifade edilmektedir[16].

13 fasıldan oluşan ve 43 maddeden ibaret Kanun'un, daha önce düzenlenmemiş suç ve cezalara yer verdiği ve sabit ceza sistemi yerine hâkimin takdir yetkisini mümkün kılacak şekilde alt ve üst sınırı olan cezalar belirlemiş olduğu görülmektedir. Birinci Fasıl'da can emniyetine, malın muhafazasına ve ırz ve namusun korunmasına yönelik suçlar; İkinci Fasıl'da ise hakaret, itâle-i lisân (dil uzatma), darb ve kız kaçırma, sarhoşlar ve kumarbazların işlediği sarkıntılık suçları düzenlenmiştir[17]. Doğrudan zina suçuyla ilgili bir düzenleme yoktur. Evlenme vaadiyle kız kaçırma suçuna yer verilmiş ve hâkimlerin bu şekilde gelip nikâh akdi yapmak isteyen kişilerin nikahını akdedemeyecekleri belirtilmiştir[18]. Bu çerçevede 1951 tarihli Kanun'un 1840 tarihli Kanunname'ye göre namus ve ırza saldırının tanımını genişlettiği ve 1840 Kanunnamesi'nde var olmayan kız kaçırma maddesini eklemek suretiyle ırz ve namus kavramına net bir biçimde cinsel içerik atfettiği ileri sürülmektedir[19].

---

[14] **ÖRSTEN ESİRGEN**, s. 437.
[15] **GÖKÇEN,** s. 13.
[16] **ŞENTOP,** s. 35.
[17] **AKGÜNDÜZ,** s. 81-82**.**
[18] **AKGÜNDÜZ,** s. 176.
[19] **TUĞ ONARAN**, s. 214.

C. 1858 Tarihli Ceza Kanunnamesi

Nasıl ki 1840 tarihli Kanunname'nin temellerini 1839 Tanzimat Fermanı'nda aramaktaysak, 1858 tarihli Kanunname'yi anlamak için de 1856 Islahat Fermanı'na bakmak gerekmektedir. Reform hareketlerinin önemli bir ayağını teşkil eden Islahat Fermanı, Osmanlı İmparatorluğu'nu özellikle Avrupa'daki bilimsel gelişmeler ışığında yerleşmeye başlayan modern ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde yeni bir ceza kanunu yapmaya itmiştir[20].

Kanunname'nin hazırlanmasında 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun kaynak olarak alındığı, bu anlamda yabancı bir kaynağa dayanan ilk ceza kanunnamesi olduğu belirtilmektedir[21]. Kanunname'nin mehaz 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun aynıyla çevirisi olduğu ileri sürülmekteyse de, hakim görüş büyük ölçüde Fransız Kanunu'ndan alınmakla birlikte hazırlanan taslak üzerinde çalışıldığı ve çeşitli görüşlerin değerlendirildiği, bu anlamda hazırlanmasında karma bir usul uygulandığı yönündedir[22]. 1855 tarihli Men-i İrtikap Kanunnamesi'nin de düzenlemenin içeriğine önemli bir etkisinin olduğunu belirtmek gerekmektedir. Gerçekten de Men-i İrtikap Kanunnamesi'ndeki bazı maddeler yeniden gözden geçirilmiş, 30 madde ise Kanunname'ye aynen alınmıştır[23].

1858 sayılı Kanunname'nin 264, Fransız Ceza Kanunu'nun ise 484 maddeden oluşması; katl bölümündeki 24 maddeden sadece 5'inin Fransız Ceza Kanunu'ndan alınması; doğrudan 1810 Fransız Ceza Kanunu'ndan çevrilen bölümler yanında kısas, diyet, rüşt yaşı ve çok kadınla evlilik gibi konuların ve 1855 tarihli Men-i İrtikap Kanunnamesi'den alınan maddelerin varlığı; şeriat hükümlerinin kanun yapımında usul ve esası hala önemli derecede etkilemiş olması gibi hususlar[24] Kanunname'nin karma bir usulle hazırlandığı gö-

---

20 **GÖKÇEN,** s. 13.

21 **TUĞ ONARAN**, s. 215.

22 **ÖRSTEN ESİRGEN**, s. 438; **YILDIRIM**, s. 537, 541. Hatta Yıldırım Prusya, Avusturya, İspanya, Rusya, Norveç, Sicilya, Sardunya veya başkaca bir ülke ceza kanundan yararlanılmış olma ihtimali söz konusu olduğunu ileri sürmektedir. **YILDIRIM,** s. 542.

23 **YILDIRIM**, s. 543.

24 **YILDIRIM**, s. 541-542; **SEYDİŞEHRİ,** Mahmut Esat, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş Mahmud Esad Seydişehri'nin Ceza Hukuku Dersleri, Ed. AYKANAT, Mehmet/ÜLKER İbrahim, 2020, İstanbul, onikilevha, s. 18-19.

rüşünü desteklemektedir. Ancak Tuğ Onaran bu durumun Kanunname'nin 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan uyarlandığı gerçeğini değiştirmediğini ifade etmektedir[25].

Kanunname birçok noktada yenilikler içermektedir. 1840 ve 1851 tarihli düzenlemelere nazaran daha laik hükümler mevcuttur, ayrıca daha kapsamlı ve sistematiktir. Suçların cinayet-cünha-kabahat olarak üçe ayrılması, genel ve özel hükümler diye iki bölüme yer verilmiş olması bakımından modern ceza hukuku sistematiğiyle uyumludur[26].

Cinsel suçların İkinci Bab'da, Şahıslar Aleyhine İşlenen Suçlar başlığında düzenlendiğini görmekteyiz. "Hetk-i ırz edenlerin mücâzâtı beyanındadır" başlıklı 3. Fasıl ırza geçme suçlarını düzenlemektedir. 200. maddede cinsel saldırının evlenmemiş kıza karşı yapılması nitelikli hal sayılmış ve evlenme vaadiyle bekaretin bozulması ayrıca düzenlenmiştir. 4. Fasıl'da çocuk ve kız kaçırmaya dair hükümlere yer verilmiştir. Kanunname'nin 201 ve 202. maddelerde ise genç erkek ve kadınları kötü yola düşürenlere, alenî bir şekilde fuhşa cesaret edenlere ve sarkıntılık yapanlara kısa süreli hapis cezası öngörülmektedir[27]. 1860 yılındaki eklemelerle birlikte Kanunname'de yer alan cinsel suçların 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun "Ahlaka Saldırılar" başlıklı bölümünden uyarlandığını, bu anlamda cinsel suçlar bakımından da mehaz kanunun Fransız Ceza Kanunu'nu olduğunu belirtmek gerekmektedir[28].

Kanunname, 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'nun yürürlük tarihine kadar uygulanmıştır. Bu dönemde toplam 19 değişiklikle 15 madde yeniden ele alınmış, 26 maddeye de ekleme yapılmıştır. 1911 ve 1914 değişikleri bu çerçevede önem arz etmektedir[29]. Özellikle 1911 tarihli değişikliklerde İtalyan Ceza Kanunu'nun önemli bir etkisinin olduğu, bu dönemde ceza hukukumuzun önemli ölçüde İtalyan ceza hukukunun etki alanına girdiği ileri sürülmektedir[30]. Hatta 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi'nde görülen eksiklikleri gider-

---

25 **TUĞ ONARAN**, s. 215.

26 **YILDIRIM**, s. 531-532.

27 **ŞENTOP**, s. 63; **GÖKÇEN**, s. 151; **AKGÜNDÜZ**, s. 176-177.

28 **TUĞ ONARAN**, s. 226. İki düzenleme arasındaki karşılaştırma için bkz., **TUĞ ONARAN**, s. 226 vd.

29 **ÖRSTEN ESİRGEN**, s. 438**; ŞENTOP,** s. 37.

30 bkz. **ÖRSTEN ESİRGEN**, s. 438-439.

mek amacıyla Adliye Nezâreti bünyesinde bir heyet kurulmuştur. Avrupa ülkelerinin ceza kanunlarını inceleyen Heyet, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nu tercüme ederek, 1909 yılında bir tasarı hazırlanmış ancak tasarı yürürlüğe girmemiştir[31]. Geçiş dönemi olarak nitelendirilebilecek bu süreç kanımızca 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yapılışındaki İtalyan etkisine de ışık tutmaktadır.

II. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU DÖNEMİ

Türkiye Cumhuriyeti Devleti henüz kurulmadan, kurtuluş mücadelesinin sürdüğü dönemden itibaren yeni bir ceza kanuna ihtiyaç olduğu görülmektedir. Henüz 1920 yılında bir Komisyon kurulmuş, genel esasları içeren 35 maddelik bir metin hazırlanmıştır. Güncel politik gelişmeler nedeniyle çalışmaları kesintiye uğrayan Komisyon'un 1923'te kurulan Tadil-İ Kavanin Komisyonları bünyesinde çalışmaya devam edeceği açıklanmıştır. Sonuç itibariyle yeni bir kanun yapmak yerine 1921, 1923 ve 1925 yıllarında, yürürlükteki 1858 Tarihli Ceza Kanunnamesi'nde kısmi düzenlemeler yapmakla yetinilmiştir[32].

1926 yılına gelindiğinde ulusal egemenlik esasına dayalı Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin yeni bir ceza kanunu ihtiyacı bir zorunluluk halini almıştır. Genç Cumhuriyet'in esas olarak doğal hukuk anlayışı çerçevesinde, pazar ekonomisinin oluşturulmasına katkı sunacak biçimde liberal ve özgürlükçü bir ceza kanun yapma amacıyla hareket ettiği ifade edilmektedir[33]. Bu anlayışı yansıtan o dönemin en yeni kanunu olan İtalyan Ceza Kanunu (Zanardelli Kanunu) esas alınarak bir ceza kanunu hazırlanmıştır[34]. Zanardelli Kanunu'na uygun biçimde cürümler, 10 bap olarak tasnif edilmiştir. Bu babların başlıkları "Devletin Emniyetine Karşı Cürümler", "Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler", "Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler", "Adliye Aleyhinde Cürümler, "Ammenin Nizamı Aleyhine İşlenen Cürümler", "Ammenin İtimadı Aleyhinde Cürümler", "Ammenin Selameti Aleyhinde Cürümler", "Adabı

---

31 **ÖRSTEN ESİRGEN**, s. 439; **ŞENTOP,** s. 107-112.

32 **ÖRSTEN ESİRGEN**, s. 441.

33 **HAFIZOĞULLARI,** Zeki, Türk Ceza Hukukunun Esasları, Pazar Ekonomisinin Oluşması ve İşlemesinde Önemi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 43, S. 1 (Mayıs 1993), s. 24.

34 RG. 13/03/1926-320.

Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler", "Şahıslara Karşı Cürümler", "Mala Karşı Cürümler"dir. 2. Dünya Savaşı sonrası meydana gelen teknolojik gelişmelere bağlı olarak sonradan "bilişim alanında suçlar" adı altında yeni bir suç kategorisi eklenmiştir[35].

Cinsel suçlar "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler", başlıklı 8. babda ve 6 fasıl altında ele alınmıştır. Bunlardan 414-428. maddeler arasında "cebren ırza geçme, küçükleri baştan çıkarma ve iffete taarruz etme", 429-434. maddeler arasında "kız ve kadın ve erkek kaçırma"; 435-436. maddeler arasında "fuhşiyata tahrik"; 440-444. maddeler arasında "zina" ve 445-447. maddeler arasında "nesep cürümleri" düzenlenmiştir.

Cinselliğin bireysel değil toplumsal bir olgu ve hatta kullanımı toplumsal normlara bağlı bir hak olarak ele alındığı, kadını birey değil "eş", "kız çocuk", "ana" olarak "sahiplenilmeye" çalışıldığı, kollektifin bir parçası olarak görüldüğü dönemin toplumsal ve ahlaki yapısının bir yansıması olarak bölüm başlığı "Adabı Umumiye ve Nisamı Aile Aleyhinde Cürümler'' olarak düzenlenmiştir[36]. Müstehcenlik, hayâsız hareketler gibi toplumun genel adabı ve töreleriyle bağdaşmayan cinsellikle ilgili suçlar, cinsel suçlarla birlikte ele alınmıştır[37].

Bu noktada zina suçuna ayrı bir paragraf açmak gerekmektedir. Eşlerin sadakat yükümlülüğünü ihlal eden cinsel ilişkilerini konu alan suç tipi cinsiyete göre ayrılmış ve kadının zinası TCK (Türk Ceza Kanunu) m. 440, erkeğin zinası ise TCK m. 441'de düzenlenmiştir. Eşitlik ilkesini ihlal eden biçimde kadına tek bir cinsel ilişki ile ceza verilmesi mümkün kılınmış iken; erkek için, eş olmayan kadınla karı koca gibi yaşama, yani uzun süre tekrarlanan cinsel birlikteliğin varlığı şart koşulmuştur[38]. Söz konusu farklılık "kadının

---

[35] **HAFIZOĞULLARI,** Zeki/**GÜNGÖR,** Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi, TBB Dergisi, S. 69, 2007, s. 28-29.

[36] **AYDIN**, Öykü Didem, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, https://www.turkhukuksitesi.com/makale_175.htm, (Erişim tarihi: 02.02.2024); **SANCAR**, s. 94.

[37] **DURSUN,** Selman, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, CHD, 2014, C.9, No:24, s. 58; **TANER**, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2023, Ankara, Seçkin, s. 72; **SANCAR**, s. 92-93.

[38] **TEMİZ,** Türk İslam Hukukundan Gününüze "Zina", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2014, s. 501.

zinasının daha kötü olduğuna" ilişkin anlayışın tezahürüdür. 1950'li ve 60'lı yıllarda kadının zinasına ilişkin tartışmalarda ileri sürülen "ülkede görülen cinayetlerin kadının ve kocanın zinasına bağlı olduğu; kadının zinasında, tek bir cinsel birleşmeyle hamile kalma riski olduğu, erkeğin zinasında bu kadar önemli bir durum olmadığı; kadının zina yaparak kendi şerefini kaybettiği bunun yanı sıra kocasını ve çocuklarını küçük düşürdüğü; toplumun yapısından ve cinsiyetlerin doğasından kaynaklı farklılıklar olduğu" yönündeki iddialar bunun bir göstergesidir[39]. Aksi yönde ise devletin aile ilişkilerine bu ahlaki ve eşitsiz müdahalesi eleştirilmiş, bu anlamda cinsel sadakat yükümlüğünün devlet tarafından cezai hükümlerle korunması tartışma konusu olmuştur[40]. Uzun tartışmalar sonucunda Anayasa Mahkemesi 23.09.1996 tarih ve E. 1996/15 K. 1996/34 sayılı kararıyla önce erkeğin zinasına ilişkin düzenlemeyi iptal etmiş, kanun koyucunun söz konusu iptal kararına karşı hareketsiz kalması ve suça ilişkin herhangi bir düzenleme yapmaması üzerine, önüne gelen dava da 23.06.1998 tarih ve E. 1998/3 K. 1998/28 sayılı kararıyla kadının zinası da iptal ederek, zina suçunu Ceza Kanunu'ndan çıkarmıştır.

Kanun'daki düzenlemeler çerçevesinde mağdurların bakire olup olmamasının cezanın miktarında önem arz etmesi, evlilik içi cinsel saldırının cezasız kalması gibi birçok husus da eleştiriye konu olmuştur[41]. Evlilik içi cinsel saldırının cezasızlığının, kadını evlilik birliğinde kocasına itaat etmesi gereken bir mal, kocanın her türlü tasarrufuna konu bir obje olarak gören anlayışın ürünü olduğu belirtilmiştir[42]. Eleştirilen diğer bir düzenleme cinsel suçlarda mağdur ile failin evlenmesi halinde dava veya cezanın, zamanaşımı sonuna kadar erteleneceğine dair hükümdür[43]. Söz konusu düzenlemenin haklı olarak toplumsal cinsiyet normları bakımından güçsüz olan kadını aile ve toplum

---

39 Dönem tartışmaları ve 1953 Yasa değişikliği sırasında TBMM'de yapılan tartışmalar için bkz. **TEMİZ,** s. 502; **SANCAR**, s. 162-164.

40 **ÖZSOY**, Funda, Zinanın Toplumsal Görünümü, Yüksek Lisans Tezi, 1992, İstanbul, s.35, 51. Konuya ilişkin ayrıntılı tarihsel ve felsefi tartışmalar için bkz. **HAFIZOĞULLARI** Zeki, Zina Cürümleri, 1983, İstanbul, Kazancı Hukuk, s. 15-30.

41 **AYDIN**, Öykü Didem, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, https://www.turkhukuksitesi.com/makale_175.htm, (Erişim tarihi: 02.02.2024.); **SANCAR,** s. 107 vd., 117 vd.

42 **SANCAR,** s. 1.

43 **DURSUN**, s. 59.

baskısıyla çaresizliğe sürükleyeceği ve faili ile evlenmek mecburiyetinde bırakacağı ifade edilmiştir[44]. Benzer biçimde düzenlemenin mağdur kadının artık "kirlendiğinin" ve bu kirin ancak evlenmeyle temizlenebileceğinin ifadesi olduğu, bu anlamda erkek failin tamamen masum kılındığı belirtilmiştir[45]. Kanun'un dili de eleştirilmiştir. Özellikle kadın-kız biçiminde yapılan ayrımın bir utanç olduğu ifade edilmiştir[46]. "Irza geçme, kızlık bozma, kız ve kadın kaçırma, iffete taarruz" gibi cinsiyetçi kavramların varlığı hem suçun tanımı hem de ispatı bakımından sorunlar yaratmaktaydı[47].

Konumuz bakımından temel tartışma noktalarından biri yukarıda da belirttiğimiz üzere 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan cinsel suçların mehaz kanununun hangisi olduğudur. Kanun'un yapılışında Zanardelli yani 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun temel alındığını belirtmiştik. Burada 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun tercümesine dayanılarak hazırlanan 1909 yılındaki metin esas alınmakla birlikte; hâkim görüş 765 sayılı Kanun'un Zanardelli Kanunu'nun bire bir tercümesi olmadığı, sadece yol gösterici bir nitelik arz ettiğidir. Buna göre Kanun hazırlanırken 1858 tarihli Kanunname'den, 1909 tarihli taslaktan, 1911, 1914 ve 1925 tarihli kanun değişikliklerinden yararlanılmıştır[48]. Kanun'un şerhi olan ve Türkçeye çevrilen Majno Şerhi incelendiğinde cinsel suçlar bakımından da birebir çevirinin söz konusu olmadığı görülecektir. Aksine 765 sayılı TCK'nın 414 ve 416. Maddeleriyle, 1858 tarihli Kanununname'nin 197 ve 198. maddeleri arasında net bir benzerlik söz konusudur. Buna göre cinsel suçlar Zanardelli Kanunu'dan değil, 1858 Tarihli Ceza Kanunnamesi'nden alınmıştır. Yani cinsel suçların mehaz kanunu 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'dur[49].

11.06.1936 tarihinde kabul edilen ve 23.06.1936 tarihinde yürürlüğe giren 3038 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun[50] ile

---

44 **AYDIN**, Öykü Didem, Ceza Hukuku'nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu, TBB Dergisi, Sayı 53, 2004, s. 106.

45 **SANCAR,** s. 133.

46 **KESKİN KİZİROĞLU**, Serap, s. 997.

47 **TANER,** s. 73.

48 **ÖRSTEN ESİRGEN**, s. 441-442.

49 **TANER,** s. 71.

50 RG. 23 /06/1936-3337.

765 sayılı mülga TCK'ya eklenen maddeler ceza hukuku sistemimizi o dönem için temelden değiştirmiştir. Kanun'la ilgili Adalet Komisyonu Raporu'nda da belirtildiği üzere Devletin Emniyetine Karşı Cürümler başlığı 74 maddelik bir tasarı ile Kanun baştan aşağı yeniden yazılmıştır[51]. Faşist İtalya'nın Adalet Bakanı Rocco'nun adıyla anılan 1930 İtalyan Ceza Kanunu'nun mehaz kanun olarak benimsendiği düzenlemelerin en dikkat çekici yanı, devletin güvenliğine karşı cürümleri tamamen değiştirmiş olmasıdır. Diğer önemli bir önemli husus ise Kanun'da yer alan "devletin güvenliğine karşı cürümler" başlığının, "devletin şahsiyetine karşı cürümler" olarak değiştirilmiş olmasıdır. Özek, bu noktada devlete şahsiyet atfetmenin faşist bir anlayışın göstergesi olduğunu iddia etmektedir. Buna göre Rocco Kanunu'nun dayandığı bireyi dışlayan, "şahsiyet" saydığı "devletin sınırsız otoritesini", "devletin yararı" olarak nitelendirerek dayatan faşist anlayış 1936 kanun değişikliğiyle TCK'ya taşınmıştır[52]. Kanun'la ayrıca kamu idaresine karşı işlenen suçlar bakımından köklü ve önemli düzenlemeler yapılmıştır. Bu değişiklikler de devletin korunması gerekliliği yönündeki hâkim anlayışın bir yansıması olarak değerlendirilebilecektir[53].

Kanımızca sembolik yönü ağır basan bir diğer değişiklik "Kasten Çocuk Düşürmek ve Düşürtmek Cürümleri" başlığının "Irkın Bütünlüğü ve Sıhhatine Karşı Suçlar" olarak değiştirilmesi ve yeniden düzenlenmesidir. Son olarak güvenlik tedbirleri ile cezanın ve infazın bireyselleştirilmesine, hükümlünün topluma yeniden kazandırmasına ilişkin düzenlemelere yer verildiğine değinmek gerekmektedir. Bu bağlamda adli para cezası, cezaevinde çalıştırma, tekerrür gibi kurumlara ilişkin reform niteliğinde değişikliklere gidilmiştir[54].

---

[51] (Çevrimiçi), https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c012/tbmm05012078ss0250. pdf, 04.02.2024.

[52] **ÖZEK, Çetin,** "1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na" İlişkin Düşünceler", İHFM C. LVI, S. 1-4 (1998), s. 43; **SÖZÜER,** Adem, Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü ve Yarını, Türk Ceza Hukuku Reformunun AB Üyesi Kara Avrupası Ülkelerindeki Reformlarla Karşılaştırılmasına İlişkin Notlar, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 3039.

[53] **ÖZEK,** s. 54, 56.

[54] (Çevrimiçi), https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c012/tbmm0501 2078ss0250.pdf, 04.02.2024.

1940, 1958, 1987, 1989, 1997 yıllarında yeni bir kanun için ön tasarılar hazırlanmıştır. 1980'li yıllarda Kanun'un 338 maddesi değiştirilmiş, bir yandan Kanun, Rocco Kanunu'nun etkilerinden arındırılmaya çalışılmıştır. Bu köklü değişiklikten sonra Kanun'da birçok değişiklik yapılmıştır. Nihayetinde 2001 yılında 498 maddelik ön tasarıda bazı değişlikler yapılarak 2003 yılında TBMM (Türkiye Büyük Millet Meclisi)'ye sunulan tasarı, Meclis Alt Komisyonu'nda 343 maddeye indirilmiş ve 2537 sayılı mer'i TCK 1 Nisan 2005'te yürürlüğe girmiştir[55].

III. 2537 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU DÖNEMİ

Yukarıda da görüldüğü üzere 1926 yılındaki Kanun'un ardından yeni bir ceza kanunu yapılması yönünde birçok girişim söz konusu olmuştur. 2000'li yıllar itibariyle yapılan değişikliklerle bütünlüğü bozulmuş, kişi hak ve özgürlüklerindeki gelişmelerin uzağında kalmış, hukuk devleti, kusur ve hümanizm ilkeleri açısından bakıldığında ciddi sorunlar içeren bir TCK'nın varlığından bahsedilir duruma gelinmiştir[56]. Benzer bir durum cinsel suçlar için de geçerlidir. Kanun'un yapıldığı zamana göre oldukça ileri hükümler içerse de yürürlükten kaldırıldığı tarih itibariyle cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerin oldukça erkek egemen ve dil-kültür düzeyine göre eski olduğu belirtilmektedir[57]. Yeni bir kanun ihtiyacı hususunda bir fikir birliği olduğu söylenebilse de yeni Kanun'un yapılış biçimine ilişkin ciddi tartışmalar söz konusudur. Bir yandan Kanun'un yapımına sivil toplum örgütlerinden üniversitelere tüm paydaşların dahil olduğunu, aşağıdan yukarıya uzlaşı ile hazırlanmış bir reform niteliği taşıdığını ileri sürmektedir[58]. Diğer yandan ise Hükümet Tasarısı olarak TBMM Başkanlığına sunulan metnin "yetersiz, hatalı, aceleye getirilmiş" hükümler içerdiği, 7 aylık bir sürede ceza kanunu gibi temel bir kanunun hazırlanamayacağı, kamuoyunda bu tasarının yeterince tartışılmadığı, uygulamada sıkıntılar doğuracağı yönünde paydaşlarca dile getirilen eleştirilerin dikkate alınmadığı belirtilmektedir. Söz konusu eleştirilerin, özellikle zinaya ilişkin

---

55 **ÖRSTEN ESİRGEN**, s. 444-445.
56 **SÖZÜER**, s. 3040.
57 **TANER,** s. 74.
58 **SÖZÜER,** s. 3044.

tartışmaların gölgesinde kaldığı ifade edilmektedir[59]. Tasarıda konuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen zinanın suç olmaması gerektiği yönündeki görüşler ileri sürülmüş; buna karşılık olarak dönemin Başbakanı, zinanın şikayete bağlı bir suç olması gerektiği, böyle bir düzenlemenin kadınların lehine olduğu yönünde görüş sunmuştur. Söz konusu polemikler, temel bir kanunun tartışılmasının önüne geçecek biçimde alevlenmiştir[60]. Zinaya ilişkin kısmen yapay bir nitelik arz eden bu tartışmalar zina suçunun siyaseten taşıdığı anlamı görmek bakımından kanımızca önemlidir

Kanun'un herhangi bir ülkeden iktibas edilmediği, İspanya ile Rusya Federasyonu arasındaki yelpazede yer alan devletlerin ceza kanunlarının ilgili hükümlerinin göz önünde bulundurulduğu, Türk doktrin ve uygulamasının bir ürünü olduğu ileri sürülmektedir[61]. Ancak kanımızca Kanun'un düzenlenmesi ve yorumlanmasında Alman ceza hukuku doktrinin etkisinin arttığını ifade etmek gerekmektedir.

Sistematik bakımdan Kanun'un Özel Hükümler Kitabı'nın Uluslararası Suçlar, Kişilere Karşı Suçlar, Topluma Karşı Suçlar ve Millete ve Devlete Karşı Suçlar başlıklı 4 kısımdan oluştuğu görülmektedir. Cinsel suçlar Kişilere Karşı Suçlar içerisinde, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar başlığı altında ele alınmış ve m. 102'de cinsel saldırı, m. 103'de çocukların cinsel istismarı, m. 104'te ve m. 105'te cinsel taciz suçları düzenlenmiştir. Cinsel suçların kişilere karşı suçlar altında ele alınması, cinselliğin bireysel özgürlük kapsamında telakki edilmesi ve çağdaş ceza hukukunun bir gereği olarak kabul edilmiş, esas itibariyle olumlanmıştır[62]. Söz konusu tercihin kanun koyucunun takdiri olduğunu belirtmekle birlikte; çocukların cinsel tacizinde, Medeni Kanun'un temel kurumlarından olan velayet ilişkisinin göz ardı edildiğini ve düzenlemenin tutarsız olduğunu ileri süren görüşler de söz konusudur[63].

---

59 **AYDIN,** Devrim, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hazırlanış Süreci, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi e 59-4, 2004, s. 249-250.

60 **AYDIN,** s. 250.

61 **ÖZGENÇ**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2023, Ankara, Seçkin, s. 39.

62 **DURSUN**, s. 58; **SANCAR**, s. 193; **CENTEL**, s. 271; **KESKİN KİZİROĞLU,** Serap, s. 996.

63 **HAFIZOĞLULLARI/GÜNGÖR,** s. 44.

765 sayılı Kanun ile karşılaştırıldığında ırza tasaddi ve ırza geçme suçlarının tek bir suç tipi olarak cinsel saldırı suçu altında toplandığını; evlilik içi nitelikli cinsel saldırının şikayete bağlı bir suç haline getirildiğini; mağdur ile failin evlenmesi halinde dava veya cezanın, zamanaşımı sonuna kadar ertelenecceğine dair hükmün yeni TCK'ya alınmadığını; bakireliğin kaybının nitelikli hal olmaktan çıkarıldığını; müstehcenlik, fuhuş, alenen hayasızca hareketler gibi suçların, cinsel suçlardan ayrılarak Genel Ahlaka Karşı Suçlar başlığı altında düzenlendiğini ifade edebiliriz. Terminoloji anlamında da önemli değişikliklere gidilmiştir. Mülga Kanun'daki "ırza geçme", "ırz ve namusa tasaddi", "söz atma", "kızlık bozma" "şehvet hissi", "kız ve kadın kaçırma" gibi sözcüklere Kanun'da yer verilmemiştir. Söz konusu değişiklikler esas itibariyle olumlanmaktadır[64]. Aksi yönde düzenlemenin yorumla düzeltilmesi olanaksız ciddi yanlışlıklar içerdiği; geçmiş birikimden yararlanmak yerine öğretinin ve uygulamanın bilmediği yeni cinsel davranış normları, suç kalıpları ve suç isimleri ürettiği; terminolojik açıdan birçok sorun ortaya çıkardığı gerekçeleri öne sürülmüş ve eleştirilmiştir[65]. Yine ırza tecavüz, ırza tasaddi gibi kavramların değiştirilmesinin doğru olmadığı, yeni Kanun'da yer alan kavramlar tanımlanırken yine eski kavramlara başvurulduğu, uygulamada kavram kargaşasına neden olunduğu gibi itirazlar ileri sürülse de; bu itirazların kaynağının terminolojinin değişmesinden ziyade kavramların yeterince tartışılmamasından, konsensus sağlanmadan aceleyle kanun yapılmasından ve gerekçenin özensiz yazılmasından kaynaklandığı ifade edilmiştir[66].

Cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerde zaman içerisinde birçok değişikliğe gidilmiştir. Bunlardan en kapsamlısı 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun[67]'un 58, 59, 60 ve 61. maddeleri eliyle yapılmıştır. Cinsel suçlara ilişkin tüm maddelerin temel ve nitelikli hallerinde ceza arttırımına gidilmiştir. Kamuoyuna

---

64 **SANCAR**, s. s. 193-195; **DURSUN**, s. 58-59; **AYDIN**, Öykü Didem, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, (Çevrimiçi), https://www.turkhukuk sitesi. com/makale_175.htm, 02.02.2024.

65 **HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ÖZEN,** Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 2015, Ankara, US-A, s. 157-159.

66 **TANER**, s. 74.

67 RG. 28/06/2014-29044.

yansıyan cinsel saldırı ve kadın cinayetlerine yönelik fiillerin bir sonucu olan ve kriminolojik araştırmalara dayanmayan bu arttırımların tek başına suçların önlenmesine katkı sunmayacağı, cezasızlık kültürünün cezanın miktarından bağımsız olduğu belirtilmiştir[68]. Benzer yönde sorunun esas olarak toplumsal cinsiyet eşitsizliği olduğu, kadına karşı şiddet sorununu çözmek adına ciddi adımlar atılmadığı sürece ceza hukuku yoluyla cinsel şiddete bir çözüm bulmanın mümkün olmadığı ifade edilmiştir[69].

Kanun'la meydana gelen değişiklikleri, 765 sayılı Kanun'da olup da 2537 sayılı Kanun'a alınmayan sarkıntılık kavramının bazı suç tipleri bakımından cezayı azaltan nitelikli hal olarak yeniden mevzuata sokulması; Anayasa Mahkemesinin iptal kararına uygun olacak biçimde beden ve ruh bakımından mağdurun sağlığının bozulmasının cezayı arttıran nitelikli hal olmaktan çıkartılması; cinsel istismar suçunun sarkıntılık düzeyinde kalması ve mağdurun da çocuk olması halinde suçun takibinin mağdurun veli veya vasinin şikayetine bağlanması; reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından mağdurla evlenme yasağı veya mağdura karşı koruma gözetim yükümlülüğünün bulunmasının nitelikli hal sayılması; bazı suç tipleri bakımından koşullu salıverilme sürelerinin cezanın ¾'ü oranına yükseltilmesi ve infaz hakimi kararıyla cinsel suçlarda hükümlünün tedavisine yönelik bazı tedbirlerinin alınabilmesi biçiminde sıralayabiliriz[70]. Bu düzenlemenin ardından çıkarılan ve kimyasal kastrasyonun önünü açan Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik[71]'in yürürlüğü, 06.07.2017 tarih ve E. 2016/12975 sayılı kararıyla Danıştay tarafından durdurulmuştur[72].

Yine 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun[73]'un 13. maddesiyle cinsel

---

68 **KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2023, Ankara, Adalet, s. 360, **TANER**, s. 75.

69 **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 398.

70 (Çevrimiçi), https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140628-9.htm, 04.02.202 4.

71 (Çevrimiçi), https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160726-1.htm, 04.02.2024.

72 Danıştay 10.Dairesi, E: 2016/12975, T: 07.06.2017. (Çevrimiçi): http://www.psikiyatri.org.tr/uploadFiles/982.017.21930-Cinsel-Suclar-Danistay-Karari.pdf, 04.02.2024.

73 RG. 02.12.2016-29906.

istismar bakımından mağdurun yaşının 12 yaşından küçük olmasının cezanın tespitinde dikkate alınmasını sağlayacak düzenlemelere gidilmiştir[74]. Söz konusu düzenleme Anayasa Mahkemesinin 12.11.2015 tarih ve E. 2015/26, K. 2015/100 sayılı iptal kararının da bir gereği olarak yapılmıştır. Anayasa Mahkemesinin bu kararına değinmekte fayda vardır. Çünkü Mahkemenin kararında geçen ve iptal ettiği maddeden bağımsız, hatta kanımızca alakasız olan *"...failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi..."* gerekliliği yönündeki ifade, faille mağdurun evlenmesinin cezaya etkili olabileceği ve çocuk yaşta evliliğin kabul edilebileceğine yönündeki tartışmayı canlandırmıştır.

Bununla bağlantılı olarak 17.11.2016 tarihinde TBMM gündemine gelen Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın geçici 1. maddesine eklenen fıkra kamuoyunda büyük yankı uyandırmış, hatta tepkiler üzerine TBMM Basın ve Hakla İlişkiler Müşavirliği bir basın açıklaması[75] yapma ihtiyacı duymuştur. Tepki uyandıran ve geri çekilen madde "cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın işlenen cinsel istismar suçunda, mağdurla failin evlenmesi durumunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, hüküm verilmiş ise cezanın infazının ertelenmesine karar verilmesini" öngörmekteydi[76].

SONUÇ

Ceza kanunlarımızı kronolojik olarak incelediğimiz çalışma, bize kanunlarımızın tarihsel süreç içerisinde daha sistematik, düzenli, belirli, şekli bakımdan modern ceza kanunlarıyla daha uyumla hale geldiğini göstermektedir. Kanunilik ilkesinin bir gereği olan bu gelişim Modern Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve hukukunun inşasında bir zorunluluk haline gelmiştir. Çalışmada 1858 tarihli Kanunname'nin mehaz kanununun 1810 tarihli Fransız Ceza Ka-

74 (Çevrimiçi), https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/12/20161202-1.htm, 04.02.2024.

75 (Çevrimiçi), https://basin.adalet.gov.tr/basin-aciklamasi-18112016, 04.02.2024.

76 TBMM Tutanak Dergisi, C. 26, Dönem 26, Yasama Yılı 2, 22. Birleşim, 17.11.2016, s. 516. (Çevrimiçi), https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d26/c026/tbmm2602 6022.pdf, 04.02.2024.

nunu; 1926 tarihli TCK'nın ise Zanardelli Kanunu olduğu ortaya konulmuştur. Yine 1936 değişikliklerinde Rocco Kanunu'nun esas alındığını görmekteyiz. 2537 sayılı mer'i Kanun bakımından ise belirli bir ülke kanunun kaynak alınmadığı belirtilmektedir. 1858 ve 1926 tarihli Kanunlar bakımından kaynak alma bire bir çeviri yapmak yoluyla gerçeklememiş, kanunların hazırlanmasında mevcut düzenleme ve çalışmalardan da yararlanarak karma bir yöntem uygulanmıştır. Bunun da bir sonucu olarak 1926 tarihli TCK'da yer alan cinsel suçların mehaz kanunun sanıldığının aksine Zanardelli Kanunu değil, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu olduğu ortaya konulmuştur.

Tarihsel süreçte kamuoyunun, cinsel suçlara ilişkin düzenlemelere diğer birçok suça nazaran daha fazla ilgi gösterdiği, bu tür düzenlemelerin hukuki ve siyasi gündemi daha fazla meşgul ettiği söylenebilecektir. Söz konusu ilgi zina, mağdur ile failin evlenmesinin suça etkisi, çocuk yaşta evlilik gibi konulara ilişin hukuki düzenlemelere ve siyasete etki edecek düzeydedir. Bu durum toplumun cinselliğe bakış açısının ve bu bağlamda cinsel özgürlüklere ilişkin düzenlemelere verdiği önemin bir sonucudur. Söz konusu bakış açısı kanımızca kültürel ve ahlaki kodlara, toplumsal cinsiyet eşitsizliğine dayanmaktadır. Cumhuriyet'in 100. yılında bir olgu halini alan toplumsal ilgi, cinsel suçlara ilişkin kadim tartışmalar bakımından, geçmişte olduğu üzere bugün de devam etmekte ve gelecekte de devam edecek gibi gözükmektedir.

KAYNAKÇA

AKGÜNDÜZ, Said Nuri, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması, 2017, İstanbul, Rağbet.

AYDIN, Devrim, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hazırlanış Süreci, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi e 59-4, 2004.

AYDIN, Öykü Didem, Ceza Hukuku'nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu, TBB Dergisi, Sayı 53, 2004.

AYDIN, Öykü Didem, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, https://www.turkhukuksitesi.com/makale_175.htm, (Erişim tarihi: 02.02.2024).

CANDAN, Rabia Beyza, 1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi, AndHD, C.1, S.1, 2015.

CENTEL, Nur, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu*'nda *Cinsel Saldırı Suçu* ve *Cinsel Suçlar Değişiklik* Tasarısının Değerlendirilmesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, *Mart*/*Nisan* 2005.

DURSUN, Selman, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, C.9, No:24, CHD, 2014.

GÖKÇEN, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, 1989, İstanbul.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukukunun Esasları, Pazar Ekonomisinin Oluşması ve İşlemesinde Önemi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 43, S. 1 (Mayıs 1993).

HAFIZOĞULLARI, Zeki, Zina Cürümleri, 1983, İstanbul, Kazancı Hukuk.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/**GÜNGÖR,** Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi, TBB Dergisi, S. 69, 2007.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/**ÖZEN,** Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 2015, Ankara, US-A.

KESKİN KİZİROĞLU, Serap, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C. 2, 2008, Türk Ceza Hukuku Derneği.

KOCA, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2023, Ankara, Adalet.

ÖRSTEN, ESİRGEN, Seda, Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri, Adalet Dergisi, S. 62-63, 2019/1-2.

ÖZEK, Çetin, "1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na" İlişkin Düşünceler", İHFM C. LVI, S. 1-4 (1998).

ÖZGENÇ, İzzet, Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 24/1 (Ocak 2020).

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2023, Ankara, Seçkin.

ÖZSOY, Funda, Zinanın Toplumsal Görünümü, Yüksek Lisans Tezi, 1992, İstanbul.

SANCAR, Türkan Yalçın, Türk Ceza Hukukunda Kadın, 2013, Ankara, Seçkin.

SEYDİŞEHRİ, Mahmut Esat, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş Mahmud Esad Seydişehri'nin Ceza Hukuku Dersleri, Ed. AYKANAT, Mehmet/ÜLKER İbrahim, 2020, İstanbul, onikilevha.

SÖZÜER, Adem, Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü ve Yarını, Türk Ceza Hukuku Reformunun AB Üyesi Kara Avrupası Ülkelerindeki Reformlarla Karşılaştırılmasına İlişkin Notlar, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., 2019.

ŞENTOP, Mustafa, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku, Kanunlar-Tadiller-Layihalar-Uygulama, 2004, İstanbul, Yaylacık Matbaası.

TANER, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2023, Ankara, Seçkin.

TEMİZ, Türk İslam Hukukundan Gününüze "Zina", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2014.

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Ruhan**/ÖNOK,** R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2002, Ankara, Seçkin.

TUĞ ONARAN, Başak, 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda Irz ve Namus Kavramlarının Kodifikasyonu ve Toplumsal Cinsiyet, Akdeniz Kadın Çalışmaları ve Toplumsal Cinsiyet Dergisi, Sayı V (2), 2022.

YILDIRIM, Zeki, Türk Ceza Hukuku Açısından 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu, Suç ve Ceza, S. 3, 2021.

CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARDA İDDİANAME DÜZENLERKEN VE HÜKÜM KURARKEN SIKÇA YAPILAN HATALAR

Ersoy Yüce*

GİRİŞ

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) **"**Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" başlığı (babı) altında oldukça dağınık bir şekilde düzenlenmiş olan cinsel suçlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesi ile "Kişilere Karşı Suçlar" kısmı içerisinde altıncı bölümde "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı ile daha derli toplu bir düzenleme altına alınmıştır.

Bu başlık altında: TCK'nun 102. maddesinde Cinsel Saldırı, TCK'nun 103. maddesinde Cinsel İstismar, TCK'nun 104. maddesinde Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, TCK'nun 105. maddesinde Cinsel Taciz şeklinde Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar toplam 5 madde altında şekillenmiştir.

Her ne kadar halk arasında ve kimi medya haberlerinde cinsel dokunulmazlığa karşı yapılan tüm eylemler cinsel taciz olarak zikredilip, haber yapılıyor ise de aslında cinsel taciz; cinsel saldırı ve cinsel istismar boyutuna ulaşmayan, **vücuda dokunma içermeyen** cinsel amaçlı rahatsız etme fiilleri şeklinde tanımlanabilir. Kanun gerekçesi cinsel tacizi, "Cinsel taciz, cinsel yönden, ahlâk temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibarettir" şeklinde tanımlamıştır.

5237 sayılı TCK'nun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesi sonrasında, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar bölümünde düzenlenmiş olan suçlarda iki defa Anayasa Mahkemesi tarafından bazı maddelerde iptalle sonuçlanan kararlar verdiği gibi bu suçlarda milat sayılacak iki de yasa değişikliği meydana gelmiştir. Bu yasa değişiklikleri sırası ile 28/6/2014 tarihinde 6545

* İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 20. Ceza Dairesi Başkanı.

sayılı yasa ile TCK'nun 102,103,104 ve 105 maddesinde yapılan değişiklikler ve 02/12/2016 tarihinde 6763 sayılı yasa ile T.C.K'nun 103. maddesinde yapılan değişikliktir.

Doğal olarak bu kadar çok iptal ve değişlik yapılan düzenlemeler sebebiyle gerek iddianame tanzim ederken Cumhuriyet savcılar tarafından ve gerek ise hüküm kurarken Hakimler tarafından birtakım hatalar yapılabilmektedir.

Bu yazıda yer darlığı sebebiyle **sadece** çok sık yapılan hatalara kısaca değinilecektir.

I. CİNSEL SALDIRI (TCK 102)

A. Yeni Hali[1]

[1] Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, **beş yıldan on yıla** kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın **sarkıntılık düzeyinde** kalması hâlinde **iki yıldan beş** yıla kadar hapis cezası verilir. ***(Asliye Ceza)***

[2] Lin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, **on iki yıldan az** olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin **eşe karşı** işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun **şikâyetine** bağlıdır. ***(Ağır Ceza)***

[3] Suçun;

a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından,

d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

---

[1] Değişik: 28/6/2014 YT-6545/58 md.

e) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

[4] Cinsel saldırı için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

[5] Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur. ***(Ağır Ceza)***

B. Değişiklikten Önceki Hali

[1] Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, **iki yıldan yedi yıla** kadar hapis cezası ile cezalandırılır. ***(Asliye Ceza)***

[2] Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır. ***(Ağır Ceza)***

[3] Suçun;

a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

b) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı,

d) Silâhla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, İşlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır. ***(Ağır Ceza)***

[4] Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır. ***(Ağır Ceza)***

[5] Suçun sonucunda mağdurun **beden veya ruh sağlığının bozulması** hâlinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. ***(Ağır Ceza)***

[6] Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur. ***(Ağır Ceza)***

Bu suçun mağdurunun 18 yaşından büyük olması gerekmektedir**.**

Suç kendi içinde üç şekilde gözükür. Bunlar ağırlık sırasına göre; Sarkıntılık Yapmak Suretiyle Cinsel Saldırıda bulunmak (TCK'nun 102/1-2.cümle), Basit Cinsel Saldırıda Bulunmak (TCK'nun 102/1-1 cümle) ve Vücuda Organ veya Sair Bir Cisim Sokulması Suretiyle Cinsel Saldırıda Bulunmak (TCK'nun 102/2) şeklindedir.

Maddenin 3.fıkrasında ise yukarıda bahsedilen üç durumun nitelikli hali düzenlenmiştir. Bu nitelikli hallerin varlığı halinde ise her üç durumda da verilecek cezalar yarı oranında artırılacaktır.

Maddenin 4 ve 5.fıkralarında ise suçla ilgili olarak; "[4] Cinsel saldırı için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.[5] Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur. ***(Ağır Ceza)"***

Şeklinde düzenlemeler yapılarak kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde ayrıca kasten yaralamadan, Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde ise cezanın miktarının ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına olacağı belirlenmiştir.

C. Sık Yapılan Hatalar

Aksi yöndeki Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) kararlarına rağmen, 15-18 yaş grubu içerisindeki mağdur küçüklere karşı yapılan cinsel davranışlarda da kimi zaman Cumhuriyet savcılarınca eylemin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenin olmadığından bahisle TCK 102/1-1 cümle veya 102/1-2 cümleden kamu davası açılması, hakimin de aynı maddelerden mahkumiyet hükmü kurması söz konusu olabilmektedir.

TCK'nun 102/1-1 cümlede düzenlenen basit cinsel saldırı ve TCK'nun 102/1-2 cümlede düzenlenen sarkıntılık yapmak suretiyle cinsel saldırı suçlarında, her iki suçta şikayet tabi olmasına ve şikayetin ise şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlayarak altı ay içinde yapılması gerektiği halde (TCK'nun 73.maddesi) bu süre geçtikten sonra yapılan başvurularda, Cumhuriyet savcısının süresinde yapılmayan şikayetten dolayı kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermek yerine kamu davası açması, Hakimin de mahkumiyet hükmü kurması söz konusu olabilmektedir.

Yine TCK'nun 102/1-1 cümlede düzenlenen basit cinsel saldırı ve TCK'nun 102/1-2 cümlede düzenlenen sarkıntılık yapmak suretiyle cinsel saldırı suçlarında; aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlenen nitelikli hallerin varlığı halinde (Örneğin; suçun üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından işlenmiş olması) suçun artık şikayet tabi olmaktan çıkmış olduğu yönünde yerleşik Yargıtay ve BAM kararlarına rağmen Cumhuriyet savcıları tarafından şikayetin zamanında yapılmamış olması ya da şikayetten vazgeçme sebebiyle veya şikayetin hiç olmaması sebebi ile kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar vermesi, yine hakim tarafından aynı gerekçelerle düşme kararı verilmesi söz konusu olabilmektedir.

TCK'nun 102/2 maddesinde düzenlenen suçun vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle eşe karşı gerçekleştirilmesi halinde suçun takibi şikayete bağlı olması ve bu şikayetinde şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlayarak altı ay içinde yapılması gerektiği halde (TCK'nun 73. maddesi) bu süre geçtikten sonra yapılan başvurularda, Cumhuriyet savcıları süresinde yapılmayan şikayetten dolayı kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermek yerine kamu davası açabilmekte, hakimler de mahkumiyet hükmü kurabilmektedir.

TCK'nun 102/2 maddesinde düzenlenen suçun vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle eşe karşı gerçekleştirilmesi halinde, cinsel saldırı suçlarında; aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlenen nitelikli hallerin varlığı halinde (Örneğin; silahla işlenmiş olması) suçun artık şikayete tabi olmaktan çıkmış olduğu yönünde yerleşik Yargıtay ve BAM kararlarına rağmen cum-

huriyet savcıları tarafından şikayetin zamanında yapılmamış olması ya da şikayetten vazgeçme sebebiyle veya şikayetin hiç olmaması sebebi ile kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar verilebilmekte, yine hakim tarafından aynı gerekçelerle düşme kararları verilmektedir.

TCK'nun 102. maddesinde düzenlenen suçların 28/6/2014 tarihinden önce işlenmesi halinde, sanık hakkında lehe hangi dönemdeki kanun maddelerinin uygulanacağının tespiti açısından 102. maddenin eski halinin 5 inci fıkrasında düzenlenen "Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı yönünde" rapor alınmadan dava açılması ve hüküm kurulması da söz konusu olabilmektedir.

TCK'nun 102/3-c fıkrasında düzenlenmiş olup cezada artırım sebebi olan "Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı" suçun işlenmiş olması halinde genellikle hısımlık derecelerinde hata yapılmaktadır. Burada bahsi geçen hısımlık hususu 4271 sayılı Medeni Kanunda düzenlenmiş olup sıralama şöyledir: **Birinci derece kan** hısımları, kişinin; çocukları, annesi ve babası, **birinci derece kayın** hısımları kişinin; eşinin annesi, eşinin babası, **ikinci derecede kan** hısımları kişinin; kardeşleri, torunları, büyük annesi, büyük babası, **ikinci derecede sıhri (kayın**) hısımlar kişinin; eşinin kardeşleri (kayın, baldız, görümce), eşinin büyük annesi, eşinin büyük babası, **üçüncü derecede kan hısımları** kişinin; kardeşinin çocukları (yeğenleri), dayısı, amcası, halası, teyzesi, **üçüncü derecede sıhri (kayın) hısımlar** kişinin; eşinin kardeş çocukları (kayın, baldız ve görümce çocukları), eşinin dayısı, eşinin amcası, eşinin halası, eşinin teyzesi şeklindedir.

Yerleşik Yargıtay kararlarında da belirlendiği üzere TCK'nun 102/3 maddesinde düzenlenen ve varlığı halinde belirlenen temel cezadan artırım sebebi olan hallerin birden fazlasının işlenen suçta var olması halinde temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaşılması gerekmesine rağmen hüküm kurulurken kimi zaman bunun göz ardı edildiği gözlenmektedir.

TCK'nun 102/3-e fıkrasında düzenlenmiş olup cezada artırım sebebi olan, suçun insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi halinin içine, metro, metrobüs ve belediye otobüsü gibi toplu taşıma araçlarında işlenen suçlar girmemesine rağmen bu fıkradan Cumhuriyet savcıları tarafından dava

açılması ve hakimler tarafından da bu fıkraya dayanılarak hüküm kurulması gözlemlenmiştir.

Yine cinsel saldırı suçu ile birlikte suçun işlenmesi sırasında bu suçun unsuru olan cebir ve şiddetin, kasten yaralama suçunun **ağır neticelerine neden olmamasına** rağmen ayrıca kasten yaralama suçundan Cumhuriyet savcıları tarafından dava açılması ve hakim tarafından da kasten yaralama suçundan mahkumiyet hükmü kurulması söz konusu olabilmektedir.

Vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırıya teşebbüsten hüküm kurulurken 102/2, 35/2 gereğince belirlenecek cezanın, bu suçun bir altı (basit şekli) olan TCK'nun 102/1-1 cümlesindeki temel ceza olan 5 yıldan daha az ceza şekilde belirlenmesinin mümkün olmamasına rağmen hakim tarafından daha az cezaya hükmedilmesi de söz konusu olabilmektedir.

II. CİNSEL İSTİSMAR (TCK 103)

A. Yeni Hali[2]

[1] Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir[3]. Mağdurun oniki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz[4]. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır. ***(Ağır Ceza - Asliye Ceza)***

---

[2] Değişik:28/6/2014 YT-6545/58 md ve değişik 02/12/2016 YT-6763/13 md.

[3] Yeniden düzenlenen birinci ve ikinci cümle: 02/12/2016 YT-6763/13 md.

[4] Ek cümle: 02/12/2016 YT-6763/13 md.

[2] Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur[5]. Mağdurun oniki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza onsekiz yıldan az olamaz[6]. ***(Ağır Ceza)***

[3] Suçun;

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,

d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

[4] Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

[5] Cinsel istismar için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

[6] Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur. ***(Ağır Ceza)***

---

[5] Yeniden düzenleme: 02/12/2016 YT-6763/13 md.

[6] Ek cümle: 02/12/2016 YT-6763/13 md.

B. Değişiklikten Önceki Hali[7]

[1] Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;

a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, Anlaşılır. ***(Asliye Ceza)***

[2] Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. ***(Ağır Ceza)***

[3] Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır[8].

[4] Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

[5] Cinsel istismar için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

[6] Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

[7] Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur. ***(Ağır Ceza)***

---

7 28/6/2014 YT-6545/58 md.

8 8.7.2005 T. 5377 sk değ.

C. Değişiklikten Önceki Hali[9]

[1] Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden; [1]

a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır. ***(Ağır Ceza - Asliye Ceza)***

[2] Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. ***(Ağır Ceza)***

Bu suçun mağdurunun 18 yaşından küçük olması gerekmektedir**.**

Suç kendi içinde üç şekilde görünmektedir. Bunlar ağırlık sırasına göre; sarkıntılık yapmak suretiyle cinsel istismarda bulunmak (TCK'nun 103/1-2.cümle), basit cinsel istismarda bulunmak (TCK'nun 103/1-1 cümle) ve vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle cinsel istismarda bulunmak (TCK'nun 103/2) şeklindedir.

Bu maddede 02/12/2016 tarihinde 6763 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle mağdurun 12 yaşından küçük olması halinde cezanın alt sınırı artırılmıştır. Bu değişiklik TCK'nun 103/1-3 cümlesi olarak maddeye eklenmiş, ayrıca bu değişiklikle "Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır" şeklinde bölüm eklenerek sarkıntılık düzeyinde kalan suçta failin çocuk olması halinde bu fiil şikayet tabi hale getirilmiştir.

---

[9] 02/12/2016 YT-6763/13 md.

D. Sık Yapılan Hatalar

02/12/2016 tarihinden sonra işlenen suçlarda dava açılırken iddianamede sevk maddeleri içerisinde 6763 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sebebiyle TCK'nun 103/1-3 cümlesi veya TCK'nun 103/2-2.cümlesi ibaresinin gösterilmemesi, dava açıldıktan sonra hüküm kurulurken bu maddeler gösterilmeden açılan davalarda ek savunma verilmeden hüküm kurulması söz konusudur.

Açılan davalarda kademeli uygulama yapılarak hüküm kurulması (Örneğin basit cinsel istismar suçundan açılan davalarda; TCK'nun 103/1-1cümle gereğince 8 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, suçun 12 yaşından küçüğe karşı işlenmesi sebebiyle TCK'nun 103/1-3. cümle gereğince 10 yıl hapis cezası ile cezalandırılması şeklinde kademeli uygulama ile hüküm kurulması uygulaması le karşılaşılabilmektedir.

Diğer yandan vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel istismara teşebbüsten hüküm kurulurken 103/2, 35/2 gereğince belirlenecek cezanın, bu suçun bir altı (basit şekli) olan TCK'nun 103/1-1 cümlesindeki temel ceza olan 8 yıldan daha az ceza belirlenmesinin mümkün olmamasına rağmen teşebbüs maddesi uygulanırken fazla indirim uygulanarak daha az cezaya hükmedilebilmektedir.

Sarkıntılık düzeyinde kalmış cinsel istismar suçlarında sadece suçun **failinin çocuk** olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı olmasına rağmen, bazen yanılgıya düşülerek her yaştaki failler hakkında bu suçun şikayete tabi olduğu zannı ile şikayetten vazgeçeme beyanı üzerine Cumhuriyet savcıları tarafından şikayetten vazgeçme sebebiyle kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar verilmesi veya açılmış davalarda aynı gerekçe ile düşme kararı verilmesi, yine kanun metninde şikayet hakkı (veya vazgeçme hakkı) mağdurun, velisine veya vasisine ait olmasına rağmen mağdur küçüğün (15 yaşından küçük) şikayetten vazgeçme beyanının esas alınarak işlem yapılması söz konusu olabilmektedir.

Ayrıca sarkıntılık düzeyinde kalmış cinsel istismar suçlarında TCK'nun 103/3 maddesindeki hallerden birinin varlığı halinde, suçun faili çocuk olsa bile suçun artık şikayete tabi olmaktan çıkmış olmasına rağmen, şikayetten

vazgeçme gerekçesi ile Cumhuriyet savcıları tarafından kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi veya aynı gerekçe ile açılmış davalarda düşme kararı verilmesi uygulamalarına rastlanmaktadır.

Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı (0-15 yaş grubu) cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı (15-18 yaş grubu) silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde TCK'nun 103/4 maddesi gereğince önceki fıkralara göre belirlenmiş cezanın yarı oranında artırıldığı durumlarda yaş gruplarında yanılgıya düşülerek cebir veya tehdit ve silah hususlarının tüm yaş gruplarında artırım sebebi olarak uygulanması da söz konusu olabilmektedir.

TCK'nın 103. maddesinde düzenlenen suçların 28/6/2014 tarihinden önce işlenmesi halinde, sanık hakkında lehe hangi dönemdeki kanun maddelerinin uygulanacağının tespiti açısından 103. maddenin eski halinin 6. fıkrasında düzenlenen "Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde" ibaresine rağmen rapor alınmadan dava açıldığı ve açılan dava sırasında da rapor alınmadan hüküm kurulduğu görülmektedir.

TCK'nın 103. maddesinde düzenlenen suçların 28/6/2014 tarihinden önce işlenmesi ve mağdurun alınan raporunda, suç sonucunda beden veya ruh sağlığının bozulduğunun belirlenmesi sonrasında hüküm kurulurken zincirleme suçun varlığı halinde TCK'nun 103/6 maddesi gereğince bulunan ceza üzerinden TCK'nun 43. maddesi gereğince artırım yapılması (artırımın TCK'nun 103/6 maddenin uygulanmasından önce bulunmuş temel ceza üzerinden yapılması gereklidir) uygulaması ile karşılaşılmaktadır.

Vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırıya teşebbüsten hüküm kurulurken 103/2, 35/2 gereğince belirlenecek cezanın, bu suçun bir altı (basit şekli) olan TCK'nun 103/1-1 cümlesindeki temel ceza olan 8 yıldan daha az ceza şeklinde belirlenmesinin mümkün olmamasına rağmen mahkemelerce daha az cezaya hükmedilmesi söz konusu olabilmektedir.

III. REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ (TCK 104)

A. Yeni Hali[10]

[1] Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır[11]. ***(Asliye Ceza)***

[2] Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur[12]. ***(Ağır Ceza)***

[3] Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur[13]. ***(Ağır Ceza)***

B. Değişiklikten Önceki Hali

[1] Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır**. (Asliye Ceza)**

[2] (Anayasa Mahkemesinin 23.11.2005 gün ve 2005/103 E. 2005/89 K. sayılı kararıyla iptal edilmiştir.)

Bu suçun mağdurunun 15 yaşını bitirmiş ve fakat 18 yaşını tamamlamamış olması gerekmektedir**.**

---

[10] Değişik: 28/6/2014 YT-6545/58 md.

[11] Değişik: 28/6/2014 YT-6545/60 md.

[12] İptal: Anayasa Mahkemesinin 23/11/2005 tarihli ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile; Yeniden düzenleme: 28/6/2014 YT-6545/60 md.

[13] Ek: 28/6/2014 YT-6545/60 md.

C. Sık Yapılan Hatalar

TCK'nun 104/1.cümlesindeki suçun şikayet tabi olmasına ve şikayetin ise şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlayarak altı ay içinde yapılması gerektiği halde (TCK'nun 73.maddesi) bu süre geçtikten sonra yapılan başvurularda, Cumhuriyet savcılarının süresinde yapılmayan şikayetten dolayı kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermek yerine kamu davası açması, hakimlerin ise mahkumiyet hükmü kurması söz konusu olabilmektedir.

TCK'nun 104/1.cümlesindeki suçta şikayet hakkının mağdura ait olmasına rağmen mağdurun kanuni temsilcisinin şikayetten vazgeçme beyanı üzerine Cumhuriyet savcıları tarafından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi veya açılmış dava da hakimin düşme kararı vermesi uygulamasına rastlanılmaktadır.

TCK'nun 104/1 maddesinin 28.6.2014 tarihinde 6545 sayılı kanunla değiştirilerek eski düzenlemede "altı aydan iki yıla kadar hapis cezası" kısmı yeni düzenlemede "iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası" şekline getirilmiş olmasına rağmen suç tarihi 28.06.2014'den önce olan eylemlerde hüküm kurulurken hata yapılarak yeni düzenlemedeki ceza miktarı esas alınıp sanık aleyhine hüküm kurulması söz konusu olabilmektedir.

IV. CİNSEL TACİZ (TCK 105)

A. Yeni Hali[14]

[1] Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adlî para cezasına, fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur[15].

[2] Suçun;

a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle[16],

---

[14] Değişik: 28/6/2014 YT-6545/58 md.
[15] Değişik: 28/6/2014 YT-6545/61 md.
[16] Değişik: 28/6/2014 YT-6545/61 md.

b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

e) Teşhir suretiyle,

işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz. ***(Asliye Ceza)***

B. Değişiklikten Önceki Hali

[1] Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adlî para cezasına hükmolunur.

[2] Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır[17]. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz**. (Asliye Ceza)**

Bu suçun mağdurunun yaşı sadece cezanın belirlenmesinde önemlidir.

C. Sık Yapılan Hatalar

Gerek 18 yaşından büyüklere karşı TCK'nun 105/1.cümlesindeki, gerek ise 18 yaşından küçüklere karşı 105/2. cümlesindeki eylemlerin şikayete tabi olmasına ve şikayetin ise şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlayarak altı ay içinde yapılması gerektiği halde (TCK'nun 73.maddesi) bu süre geçtikten sonra yapılan başvurularda, Cumhuriyet savcılarının süresinde yapılmayan şikayetten dolayı kovuşturmaya

[17] 8.7.2005 T. 5377 sk değ.

yer olmadığına dair karar vermek yerine kamu davası açması, hakimlerin ise mahkumiyet hükmü kurması rastlanılan hatalı bir uygulamadır.

Diğer yandan yine, gerek 18 yaşından büyüklere karşı TCK'nun 105/1. cümlesindeki, gerek ise 18 yaşından küçüklere karşı 105/2. cümlesindeki suçlarda; aynı maddenin 2. fıkrasında düzenlenen nitelikli hallerin varlığı halinde (örneğin; suçun posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi) suçun artık şikayet tabi olmaktan çıkmış olduğu yönünde yerleşik Yargıtay ve BAM kararlarına rağmen Cumhuriyet savcıları tarafından şikayetin zamanında yapılmamış olması ya da şikayetten vazgeçilmesi sebebiyle veya şikayetin hiç olmaması sebebi ile kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar vermesi, yine hakimlerin de aynı gerekçelerle düşme kararı vermesi söz konusu olabilmektedir. (Yerleşik içtihadından Yargıtay 9.Ceza Dairesi Eylül 2023 tarihinde dönmüştür. Nitelikli halinin varlığı halinde de suçun takibinin şikayete tabi olduğu yönünde karar vermiş bu karara Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz etmiştir. İtiraz üzerine dosya Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gönderilmiş olup Ceza Genel Kurulu Başsavcılığın itirazını kabul edip 9.Ceza Dairesinin kararını kaldırmıştır. Bir başka deyişle içtihat değişikliği kabul görmemiştir).

Sanığın, cep telefonu, watsup, facebook vb. yollarla mesaj göndererek cinsel taciz suçunu işlemiş olması halinde suçun TCK'nun 105/2-d maddesinde düzenlenen "suçun posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi" nitelikli halinin gerçekleşmesi nedeniyle şikayete tabi olmaktan çıkmış olmasına rağmen şikayet yokluğu veya şikayetin zamanından yapılmamış olması gerekçesi ile Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi veya açılan davada hakim tarafından aynı gerekçelerle düşme kararları vermesi uygulamalarına rastlanılmaktadır.

TCK'nun 105/2 fıkrasının madde metnine 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı yasa ile eklenmiş olması dikkate alınmadan suç tarihi 28.06. 2014'den önce olan suçlarda da bu fıkra ile artırım yapılmasına rastlanılmaktadır.

Bir başka husus 18 yaşından büyüklere karşı yapılan eylemler için TCK'nun 105/1-1 fıkrada öngörülen cezanın hapis veya adli para cezası şeklinde seçimlik olması sebebiyle, hakim tarafından hüküm kurulurken hapis cezasının tercih edilmesi sonrasında TCK'nun 50/2 fıkrasındaki "Suç tanımında hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hâllerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adlî para cezasına çevrilmez" açık düzenlemesine rağmen hapis cezaları hatalı olarak paraya çevrilebilmektedir.

Ayrıca TCK'nun 50/3 maddesindeki "Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir." açık düzenlemesine rağmen bazen bu husus göz ardı edilerek hüküm kurulabilmektedir.

Son olarak TCK'nun 105/2-e fıkrasında nitelikli hal olarak düzenlenen ve suçun "Teşhir suretiyle" işlenmesi halinde teşhirin aleni olarak yapılması şart olmamasına rağmen teşhirde aleniliğin olmaması gerekçe gösterilerek bu fıkra uygulanmadan hüküm kurulması söz konusu olabilmektedir.

SONUÇ

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar hukuk tarihinde her zaman ispat bakımından en zorlanılan suçlardır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde bu suçlar belli bir bölüm içerisinde toplanmadığı gibi, bu suçları düzenleyen maddelerin dili oldukça ağırdı. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu suçlar altıncı bölüm içerisinde, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar başlığı altında dört ayrı suç olarak düzenlenmiş ve maddelerin dili anlaşılır hale getirilmiştir. Ayrıca bu suçlar için öngörülen ceza miktarları çok yüksek belirlenmiştir. Bunun yanında bu suçların infaz rejimleri de diğer suçlardan farklı belirlenmiş; koşullu salıverilme için ceza infaz kurumunda kalma süreleri, denetimli serbestlikten yararlanmak için ceza infaz kurumuna kalma süreleri ve açık ceza infaz kurumuna ayrılmak için kapalı ceza infaz kurumunda kalma süreleri aleyhte olarak diğer suçlardan farklı düzenlenmiştir.

Yine belirtmekte yarar vardır ki, 6545 sayılı yasa ile TCK'nun 102 ve 103. maddelerine eklenmek suretiyle getirilen "sarkıntılık yapmak suretiyle cinsel saldırı/cinsel istismar" (TCK'nun 102/1-2 cümle, 103/1-2 cümle) suçunu "basit cinsel saldırı/cinsel istismar" (TCK'nun 102/1-1 cümle, 103/1-1 cümle) suçundan nasıl ayrıt edileceği uygulamada sorunlara neden olmuştur. Bu bağlamda sarkıntılık suçu için Yargıtay ilgili dairesinin getirmiş olduğu "Ani ve kesintili şekilde gerçekleşip, süreklilik arz etmemesi" şeklindeki belirleme kriteri soyut kaldığı için zaman zaman uygulamada suç vasfının belirlenmesinde tereddütlere neden olmuştur.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar her zaman toplumda infial uyandıran suçlar olmuştur. Hakimler, Cumhuriyet savcıları ve avukatlar tarafından görev verilmesi tercih edilmeyen dosyalar arasında bu suçlar ilk sırada yerini alır.

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA UYUŞTURUCU-UYARICI MADDE SUÇLARI VE TARİHSEL SÜREÇTEKİ YERİ

Abbas Temiz*

GİRİŞ

İnsan organizması, doğası gereği fonksiyonlarının devamı için yeteri miktarda sinir sistemlerine etki ederek farkındalığı, dikkati ve uyanıklığı artırmak, kendini güvende, huzurlu ve mutlu hissetmek için serotonin hormonu; enerjik, dinamik ve histeri hissini yoğun yaşamak için dopamin hormonunu salgılamakta, salgılanan dopamin ve serotonin hormonlarının sınırlı ve yeteri miktarda olması nedeniyle ihtiyaçtan fazla heyecan, enerjik ve güvende olmak duygusunu yoğun şekilde yaşamak isteyenler açısından doğal bitkilerden ya da sentetik yollarla elde edilen psikotrop maddelerin toplumların hayatına girişine zaman sürecinde tanık olunmuştur. Başlangıçta tedavi amaçla kullanılan uyuşturucu veya uyarıcı olarak nitelendirilen suni yollardan dopamin ve serotonin salgılanmasını sağlayan maddelerin ilerleyen zaman sürecinde önce bireylerin hayatını sonra da oluşan mafyatik kriminal suç örgütleri vasıtasıyla tüm toplum sağlığını ve küresel güvenliği tehdit eden, devasa ve çözümü zor bir sorun haline geldiği inkar edilemez bir olgu olarak karşımızda durmaktadır.

I. UYUŞTURUCU- UYARICI MADDELERİN HAYATIMIZDAKİ YERİ

Uyuşturucu - uyarıcı nitelikteki maddeler narkotik maddeler olarak adlandırılsalar da bilimsel açıdan bakıldığında besin kavramı dışında kalan kimyasal yapısı ve fonksiyonları nedeniyle yaşayan organizmaya zararı bulunan maddeler olarak nitelendirilebilinir, Uyuşturucu-uyarıcı maddelerin organizmayı ve sinirleri etkileyen maddeler olarak karşımıza çıktığı ve bu olgular ışığında Dünya Sağlık Örgütünün uyuşturucu - uyarıcı maddeyi "bitkisel kökenli ve sentetik olup merkezi sinir sistemlerini etkileyerek fiziksel ve ruhsal bağımlılığa yol açan, bazı durumlarda tutku, heyecan ve histeri duygular yaşatan psikotrop maddeler" olarak tanımladığı görülmüştür.

* İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi Üyesi.

Dopamin hormonu salgılayan uyarıcı maddeler ile serotonin hormonu salgılayan uyuşturucu maddeler insanı bünyesine sirayet ettiklerinde tüm bedensel yapıyı ve beyinsel aktiviteleri etkilediği[1] zamanla hayati sistemlerden kalıcı değişikliğe veya zaafiyetlere sebebiyet verdiği, bünyenin ihtiyacından fazla olarak salgıladığı serotonin ile güven, mutluluk, huzur ve his halinin; dopamin hormonu ile ileri derecede enerjik hissetme ve histeri halinin açığa çıkmasına önayak olmaktadır ki suni yollarla insan hayatı için gerekli sınırların ötesinde dopamin ve serotonin hormonlarının salgılanması ile çok daha ani, hızlı, şiddetli derecede davranışsal bozukluk ile karşılaşılmakta ve zamanla kişinin beyin ve sinir sistemlerinde kontrollü hormon salgılama yeteneği ortadan kalkma veya zayıflama suretiyle insan doğasının ihtiyacı olan hormonları salgılayamaz hale düşmekte, çok ciddi ve geri dönülemez şekilde psikolojik ya da bedensel rahatsızlıklar yaratarak psikotrop maddelere bağımlılığın kaçınılmaz bir hale geldiğine şahit olunmaktadır[2]. İnsan bünyesi esrar dışında diğer doğal ürün ya da sentetik yollarla üretilen uyuşturucu - uyarıcı maddelerin ancak %0,10'nu tolere edebilmekte, narkotik maddenin daha fazla oranda alınması halinde halk arasında altın vuruş olarak tabir edilen ölüm ile karşılaşmak sıradan bir vaka haline gelebilmektedir. İnsan doğasında ileri derecede büyük harabiyetlere neden olan uyuşturucu maddelere başlıca örnek olarak hint kenevirinden elde edilen esrar, haşhaşta bulunan afyondan elde edilen eroin, crack, halk arasında bonzai olarak adlandırılan sentetik kannabinoidler, morfin, marihuana, skunk'ı; uyarıcı maddelere örnek olarak kokain, eter, klorofon, metamfetamin, amfetamin, MDMA'yı sayabiliriz.

Türkiye Cumhuriyet İçişleri Bakanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Narkotik Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğünün 2023 yılı Türkiye Raporuna[3] göre eroin, haşhaş bitkisinde bulunan afyondan elde edilen yarı sentetik bir nitelikte olup dünya eroin üretiminin %97'sini Afganistan, Myanmar ve Mek-

---

1 **KÖKNEL**, Özcan, Bağımlılık, Altın Kitaplar Yayınevi, 1988 İstanbul.

2 **GÖKLER,** Rıza/ **KOÇAK,** Recep, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Bağımlılığı, Sosyal Bilimler Araştırmalar Dergisi 1 (2008)89-104,2008, https://dergipark.org.tr/tr/pub/gopsbad/issue/48547/616337.

3 Türkiye Cumhuriyet İçişleri Bakanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Narkotik Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğünün 2023 yılı Türkiye Uyuşturucu Raporu, Eğilimler ve Gelişmeler, s.15-20. https://www.narkotik.pol.tr/2023-turkiye-uyusturucu-raporu.

sika'nın sağladığı tahmin edilmekte, 2022 yılında sadece Afganistan'da 6.200 ton eroin üretildiği dikkate alındığında tehlikenin boyutu çok daha net olarak anlaşılmaktadır. İlk kez M.S 1800'lü yıllarda Erythroxyon Coca isimli bitkiden elde edilen ve daha çok Kolombiya, Peru ve Bolivya'da üretilen kokainin Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi (United Nations Office For Drugs and Crime-UNODC)'nin 2020 yılı raporlarına göre Dünya ölçeğinde 234.000 hektar alanında ekim yapıldığı, toplamda 1.982 ton kokain üretildiği, yapılan operasyonlarla 2021 yılında 303 ton kokainin ele geçtiği gözönüne alındığında üretilen toplam kokain maddelerinin yaklaşık %80'inin ele geçmeden tüketilmiş olduğu görülmektedir. Halk arasında extacy olarak bilinen (3,4-metiledioksi-N-metilamfetamin-MDMA) çoğunlukla Avrupa'da Hollanda ve Belçika'da üretildiği ve kullanıma sunulduğu, 2020 yılında Avrupa sınırları içinde 2.500 ton MDMA'nın ele geçtiği aynı dönemde Türkiye'de yapılan operasyonlarla ele geçen MDMA niteliğindeki hap sayısının 11,1 milyon adet olduğunun belirlendiği, 2021 yılında ülkemizde ele geçen esrarın elde edildiği hint keneviri bitkisinin 33.744.307 kök olduğu tespit edilmiştir.

Sentetik kannabinoidlerin kullanımını daha cazip hale getirmek için bitki görünümü vermek amacıyla bitkisel materyal, tütün ve zaman zaman esrar üzerine püskürtülerek sigara şeklinde kullanıma sunulduğu, son yıllarda kağıtlara emdirilerek ve elektronik sigaralar içinde e-sıvısı formunda kullanıma arz edildiği görülmekle beraber sentetik kannabinoidlerin uyuşturucu veya hayal gösterici etkileri olup yaklaşık 300'e yakın kimyasal türevleri bulunduğu tespit edilmiş olunup, çözülmesi son derece kolay olduğu için narkomaddelere haşere ve tarım ilacı gibi zehir içeren maddeler takviye edildiği, çoğu kullanıcıların zehirlenme vakalarının maddelere katılan haşere ve tarım ilacından kaynaklandığını bilemedikleri, narkotik maddenin etkisi olarak değerlendirdikleri görülmüştür.

II. TARİHSEL SÜREÇTE UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDELER

Psikotrop etkileri olan uyuşturucu -uyarıcı maddelerin tarihsel süreçlerine göz atıldığında kökenleri M.Ö 8100 yılına kadar dayanmakta olduğu yapılan kazılarda bulunan sit kalıntılarında afyonun izlerine rastlanıldığı görülmekte, M.Ö 5700 yılına ait kalıntılarda Avrupa'da haşhaş üretimi ve afyon tüketiminin çok yaygın olduğuna şahit olunmaktadır. M.Ö 4000 yılında Anadolu ve Mezopotamya'da haşhaş ve hint kenevirlerinin tedavi amaçla kullanıldığı açığa çıkarılmış, ünlü tarihçi Heredot'un M.Ö 450 yılında kaleme aldığı eserinde İskitlerin uyuşturucu kullandıklarından bahsettiği görülmüştür. M.S 19. yüzyılın başlarında Türk-İslam toplumlarında da afyonun ve esrarın tedavi edici ve keyif verici alanda sık sık kullanıldığı gerçeği ile karşılaşıyoruz ki afyonun ve esrarın çeşitli ağrı ve sızıların tedavisi ile öksürük gibi rahatsızlıklarda yumuşatıcı vazifesi gördüğüne inanılmıştır. Sanayileşme ve buna bağlı olarak teknolojik gelişmeler sonucunda 19. yüzyılda Avrupa'da morfin, eroin ve çeşitli kimyasal maddelerle sentezleşmeleri sonucunda oluşturulan uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin yavaş yavaş toplum hayatına çok yoğun şekilde girmeye başladığının görüldüğü, afyon ve esrarda olduğu gibi sentetik maddelerin de başlangıçta ağrı kesici ve tedavi alanında kullanılmasına karşın zamanla keyif verici maddeler olarak insanlar tarafından kullanılmaya başlandığı gerçeğiyle yüzleşmekteyiz. Bu gelişmelere paralel olarak Osmanlı devletinde de özellikle 2. Abdülhamit döneminde tarım ve maliye alanında devlet politikası olarak afyon üretiminin teşvik edildiği, 19. yüzyılın ikinci yarısında Osmanlı Devleti'nin Avrupa'ya ihraç ettiği ürünlerin başında haşhaş ve hint kenevirinin geldiği görülmektedir. Afyon üretiminin yaygın olarak toplum yaşamında var olması Cumhuriyet döneminde de süregelmiş haşhaş ve esrarın tıbbi alanların dışına çıkılarak keyif verici olarak kullanılması ve toplum sağlığını tehdit etmesinin yeni rejimi kaygılandırmasıyla yeni nesillerin bu alışkanlıklardan uzak durmasını sağlamak maksadıyla yasal tedbirler alınmaya başlanmış, yeni politikalar üretilmiştir. Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin üretim sahaları kontrol altına alınarak üretimi ve satışı denetime tabi tutulmak yoluna gidildiği görülmektedir. Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde üretilen haşhaş ve hint kenevirinin miktarı dikkate alındığında diğer dünya dev-

letleri tarafından Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin uyuşturucu veya uyarıcı madde kaçakçılığı yaptığına yönelik haksız ithamları nedeniyle 1933 yılından itibaren Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, uyuşturucu - uyarıcı maddelerle mücadele etmek politikası çerçevesinde oluşturulan uluslararası ittifaklara dahil olduğu, iş birliğini geliştirdiği ve etkin biçimde mücadelenin içinde var olduğu, başlangıçta Birleşmiş Milletler Tek Sözleşmesi, 1971 Psikotrop Maddeler Sözleşmesi, 1988 Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığı ve Müracaatı Sözleşmesi, 1961 Tek Sözleşmesini tadil eden 1972 Protokol Sözleşmesini imzalayarak uyuşturucu -uyarıcı maddeler ile mücadele alanında yürürlükte bulunan uluslararası sözleşmelere taraf ülke olup uluslararası arenada mücadelenin önemli bir aktör ülkesi haline geldiğine şahit olunmaktadır[4].

Türkiye Cumhuriyeti Devleti sınırları içerisinde devletin sıkı denetimi ve gözetimi altında halen Afyonkarahisar, Amasya, Burdur, Çorum, Denizli, Tokat, Uşak, İzmir, Antalya, Bartın, Karabük, Kastamonu, Kayseri, Ordu, Rize, Samsun, Sinop, Yozgat ve Sivas olmak üzere 19 ilde haşhaş ve hint keneviri üretimine devam olunmakta, dünya ölçeğinde ise Birleşmiş Milletlerin denetimi altında Türkiye dışında Hindistan, Avustralya, Fransa, İspanya ve Macaristan'da haşhaş üretiminin yapıldığı görülmektedir.

Günümüz dünyasında uyuşturucu-uyarıcı maddelerin izinsiz üretimi ve tüketilmesi sonucunda oluşan olağanüstü rant ve elde edilen olağanüstü güç nedeniyle bölgesel ve küresel çapta devasa ekonomik ve siyasi güce sahip mafyatik kriminal suç örgütleri ortaya çıkmıştır ki 2022 yılında tüm dünyada uyuşturucu - uyarıcı maddelerin toplam piyasa cirosunun 426 milyar dolar - 625 milyar dolar arasında olduğu tahmin edildiğinden Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği gibi küresel, dünya devletlerinin oluşturduğu teşkilatların ve etkin mücadele için oluşturulan narkogüçlerin tüm mücadelelerine rağmen kriminal suç örgütlerinin siyasi, ekonomik güçleri öylesine büyümüştür ki devletlerin yönetimini etkiler, sosyal ve siyasi dengeleri değiştirir ve hatta devlet yönetimlerine sahip olma aşamasına kadar geldikleri gözlenmiştir.

---

[4] **ÇAKIR**, Gül, 1920-1950 Yıllarında Türkiye'de Uyuşturucu Maddelere Yönelik Politikalar, Cilt 4, Sayı 5, 2021, https://dergipark.org.tr/tr/pub/ataddergi/issue/67766/1039582.

Bunlara örnek olarak Panama'da Manuel Noriega, Kolombiya'da Pablo Escobar, Meksika'da El Chapo ailesi, diğer ülkelerde Miguel Angel Felix Gallardo, Joaquin Guzman, Jorge Alberto Rodriquez, Nemesio Osequero Cervantes'i sayabiliriz. Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ise Hüseyin Baybaşin, Urfi Çetinkaya, Nejat Daş, Cemal Nayır ve Halil İbrahim Havar gibi simaların da böyle bir algıyla kamuoyunda anıldığı bilinmektedir.

III. TÜRK CEZA MEVZUATINDA UYUŞTURUCU-UYARICI MADDELERİN YERİ

Ceza mevzuatımızda uyuşturucu-uyarıcı madde suçları, tehlikesi varsayılan, soyut tehlike suçları grubuna girdiği kabul edilerek, uyuşturucu-uyarıcı madde suçlarının oluşumu açısından normatif tehlike yeterli sayılmış, kişilerin ve toplumun sağlığının bozulması suçun oluşumu için mutlak olarak aranılmamıştır. Korunmak istenen hukuki yararın kamu sağlığı olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 188,189,190 ve 191 inci maddelerinde uyuşturucu-uyarıcı maddelerin imal edilmesi, ithali, ihracı, ticaretinin yapılması, sevk ve nakledilmesi, ticari amaçla bulundurulması, kullanmak gayesiyle bulundurulması, kullanımının kolaylaştırılması ve özendirilmesi cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle hangi doğal bitkiler ve sentetik olarak üretilen psikotrop maddelerin Türk Ceza Mevzuatı açısından cezalandırılması ile ilgili uyuşturucu-uyarıcı maddeler ilgili olarak kabul edileceğine karar verildiği Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile belirlenen ve uyuşturucu-uyarıcı madde olarak kabul edilen doğal ürün ya da sentetik maddelerin yasa dışı yollardan Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından içeriye sokulması veya Türkiye Cumhuriyet sınırlarından dış ülkelere çıkarılması, imal edilmesi 5237 sayılı TCK'nın 188/1 maddesinde, uyuşturucu-uyarıcı maddelerin satılması ya da satılmasının teşvik edilmesi ve azmettirilmesi, ticari maksatla bulundurulması, kişisel kullanım sınırları üzerinde muhafaza edilmesi, ticari maksatla sevk edilmesi ve nakledilmesi 5237 sayılı TCK'nın 188/3 maddesinde yaptırıma bağlanmış, uyuşturucu-uyarıcı maddelerin eroin, kokain, morfin, sentetik kannabinoidler, metamfetamin, amfetamin, afyonsakızı, MDMA

olması halinde nitelikli hal sayılarak TCK'nın 188/4-a maddesi uyarınca temel cezanın 1/2 oranında artırılması öngörülmüştür. Kişisel kullanım miktarı kadar ve ticari maksat taşımayan uyuşturucu - uyarıcı maddelerin bulundurulması 5237 sayılı TCK'nın 191/1 maddesinde düzenlenmiş olup ilk defa işleyenler açısından 1 yıl süreyle tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri kapsamında tedaviye tabi tutulma zorunluluğu getirilmiş ise de, bu uygulamanın beklenen kamu yararını sağlamaktan uzak kaldığı hatta zaman zaman tedavinin gerçekleştirildiği sağlık kuruluşları ve hastanelerinin civarının uyuşturucu veya uyarıcı madde tacirlerince adeta satım panayırlarına dönüştürüldüğü, fiziki şartlar itibariyle uyuşturucuya ulaşmanın daha kolay bir hal aldığı gerçeğiyle karşılaşmaktayız.

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle uyuşturucu veya uyarıcı madde kapsamında sayılmasalar da tedavi de uygulanan kırmızı veya yeşil reçeteye bağlı ilaçların uzman hekimlerce reçeteye bağlanmaksızın ilaca sahip olanlarca üçüncü şahıslara temin edilmesi ve satılması halinde 5237 sayılı TCK'nın 188/6 maddesinde düzenlenen cezai yaptırımla cezalandırılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır ki yardımcı olmak düşüncesiyle birbirlerine yeşil ya da kırmızı reçeteye tabi haplardan verilmesi halinde 5 yıl gibi bir hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile karşılaşılması işten bile değildir.

Esrarın hammaddesi olan dişi hint kenevirlerinin yetkili organların denetimi ve izni olmadan yetiştirildiğinin tespit edilmesi halinde yetiştirenlerin 2313 sayılı Yasa uyarınca cezai kovuşturmaya tabi tutulacakları bir gerçektir.

SONUÇ

İnsan bünyesinde geri dönülemez biçimde büyük zaafiyetlere sebebiyet veren doğal bitki veya sentetik psikotrop niteliğindeki uyuşturucu - uyarıcı maddelerin mafyatik kriminal suç örgütlerince devasa oranda ticari kazanç kapısına dönüştürüldüğü, devletlerin yönetim sistemlerine etki eden hatta yönetim sistemini dizayn eden bir hal aldığı gibi küresel suç örgütleri eli ile tüm toplumların sağlığını toptan tehdit eden, küresel barışı yok eden bir canavara dönüştürdüğü yadsınamaz. Bir realite olarak karşımızda durduğu gözönüne alındığında tüm dünya ülkelerinin gerek bireysel olarak insiyatif alıp gerekse de çok uluslu devletlerin oluşturduğu uluslararası teşkilatlar ve narkogüçleri ka-

nalıyla uyuşturucu - uyarıcı maddelerin üretiminin ve dolaşımının engellenmesi ve küresel suç örgütleriyle mücadelede çabayı gösterdikleri görülmekte ise de, gelinen aşama itibariyle tüm dünya ölçeğinde uyuşturucu - uyarıcı maddelerinin piyasa işlem hacminin 650 milyar dolar civarında olduğu görüldüğünde karşı karşıya bulunan tehlikenin boyutları daha net olarak anlaşılmakta devletlerin ve uluslararası teşkilatların mücadele için daha etkin ve tam bir seferberlik anlayışı ile çok daha kararlı mücadele yöntemlerini geliştirmeleri acil bir beklenti olarak önümüzde durmaktadır.

KAYNAKÇA

ÇAKIR, Gül, 1920-1950 Yıllarında Türkiye'de Uyuşturucu Maddelere Yönelik Politikalar, Cilt 4, Sayı 5, 2021, https://dergipark.org.tr/tr/pub/ataddergi/issue/ 677 66/1039582.

GÖKLER, Rıza/ **KOÇAK,** Recep, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Bağımlılığı, Sosyal Bilimler Araştırmalar Dergisi 1 (2008)89-104, 2008, https://dergipark.org. tr/tr/ pub/gopsbad/issue/48547/616337.

KÖKNEL, Özcan, Bağımlılık, Altın Kitaplar Yayınevi, 1988 İstanbul.

Türkiye Cumhuriyet İçişleri Bakanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Narkotik Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğünün 2023 yılı Türkiye Raporu, Eğilimler ve Gelişmeler, https://www.narkotik.pol.tr/2023-turkiye-uyusturucu-raporu.

TARİHSEL SÜREÇTE VE CUMHURİYET DÖNEMİNDE TÜRK CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA KANUNYOLLARI SİSTEMATİĞİNE GENEL BAKIŞ

Serap Keskin Kiziroğlu*

GİRİŞ

"Sosyal hayatta, mahkeme aracılığı ile bir insanın uğradığı haksızlıktan daha ağır ve daha derin yaralar açan hiçbir haksızlık düşünülemez"[1]. Ancak yargıçların verdikleri kararlar da ister istemez hatalı olabilir. Hatalı hükümlerden tümüyle kaçınabilmek olanaklı değildir, fakat bunların olabildiğince azaltılmasına çalışılabilinir[2]. Hukuk devletinde, hatalı hükümlerden sakınmak ve hukuk ile hukuk barışı için madden ve hukuken doğru hükümlere ulaşılması çabası var olmak zorundadır. Bu nedenle olay mahkemelerinin vermiş oldukları kararların yüksek derecede bir yargılama makamı tarafından denetlenmesi kaçınılmazdır[3]; bu denetime yasa (kanun) yolu denetimi; denetim yollarına da yasayolları denir.

Yasama ve yürütme organları ile idare, yargılama makamlarının kararlarına uymak mecburiyetinde olduklarından ve onları değiştiremediklerinden (Any. 138/4), bu kararlardaki hataları giderme işini de ancak yargılama makamları yapabilirler[4].

* Prof.Dr., İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, serap.kiziroglu@okan.edu.tr, ORCID:0000-0003-2392-7514

1 **SEÇKİN,** A. Recai, Yargıtay, Tarihçesi Kuruluş ve İşleyişi, 1967Ankara, s.3.

2 **YÜCE,** Turhan Tufan, Türk- Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanun Yolları, 1967Ankara, s.1,4.

3 **TANER,** Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 1955 İstanbul, 3.B., s.353.

4 **KUNTER,** Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 1989 İstanbul, 9.B. No.510.

I. TARİHSEL GELİŞİMDE YASAYOLLARI

A. Genel Olarak

Yasayolları (Kanunyolları) tarihsel gelişimde öncelikle hükme karşı olağan yasayolu olarak temyiz şeklinde gelişmiştir. Temyiz yasayolu ise kendini ilk olarak Fransız ve daha sonra da ıslah edilmiş Alman Ceza Muhakemesi Kanununda göstermiştir.

Beraat kararına karşı temyiz yasayolu ise ancak belli sınırlamalarla ilk olarak 1803 tarihli Avusturya Ceza Kanunu ile 1805 tarihli Prusya Ceza Kanununda yer almıştır.

Roma Hukuku'nda, verilen kararlara karşı yargısal bir başvuru yolu tanınmamaktaydı. Yani, hükümler verildiklerinde kesin hüküm niteliğini haiz olmaktaydılar. Roma'da, ancak suçsuz bir kimsenin mahkûmiyetine karşı imparatorun af yetkisi bulunmaktaydı. Kanonik Hukuk, Glossatörler ve daha sonra İtalyan cezacıları Roma Hukukuna bağlı kalmışlardır[5].

Constitutio Criminalis Carolina'da ise kesin hüküm ve yasayolları üzerine bir düzenleme yoktur. Temyiz kurumu lüzumsuz bulunmuştur. Temyizin gelişimi kendini ilk olarak Fransız ve daha sonra da ıslah edilmiş Alman Muhakeme Kanununda göstermiştir. Beraet kararına karşı temyiz yasayolu ise ancak belli sınırlamalarla ilk olarak, 1803 tarihli Avusturya Ceza Kanunu ile 1805 tarihli Prusya Ceza Kanununda yer almıştır[6].

Temyiz Mahkemesini ilk olarak Fransızlar kurmuş; onların kurdukları bu kurum yakın devletlere örnek olmuş ve her yerde kabul edilmiştir[7]. "Fransa'da 16. yüzyılda çıkarılan emirnamelerde yargıçların, idarecilerin ve senyörlerin, Kral Emirnamelerine aykırı davranışlarının önlenmesi ve bunlara aykırı her kararın iptal edileceğine dair hükümler yer almaktaydı. Kararların bozulması

---

5 **ANDRES,** Willi, Das Rechtsmittel der Revision im Bundesstrafprozess, Solothurn 1935, s.7,8.

6 **ANDRES,** s.8.

7 **ÖZOĞUZ,** Nejat, Temyiz Mahkemesi, Ankara 1944, s.19; **SEÇKİN,** s.2; Alman Hukukunda, Fransızların etkisiyle bugünkü anlamda temyizin ilk olarak Prusyalılarda 14 Aralık 1833 tarihli tüzükte görüldüğü ileri sürülmektedir. Bkz. **SCHWINGE,** Erich, Grundlagen des Revisionsrechts, Bonn 1967, s.6 vd.

hakkı, tarafların çıkarlarının korunması için değil, tamamen siyasal nitelikte, kralların yasama iktidarının devamı ve güvencesini sağlamak için kralın haiz olduğu ve Kral Konseyi tarafından kullanılan bir iktidardı. Fransız Hukuku'nda çağdaş anlamda bir temyiz mahkemesinin (Cour de Cassation) ortaya çıkması, 1789 Fransız devriminden sonra gerçekleştirilmiş, hukuk birliğinin sağlanması sonucu, bu birliğin devamına yardımcı olacak temyiz nedenleri oluşmuş ve zamanla günümüze kadar gelmiştir"[8].

B. Osmanlı Devleti'nde Yasayolları

1. Yasayolu Mahkemeleri

İslam Hukuku'nda şeriat hükümlerince mahkeme hükmünün yeniden incelenmesini ve yanlış hükmün yerine doğrusunu istemek yetkisi hak sahiplerine tanınmıştı. Fakat yanlış olduğu ileri sürülen kararları incelemek üzere özel bir mahkeme-temyiz mahkemesi kurulmamıştı[9].

Türklerde temyiz mahkemesi ilk olarak 1868 tarihinde Dîvân-ı Ahkâm -ı Adliyye adıyla padişah iradesiyle kurulmuştur. Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye'nin bakacağı davaların çeşitleriyle hukuk ve ceza davalarında takip edilecek usule ilişkin olarak 14 Şubat 1870'te "Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye Nizamnâme-i Dâhilîsi" yayımlanmıştır[10].

Nizamnâme, nizâmiye mahkemelerini "bidâyet" (başlangıç) ve "istinaf" (anlamı: yeniden başlama/baştan alma) şeklinde derecelendirmiştir. Nizamnâme'ye göre Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye iki yasal mahkemeden meydana gelmekteydi. Bunlardan birincisi "Mahkeme-i Temyiz"dir; ikincisi "Dersaadet Mahkeme-i Nizamiyesi"dir.

"Dersaadet[11] Mahkeme-i Nizamiyesi" ise İstanbul'da kurulan en yüksek nizâmiye mahkemesi olup hem ceza hem de hukuk davalarında diğer nizamiye

---

[8] **SİVRİHİSARLI,** Ömer, Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978, s.7 vd.; ayrıca bkz. **ÖZOĞUZ**, s. 19 vd.

[9] **SEÇKİN,** s. 1.

[10] **EKİNCİ,** Ekrem Buğra, Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukukunda Kanunyolları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Programı Doktora Tezi, İstanbul 1996, s.92 vd. ayrıca bkz: https://islamansiklopedisi.org.tr/nizamiye-mahkemeleri (Erişim Tarihi: 20.02.2024).

[11] Saadet kapısı (Osmanlı'da İstanbul için kullanılmıştır.).

mahkemelerince verilen son kararlar hakkında üst mahkeme (istinaf mahkemesi) olarak inceleme yapıp, kesin hüküm verme yetkisine sahipti.

Mahkeme-i Temyiz, hem kararlarına karşı istinaf yolu bulunmayan mahkemelerin kararlarının, davacı veya davalının istemi üzerine veyahut kanun yararına inceleyip doğru olup olmadıklarını, hem de nizâmiye mahkemelerinin (bidayet ve istinaf mahkemeleri) hukuk ve ceza konularında verdiği kararları tetkik etmekle görevliydi. Bu nedenle Temyiz Mahkemesi de (Mahkeme-i Temyîz) kendi içinde ikiye ayrılmış, biri ceza davalarına, diğeri hukuk davalarına bakmak üzere görevlendirilmişti.

Taraflardan birinin isteği olmadıkça bir karar temyiz yolu ile incelenip taraflar için hukuki sonuç doğurmak üzere bozulamazdı. Bununla beraber Temyiz Mahkemesi, temyiz süresi geçirilmiş bir kararın bozulması gerektiğini öğrenirse onu bozabilir; ancak böyle bir bozmadan taraflar yararlanamazdı. Ağır ceza işlerinde verilen kararlar, bir istek olmasa bile Temyiz Mahkemesince incelenirlerdi[12]. Mahkeme-i Temyiz, Osmanlı Devleti'nin sona ermesine kadar var olmuştur[13].

18 Haziran 1879'da yayımlanan "Mehâkim-i Nizâmiyyenin Teşkilâtı Kānûn-ı Muvakkati" (Nizamiye Mahkemeleri Teşkilatı Geçici Kanunu) ile nizâmiye mahkemelerinin teşkilâtı tekrar düzenlenmiştir. Bu "Geçici Kanun'a göre nizâmiye mahkemeleri ceza ve hukuk mahkemeleri olarak ikiye, bidâyet ve istînaf olarak da iki dereceye ayrılmıştır. Bunların üzerinde İstanbul'da bir temyiz mahkemesi kurulmuştur[14].

Geçici Kanun'a göre belli ağır suçlardan "bidayet" mahkemelerince verilmiş kararlar istinafa gitmez, doğrudan temyiz mahkemesince incelenir; bunun dışındakiler ise önce istinaf mahkemelerince incelenirdi. Yine istinaf yolu tanınmış hukuk davaları da önce istinaf mahkemelerince incelenirdi.

1879 tarihli Mahkemeler Teşkilatı Geçici Kanunu ile İstanbul'daki (Dersaadet'teki) mahkemeler dâhil bütün imparatorluğu kapsayan genel bir düzenleme yapılmış, farklı mahkeme yapılanmaları kaldırılmıştır.

---

[12] **SEÇKİN,** s.14 vd.; **ÖZOĞUZ**, s.22 vd.

[13] **SEÇKİN,** s.1,27; **ÖZOĞUZ**, s.21; **SİVRİHİSARLI**, s.15.

[14] https://islamansiklopedisi.org.tr/nizamiye-mahkemeleri (erişim tarihi: 20.02.2024).

Savcılık kurumunu da düzenleyen bu Geçici Kanuna göre savcılar, adlî işlerde kamu hukukunu korumak için padişah tarafından tayin edilecekti. Savcılar, doğrudan Adalet Bakanlığı'nın emri altında bulunacaktı.

İstanbul'da Temyiz Mahkemesi yanında bir başsavcı (başmüddeiumumi) bulunacak, ayrıca her istînaf mahkemesinde bir savcı ve her kaza bidâyet mahkemesinde bir savcı yardımcısı olacaktı[15]. Kanuna göre taşra nizâmiye mahkemelerinin işlemlerini sürekli teftiş amacıyla her vilâyet dairesi için bir müfettiş tayin edilecekti.

2. Yasayolu Çeşitleri

Tanzimat sonrası Osmanlı'da yasayolları olağan ve olağanüstü diye iki guruba ayrılmıştı. Olağan yasa yolları itiraz, istinaf ve temyizdi. İtiraz, günümüzdeki itiraz değil, yargıcın verdiği ceza kararnamesine karşı bir istinaf niteliğindeydi.

1879 tarihli Usul-ü Muhakemat Cezaiye Kanunu'nun (UMCK) 322. maddesine göre temyiz edilen hüküm kesin hükümdür, ancak Osmanlı Ceza Muhakemesi Hukuku kabulünde kesin hüküm, buna karşı istinaf derecesi bulunmayan hükümdür. Dolayısıyla günümüz hukuku kabulünde olağan yasayoludur.

Osmanlı'da olağanüstü yasayolları ise, Kanun Yararına Bozma (Nef'an Li'l-Kanun Nakz/Olağanüstü Temyiz/Yazılı Emir-1879 UMCK md.347, 348) yargılamanın yenilenmesi ve yasak hakların geri verilmesi idi.

Yargılamanın Yenilenmesi (1879 UMCK md.349-353) hapis cezası içeren kesin hükümler bakımındandır ve bugünden farklı olarak yargılamanın yenilenip yenilenmeyeceğine karar vermek bakımından temyiz mahkemesi görevlidir; başvuru da Adalet Bakanlığına yapılırdı.

Temyiz Mahkemesi yargılamanın yenilenmesine karar verirse ilamı ortadan kaldırıp, yeniden yargılama yapması için dosyayı ilk dereceye gönderirdi. Ancak hükümlü ölmüşse yeni yargılamayı da temyiz mahkemesi yapardı.

---

[15] **SONEL,** Hikmet, ''Türkiye'de Savcılığın Kuruluşu'', Adalet Dergisi, Şubat 1949, Yıl.40, S.2, s.189 vd; Ayrıca bkz. **EKİNCİ**, s.118.

Karar düzeltme UMHK'da (Medeni Muhakeme Kanunu-Usul-ü Muhakematı Hukuk Kanunu) kabul edilmiş; UMCK'nda yer almamıştı, ancak 1904 yılında ceza usulünde de yer verilmişti.

1879 tarihli UMCK, sadece İmparatorluk döneminde değil, Cumhuriyet döneminde de 1929 yılına kadar uygulanmıştır; 04.04.1929 tarihinde yerini 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na bırakarak yürürlükten kaldırılmıştır.

II. CUMHURİYET DÖNEMİNDE YASAYOLLARI

Birinci Dünya savaşı sonunda kaybeden taraftan olan Osmanlı Devleti sona ererken, İstanbul'un savaşı kazanan devletlerce işgali ile birlikte Temyiz Mahkemesi de görevini yapamaz hale gelmiştir. Osmanlı başkenti İstanbul (Dersaadet) önce 13 Kasım 1918'de düşman (itilaf/anlaşma/müttefik devletleri) gemilerince denizden işgale uğramıştır. Sonra da 16 Mart 1920'de yönetim de tamamen işgal edilmiştir. Anlaşma Devletleri'nin 61 savaş gemisinden oluşan donanması 13 Kasım 1918 Çarşamba günü İstanbul önlerine demir atmıştır; sonra 11 savaş gemisi ile bir Yunan zırhlısının da katılmasıyla, İstanbul önlerinde demirleyen işgal gemi sayısı 73'e çıkmıştır. 13 Kasım 1918 günü Anlaşma Devletleri Filosu'ndan çoğu İngiliz 3626 asker karaya çıkarak, İstanbul'da çeşitli resmî ve gayri-resmî binalara yerleştirilmiştir. İşgal komutanı Maitland Wilson, Beyoğlu'ndaki İngiliz Kız Lisesi'nde törenle karargâh kurmuş; İstanbul önlerinde demirleyen gemi sayısı ise 15 Kasım'a kadar 167'ye çıkmıştır[16].

Filistin-Suriye-Irak cephesini savunan Yıldırım Ordular Grubu'nun Komutanı Mustafa Kemal Paşa, Yıldırım Ordular Grubu, Osmanlı Devleti tarafından 1. Dünya Savaşı sonunda lağvedilince İstanbul'a hareket etmiş, 13 Kasım 1918'de, İtilaf Donanması'nın İstanbul önlerine demirlediği sırada Haydarpaşa Garı'na ulaşmıştır. Boğaz'a demirli düşman savaş gemilerini gördüğünde, ünlü "*Geldikleri gibi giderler*" sözünü söylemiştir[17]. İstanbul'da yaklaşık beş

[16] **TÜRKMEN,** Zekeriya, İstanbul'un İşgali ve İşgal Dönemindeki Uygulamalar (30 Kasım 1918-16 Mart 1920)'' PDF, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Cilt 18, Temmuz 2022, s.332.

[17] **TÜRKMEN,** s.333.

buçuk ay kalmış, vatanın ve milletin kurtuluşu gizli gayesiyle 16 Mayıs 1919'da Bandırma vapuru ile Anadolu'ya hareket ederek, 19 Mayıs 1919'da Samsun'da karaya çıkmıştır. 12 Ocak 1920'de İstanbul'da toplanan Osmanlı Meclis-i Mebusanı ise 28 Ocak 1920 tarihindeki gizli oturumunda "Ahd-i Millî" olarak Mîsâk-ı Millî kararlarını almış, kararlar bütün vekiller tarafından imzalanmıştır. Meclis-i Mebusan'ın 17 Şubat 1920 tarihli oturumunda da bu kararın basında yayınlanması ve bütün yabancı parlamentolara bildirilmesi kararlaştırılmıştır. Ancak 16 Mart 1920 sabah 05.45 sularında İngiliz askerleri iki birlik halinde Beyazıt Direklerarası'nda bulunan Şehzadebaşı 10. Kafkas Tümenine bağlı karargâh birliği karakoluna baskın yapmışlar; Meclis-i Mebusan'ı da basarak milletvekillerinin bir kısmını tutuklayıp, bir kısmını sürgüne göndermişlerdir[18]. Vekillerin kaçabilenleri Anadolu'ya geçerek kurtuluş mücadelesine katılmışlardır. İstanbul'da ise ayrıca Harbiye Nazırı (Savaş Bakanı) Cemal Paşa'nın evi basılmış ve Bakanlık ablukaya alınarak ele geçirilmiştir. Tüm bu olanları o tarihte telgrafçı Hamdi Bey, canını tehlikeye atıp, İngilizlerin telgrafhaneyi bastığı ana kadar Ankara'ya Mustafa Kemal Paşa'ya telgraflarla bildirmiştir[19].

1. Dünya savaşında kaybeden taraftan olan Osmanlı Devleti'nin başkenti İstanbul'un da böylece İngilizlerce işgal edilmesiyle Osmanlı Devleti sona ererken, temyiz mahkemesinin görevini yapamaz hale gelmesi nedeniyle yeni bir temyiz mahkemesinin kurulması zorunlu olmuştur[20]. Bunun üzerine Ankara'daki TBMM Hükümetince 07 Haziran 1920 tarihinde Sivas'ta geçici Temyiz Heyeti kurulmuştur. Eylül 1922'ye gelindiğinde, İzmir'in 09 Eylül'de kurtuluşundan sonra, Mustafa Kemal Paşa İstanbul'u kurtarmak için Türk birliklerine İngiliz ve Fransız işgalindeki Çanakkale'ye hareket etmeleri emrini vermiştir. İşgal, son Anlaşma (İtilaf) birliklerinin 04 Ekim 1923'te İstanbul'u terk etmesinden sonra, Şükrü Naili Paşa komutasındaki 3. Kolordu birliklerinin 06 Ekim 1923'te tören eşliğinde İstanbul'a girmesiyle sona ermiştir.

---

[18] Bkz. **ŞİMŞİR,** Bilal, Malta Sürgünleri, Ankara, 2020.
[19] **TÜRKMEN**, s.333 vd.
[20] **ÖZOĞUZ**, s.25.

Türkiye üzerindeki işgal sona erdirilip, işgal altındaki batı illeri de geri alınınca, İstanbul, İzmir ve Edirne illerindeki mahkemelerden çıkan kararların sayısı diğer mahkemelere göre daha fazla olduğundan Sivas, temyiz mahkemesi bakımından merkezilik özelliğini kaybetmiştir. Bu nedenle Eskişehir'in coğrafi durumu ve demiryollarının kavşak noktasında bulunması dolayısıyla, 14 Kasım 1923 tarihinde Eskişehir'de bugünkü Yargıtay'ın temeli sayılabilecek Temyiz Mahkemesi bir Kanun ile kurularak, Temyiz Mahkemesi Eskişehir'e taşınmıştır[21]. 1923 tarihli bu Kanun ile 1879 tarihli Mahkemeler Teşkilatı Geçici Kanunu'nun 1923 tarihli Kanun'a aykırı hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. **0**8 Nisan 1924 tarihli ve 469 sayılı Mehakimi Şeriyenin İlgasına ve Mehakimin [Mahkemelerin] Teşkilatına Ait Ahkâmı Muaddil Kanun ile şeriye mahkemeleri kaldırılmış; istinaf mahkemeleri de kaldırılmıştır, böylece nizamiye mahkemeleri de sona ermiştir.

Bugünkü Yargıtay, 10.6.1935 tarih ile 2769 sayılı Yasa gereğince, 1935 bütçe yılı içinde Eskişehir'den Ankara'ya taşınmış ve Eylül 1935'de Ankara'da çalışmaya başlamıştır[22].

SONUÇ

İstinaf yasayolu, adli yargımızda Türk Hukukuna yeniden 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK)'nu yürürlükten kaldıran ve 01/6/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi kanunu (CMK) ile getirilmiştir. İstinaf mahkemesi işini gören Bölge Adliye Mahkemeleri ise 5235 sayılı ve 26/9/2004 tarihli Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında (Resmî Gazete: 7/10/2004) Kanun ile kurulmuştur.

1412 s. önceki Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'muzda olağan kanun yolları itiraz ve temyiz iken yürürlükteki 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'muzda itiraz-istinaf ve temyiz olmuştur.

Olağanüstü yasayolları ise önceki 1412 sayılı CMUK'da yargılamanın yenilenmesi, yazılı emir (kanun yararına bozma), başsavcının itirazı ve karar

---

[21] **SEÇKİN,** s.l; **ÖZOĞUZ**, s.25 vd.

[22] **SEÇKİN**, s. 109.

düzeltmeydi. Olağanüstü yasayollarından karar düzeltme, istinaf yasa yolu yeniden getirilince 5271 s. CMK'da yer almamıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı 308. maddede yer almıştır. 2017 yılında ise benzeri düzenleme istinaf yasayolunda Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı için 308/A maddesi olarak düzenlenmiştir.

Nihayet Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru yolu, 23/09/2012 tarihinden itibaren, Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde yer alan temel ve insan hakları ihlalleriyle sınırlı olarak diğer bir olağanüstü yasayolu niteliğiyle Anayasa Yargısında uygulanmaya başlanmıştır.

KAYNAKÇA

ANDRES, Willi, Das Rechtsmittel der Revision im Bundesstrafprozess, Solothurn 1935.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukukunda Kanunyolları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Programı Doktora Tezi, İstanbul 1996.

KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 1989 İstanbul, 9.B.

ÖZOĞUZ, Nejat, Temyiz Mahkemesi, Ankara 1944.

SCHWINGE, Erich, Grundlagen des Revisionsrechts, Bonn 1967.

SEÇKİN, A. Recai, Yargıtay, Tarihçesi Kuruluş ve İşleyişi, Ankara 1967.

SİVRİHİSARLI, Ömer, Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978.

SONEL, Hikmet, "Türkiye'de Savcılığın Kuruluşu", Adalet Dergisi, Şubat 1949, Yıl.40, S.2.

ŞİMŞİR, Bilal, Malta Sürgünleri, Ankara, 2020.

TANER, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 1955 İstanbul, 3.B.

TÜRKMEN, Zekeriya, İstanbul'un İşgali ve İşgal Dönemindeki Uygulamalar (30 Kasım 1918-16 Mart 1920)'' PDF, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Cilt 18, Temmuz 2022.

YÜCE, Turhan Tufan, Türk- Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanun Yolları, Ankara 1967.

https://islamansiklopedisi.org.tr/nizamiye-mahkemeleri

DELİL DEĞERLENDİRME SERBESTLİĞİNİN UNSURLARI

Doğan Gedik*

GİRİŞ

İspat faaliyeti konusunda tarih, farklı sistemlere tanıklık etmiştir. Kuşkusuz kabul edilen sisteme göre her birinin özellikleri, işleyişi ve sonuçları farklılık arz etmiştir. Günümüz ceza muhakemesinde geçerli olan ispat sistemi, ceza muhakemesinin amacına paralel olarak kabul edilen ve uzun tarihsel bir gelişim sonucunda varılmış önemli bir aşamayı ifade eden vicdani delil sistemidir. Gerçekten de ceza muhakemesinin adil yargılanma hakkına uyularak maddi gerçeğe ulaşma amacı, kanuni delil sisteminden farklı olarak hem her şeyin delil olarak kabul edilmesi serbestliğini, hem de delillerin serbestçe değerlendirilmesini gerekli kılmıştır. Bu iki ilke bugün modern ceza muhakemesinde "vicdani delil sistemi"ni oluşturmaktadır[1].

---

* İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Hakimi, dogangedik@hotmail.com, ORCID ID:0000-0001-6131-9726

[1] **CENTEL,** Nur/**ZAFER,** Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14.Baskı, 2017 İstanbul, s.761; **ÜNVER,** Yener/**HAKERİ**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13.Bası, 2017 Ankara, s.595; **FEYZİOĞLU,** Metin, Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, 2015 Ankara, s.23, 240 vd.; **ÖZTÜRK,** Bahri/**TEZCAN,** Durmuş/**ERDEM,** Ruhan Mustafa/**SIRMA GEZER,** Özge/**SAYGILAR KIRIT**, Yasemin/**ALAN AKCA,** Esra/**ÖZAYDIN,** Özdem/**ERDEN TÜTÜNCÜ,** Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, 2017 Ankara, s.265 vd.; **KARAKEHYA,** Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, 2015 Ankara, s.196; **BİRTEK,** Fatih, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, Ankara 2016, s.255; **DOĞAN**, Koray, Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi, 2016 Ankara, s.238; **ŞENOL**, Cem, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, 2015 İstanbul, s.32; **KUNTER,** Nurullah/**YENİSEY,** Feridun/**NUHOĞLU,** Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, 2008 İstanbul, s.619; **YILDIZ**, Ali Kemal, Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2002 İstanbul, s.8 vd.; **KOCA**, Mahmut, Ceza Muhakemesinde Deliller, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:1, Sayı:2, 2006 Aralık, s.208-209; **GEDİK,** Doğan, Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, 3. Baskı, 2016 Ankara, s.6.

Ceza Genel Kurulunun 18.06.2013 gün 59-302 ve 16.05.2006 gün 137-142 sayılı kararlarında da belirtildiği üzere, "*ceza muhakemesi hukukunda vicdani delil sistemi benimsenmiştir. Bu sistemle ifade edilmek istenen hem delil serbestliği hem de delillerin değerlendirilmesi serbestliğidir*". Bkz. YCGK, 15.05.2018, 2017/1-1087 2018/211.

"*Ceza muhakemesinde doğru hüküm için maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amaçlanır. Bu amaç doğrultusunda deliller, hukuka uygun olmak kaydıyla, serbestçe elde edilir ve vicdani delil sistemi çerçevesinde serbestçe değerlendirilirler. Delillerin serbestliği ilkesi*

Anayasamızın 138/1.maddesinde yer alan *"Hâkimler… **vicdanî kanaatlerine göre hüküm** verirler"* düzenlemesi ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nın 217/1. maddesinde yer alan "*…deliller hâkimin **vicdanı kanaatiyle serbestçe takdir edilir***" şeklindeki düzenleme, ceza muhakemesi hukukumuz bakımından da "*vicdani delil sistemi*"nin benimsendiğini göstermektedir.

I. DELİLLERİN SERBESTÇE DEĞERLENDİRİLMESİ KAVRAMI

Ceza davasına konu suçun (maddi olayın) işlenip işlenmediği, işlenmişse sanık tarafından işlenip işlenmediği konusunda hakimin, vicdani kanaate ulaşması için toplanan ve ortaya konulup tartışılan delilleri değerlendirmesi gerekmektedir. Delillerin değerlendirilmesi, yargılamaya konu olayla ilgili bütün deliller toplanıp duruşmada ortaya konulduktan ve tartışıldıktan sonra hâkimin, hükümde göstermek zorunda olduğu tüm konular hakkında mevcut delillerden yola çıkarak bir oluş ve sonuç çıkarmaya yönelik yaptığı zihinsel bir faaliyettir. Bu ifadeden de anlaşıldığı üzere delil değerlendirmesi sadece hakim tarafından yapılacak ve onun zihninde gerçekleşecektir. Ancak hakimin bunu gerekçede ortaya koyması ve anlaşılır kılması gerekir. Değerlendirmenin merkezinde olay hakimi, olay, deliller ve zihni faaliyet vardır[2].

---

gereğince Ceza muhakemesinde hukuka uygun olmak kaydıyla her şey delildir. Delillerin ispat kabiliyeti ve gücü önceden belirlenemez…. CMK'nın 225/1. maddesiyle hükmün konusuna getirilen sınırlandırma, "ancak iddianamede gösterilen fiil ve faile" ilişkindir. Suçun ispatında esas alınacak delilleri takdir bakımından CMK'nın 217. maddesinde gösterilen koşullar ise, delillerin duruşmaya getirilip mahkeme huzurunda tartışılması ve hukuka uygun şekilde elde edilmiş olmasından ibarettir." Bkz. Y.9.CD, 17.03.2014, 2013/15382- 2014/2802.

"*Ceza yargılamasında kanıt serbestliği ilkesi başlığı altında toplayabileceğimiz ve yasanın gerekçesinde açıklanan temel prensiplere göre; a) her şeyin kanıt olabileceği, b) ilgililerin kanıt ileri sürebilecekleri, c) hakimin kendiliğinden kanıt araştırabileceği (hatta zorunlu olarak araştırması gerektiği), d) kanıt ileri sürmede zaman kısıtlaması olamayacağı, e) kanıtlama külfetinin sanığa yüklenemeyeceği, f) kanıt değerlendirmede hakimi bağlayan üstün kanıtın söz konusu olmayıp, hakimin tüm kanıtları serbestçe değerlendireceği (vicdani kanaat), ceza yargılamasının temel ilkeleridir. Bu ilkelerin birinden dahi vazgeçmek, ceza yargılamasının temel felsefe ve yapısına aykırı davranmak anlamını taşır.*" Bkz. YCGK, 8.4.1991, 81/111, YKD, Ocak 1992, s.117 vd.

[2] **GEDİK**, S.267.

Ceza muhakemesinin konusu, geçmişte kalan (daha doğrusu işlendiği iddia edilen) olaydır. Olayın geçmişte işlenmesi, özel hukuka konu uyuşmazlıklardan farklı olarak önceden ispat araçlarının hazırlanmamış ve suçun çoğu zaman gizlilik içinde işlenmiş olması gibi nedenler, ceza muhakemesinde ispatı son derece güçleştirmektedir. Yine, ceza muhakemesinde adeta delilsiz adım atılamaması, ispat araçlarına ulaşabilme bakımından ceza mahkemesini diğer bazı muhakeme alanlarına göre daha özgür olmaya sevketmektedir. Diğer yandan, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılıyor olması, vereceği kararın sorumluluğunu üstlenecek olan yargılama makamının delilleri serbestçe değerlendirmesini zorunlu kılmaktadır. Böylece hakim, kendisini gerçeğe götürecek yolda serbestçe yürüyebilecektir[3].

Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi, mahkemenin veya hâkimin duruşmada irat ve ikame edilen ispat araçlarının bütününden bizzat edindiği kişisel kanaate göre özgürce hüküm kurması anlamına gelir[4]. Hâkim yargılamaya getirilen bütün delilleri, hiçbir sınırlamaya tabi olmadan serbestçe değerlendirebilecek ve hükme esas alabilecektir[5]. Söz konusu serbestlik, hâkimin ispata ilişkin değerlendirmesinde arzu ettiği veya tercih ettiği herhangi bir şekilde keyfî davranabileceğini değil, kanun koyucu da dahil kimseden emir almadan, herhangi bir sınırlamaya tâbi olmadan özgür iradesiyle değerlendirme yapacağını ifade etmektedir[6]. Delillerin ispat kabiliyeti ve gücü önceden belirlenemez. Hiçbir delil hâkimi bağlamaz. Ancak hâkim, açıkça ve

---

[3] **ŞAHİN**, Cumhur, Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruyalığı İlkesi), 2001 Ankara, s.47; **ŞAHİN,** Cumhur/**GÖKTÜRK,** Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, II, 6. Baskı, 2017 Ankara, s.26 vd.

[4] **ÜNVER**, Yener, Ceza Muhakemesinde ispat, CMK ve Uygulamamız, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, 2006 Aralık, s.106.

"*CMK, gerçeğe ulaşmak bakımından delillerin serbestliği ilkesini benimsemiş, suçun varlığı ve sanığın sorumluluğunun, kanunun ayrıca hüküm koyduğu haller dışında her türlü delille saptanabileceğini kabul etmiştir". Bkz. YCGK, 3.7.2007, 2007/5-23, 2007/167.*

"Ceza Muhakemesinde her şey delil olabilmektedir. Hakim delili serbestçe tayin edebilir. Hakimin hem delil hem de delil değerlendirme serbestisi de "vicdani delil" sistemi olarak adlandırılır". Bkz. Y.6.CD, 21/03/2017, 2014/13246-2017/763.

[5] **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 619; **YURTCAN,** Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, 2007 İstanbul, **s**.61; **CENTEL/ZAFER**, s.759 vd.; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE,** s.90-91; **ÜNVER/HAKERİ**, s.61 vd.; **FEYZİOĞLU,** s.240 vd.; **YILDIZ**, İspat, s.142 vd.

[6] **ŞENOL**, s.37.

somut verilere dayanarak hangi delile neden itibar ettiğini, neden itibar etmediğini açıklamak ve gerekçesiyle izah etmek zorundadır[7].

5271 sayılı CMK'nın 217/1. maddesinde bu ilke, "*hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanı kanaatiyle serbestçe takdir edilir*" denilerek açıkça vurgulanmıştır. Böylece delillerin takdiri, bizzat hakim tarafından ve sadece duruşmada ortaya konmuş deliller bakımından olabilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, "*yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir"* denilmek suretiyle hukuka uygun olmak şartıyla her şeyin delil olabileceğine, yani "*delil serbestisi*"ne işaret edilmiştir. Kanun bu düzenlemeyle, yargılama makamının kanaat edinme sürecinin çerçevesini de ortaya koymuş bulunmaktadır[8].

Duruşmanın yürüyüşü ile irtibatlı olarak duruşma tutanaklarının ispat gücü (CMK m.222), çekinme hakkı olan tanığın bu hakkını sonradan kullanması halinde, beyanının delil olarak kullanılamaması (CMK m.210/2) ve delil yasakları (CMK m.217/2, 148) gibi CMK'daki istisnalar ile Tanık Koruma Kanunu'nun sadece gizli tanık beyanıyla hüküm kurulamayacağına dair hükmü (m.9/8) dışında, CMK'da delilin değeri hakkında olumlu veya olumsuz açık bir hüküm bulunmamaktadır. Soyut olarak her delil eşit değerdedir. Önemli olan delilin güvenirliği ve sağlamlığıdır[9]. Bu ilke gereğince hâkim öncelikle delillerin güvenirliği, doğruluğu, hukuka uygunluğu ve delillerin diğer (örneğin kolektif olmaları, olayı temsil etmeleri, bilim ve fenne uygun olmaları vs.) özelliklerinin var olup olmadığını serbestçe araştırır ve sonunda delilin olayı ispat edip etmediğini serbestçe değerlendirir.

Hakimin delilleri değerlendirmekte serbest olması, keyfi davranabileceği anlamına gelmez. Bu sistemin keyfiliğe karşı en önemli güvencesi, hâkimin

---

7 **CENTEL/ZAFER**, s.645.

8 **ŞAHİN/GÖKTÜRK**, s.28; **ŞAHİN**, s.47. "*Ceza yargılamasının amacı, maddi gerçeğe insan onuruna yaraşır biçimde ulaşmaktır. Bu nedenle suçun varlığı ve sanığın sorumluluğu, hukuka uygun olarak elde edilmiş olmak kaydıyla her türlü delille ispat edilebilir. Ancak çelişmeli yargılamanın gereği olarak kararın temelini oluşturan vicdani kanının, mahkeme huzuruna getirilip tartışılmış delillere dayandırılması esastır. (5271 sayılı CMK'nın 217. maddesi) Bu delillerin hukuka uygun olarak elde edilmesi, gerçekçi ve akılcı olması, maddi vakıayı temsil etmesi ve kanıtlamaya yeterli olması aranmalıdır*". Bkz. Y. 16. CD, 06.02.2019, 2018/3296- 2019/606.

9 **ŞAHİN**, s.46; **ŞAHİN/GÖKTÜRK**, s.27-28.

açıkça ve somut verilere dayalı olarak hangi delile neden inanıp neden inanmadığını gerekçesiyle ortaya koyması zorunluluğudur. Bu şekilde delilleri serbestçe değerlendirecek olan hakim, hangi delile hangi nedenle itibar ettiğini tecrübe kuralları ve akıl yürütme kurallarından faydalanarak mantıklı bir şekilde gerekçelendirmek zorundadır[10]. Bu zorunluluk hem Anayasamızın 141/3. maddesinde "*bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır"* denmek suretiyle ve hem de CMK'nın 34/1. maddesinde "*hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dâhil, gerekçeli olarak yazılır*" hükmü ile açıkça belirtilmiştir[11]. CMK'nın 230. maddesi hükmü gereğince, mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde, iddia ve savunmada ileri sürülen görüşlerin yanı sıra delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca

---

[10] **FEYZİOĞLU**, s. 240 vd. "*Ceza muhakemesi hukuku açısından serbest delil ve vicdani ispat sistemi geçerlidir. Genel bir ifadeyle delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi serbestliğini ifade eden bu sistem, eylemi yargılayan hakimlerin hukuka uygun şekilde elde edilen her türlü delili kullanarak ispata ulaşmasını, sanığın aleyhine olduğu gibi lehe delilleri de araştırıp değerlendirerek, kuşkudan arınmış bir sonuca ulaşması gerekir. Delil takdirindeki serbesti, keyfilik olarak algılanmamalı, akla, mantığa ve bilimsel kurallara aykırı olarak değerlendirilmemelidir."* Bkz. Y. 16. CD, 16.04.2018, 2018/4- 2018/1470.

[11] "*Gerekçe; hükmün dayanaklarının akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun açıklamasıdır. Gerekçe, dosyadaki bilgi ve belgelerin yerinde değerlendirildiğini gösterir biçimde "denetime elverişli", yeterli ve yasal olmalıdır. Bir hüküm, sorun, gerekçe ve sonuç kısımlarından oluşmalı, gerekçede suçun yasal unsurları başta olmak üzere sabit ve muhakkak sayılan olaylar ve eğer kanıt başka olaylardan çıkarılmışsa bunlar gösterilmeli, hangi kanıtlara neden itibar edildiği, hangilerinin geçersiz sayıldığı vurgulanıp, ortaya konulmalıdır. İddia, savunma ve kanıtlar "denetime elverişli biçimde" değerlendirilip, ortaya konulmadan tarafların iddia ve savunma anlatımları yazılmasıyla yetinilerek, "gerekçesiz" hüküm kurulması suretiyle Anayasanın 141/3. CMK'nın 34 ve 230 maddelerine aykırı davranılması, bozmayı gerektirmiştir.*" Bkz. Y.15. CD, 24.11.2016, 2014/9639- 2016/8970. *"...kararın dayandığı tüm kanıtların, bu kanıtlara göre ulaşılan sonuçların, iddia, savunma, tanık anlatımları ve dosyadaki diğer belgelere ilişkin değerlendirmeler ile sanığın eyleminin ve yüklenen suçun unsurlarının nelerden ibaret olduğunun, hangi gerekçeyle hangi delilere üstünlük tanındığının açık olarak gerekçeye yansıtılması ve bu şekilde cezanın şahsileştirilmesi gerekirken, açıklanan ilkelere uyulmadan, Anayasanın 141 ve 5271 sayılı CMK'nın 34,223 ve 230. maddelerine aykırı davranılarak hükmün gerekçesiz bırakılması, yasaya aykırı*dır." Bkz. Y. 4. CD, 30/11/2016, 2014/12506-2016/14770.

ve açıkça gösterilmesi, ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi gerekmektedir[12].

II. DELİL DEĞERLENDİRME SERBESTLİĞİNİN UNSURLARI

A. Delil Olma Niteliklerini Taşıyan İspat Aracının Bulunması

Genel olarak yargılama konusu olayın açıklığa kavuşturulması, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için kullanılan araçlara *delil* denmektedir. Deliller yargılamada ispat aracı olup olayın belirlenmesine yarar[13]. Ceza muhakemesinde maddi gerçek arandığından, delillerin serbestliği ilkesi gereğince hakime gerçeği gösterecek her şey delil olabilir. Bu nedenle denilebilir ki ceza muhakemesinde kural olarak, "*her şey her şey ile ispat olunabilir*". Bununla birlikte, delillerin serbestliği ilkesi sınırsız değildir. Ceza muhakemesinde vicdani delil sistemi ve onun uzantısı delillerin serbestliği ilkesinin geçerli olması, hiçbir özellik ya da nitelik aranmaksızın her türlü bulgunun hüküm kurmada esas alınacağı anlamına gelmez[14]. Ceza muhakemesinde bir ispat aracının delil olarak kullanılabilmesi için bazı özelliklere sahip olması gerekir. Bu-

---

12 "*Dairemizce de benimsenin Yargıtay CGK'nın 25.01.2011 tarihli 2010/7-192 E. 2011/01 K. sayılı ve benzer nitelikteki diğer kararlarında belirtildiği üzere; Karar sorun/iddia, gerekçe ve sonuç bölümlerinden oluşmaktadır. Gerekçe kısmında, delillerle sonuç arasındaki bağ yani neden bu sonuca ulaşıldığı anlatılmalı ve hukuki nitelendirmeye yer verilmelidir. Gerekçe, hükmün dayanaklarının akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun açıklaması olduğuna göre dosyadaki bilgi ve belgelerin yerinde değerlendirildiğini gösterir biçimde geçerli ve yasal olmalıdır. Yeterli ve yasal bir gerekçeye dayanılmadan karar verilmesi yasa koyucunun amacına uygun düşmeyeceği gibi uygulamada da keyfiliğe yol açacaktır. Keyfiliği önlemek, tarafları tatmin etmek ve yargısal denetimin yapılmasına kolaylık sağlamak için hükmün gerekçeli olması gerekir. Hükmün mantıksal dayanağını oluşturan gerekçe, somut olaya, akla, mantığa, bilimsel görüşlere ve yargısal içtihatlara dayalı olmalıdır. Bu özellikleri taşıyan bir gerekçe, kararların daha isabetli verilmesini sağlar, tarafları tatmin eder, yasa yolu aşamasında kararların denetimine olanak sağlar, ayrıca bilimsel ve içtihat hukukunun gelişmesine olanak tanır*." Bkz. Y. 16. CD, 21/04/2016, 2015/4672-2016/2330.

13 **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU**, s,617. **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE,** s.693; **ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM,** s.297; **ÜNVER/HAKERİ**, s.562 vd; **CENTEL/ZAFER,** s.232 vd.; **BİRTEK**, s.18; **GEDİK**, s.42 vd.; **AYDIN**, s.37 vd. "*Delil; ceza muhakemesinin konusu olan olayda maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla kullanılan ispat aracı olup ceza muhakemesi hukukunda "delil serbestisi" ilkesi gereği akılcı ve gerçekçi olmak ve hukuka aykırı bulunmamak şartıyla her beyan, belge veya belirti, delil olarak kabul edilebilecektir."* Bkz. YCGK, 11.03.2014, 2012/3-909, 2014/121.

14 **BİRTEK,** s.43.

gün ceza yargılamasında delil olabilecek vasıtaların; *"gerçekçi olması", "akla uygun olması", "olayı temsil edici olması", "ispat bakımından önemli olması", "hukuka uygun olması" ve "müşterek olması"* gerektiği kabul edilmektedir[15]. Nitekim Ceza Genel Kurulu da, "*gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır*"[16] demek suretiyle buna işaret etmiştir. Bu özelliklere sahip olmayan ispat vasıtalarının hakim tarafından ya duruşmada ortaya konulmaları reddedilecek ya da ortaya konulsalar bile hükme dayanak yapılmaları söz konusu olmayacaktır.

Bir delilde bulunması gereken en önemli özellik de onun "*hukuka uygun olmasıdır*[17]*"*. Gerçekten de 5271 sayılı CMK'nın 217/2.maddesindeki, "*yük-*

---

[15] "*Dosya kapsamında, sanık tarafından da doğrulandığı üzere olaydan önce sanıkla birbirlerini tanımayan katılanın, sanığa iftira edip, suç atması için herhangi bir nedenin bulunmadığı da nazara alındığında, bir yandan katılanın iddialarının bir kısmına itibar edilerek kasten öldürme suçuna teşebbüs eylemin sanık tarafından gerçekleştirildiği kabul edilirken, diğer taraftan bir kısmına itibar edilmeyerek eylemin yağma suçunun işlenmesi amacıyla gerçekleştirildiğinin kabul edilmemesi ve bunun "tarafların söylemediği ve bilinmeyen bir nedene" dayandırılması açıkça çelişki oluşturduğu gibi, delillerin takdirinde de hatalı değerlendirme niteliğindedir. Zira, hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş, akla, bilime ve mantığa uygun, inandırıcı nitelikteki delillerle hüküm kurulması yerine, sanık tarafından bile ileri sürülmeyen varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması ceza muhakemesinin amacına aykırıdır.*" Bkz. YCGK, 05.11.2013, 2013/1-95 -2013/434.

"*Cumhuriyet Savcısı iddiasını ispatlayacak delilleri kendi açısından açıklığa kavuşturmaya çalışarak iddianameyle mahkemeye sunmak zorundadır. Delillerin ortaya konduğu evre bakımından takdir yetkisi kullanılırken oynadığı rol açısından farklılıklar bulunmaktadır. Delillerin serbest değerlendirilmesi asıl olarak duruşma aşamasında hüküm verecek olan hakim tarafından yapılmaktadır. Delilin, delil olması için olayı temsil etmesi, akla, maddi gerçeğe, hukuka uygun olması gerekir. Ayrıca bunun hayatın olağan akışı, ihbarla uyumu ve bunu her aşamada sanığın ısrarlı ve birbiriyle tutarlı savunmaları, tarafsız tanık beyanları ile kişisel durumları, suçun konusu göz önünde tutularak varsa bilimsel delil ortaya konularak belirlenir.*" Y. 6. CD, 02/05/2011, 2007/6588- 2011/63619.

[16] YCGK, 19.04.1993, 6-79/108, YKD Ekim 1993, s. 1564 vd.

[17] Bugün ceza yargılamasında delil olabilecek vasıtaların; *"gerçekçi olması", "akla uygun olması", "olayı temsil edici olması", "ispat bakımından önemli olması", "hukuka uygun olması" ve "müşterek olması"* gerektiği kabul edilmektedir. Delilde bulunması gereken özellikler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **GEDİK**, s.45 vd.; **KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU**, s.620 vd.; **CENTEL/ZAFER,** s.235 vd.; **KOCA**, s.212; **ÜNVER/HAKERİ,** s.563; **ŞAHİN/GÖKTÜRK**, s.28 vd.; **YILDIZ**, İspat, s.160 vd.; **BİRTEK**, s.43 vd; **AYDIN**, s.47 vd. Nitekim Ceza Genel Kurulu "*gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıt-*

lenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" şeklindeki düzenleme gereğince bir ispat aracının delil olarak kabul edilmesi için taşıması gereken niteliklerden biri de hukuk düzeninin öngördüğü şekilde elde edilmiş olmasıdır. Dolayısıyla bir şeyin delil olarak kabul edilmesi için hukuka uygun olarak elde edilmiş olması gerekir[18]. Her sanık kural olarak sadece hukuka uygun yollarla elde edilmiş delillere dayanılmak suretiyle mahkum edilebilir[19].

B. Delilin Duruşmaya Getirilmiş ve Tartışılmış Olması

5271 sayılı CMK'nın 217/1. maddesine göre de "*Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurda tartışılmış delillere dayandırabilir".* Bu hüküm gereğince hâkim, ancak *duruşmaya getirilmiş* ve huzurunda *tartışılmış*

---

lardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır" demek suretiyle buna işaret etmiştir. Bkz. YCGK, 19.04.1993, 6-79/108, YKD Ekim 1993, s. 1564 vd.

Yargıtay 16.CD'ne göre de *"maddenin ikinci fıkrasına göre, ceza yargılamasında kural her şeyin delil olabilmesidir. Ancak, yine de delillerde kimi özellikler aranmaktadır. Bunlar,*

-Deliller hukuka uygun olarak elde edilmelidir. Hukuka aykırı elde edilen deliller hükme esas alınamazlar. CMK'nın 217. maddesinde yüklenen suçun ancak hukuka uygun delillerle ispat edilebileceği öngörülmüştür.

-Delillerin, ispat açısından önemli olması gerekir. İspat açısından bir yararı ya da etkisi yoksa delil olamaz.

-Ortaya konulması istenen delilin davayı uzatmak maksadıyla bildirilmemesi gerekir. Sadece davayı uzatmak maksadıyla yapılmışsa, isteğin reddi gerekir.

Deliller gerçekçi olmalıdır, beş duyu organıyla öğrenilmelidir. Tanık beyanı, bilirkişi raporu dış dünya ile ilgili olmakla delil niteliğindedir. Ancak dış dünya ilgili olmayan hayali şeyler ya da afaki varsayımlar veya çıkarımlar delil olmazlar.

Delillerin akılcı olması şarttır. Olayla ilgisi olmayan şeyler delil olamaz. Hakimlerin kişisel bilgi ve kanaati delil olmaz. Kişisel bilginin delil olabilmesi için hakim değil tanık olması gerekir. Delili yalnızca Cumhuriyet savcısı ya da hakimin öğrenmesi yeterli olmayıp tarafların da öğrenip tartışması zorunludur". Bkz. Y. 16. CD, 21/04/2016, 2015/4672-2016/2330.

[18] **ŞENOL**, s.62-63. "*…Anılan kanunun 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde; ortaya konulmak istenen delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması halinde reddolunacağı ifade edilerek, hukuka uygun olarak elde edilmeyen delillerin ispat aracı olarak kabul edilmeyeceği ve hükme esas alınmayacağı açıklanmıştır*." Bkz. YCGK, 25.11.2014, 2014/8-166,2014/514.

[19] **KARAKEHYA**, s.259.

delillere dayanarak hüküm verebilir[20]. Dolayısıyla yargılamayı yapan hakim, yargılamanın akışı içerisinde, bir kanıya ulaşmasını sağlayan olguları, duruşmadan edinmek zorundadır. Bu zorunluluktan dolayı yargıcın görevi, duruşmada olayın aydınlatılması için sunulan her türlü delili gözetmek, duruşmada tartışılmamış olanını ise hükme temel almamaktır[21]. Bu demektir ki hakimin vicdani kanaati, duruşmanın sonunda yoktan var olmaz; duruşma sürecinde oluşmaya, şekillenmeye başlar ve duruşmanın sonunda kesinleşir[22].

CMK m. 217/1 hükmü karşısında duruşmada ileri sürülmeyen ve tartışılmayan bir delile dayanılarak hüküm verilmesi yasaya aykırı olacaktır. Bu nedenle soruşturma aşamasında toplanan delillerin kovuşturma aşamasında da duruşmaya getirilerek yeniden ele alınıp tartışılması zorunludur[23]. Öte yandan

---

[20] **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU**, s.597; **BİRTEK**, s.63 -64 vd. "*5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası`nın 217/1. maddesine göre; yargıç (hakim) kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve mahkeme/yargıç huzurunda tartışılmış kanıtlara (delillere) dayandırabilir. Aynı Yasa`nın 210/2. maddesine göre ise; tanıklıktan çekinebilecek olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz. Olayda, yasal olarak tanıklıktan çekinme hakkı olan sanığın kızı tanık Ayşe, soruşturma evresinde çekinme hakkını kullanmadığı için, tanık olarak dinlenmiştir. Kovuşturma evresinde ise, duruşmada tanıklıktan çekindiğinden tanık olarak dinlenmemiş ve önceki ifadesi de okunmamıştır. Duruşmada tanıklıktan çekindiği için, önceki ifadesine ilişkin tutanak 5271 sayılı CYY.`nin 210/2. maddesinin emredici kuralı uyarınca okunamadığı ve böylece bu tanığın önceki ifadesi kanıt (delil) olarak duruşmaya getirilip mahkeme/yargıç önünde tartışılmadığı halde, tanık Ayşe`nin ifadesine dayanılarak sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi suretiyle 5271 sayılı CYY.`nin 217/1. maddesine aykırı davranılması…*" Bkz. Y.2.CD, 29.04.2009, E.2008/22254, K.2009/20945.

"*Kovuşturma aşamasında yöntemine uygun biçimde dinlenmediği halde, kolluk tarafından soruşturma aşamasında "gizli tanık" olarak dinlenen muhbirlerin beyanlarının hükme esas alınamayacağı dikkate alınarak, mevcut diğer delillere göre sanık Ürfi`nin hukuki durumunun belirlenmesi gerekir*." Bkz. Y. 10. CD, 27.03.2008, 2007/25667, 2008/4879.

[21] **ÇINAR**, s.39-40. *"...kovuşturma aşamasında dinlenilmeyen tanık beyanlarının hükme esas alınması suretiyle CMK 217/1 ve devamı maddelerine aykırı davranılması*". Bkz. Y.16.CD, 24.01.2019, 2018/4166- 2019/419.

"*5271 sayılı CMK'nun 217. maddesinin "Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir." şeklindeki hükmü dikkate alınmadan, mahkemece usulüne uygun olarak beyanları alınmamış olan B.K., C.M.... dolaylı olarak anlatımına yer verdiği E. Yılmaz'ın ifadelerinin hükme esas alınması suretiyle aynı Kanun'un 201, 215 ve 217. maddelerine aykırı davranılması…*" Bkz. Y. 5. CD, 16/03/2017, 2016/2105-2017/964.

[22] **FEYZİOĞLU**, s.173 vd.

[23] **YURTCAN**, s.436.

söz konusu hüküm kolektiflik ilkesinin yanı sıra yargılamayı yapan hakimin olay hakkındaki kanaatini şekillendirme süreci ile ilgili olan bir ilkeyi de düzenlemektedir. Vasıtasızlık ilkesi olarak da adlandırılan "*delillerin doğrudan doğrulayalığı ilkesi",* yargılamada gerçek araştırılırken araya hiçbir araç girmeden delillerle bizzat temasa geçilmesini ifade etmektedir[24]. Delillerle hâkim veya mahkeme arasında bir vasıta bulunduğu takdirde edinilen kanaat da dolaylı olacaktır. Bu nedenle araya vasıta koymadan hâkimin duruşmada doğrudan doğruya kanaat edinmesi, ilke olarak kabul edilmiştir. Bu ilke gereğince yargılamayı yapan hâkim veya mahkeme; delil, sözlü ise dinleyecek, yazılı ise okuyacak, eşya veya iz şeklinde ise görecektir. Ancak bu şekilde elde edilen ve değerlendirilen deliller hükme esas alınabilecektir[25]. Böylece

---

[24] **ŞAHİN**, s.26 vd.; **YURTCAN**, s.60, 61; **ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM**, s.147 vd.; **KARAKEHYA**, s.505; **AYDIN**, s.144; **BİRTEK**, s.472 vd. "*Sağlıklı bir vicdani kanı yargısının oluşabilmesi için, duruşmanın temel ilkeleri doğrultusunda, kanıt kaynaklarıyla yüzyüzelik ve doğrudanlık kuralları uyarınca ilişki kurulmak, sözlülük kuralı gereğince de tanıklar duruşma yapan yargıçlarca bizzat dinlenmek, duruşmada edinilen izlenimlere göre hüküm kurulmak zorunludur. Eğer dolaylı kanıt niteliğinde bulunan ve yalnızca tanık anlatımlarını yansıtan tutanaklarla yetinilirse, kanıtlarla doğrudan ilişki kurmayan ve sözlü olarak onları dinlemeyen yargıcın vicdani kanısına göre hüküm kurulmuş olacaktır ve buda hukuken yeterli olmayacaktır*." Bkz. Y. 4. CD, 25.01.1996, 1995/8314, 1996/576, Gedik, s.29, dn.99)*;*

"*Temel amacı "maddi gerçeğin araştırılması" olan ceza yargılamasında, "duruşmanın doğrudan doğruyalığı" ilkesinin bir gereği olarak, hükmü verecek olan mahkemenin, sanık, şikâyetçi, tanık ve diğer delillerle bire bir karşı karşıya gelmesi, onlarla doğrudan temasa geçmesi gerektiği ve 5271 sayılı CMK'nin 235/4. maddesi uyarınca şikâyetçinin beyanının alınmasının zorunlu olduğu hallerde aynı maddenin (3). fıkrasının uygulanmayacağı gözetilmeksizin, şikayetçinin de dinlenmesi suretiyle sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, şikayetçi dinlenmeden eksik inceleme ile hüküm kurulması…"* Y. 3. CD, 28.11.2013, 2012/31423- 2013/43073.

[25] **ŞAHİN**, s.26 vd.; **GEDİK**, s.29. "*Ceza muhakemesi hukukumuzda duruşmanın doğrudan doğruyalığı (yüz yüzelik) ve sözlülük ilkeleri esas alınmış olup, hüküm verecek olan mahkeme hâkimi sanık, tanık ve olayın tüm delilleri ile birebir karşı karşıya gelecektir. Böylece, belirtilen ilkeler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan "adil yargılama" hakkının temel gerekleri ve CMK'nın 217. maddesi uyarınca hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilecektir*." Bkz. YCGK, 20.12.2018, 2018/16-419 2018/661.

"*Ceza muhakemesi hukukumuzda duruşmanın doğrudan doğruyalığı (yüz yüzelik) ve sözlülük ilkeleri esas alınmış olup, hüküm verecek olan mahkeme hakimi sanık, tanık ve olayın tüm delilleri ile birebir karşı karşıya gelecek, herhangi bir vasıta olmadan örneğin beyan delilini dinleyecek ve belge delilini okuyacaktır. Böylece, belirtilen ilkeler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan "adil yargılama" hakkının temel gerekleri ve CMK'nun 217. maddesi uyarınca hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilecektir. Bu nedenle kural olarak sanık, tanık ya da bilirkişiler mahkeme huzurunda dinlenecek ve daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçmeyecektir*." Bkz. YCGK, 18.02.2014, 2013/4-242 2014/79.

delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi ile delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır[26].

C. Hakimin Delil Değerlendirmekte ve Vicdani Kanaatini Oluşturmakta Serbest Olması

Mehaz Kanun olarak nitelendirebilecek Alman CMK m. 261'de *"delillerin belirlenmesi süreci neticesinde mahkeme özgürce/bağımsız olarak duruşmada elde ettiği kanaatine göre karar verir*" şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir. Öğreti ve Federal Mahkemeye göre bu düzenlemeyle hakimin "*kişisel kanaati*" ile "*delillerin serbestçe değerlendirilmesi*"ne vurgu yapılmıştır[27]. 5271 sayılı CMK da 217/1. maddesinde "…*Bu deliller hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir"* şeklinde hükme yer vererek, hakimin duruşmada ortaya konan ve tartışılan delilleri vicdani kanaatine göre değerlendirmekte serbestisini düzenlemiştir. Burada serbestlik, hâkimin ispata ilişkin değerlendirmesinde arzu ettiği veya tercih ettiği herhangi bir şekilde keyfî davranabileceğini değil, kanun koyucu da dâhil kimseden emir almadan, herhangi bir sınırlamaya tâbi olmadan özgür iradesiyle değerlendirme yapacağını ifade etmektedir[28]. Bu noktada ilkenin anlamı, hakimin delilleri değerlendirirken belli bir kural ile bağlı olmaması, *vicdanıyla değerlendirmekte serbest/özgür olmasıdır*[29].

Delil serbestîsi, hukuka uygun olmak kaydıyla ceza yargılamasında her şeyin delil olabileceği esasına dayanmaktadır. Bu nedenle, olayı temsil eden delillerin nelerden ibaret olduğunun önceden kanunda sayılarak sınırlandırılması söz konusu olamaz. Delillerin serbestliği geçerlidir. Kanun deliler arasında ispat değeri açısından bir hiyerarşi getiremeyeceği gibi hakimin hükmünü hangi delile dayandıracağını da sınırlayamaz[30].

---

[26] **ŞAHİN**, s.46.
[27] **DOĞAN**, s.334.
[28] **ŞENOL**, s.33.
[29] **YERDELEN**, Erdal, Hükmün Gerekçesi, 2016 Ankara, s.212.
[30] **AYDIN**, s.147; **ŞENOL**, s.30; **YILDIZ**, s.139-140; **DOĞAN**, s.239.

Öte yandan kanuni ispat sisteminin olumsuz sonuçlarını gidermek amacıyla ortaya çıkan bir sistem olan vicdani delil sisteminde, belirli olayların belirli delillerle ispatlanması yerine, her olayın her delille ispat edilebilmesi kabul edilmiştir. Suçluluğun hangi tür delille ve ne kadar sayı ile ispatlanacağı kanuni bir düzenlemeye bağlanmamış, bu husus hakimin takdirine bırakılmıştır[31].

Delillerin ispat gücü önceden belirlenmediğinden, hâkim, delillerin somut olaydaki ispat değerini, kanuni bir sınırlamaya tabi olmaksızın serbestçe takdir eder[32]. Gerçekten de vicdani delil sisteminin özünde delillerin somut olayın ispatı bakımından değerini hakimin takdir edecek olması yatar. Hukuka uygun yollarla elde edilen ve duruşmada ortaya konularak tartışılmış olan delili, hakim, vicdanında değerlendirmeye alacak ve delilin olayı yansıtıp yansıtmadığına karar verecektir. Olay hâkimi, duruşmada ortaya konulup tartışılmış olan delillerden bazılarına daha üstün değer vermek bazılarına ise hiç değer vermemek imkânına da sahiptir. Yine bir olayın veya olgunun belirli sayıda delillerle ispat edilmesine dair bir kural da olmadığından herhangi bir konuyu tek bir delille de ispat edilmiş sayabilir[33].

III. DELİL DEĞERLENDİRME SERBESTLİĞİNİ SINIRLAYICI DURUMLAR

Yargılamayı yapan hakimin, delil değerlendirmesinde mantıkla çelişki içinde bulunmaması gerekir. Örneğin, çelişkili olan tanık anlatımlarının uyumluymuş gibi değerlendirilmesi gibi. Delil değerlendirmesinde mantık kuralları, bir hukuk normunun somutlaştırılmasına değil de, olay hakiminin somut olaya ilişkin kanaate varışına hizmet etmektedirler. Olay hakimi keyfi olarak değil, fakat akılcıl, düşünsel olarak denetlenebilen bir yolla kanaatine varmalıdır[34].

---

31 **KARAKEHYA**, s.199; **ÜNVER/HAKERİ**, s.595.

32 **ŞENOL**, s.30. "*Tanığın beyanının delil değerini belirlemek, açıklık, sözlülük, yüzyüzelik ve doğrudanlık ilkeleri çerçevesinde duruşma yaparak bunun sonucunda oluşan vicdanı kanaatine göre hüküm veren ilk derece yargılamasını yürüten hakiminin takdirindedir."* YCGK, 21.01.2014, 2013/4-792, 2014/17.

33 **CENTEL/ZAFER**, s. 704; **KOCA**, s. 209. Ayrıca Alman hukukundaki yaklaşım için bkz. **YERDELEN**, s. 212 vd.

34 **KESKİN,** Serap, Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, 1997 İstanbul, s.83; ayrıca **WALTER**, Tonio, Ceza Muhakemesinde İspat Yükü (Çeviren Koray Doğan), Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Ceza Hukuk Serisi 15, 2014 Ankara, s.544.

Dolayısıyla hâkim, delilleri serbestçe değerlendirirken hiçbir şekilde keyfi davranamaz; asılsız telkinleri, kendisine fısıldayan iç sesini takip edemez. Hangi delile hangi nedenle itibar ettiğini tecrübe kuralları ve akıl yürütme kurallarından faydalanarak mantıklı[35] bir şekilde gerekçelendirmek zorundadır[36].

Hakim, doğa ve fizik yasalarını da delillerin değerlendirmesinde dikkate almak zorundadır. Hakimin olgu saptamalarının bu yasaların sabit bilgilerine aykırı olması, hukukun doğru uygulanmadığını gösterir[37].

SONUÇ

Maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlayan ceza muhakemesinde ispat denilen temel bir faaliyet yürütülmekte ve bu faaliyet bağlamında, ispat aracı olan delillerin elde edilmesi, ortaya konulması, tartışılması ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Ceza muhakemesinde olayın geçmişte yaşanmış olması, önceden delil hazırlanamaması ve olayın da çoğu zaman gizlilik içinde gerçekleştirilmiş olması gibi nedenler, ceza muhakemesinde ispatı son derece güçleştirmektedir. Öte yandan ceza muhakemesinde delilsiz adım atılamaması, delil olmaksızın ispattan söz edilememesi ve dolayısıyla maddi gerçeğe ulaşılamaması gibi nedenler, delil kabul etme ve bunları değerlendirip vicdani kanaat oluşturmada ceza hakiminin, diğer hukuk alanlarındaki hakime göre daha özgür olmasını gerektirmektedir.

Vicdani delil sistemi gereğince hakimin ispat araçlarından neleri delil olarak kabul edeceği, bunlardan hangilerini hükme esas alacağı ve kanaatini nasıl oluşturacağı hususlarında serbest/özgür olması, keyfilik veya sınırsızlık anlamına gelmediğini de belirtmemiz gerekir. CMK 217.madde bir yandan hakimin delil

---

35 "*Ceza yargılamasının amacı, hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek, akla uygun ve realist, olayın bütününü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır, yoksa; birtakım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır.*" YCGK 19.4.1993, 6-79/108, **GEDİK,** s.283, dn.733**.)**

36 **FEYZİOĞLU**, s. 243; **WALTER**, s.544; **ÜNVER/HAKERİ**, s.596.

37 **KESKİN**, s.69-70.

değerlendirme serbestliğini düzenlerken, aynı zamanda bu serbestinin çerçevesini de göstermektedir. Öncelikle hükme esas alınacak ispat aracı başta hukuka uygunluk olmak üzere delil olma vasıflarını taşımalı, duruşmada ortaya konulmalı ve tartışılmalıdır. Belli hususların belli delillerle ispatı zorunlu olmadığı gibi, hakim, delil olarak ileri sürülen hususların delil olabilme yani ispat değerini vicdani kanaatiyle serbestçe takdir eder.

Hakim, ceza uyuşmazlığının maddi bölümüne ilişkin ispat faaliyeti kapsamında suç teşkil eden bir fiilin işlenip işlenmediğinin tespitine yönelik olarak delillere başvurulmakta ve vicdani kanaatine göre karar vermektedir. Bu bağlamda ispatı gereken olaya ilişkin kanaati oluşturmaya hizmet edecek her şeyi ispat aracı olarak kullanabilecektir. Bununla birlikte günümüz ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ne pahasına olursa olsun anlayışı kabul görmemektedir. Bu anlayış doğrultusunda ceza muhakemesinde ispat aracı olan delillerin bazı özelliklere sahip olması aranmaktadır. Yine mevzuatımızda serbestlik ilkesini sınırlayan çeşitli hükümlere yer verildiği gibi mantık kuralları, bilim ve doğa yasaları da delil değerlendirmesini sınırlayıcı bir işlev görmektedirler. Dolayısıyla hakimin duruşmada ortaya konulmuş ve tartışılmış delillerin değerlendirilmesine dayalı kararı, mantık kurallarına ve sağlam bilimsel verilere de uygun olmalıdır. Delil değerlendirmekte serbest olan hakim, hangi delile hangi nedenle itibar ettiğini tecrübe kuralları ve akıl yürütme kurallarından faydalanarak mantıklı bir şekilde gerekçelendirmek zorundadır.

KAYNAKÇA

AYDIN, Devrim, Ceza Muhakemesinde Deliller, 2014 Ankara.

BİRTEK, Fatih, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 2016 Ankara.

CENTEL, Nur/**ZAFER,** Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku 14.Baskı, 2017 İstanbul.

ÇINAR, Ali Rıza, Hukuka Aykırı Kanıtlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:55, 2004.

DOĞAN, Koray, Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi, 2016 Ankara.

FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, 2. Baskı, 2015 Ankara.

GEDİK, Doğan, Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, 3. Baskı, 2016 Ankara.

KARAKEHYA, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, 2015 Ankara.

KESKİN, Serap, Ceza Muhakemesinde Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, 1997 İstanbul.

KOCA, Mahmut, Ceza Muhakemesinde Deliller, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:1, Sayı:2, 2006, Aralık.

KUNTER, Nurullah/**YENİSEY,** Feridun/**NUHOĞLU,** Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, 2006 İstanbul.

ÖZBEK, Veli Özer/**DOĞAN,** Koray/**BACAKSIZ,** Pınar/**TEPE,** İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, 2017 Ankara.

ÖZTÜRK, Bahri/**TEZCAN,** Durmuş/**ERDEM,** Mustafa Ruhan/**SIRMA GEZER**, Özge/**SAYGILAR KIRIT,** Yasemin/**ALAN AKCA,** Esra/**ÖZAYDIN,** Özdem/**ERDEN TÜTÜNCÜ,** Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, 2017 Ankara. (Öztürk/Tezcan/Erdem)

ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruyalığı İlkesi), 2001 Ankara.

ŞAHİN, Cumhur/**GÖKTÜRK,** Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, II, 6. Baskı, 2017 Ankara.

ŞENOL, Cem, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, 2015 İstanbul.

ÜNVER, Yener, Ceza Muhakemesinde ispat, CMK ve Uygulamamız, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayınları, Yıl 1, Sayı: 2, Aralık 2006**.**

ÜNVER, Yener/ **HAKERİ,** Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, 2017 Ankara.

WALTER, Tonio, Ceza Muhakemesinde İspat Yükü (Çeviren Koray Doğan), Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Ceza Hukuk Serisi 15, 2014 Ankara.

YERDELEN, Erdal, Hükmün Gerekçesi, 2016 Ankara.

YILDIZ, Ali Kemal, Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2002 İstanbul.

YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Baskı, 2007 İstanbul.

TÜRK HUKUKUNDA MUTLAK DEĞERLENDİRME YASAĞININ KAPSAMI VE GELİŞİMİ

Merve Duysak*

GİRİŞ

Muhakeme hukukunda bir bütün olan olay, birçok parçanın bir araya gelmesi ile ortaya çıkar. Delillerin temsil ediciliği çoğu zaman olayın tamamına değil, olayın parçalarından bir veya birkaçına yöneliktir. Tümevarım ve tümdengelim yöntemlerinin bir arada kullanılması ile hükme varılması amaçlanan muhakemede deliller, olayın belirlenmesi için her bir parçanın temsilcileridir. Bu temsilcilerle önce küçük önermeler meydana gelecek, bunlar büyük önermeyi hazır hale getirecek ve sonunda hüküm denilen senteze varılacaktır[1].

Muhakeme hukuku dalı olarak ceza muhakemesi normlarının anlaşılabilmesi için dayandığı politikanın değerlendirilmesi gerekir. Bu anlamda tarihe bir bakışla üç sistemin bulunduğu ifade edilmektedir. İlk sistem sanığı cezalandırmayı amaçlayan ve eski baskıcı rejimlerde benimsenen sistemdir. Daha başlangıçta suçlu kabul edilen sanığın cezalandırılması bakımından muhakeme faaliyeti yalnızca araçtır. Bu nedenle amaç, sanığın suçluluğunu gösteren delillerin elde edilmesidir. İkinci sistem Aydınlanma Dönemi'nde yeşermiş olup, devlet iktidarının kötüye kullanılmasından ve yargıçların keyfiyetinden bireyi korumayı amaçlamaktadır. Bu yaklaşımla sanığın suçluluğu sabit olana kadar masum kabul edilerek korunması söz konusudur. Üçüncü yaklaşım ise, özgürlükçü toplumlarda ortaya çıkan ve toplum çıkarları ile bireyin çıkarları arasında bir denge gözetmeye çalışan bir sistemdir. Suçluların ve suçların ortaya çıkarılması hem bireyin hem de toplumun çıkarları ile ilgilidir. Aynı şekilde suçlu olmayanların korunması da hem birey hem toplum huzuruna hizmet etmektedir. Bu durumda hem sanığın hakları korunmalı hem de toplum menfaatlerinin korunması için maddi gerçek araştırılmalıdır[2].

---

* Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, merve.duysak@okan.edu.tr / 0(216) 677 16 30 #2584/ https://orcid.org/0000-0003-0749-4907

1 **KUNTER**, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 1978, İstanbul, s. 429.

2 **TOROSLU,** Nevzat, Ceza Muhakemesinde Yapılan Son Değişiklikler, TODAİ İnsan Hakları Yıllığı, C.14, 1992, Ankara, s. 13, 14.; **TOSUN**, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I, 1984, İstanbul, s. 724 vd.

Ceza muhakemesinde delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin sınırını oluşturmak bakımından delilin hukuka uygun elde edilmiş olması zorunluluğu bulunmaktadır[3]. Bir yandan maddi gerçeğin arandığı diğer yandan sanığın haklarının korunduğu bir ceza muhakemesi sisteminde delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi bakımından çeşitli yasakların[4] öngörülmesi, sanığın menfaatleri ile toplumun menfaatleri arasındaki dengeye hizmet edecektir[5].

Delil yasakları, ikame ve değerlendirme yasakları olarak sınıflandırılmaktadır[6]. Hukuka aykırı delillerin kullanılmasına ilişkin olarak üç görüşün bulunduğu ifade edilmektedir. İlk görüş bizim de katıldığımız mutlak yasak görüşü olup hukuka aykırı delillerin ikame edilmesinin ve hükümde kullanılmasının hiçbir durumda mümkün olmayacağını savunmaktadır. İkinci görüşe göre hukuka aykırı veya değil ispata yarayan bulgular hükümde kullanılabilir. Bazı durumlarda hukuka aykırı delillerin kullanılabileceğini savunan üçüncü görüşün altında savunulan, sanık hakları teorisi olarak da adlandırılan görüşe göre kanuna aykırı elde edilen delillerin doğrudan değerlendirme dışında kalması uygun değildir. Sanığın anayasal haklarından birisi ihlal edilmemişse delil değerlendirilmelidir[7].

---

[3] **KESKİN**, Serap, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Serbest Delil Değerlendirmesi İlkesi Üzerine", Vecdi Aral'a Armağan, Kocaeli Üniversitesi Yayını, 2001, Kocaeli, s. 167.; **AKBULUT,** Berrin, "Delil Değerlendirme Yasakları", Fasikül Dergisi, S. 13, Aralık 2010, s. 6.

[4] **YENİSEY**, Feridun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil", CHD, S. 4, Ağustos 2007, s. 40; 1903 yılında Beiling tarafından kullanıldığı aktarılan terminoloji ile delil yasakları (alm.- *beweisverbote)* kavramının yerleştiği ancak bugünün kamu hukuku yaklaşımını yansıtmadığı eleştirisi yapılmaktadır. Yazara göre *yasaklanmayan serbesttir* yaklaşımı gelişimin başlangıcı olup bugün kamu hukukunda *yetki verilen işlerde aktif işlem yapılabileceği* hatırlatılmıştır. Bu kapsamda *delil yasakları* terminolojisi yerine *delil elde etmenin sınırları* kullanımının yerinde olacağı savunulmaktadır.

[5] **ŞAHİN**, Cumhur; **GÖKTÜRK**, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2022, Ankara, s. 86 vd.

[6] **ÖZTÜRK,** Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:14, 1995, Ankara, s. 7.

[7] **YENİSEY**, Feridun; **NUHOĞLU**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2023, Ankara.; s.585.; **ÖZEN**, Muharrem; **ÖZEN**, Mustafa, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Duygun Yarsuvat'a Armağan, C. 9, S. 2, 2012, s. 304.

I. "1992"- 3842 SAYILI KANUN'UN GETİRDİKLERİ

A. Genel Olarak

1929 tarihli mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (mülga CMUK) üzerinde Avrupa'da hâkim olan özgürlükçü yaklaşımın etkisi görülmektedir. Bu kapsamda amacın ne pahasına olursa olsun suçluların cezalandırılması olmadığı, aksine toplumsal ve bireysel menfaatler arasında denge kurmayı amaçlayan bir yapı olduğu savunulmaktadır. Uygulamanın ise aksi bir yol izlediğine dikkat çekilerek, ikrara dayalı mahkumiyetlerin işkenceyi teşvik ettiği, eleştiriler karşısında işkence ile alınan ikrarların yan delillerle desteklenmesi yönteminin denendiği ifade edilmiştir[8].

Mülga CMUK'ta 1992 tarihli 3842 sayılı Kanun[9] ile önemli değişiklikler yapılmıştır. Anılan düzenlemenin, insan hakları ihlalleri bakımından endişeleri gidermeyi amaçlayan bir reform çalışması olarak ortaya çıktığından söz edilmektedir[10]. Delillerin değerlendirilmesine ilişkin süreci ortaya koymayı amaçlayan bu çalışma kapsamında, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi,[11] yasak sorgu yöntemleri[12] ve değerlendirme yasaklarına[13] ilişkin

---

[8] **TOROSLU**, Nevzat, "Hukuka Aykırı Deliller Sorunu", Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını: 498, 1995, Ankara, s. 55, 56.; 1992 öncesinde usulsüz elde edilen delile ilişkin hâkimin yetkinliğine güvenilmesi tespiti için bknz. **EREM**, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, 1973, Ankara, s. 355, 356.

[9] Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmî Gazete: 1 Aralık 1992- 21422.

[10] **TEZCAN,** Durmuş, 3842 Sayılı Yasa Açısından Yakalama ve Tutuklama, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1, Ocak 1994, s. 30.; **ŞEN**, Ersan, Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, 1998, İstanbul, s. 24.

[11] ***CMUK m. 135/2-4-5 (Değişik: 18/11/1992-3842/12 m.)*** "*Zabıta amir ve memurları ile Cumhuriyet Savcısı tarafından ifade almada ve hâkim tarafından sorguya çekilmede aşağıdaki hususlara uyulur;(...) 2-Kendisine isnat edilen suç anlatılır; (...) (4) İsnad edilen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir. 5-Şüpheden kurtulması için somut delillerinin toplanmasını talep edebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe sebeplerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek imkânı verilir. (...)"*

[12] ***CMUK m. 135a (Ek: 18/11/1992- 3842/13 m.)*** "*İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz.*
-Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez.
-Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez"

[13] ***CMUK m. 254/2 (Ek: 18/11/1992- 3842 /24 m.)*** "*Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz."*

olmak üzere 3842 sayılı Kanun'un 12,13 ve 24'üncü maddeleri öne çıkmaktadır[14].

B. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi

3842 sayılı Kanun m. 12 ile mülga CMUK m. 135 üzerinde kapsamlı bir değişiklik yapılmıştır. İfade ve sorguya ilişkin olarak, aydınlatma yükümlülüğünü de içine alan usulleri öngören bu maddeye aykırılık halinde alınan beyan hukuka aykırı hale gelecektir[15]. Şüpheli ve sanığın hakları konusunda aydınlatılması yükümlülüğü, Anayasa m. 19/4 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/3'ün gereğidir. Ancak aydınlatılmamış kişinin beyanlarının yasak delil olması mülga CMUK m. 135 değişikliklerinden kaynaklanmaktadır[16].

3842 sayılı Kanun değişikliği öncesinde mülga CMUK m. 135'in başlığı "*sorgunun tarzı*" iken "*ifade ve sorgunun tarzı*" biçiminde değiştirilmiştir. Sorgu, suçlanan kişilerin hâkim tarafından dinlenmesini kapsarken; ifade alma, kolluk görevlileri (zabıta amir veya memurları) ve Cumhuriyet Savcısı tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu kapsamda bu maddede yer verilen haklar ve usuller ifade alma işlemlerinde de uygulanır hale gelmiştir[17]. Hazırlık soruşturmasında kolluk tarafından elde edilen ve zora dayanan ikrarın dışlanması bu kapsamda içtihatlarda da yer bulmuştur[18].

---

[14] **ÖZTÜRK**, (Delil Yasakları), s.11.; **YURTCAN**, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 1998, İstanbul, s. 269.

[15] **ŞEN,** s. 57.; Şüphelinin haklarının hatırlatılmamasının Alman Hukukunda (StPO § 136) değerlendirme yasağı kapsamında değerlendirilmesi hakkında bknz. **ROXIN,** Claus (Çev. Yener Ünver), "İspat Hukukunun Esasları", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.4, S.8, Güz 2005/2, s. 276 vd.

[16] **KAYMAZ**, Seydi, Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali Sebebiyle Söz Konusu Olan Yasak Deliller, Yargıtay Dergisi, C.23, S.3, Temmuz 1997, s. 281.

[17] **ÇINAR**, Ali Rıza, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 3842 sayılı Yasayla Değiştirilen 135. Maddesinin Ceza Yargılaması Sistemimize Getirdiği Yenilikler, Yargıtay Dergisi, C.23, S.3, Temmuz 1997, s. 261, 262.

[18] **Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1993/6-236, K. 1993/255. T. 18.10.1993**; "(…) *Bu itibarla, yüklenen suçu işlediğine ilişkin zora dayalı olduğunu iddia ettiği ikrarı dışında hakkında yeterli ve her türlü kuşkudan uzak inandırıcı ve kesin delil bulunmayan sanığın aksi kanıtlanamayan savunmasına itibar edilerek beraatine karar verilmesi gerekirken karar yerinde yazılı gerekçeyle mahkumiyetine karar verilmesinde isabet görülmediğinden direnme hükmünün açıklanan bu nedenlerle bozulmasına karar verilmelidir (...)"* Yargıtay'ın bu ve devamı kararlarında CMUK m. 254/2'yi CMUK m. 135a ile sınırlama gayreti içine girdiği yönündeki eleştiri için bknz. **ÖZTÜRK** (Delil Yasakları), s. 28.

Sanığın susma hakkı, ifade ve sorguyu düzenleyen mülga CMUK m. 135 metnine işlenmiştir. Bu kapsamda eski uygulamadan farklı olarak kişiye cevap vermek isteyip istemediğinin sorulmasından vazgeçilmiş, açıklamada bulunmamak hakkının kişiye açıkça söylenmesi yükümlülüğü getirilmiştir[19]. Susma hakkına ilişkin olarak 1966 tarihli Miranda v. Arizona (13.06.1966, 384 U.S. 436)[20] kararında dikkat çekildiği üzere, kolluk, yakalanma anında ilgiliye susma hakkını hatırlatmalıdır. Bu kapsamda 1992 düzenlemesinin daha sonraki bir aşama olan ifade ve sorgu aşamasında bu hakkın hatırlatılacağını belirlemiş olması, Amerikan Yüksek Mahkeme kararı ile karşılaştırılarak eleştirilmiştir[21]. Düzenleme ile yalnızca hâkim önünde dinlenmede değil aynı zamanda kolluk ve savcı ifadesinde de susma hakkının tanınması olumlu karşılanmıştır[22].

Aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemenin uygulamada etkisinin doğabilmesi bakımından yalnız adli hizmetlerde görevlendirilmiş ve eğitilmiş adli kolluğun kurulması ihtiyacına dikkat çekilmiştir[23]. Bu kapsamda hakların hatırlatılmasından ziyade, sanığa haklarının öğretilmesi önem taşımaktadır[24].

---

[19] **YURTCAN**, s. 152.; 1992 Değişikliği öncesinde susmanın sonuçları veya kişinin konuşmaya zorlanabilmesi bakımından disiplin hapsine başvurulması görüşleri için bknz. *aktaran* **EREM**, Faruk, Susma Hakkı, Yargıtay Dergisi, C.18, S.3, Temmuz 1992, s. 296 vd.

[20] "Miranda v. Arizona." Current History, vol. 52, no. 310, 1967, pp. 359–68. JSTOR, http://www.jstor.org/stable/45311727. (E.T. 3.2.2024.).

[21] **ÖZTÜRK** (Delil Yasakları), s. 12.; **YENİSEY**, Feridun, Örgütlü Suçluluk ve Hukuka Aykırı Deliller- Sempozyum Dördüncü Oturum, Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu-(3-10-17-24 Şubat 1995), Ekim 1996, İstanbul, s.153.; Öğretide yürürlükteki düzenlemelere göre aydınlatma yükümlülüğünün yine de yakalanma anında doğduğunu ifade edilmiştir. İlgili görüş için bknz. **KAYMAZ**, Seydi, Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali Sebebiyle Söz Konusu Olan Yasak Deliller, Yargıtay Dergisi, C.23, S.3, Temmuz 1997, s. 282 vd.

[22] **TOROSLU,** (Değişiklikler), s. 21.

[23] **ÇINAR**, Ali Rıza, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 3842 sayılı Yasayla Değiştirilen 135. Maddesinin Ceza Yargılaması Sistemimize Getirdiği Yenilikler, Yargıtay Dergisi, C.23, S.3, Temmuz 1997, s. 276.

[24] **ŞEN**, s. 61 vd.

C. Yasak Sorgu Yöntemleri

3842 sayılı Kanun m.13 ile mülga CMUK'a yasak sorgu yöntemleri başlıklı 135a maddesi eklenmiştir.

1992 değişikliklerinde yasak sorgu yöntemlerinin belirlenmesi başta olmak üzere işkenceyi önleme çabaları öne çıkmaktadır[25]. 3842 sayılı Kanun, uluslararası belgelerle öngörülen ilkeleri (İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi[26] m. 5, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi[27] m. 3, İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi,[28] İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi[29]) mülga CMUK içerisine taşıyarak insan haklarına dayalı ceza yargılamasına bir temel oluşturmuştur[30].

Mülga CMUK m. 135a/1 düzenlemesi ile bazı yasak sorgu ve ifade yöntemleri sıralanmış (*kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama*), bunların ardından "gibi" ifadesi kullanılarak iradeyi bozan diğer müdahaleler de yasaklanmıştır. Öğretide bu diğer haller; hipnoz, tehdit, hatırlama ve idrak etme yeteneğini ihlal eden tedbirlere başvurma biçiminde örneklendirilmiştir[31].

Mülga CMUK m. 135a/2'ye göre "*kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez."* Bu kapsamda örneğin sanığa ikrarı halinde cezalandırılmayacağı veya cezasında indirim yapılacağı söylenemeyecektir[32].

Mülga CMUK m. 135a/3 düzenlemesi, rızanın yasak yöntemlerle alınan ifadeyi delil haline getirmeyeceğine ilişkindir. Özgür iradeye dayanan beyanlar delil niteliğindedir[33]. Bu düzenleme ile bu kapsamda alınan ifadelerin

---

25 **TOROSLU**, (Değişiklikler), s. 21, 23.

26 27 Mayıs 1949 tarihli, 7217 sayılı Resmî Gazete.

27 19 Mart 1954 tarihli, 8662 sayılı Resmî Gazete.

28 27 Şubat 1988 tarihli, 19738 sayılı Resmî Gazete.

29 10 Ağustos 1988 tarihli, 19895 sayılı Resmî Gazete.

30 **YURTCAN**, s.160.

31 **ŞAHİN,** Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, 1994, Ankara, s. 217 vd.

32 **ÖZTÜRK**, (Delil Yasakları), s. 26.

33 **DEMİRBAŞ**, Timur, "Hazırlık Soruşturmasında Müdafilik", CMUK Sempozyumu, 1999, İstanbul, s. 108.

kendiliğinden geçersiz kılınacağı ve kovuşturma makamlarının Anayasa'ya aykırı biçimde elde ettiği diğer delillerle bir fark yaratıldığı değerlendirmesi yapılmıştır[34]. Bir başka görüşe göre böyle bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Çünkü yasak sorgu yöntemleri ile ifade alınması mülga Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 243 ve şartları halinde diğer maddeler kapsamında zaten suç teşkil etmektedir. Rıza hukuka uygunluk nedeninin şartları ise bu durumda oluşmayacaktır[35]. Bir başka yaklaşım düzenlemeyi olumlu ancak eksik bulmaktadır. Görüşe göre rızanın kıymetinin bulunmadığına ilişkin hükmün varlığı, sanığın anılan yöntemlerin uygulanmasını kabule zorlanmış olması tartışmalarını bitirmek bakımından olumludur. Ancak sanığın rızasının bulunması halinde delil değerlendirme yasağı doğacağını belirtmek mülga CMUK m. 254/2'nin tekrarıdır. Rıza bulunsa dahi yasak sorgu yöntemlerinin hukuka aykırılıklarının devam edeceği biçiminde bir düzenleme yapılması önerilmiştir[36]. Mülga CMUK m. 135a/3 delillerin uzak etkisi bakımından da değerlendirilmelidir. Elde edilen "ifadelerin" rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceğinin belirtilmesi karşısında, beyan delilleri dışındaki "maddi delillerin" durumu tartışılmıştır. Belirtmek gerekir ki yasak sorgu yöntemlerinin kullanılması ile elde edilen delillerin doğrudan veya dolaylı elde edilmiş olması arasında fark yaratılmamıştır; zehirli ağacın meyvesi zehirli olur[37].

D. Değerlendirme Yasakları

3842 sayılı Kanun m. 24 ile mülga CMUK m. 254'e ikinci fıkra eklenmiştir. Buna göre; "*Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz*."

---

[34] **YENİSEY**, (Örgütlü Suçluluk) s. 156.

[35] **ŞEN**, s. 66.

[36] **ŞAHİN,** s. 221.

[37] **ÖZTÜRK,** (Delil Yasakları), s. 33.

Delillerin hukuka aykırı olarak elde edilmesi halinde yargılamanın sonucunu etkilemiş olup olmamaları önem taşımaz[38]. Bu düzenleme ile mutlak bir delil değerlendirme yasağı yaratılmıştır[39].

Yasak sorgu yöntemlerine ilişkin değişikliklerde farklı hukuk sistemlerinin etkisinden söz edilebilir. Bu kapsamda mülga CMUK m. 135a, değerlendirme yasaklarına ilişkin mülga CMUK m. 254/2 ile birlikte değerlendirilmektedir[40].

---

[38] **YURTCAN**, s. 437.; Yargıtay eski kararlarında delil ile hüküm arasında bir nedensellik bağının bulunup bulunmadığı dikkate almış ve bu yaklaşımı hint keneviri kararında eleştirmiştir.; **Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2005/7-144 K. 2005/150 T. 29.11.2005;** "(…)Yargıtay 4.Ceza Dairesinin 4.10.1994 günlü E.1994/7351, K.1994/7693 sayılı kararı ile sanığın 1412 Sayılı Kanunun 135. maddesine göre hakları hatırlatılmadan alınan ifadesini aşamalarda reddettiği, yerel mahkemenin de ikrar ve kabulü içermeyen savunmaya dayanmaksızın öbür kanıtlara dayanarak hüküm kurduğundan CMUK.135. maddeye aykırılık nedeni ile hukuka aykırı ifadesinin kurulan hüküm açısından nedensel değeri ve gücü yoktur gerekçesi ile bu husus bozma nedeni yapılmamıştır. Bu kararı inceleyen Ceza Genel Kurulu ise bu hususun savunma haklarının kısıtlanmasına yol açacağı ve esasa girilmeden sair yönler incelenmeksizin bu noktadan kararın bozulması gerektiğine karar vermiştir. Ceza Genel Kurulunun bu kararına karşı yazılan *muhalefet şerhinde ise aynen* " (...) Ne varki ceza yargılamasının bir başka temel dayanağı da kamu yararı ve birey yararı arasındaki duyarlı dengeyi kollayan ölçülülük ilkesidir. Bu ilke gözetilmez ve kamu yararı birey yararına işletilirse, haklar ve değerler örselenir, birey yararı toplum zararına kayırılırsa, yargılama kilitlenebilir ve dolayısıyla her iki durumda da hukuk barışı tehlikeye düşer" denilmektedir. *Gerek 4.Ceza Dairesinin kararındaki hukuka aykırı delilin hüküm açısından nedensel değeri ve gücü kriteri, gerekse muhalefet şerhindeki birey yararı ve kamu yararı arasındaki ölçülülük (oranlılık veya değerler tartım) ilkesi Ceza Genel Kurulunca kabul görmemiştir.* Yüksek Kurulun 24.10.1995 günlü ve E.1995/7-165, K.1995/302, 24.10.1995 günlü E.1995/6-238, K.1995/305, 19.12.1994 günlü ve E.1994/6-322, K.1994/343 sayılı kararları da aynı doğrultudadır. (…)"

[39] **ÖZTÜRK,** (Delil Yasakları), s. 27; **ÖZTÜRK**, Bahri, CMK'nın Temel Yapısı-Tercihler-Beklentiler, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, Haziran 2009, İstanbul, s. 47.

[40] **FEYZİOĞLU,** Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, 2002, Ankara, s. 133 vd.; Delil aracı kavramını tercih eden yazara göre, delil aracı yasakları, delil aracı elde etme ve delil aracı değerlendirme yasaklarının toplamıdır. Mülga CMUK m. 135a delil aracı elde etme, mülga CMUK m. 254/2 delil aracı değerlendirme yasağına ilişkindir. Delil aracı elde etme yasağı, bir delil kaynağının incelenmesi ile delil aracı haline gelmesine engel olan yasaktır. Üç durumda ortaya çıkar; (1)kanun ile delil aracı zorunluluğu getirilmesi nedeniyle (ör; CMUK m.256 törene uyulmadığının ispatında yalnızca duruşma tutanağının sunulabilmesi), (2) izin veya haktan feragat yokluğu nedeniyle (ör; mülga CMUK m.48, meslek sırrı niteliğinde tanıklıkta sır sahibinin izninin gerekmesi) ve (3) yöntem yasağı nedeniyle (ör; mülga CMUK m. 135a kötü muamele ile alınan ifade). Delil aracı değerlendirme yasağı ise delil aracı olabilmiş ispat gerecinin muhakemenin sonunda değerlendirilerek delil niteliğini almasını engellemektedir. Bu kapsamda iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde delil aracı elde etme yöntem yasaklarına aykırı delil aracı mahkeme tarafından kabul edilip değerlendirmeye alınamaz.

Sorguda özgür iradeyi engelleyici müdahalelerin yasaklanmasının, temel hakların korunması ile bağdaştırılması bakımından Kıta Avrupası sistemi benimsenmişse de; sorgu yasakları dışındaki yasaklar bakımından Anglo-Amerikan hukuk sisteminin delil yasaklarına yüklediği kolluğu sınırlama fonksiyonunun benimsendiği ifade edilmektedir[41]. Mülga CMUK m. 135a ve m. 254/2 düzenlemelerinin amaçları bakımından aynı, ancak biri daha dar diğeri daha geniş olmakla, kapsamları bakımından birbirinden farklı oldukları görülmektedir. Bu kapsamda mülga CMUK m. 135a hükmünün Alman Hukuk sistemi etkisinde olduğu (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu- Strafprozeßordnung– StPO § 136a) ve iradeyi etkileyecek hallerin sayma suretiyle belirlendiğine dikkat çekilmektedir. Mülga CMUK m. 254/2 hükmünün de kolluğun terbiye edilmesi amacıyla Anglo-Amerikan hukukundan esinlenerek ve hukuka aykırı elde edilen her türlü delili değerlendirme dışı kılarak m.135a düzenlemesi ile çeliştiği ifade edilmiştir[42]. Bu anlamda her türlü hukuka aykırılık halinde değil, yalnızca sanığın temel haklarının ihlali halinde delilin hukuka aykırılığının söz konusu olacağı görüşü savunulmaktadır[43]. Hukuka aykırılığın kasten, taksirle veya kusursuz biçimde gerçekleştirilmesinin önem taşımaması da eleştirilmiştir. Bu kapsamda tasarıda yer alan kasten gerçekleştirilen hukuka aykırılıklar şartından vazgeçilmesi yerinde bulunmamış, adli kolluk yapısının yokluğu nedeniyle kollukça yapılacak basit hukuka aykırılıkların delilleri kullanılamaz hale getirecek olmasına dikkat çekilmiştir[44].

---

41 **ŞAHİN,** s. 185 vd.

42 **CİHAN**, Erol, Yakalama, İfade Alma ve Buna Bağlı Hukuka Aykırı Deliller- Sempozyum Birinci Oturum, Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu-(3-10-17-24 Şubat 1995), Ekim 1996, İstanbul, s. 205, 206.

43 **YENİSEY**, Feridun, Yakalama, İfade Alma ve Buna Bağlı Hukuka Aykırı Delilller- Sempozyum Birinci Oturum, Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu-(3-10-17-24 Şubat 1995), Ekim 1996, İstanbul, s. 218.; **YENİSEY**, (Örgütlü Suçluluk), s.138, 157.; Yazar'a göre mülga CMUK m. 254/2 mutlak bir yasak olmayıp hâkime takdir yetkisi tanımaktadır. Hâkim bu takdir yetkisini kullanırken sanığın delilin toplanması sırasında (anayasal) bir hakkının ihlal edilmiş olup olmadığı tespit edilmeli ve devamında bu hak ihlali nedeni ile delil toplanırken ortaya çıkan toplumsal Zarar ile sanığın işlediği suç nedeniyle yarattığı Zarar karşılaştırılmalıdır. Sanığın verdiği Zarar daha büyükse ve m. 135a benzeri açıkça yasaklanmış bir delil söz konusu değilse, hâkim bu delili kullanabilmelidir. Bu bakımdan yazarın sunduğu çözüm Alman öğretisindeki yansıması ile sanık hakları teorisidir. Sanık hakları teorisine göre, delilin elde edilmesinde ortaya çıkan ihlal önemli görülürse delil dosyadan çıkarılmakta, sanığın hakları açısından bir önem taşımayan ihlal söz konusu ise hukuka aykırı delil, hüküm verilirken kullanılmaktadır.

44 **ÖZTÜRK,** (Delil Yasakları), s. 29.

CMUK m. 254/2 düzenlemesi hukuka aykırı bulguların dosyaya dahil edilmesi veya dosyadan çıkarılması bakımından değerlendirilmiştir. Hukuka aykırı delilin hüküm verilirken kullanılmamasının yeterli olmayacağına, delil dosyada tutulduğunda sonradan bu delile erişecek süjeleri etki altında bırakabileceğine dikkat çekilmiştir[45]. CMUK düzenlemesi hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılması[46] veya başka bir makamca takdir edilmesine ilişkin bir düzenleme içermemektedir.

II. "2001"- 1982 ANAYASASI MADDE 38 DEĞİŞİKLİĞİ

2001 yılında Avrupa Birliği'ne uyum çalışmaları çerçevesinde[47] başta idam cezasının kaldırılması olmak üzere 4709 sayılı Kanun[48] ile 1982 Anayasasında (AY) bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına (AY. m.13), kötüye kullanılamamasına (AY m.14), yakalama ve tutuklamaya (AY m.19), özel hayatın gizliliğine (AY m.20), konut dokunulmazlığına (AY m.21), hak ve hürriyetlere ilişkin düzenlemelere (AY m. 22, 26, 28, 31, 33, 34, 40, 49, 51) ve suç ve cezalara ilişkin esaslara (AY m. 38) yönelen 2001 değişiklikleri, sayılanlarla da sınırlı olmayıp oldukça kapsamlıdır.

Mülga CMUK üzerindeki hukuka aykırı delillere ilişkin iyileştirmeyi 2001 yılında Anayasa m.38 değişikliği izlemiştir. 4709 sayılı Kanun ile eklenen AY m. 38/6'ya göre; "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez."*

Bu düzenleme delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi bakımından farklı açılardan sonuçlar doğurmaktadır. Çalışmada, mutlak değerlendirme yasağına ilişkin sürecin ortaya çıkarılması amacına uygun olduğu ölçüde sonuçlara değinilmelidir.

---

45 **YENİSEY**, (Örgütlü Suçluluk), s. 136.

46 **YENİSEY**, (Örgütlü Suçluluk), s. 159, 160. Yazar, hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkarılması bakımından Amerikan Hukukunu değerlendirmiştir. Bu kapsamda delilin hüküm verilirken kullanılmaması için (anayasal) hakların ihlalini tespite yönelik tali bir davanın açılması uygulamasına dikkat çekmiştir. Hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılmasına ilişkin Anglo Sakson ve Kıta Avrupası hukuklarını ele alan karşılaştırmalı hukuk değerlendirmesi için ayrıca bknz. **THAMAN**, Stephen C.(ed.), Exclusionary Rules in Comparative Law (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, 20), 2013.

47 **ÖZTÜRK**, (CMK'nın 3 Yılı), s. 47.

48 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Resmî Gazete: 17 Ekim 2001- 24556 (Mükerrer).

-Anayasa normunun bağlayıcılığı; Delil yasaklarına ilişkin bir düzenlemenin Anayasa'da yer alması ile ortaya çıkan en önemli sonuç, bu düzenlemenin yalnızca ceza muhakemesi bakımından değil artık tüm muhakemeler bakımından etki doğuracak olmasıdır.

-Özel kişilerce toplanan deliller meselesi; Kanuna aykırı bulguların delil olmaması kuralı herkesi bağlayacaktır. Özel kişilerin elde ettikleri deliller de bu kapsama dahildir[49].

-Delil-bulgu ayrımı; Düzenleme ile "delil" yerine "bulgu" kavramının tercih edilmesiyle delil niteliğini haiz olmayan ve kanuna aykırı elde edilmiş olan iz, eser ve belirtilerin delil sayılmayacağı sonucu çıkarılmaktadır. Delillerin uzak etkisi bakımından da delilin doğrudan veya dolaylı olarak elde edilmesi önem taşımaksızın kanuna aykırı olamayacağı çıkarımı yapılmaktadır[50].

-Kanuna aykırı – hukuka aykırı ayrımı; CMUK "hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller" terminolojisini kullanırken, Anayasa "kanuna aykırı elde edilmiş bulgular" biçiminde düzenlenmiştir. Bu kapsamda hukuka aykırılık yani haklara aykırılık teşkil etmeyecek şekli aykırılıkların elde edilen delili kullanılmaz hale getirmeyeceği savunması temelsiz kalmıştır[51]. Anayasa değişikliği sonrasında kanuna aykırı elde edilmiş bulgular, temel hakları ihlal denetimi yapılmasına gerek olmaksızın delil olarak nitelendirilemeyecektir. Bu ter-

---

[49] **Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 2009/9930, K. 2009/13934, T. 9.11.2009**; "*Sanığın tanıklık yaptığı dosyadaki hazırlık ve mahkeme beyanları arasında çelişki bulunmadığı,* ***sanığın katılan ile yaptığı konuşmanın katılan tarafından gizli olarak kasete kaydedildiğinden hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu ve hükme esas alınamayacağı*** *şeklindeki mahkeme gerekçesi yerinde görülmekle;*

Sonuç: Mahkemece kanıtlar değerlendirilip gerektirici nedenleri açıklanmak suretiyle verilen beraat kararı usul ve yasaya uygun bulunduğundan, katılan vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün istem gibi (onanmasına), 09.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi" **ÖZTÜRK**, Bahri, Avrupa Birliğine Uyum Yasalarının Ceza Muhakemesine Etkileri, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Haziran 2004, İstanbul, s.738.

[50] **ÖZTÜRK,** (CMK'nın 3 Yılı), s. 50.

[51] Anayasa m. 38 düzenlemesine rağmen m. Anayasa m. 36 'da yer alan *meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde iddia* hakkına sahip olmak bakımından sanık hakları teorisinin savunulmasının mümkün olduğu yönünde bknz. **YENİSEY,** Feridun; **NUHOĞLU,** Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2023, Ankara, s. 599.

cih kanun devletinin her zaman hukuk devleti olmayacağı biçimindeki tespit ile eleştirilmektedir[52].

-Delillerin dosyadan çıkarılması meselesi; CMUK m. 254/2'nin hâkime takdir hakkı tanıdığı ve delilin elde edilmesinde sanığın temel haklarının ihlali olmayan delillerin kullanılabileceği, aksi durumda delilin dosyadan çıkarılması gerekeceği yönündeki görüş geçerliliğini yitirmiştir. Kanuna aykırı biçimde elde edilen bulguların delil nitelikleri yoktur ve baştan itibaren dosyaya giremezler[53].

-Delillerin uzak etkisi; CMUK m. 135a/3 düzenlemesinde yasak yöntemlerle elde edilen "ifadelerin" rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceğinin belirtilmesi karşısında beyan delilleri dışında kalan "maddi delillerin" durumu tartışılmıştır. 2001 değişikliği ile Anayasa'da "delil" yerine "bulgu" terminolojisinin tercih edilmesi sonrasında kanuna aykırı elde edilmiş bulgular doğrudan da olsa dolaylı da olsa delil niteliğine sahip olamayacaklardır[54]. Kişinin irade özgürlüğünün ihlali yoluyla elde edilecek delillerin kendi aleyhinde kullanılması, kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağına ilişkin AY m. 38/5 hükmüne de aykırı olacaktır. Mülga CMUK m. 135 ve 135a maddelerinin emirlerinin ve yasaklarının bunlara aykırı davranacak kamu görevlileri lehine ve dolayısı ile bu emir ve yasaklarla korunması amaçlanan sanığın aleyhine olacak biçimde yorumlanması hukuk mantığına uygun değildir[55].

---

[52] **ÖZTÜRK**, (AB Uyum), s. 738.; Yazar hukuk devletini, insan haklarını gerçekleştiren, güvenliği sağlayan, adil devlet olarak tanımlayarak bu düzenleme ile hukuk devletinden çok kanun devletine kayıldığı eleştirisinde bulunmuş, Hitler Almanyasını, Stalin Sovyetler Birliğini, Mussolini İtalyasını, Franco İspanyasını kanun devleti olarak değerlendirmiştir.

[53] **ÖZTÜRK,** (AB Uyum), s. 739.

[54] **ÖZTÜRK,** (AB Uyum), s. 742 vd.

[55] **TOROSLU**, (Hukuka Aykırı Deliller), s. 58.

III. "2005 VE SONRASI"- İÇTİHATLARDA DELİLERİN UZAK ETKİSİNİN GÖRÜNÜRLÜĞÜ

2005 yılında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) yürürlüğe girmiş, delilerin elde edilmesi ve değerlendirilmesine ilişkin mülga CMUK düzenlemelerini benimsemiş ve kapsamı genişletmiştir (CMK m. 147, 148, 217/2)[56].

CMK m. 147, ifade ve sorgunun tarzına ilişkindir. Bu düzenleme "*ifade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanılacağına*" ilişkin ekleme dışında mülga CMUK m. 135 ile örtüşmektedir. CMK m. 148 ile mülga CMUK 135a maddesinde sayılan yasak sorgu yöntemleri arttırılmıştır[57]. Bu düzenlemede yasak yöntemler, sınırlama biçiminde değil örnekleme biçiminde sayılmaktadır[58]. Mülga CMUK m. 254/2 ve CMK m. 217/2 karşılaştırıldığında terminoloji aynı olmasa da 2001 tarihli Anayasa m. 38/6 düzenlemesinden sonra farklı bir sonuç doğmamaktadır[59]. Delillerin değerlendirilmesine ilişkin olarak takdir yetkisi bulunmaksızın mutlak değerlendirme yasağının bulunduğu ve kanuna aykırılık halinde bulgunun delil niteliğini taşımayacağı açıktır[60]. Yine CMK m. 206/2a'da yer alan kanuna aykırı olarak elde

---

[56] **DEMİRBAŞ**, Timur, İşkence Suçu, Eylül 2016, Ankara, s. 117, 118.

[57] CMK m.148'e göre *"(1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.*

(2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.

(3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.

(4) Müdafi hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz.

(5) Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir."

[58] **DEMİRBAŞ**, (İşkence), s. 128.

[59] **YARSUVAT,** Duygun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, Haziran 2009, İstanbul, s. 309 vd.; Öğretide yine de CMK m. 217 düzenlenirken hukuka aykırı delilin uzak etkisine ilişkin açık bir düzenlemenin yapılması fırsatının kaçırıldığı eleştirisi sunulmuştur. *Bknz.*; **ÜNVER** Yener," Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız", Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2006, s.187.

[60] **DEMİRBAŞ**, (İşkence), s. 142 vd.; Sanık hakları teorisini savunan aksi görüş için bknz. **YENİSEY**, Feridun, **NUHOĞLU,** Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2023, Ankara, s. 599 vd.; **ÖZBEK**, Veli Özer; **BACAKSIZ**, Pınar, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama", Ceza Hukuku Dergisi, Eylül 2006, S.1, s.203.; **ÖZTÜRK,** Bahri (ed.), **TEZCAN**, Durmuş(ed.), **ERDEM**, Mustafa Ruhan(ed.), Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku, 2022, Ankara, s. 437.

edilmişse delilin değerlendirilmeyeceğine ilişkin hüküm bu çıkarımı desteklemektedir[61].

Hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkarılması meselesine ilişkin olarak mülga CMUK gibi CMK düzenlemesinde de yer verilmemiştir. Öğretide bu durumdan öte CMK ile hukuka aykırı delilin dosyada kalmaya devam etmesine imkân sağlayan bir yaklaşım bulunduğu eleştirisi yapılmıştır. CMK m. 206/1-a'ya göre hukuka aykırı elde edilen delilin ikamesi talebi reddedilecektir ancak bu hükmün irat ve ikameyi engellerken delilin alınıp dosyaya konulmasına engel olmayacaktır[62]. Hükmün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar başlıklı CMK m. 230/1-b'ye göre; mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde *";(...) dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi*" gerekmektedir. Bunun yanında CMK m. 302/3,4'ün düzenlemesi de hukuka aykırı delillerin dava dosyasında kalacağı anlamına gelmektedir[63]. 2005 yılında yürürlüğe giren Adli Kolluk Yönetmeliği[64] m. 6/6'ya göre; "*Adlî kolluk görevlileri, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, Cumhuriyet savcısının emirleri doğrultusunda şüphelinin lehine veya aleyhine olan tüm delilleri, kanunda ön görülen koşullara uyarak toplamak, muhafaza altına almak ve bunları bir fezleke ile Cumhuriyet savcısına sunmakla yükümlüdür. Hukuka aykırı delil elde edildiğinin tespiti hâlinde, fezlekede bu hususa da yer verilir."*

1992 yılından itibaren iç hukukta bulunan, 2001 yılından itibaren ise tartışmasız biçimde tüm muhakeme dalları bakımından uygulanması zorunluluğu bulunan mutlak değerlendirme yasağının içtihatlarda 2005 yılından itiba-

---

61 **YENİSEY,** (Delil), s. 34.; **YILDIZ**, Ali Kemal, Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu, CHD, S.2, Aralık 2006, s. 253-264, s. 262.

62 **KOCA,** Mahmut, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2006, S.2, s. 225.

63 **ÜNVER,** Yener," Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız", Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2006, s. 160, 161.

64 Resmî Gazete: 01 Haziran 2005- 25832.

baren yer bulduğu görülmektedir[65]. Bu anlamda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun ilke kararı[66] kabul edilen hint keneviri kararı[67] delillerin uzak etkisi bakımından önem taşımaktadır. Kanuna aykırı gerçekleştirilen (arama kararı olmaksızın – rıza ile arama) arama sonucu elde edilen delillerin ve tutanakların yok hükmünde olduğu ve bununla birlikte sanığın ikrarının hukuka aykırı arama ile elde edilen delile dayanılarak alındığını, dolayısıyla bu ikrarın da hukuka aykırı delil olduğunu ve yargılamada kullanılamayacağını vurgulayan karşı oy yazısına rağmen, sanığın tüm aşamalarda suçunu itiraf ettiğini, bu itirafın mahkumiyet için yeterli olduğunu ileri süren Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulüne karar verilmiştir[68]. Hukuka aykırı aramada elde edilen maddi kanıtlar dışındaki diğer kanıtların mahkumiyet için yeterli olup olmadığının belirlenmesine ilişkin sahte rakı kararında ise ikrarın bulunmaması nedeniyle zehirli ağacın meyvesi ilkesi uygulanmıştır[69].

SONUÇ YERİNE

Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi bakımından Türk Hukukundaki gelişmelerin, Kıta Avrupası Hukuk sistemine dahil olmakla bağlantılı olduğu gözlemlenmektedir. Bu bağlamda mülga CMUK üzerinde Avrupa'daki özgürlükçü yaklaşımın izleri bulunmaktadır. Türkiye, 1987'de İnsan Hakları Komisyonuna bireysel başvuru hakkını, 1989 tarihinde ise Avrupa İnsan Hakları

---

[65] Askeri Yargıtay'ın 1992 öncesinde cürmü söyletmeye yönelik kötü muamelelerin 765 sayılı Mülga TCK m. 243 uyarınca suç oluşturacağı ve bu yolla elde edilen ikrarın mahkumiyete dayanak teşkil edemeyeceği yönündeki yerleşik uygulaması ve 1992 değişikliklerini derhal uyguladığı içtihatları için *bknz*. **ŞEN**, s. 185 vd.; Ayrıca bknz. **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, E. 2005/7-144, K. 2005/150 T. 29.11.2005 karar metninden alıntıyla; "(…) *1992 yılına kadar delil yasakları konusu anılan Yasada genel bir ilke biçiminde düzenlenmemiştir. Konuyu düzenleyen açık bir pozitif hukuk normu mevcut olmadığından, bu tarihten önceki süreçte mahkemeler, içtihadi ilkeler geliştirmişlerdir. Örneğin; Askeri Yargıtay 2. Dairesi 26.04.1973 tarihli bir kararında ".....kanuna, ahlaka ve genel adaba aykırı surette toplanan delilleri, hakim, telakki etmekten kaçınmak zorundadır" görüşüne yer vermiştir. (...)".*

[66] **ÖZTÜRK**, (CMK'nın 3 Yılı), s. 51 vd.

[67] **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, E. 2005/7-144, K. 2005/150 T. 29.11.2005.

[68] Ayrıca *bknz.* (arama tanıklarının bulunmaması-şekli aykırılık-uzun namlulu silah kararı) hukuka aykırı arama sonucu elde edilen fiziki delillerin değerlendirilmesine ilişkin olarak; **Yargıtay Ceza Genel Kurulu** E. 2011/8-278, K. 2012/96, T. 13.03.2012.

[69] **Yargıtay Ceza Genel Kurulu** E. 2009/7-160 K. 2009/264 T. 17.11.2009.

Mahkemesi'nin zorunlu yargı yetkisini tanımıştır. 1992'de getirilen mülga CMUK üzerindeki değişiklikler, aydınlanmanın ilkelerini iç hukuka aktarmayı hedefler ve insan haklarını korumayı temel alır. İşkence ve kötü muamele sonucu elde edilen bulgularla mücadele bakımından bu adım mihenk taşı niteliğindedir.

Mevzuattaki iyileştirmeler, ikrara verilen önem nedeniyle uygulamaya uzun süre yansımamıştır. Öğretide farklı hukuk sistemlerindeki yargı kararlarına dikkat çekilse de içtihatlarda delil elde etme ve değerlendirme yasaklarına ilişkin bir tasarrufa uzun süre rastlanmamıştır. Mutlak değerlendirme yasağı görüşünü pekiştiren 2001 değişikliği ile kanuna aykırı olarak elde edilen bulguların delil niteliğinde olmayacağı yaklaşımı anayasal bir güvenceye kavuşmuştur. Bu kapsamda yalnızca ceza muhakemesi değil diğer muhakeme dalları da bu yasağın etki alanındadır. Delillerin uzak etkisi ve delilin dosyadan çıkarılmasına ilişkin öğretideki tartışmaların sürmesi delillerin değerlendirilmesine ilişkin düzenlemelerin gelişime açık olduğunu göstermektedir.

Diğer muhakemelere ilişkin içtihatlarda[70] mutlak değerlendirme yasağının yalnızca ceza hukukuna ilişkin olduğu yönünde yanlış bir algının varlığı gözlemlenmektedir. Bu kapsamda özellikle özel kişiler bakımından kanuna aykırı bulguların elde edilmesi ve değerlendirilmesinde içtihatlar yoluyla yaratılan hukuka uygunluk nedenleri tehlikeli ve yerleşik bir uygulamaya dönüşmüş durumdadır. Hatırlatmak gerekir ki Anayasa m. 38/6 tüm muhakeme makamlarını bağlamaktadır.

---

[70] **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**, E.2002/2- 617, K. 2002/648, T.26.3.2002; "(…) *Diğer taraftan özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebilir. Nasıl ki, kadın başka bir erkekle müşterek hanedeki yatak odasında sevişirken koca tarafından kapı kırılarak içeri girilmesinde hukuka aykırılıktan söz edilemezse, ortak yaşanan evde bulundurulan not defterinin elde edilmesi de hukuka aykırı olarak değerlendirilemez. Eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları yasal bir zorunluluktur. Kadının bu konulardaki özel yaşamının, evlilikle bir araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirmektedir. Bu nedenle de davalıya ait hatıra defterinin (günlüğün) delil olarak değerlendirilmesinde kuşkuya düşmemek gerekir (...)*"; 12. Ceza Dairesi E. 2020/974, K. 2021/3641, T. 14.04.2021.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Berrin, "Delil Değerlendirme Yasakları", Fasikül Dergisi, S. 13, Aralık 2010, s. 6- 24.

BECCARIA, Cesare (çev. Sami Selçuk), Suçlar ve Cezalar Hakkında, 2004.

CİHAN, Erol**,** Yakalama, İfade Alma ve Buna Bağlı Hukuka Aykırı Deliller- Sempozyum Birinci Oturum, Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu-(3-10-17-24 Şubat 1995), Ekim 1996, İstanbul, s. 203-208.

ÇINAR, Ali Rıza, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 3842 sayılı Yasayla Değiştirilen 135. Maddesinin Ceza Yargılaması Sistemimize Getirdiği Yenilikler, Yargıtay Dergisi, C.23, S.3, Temmuz 1997, s. 261-279.

DEMİRBAŞ, Timur, İşkence Suçu, Eylül 2016, Ankara (İşkence).

DEMİRBAŞ, Timur, "Hazırlık Soruşturmasında Müdafilik", CMUK Sempozyumu, 1999, İstanbul.

EREM, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, 1973, Ankara.

EREM, Faruk, Susma Hakkı, Yargıtay Dergisi, C.18, S.3, Temmuz 1992, s. 296-299.

FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, 2002, Ankara.

KAYMAZ, Seydi, Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali Sebebiyle Söz Konusu Olan Yasak Deliller, Yargıtay Dergisi, C.23, S.3, Temmuz 1997, s. 280-300.

KESKİN, Serap, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Serbest Delil Değerlendirmesi İlkesi Üzerine", Vecdi Aral'a Armağan, Kocaeli Üniversitesi Yayını, 2001, Kocaeli, s. 165- 168.

KOCA, Mahmut, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2006, S.2, s. 207- 225.

KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 1978

"**Miranda v. Arizona."** Current History, vol. 52, no. 310, 1967, pp. 359–68. JSTOR, http://www.jstor.org/stable/45311727. (E.T. 3.2.2024.).

ÖZBEK, Veli Özer; **BACAKSIZ**, Pınar, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama", Ceza Hukuku Dergisi, Eylül 2006, S.1, s. 145-206.

ÖZEN, Muharrem; **ÖZEN**, Mustafa, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Duygun Yarsuvat'a Armağan, C. 9, S. 2, 2012, s. 301- 329.

ÖZTÜRK, Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:14, 1995, Ankara (Delil Yasakları).

ÖZTÜRK, Bahri, Avrupa Birliğine Uyum Yasalarının Ceza Muhakemesine Etkileri, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Haziran 2004, İstanbul. (AB Uyum)

ÖZTÜRK, Bahri, CMK'nın Temel Yapısı-Tercihler-Beklentiler, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, Haziran 2009, İstanbul, s. 37-74. (CMK'nın 3 Yılı)

ÖZTÜRK, Bahri (ed.), **TEZCAN**, Durmuş(ed.), **ERDEM**, Mustafa Ruhan(ed.), Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku, 2022, Ankara, s. 437.

ROXIN, Claus (Çev. Yener Ünver), "İspat Hukukunun Esasları", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.4, S.8, Güz 2005/2, s. 265-289.

ŞAHİN, Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, 1994, Ankara. (Sanığın Sorgulanması)

ŞAHİN, Cumhur; **GÖKTÜRK**, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2022, Ankara.

ŞEN, Ersan, Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, 1998, İstanbul.

TEZCAN, Durmuş, 3842 Sayılı Yasa Açısından Yakalama ve Tutuklama, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1, Ocak 1994, s. 27-38.

THAMAN, Stephen C.(ed.), Exclusionary Rules in Comparative Law (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, 20), 2013.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Muhakemesinde Yapılan Son Değişiklikler, TODAİ İnsan Hakları Yıllığı, C.14, 1992, Ankara, s. 13-24. (Değişiklikler)

TOROSLU, Nevzat, "Hukuka Aykırı Deliller Sorunu", Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını: 498, 1995, Ankara, s. 55- 58. (Hukuka Aykırı Deliller)

TOSUN, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I, 1984, İstanbul.

ÜNVER Yener," Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız", Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2006.

YARSUVAT, Duygun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, Haziran 2009, İstanbul, s. 306-318.

YENİSEY, Feridun, Örgütlü Suçluluk ve Hukuka Aykırı Deliller- Sempozyum Dördüncü Oturum, Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu- (3-10-17-24 Şubat 1995), Ekim 1996, İstanbul, s. 131- 160. (Örgütlü Suçluluk)

YENİSEY, Feridun, Yakalama, İfade Alma ve Buna Bağlı Hukuka Aykırı Deliller- Sempozyum Birinci Oturum, Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu- (3-10-17-24 Şubat 1995), Ekim 1996, İstanbul, s. 218-220.

YENİSEY, Feridun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil", CHD, S. 4, Ağustos 2007, s. 5-60. (Delil)

YENİSEY, Feridun; **NUHOĞLU**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2023, Ankara.

YILDIZ, Ali Kemal, Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu, CHD, S.2, Aralık 2006, s. 253-264.

YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 1998, İstanbul

UYGULAMADA BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI İTİRAZININ İŞLEYİŞİ

M. Sıddık Çinko*

GİRİŞ

İtiraz, yargılama merciinin verdiği kararlardaki maddi ve hukuka aykırılığın giderilmesinde önemli bir kanun yoludur. İtiraz kanun yolu, sadece ilk derece yargılama mercilerinde işleyen bir kanun yolu olmayıp yargılamanın ikinci derecesi olan bölge adliye mahkemelerinde de işlemektedir. Bu kanun yoluna ilgililerin başvuru hakkı yanında Cumhuriyet başsavcılıklarının da yetkisi bulunmaktadır. Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, itiraz yetkisini iki şekilde kullanılmaktadır. Bunlardan birincisi; Cumhuriyet başsavcılığının olağan itirazı, ikincisi ise Cumhuriyet başsavcılığının olağanüstü itirazıdır. Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yetkisi, genel olarak hukuki donanım ve deneyim itibarıyla ilgililerin itiraz hakkından daha etkilidir. Ayrıca olağanüstü itiraza sadece Cumhuriyet başsavcılığının yetkili olması bu itiraz yetkisini daha da etkili kılmaktadır. Bu itibarla Cumhuriyet başsavcılığının her iki itirazı, bölge adliye mahkemesi ceza daireleri kararlarındaki hukuka aykırılıkları gideren en etkili kanun yolu başvurularındandır. Çalışmamızda; öncelikle bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının her iki itiraz türü hakkında genel bilgi verildikten sonra nitelikleri belirlenecektir. Sonrasında, her iki itirazın işleyişi, öğretiden ziyade yargı kararları doğrultusunda ele alınıp değerlendirilecektir. Bu şekilde bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yetkisinin işleyişi ortaya konulacaktır.

* Dr., İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı.

I. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞININ OLAĞAN İTİRAZI

A. Genel Olarak

Ceza Muhakemesinde itiraz, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) 267. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. CMK 267. maddesi, hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulabileceğini hükme bağlamıştır.

İtiraz düzenlemesi ile henüz kesinleşmemiş hâkim ve mahkeme kararlarındaki fiili ve hukuki sorunların denetlenmesi amaçlanmaktadır. Bu şekilde hukuka aykırılıkların giderilmesi amaçlanmaktadır.

İtiraz kanun yoluna, sıklıkla ilk derece yargılamasında karşılaşılmaktadır. Ancak bu kanun yolu, itirazın işleyişi başlığında ele alındığı üzere, istinaf incelemesi aşamasında da kullanılabilen bir kanun yoludur.

B. İtirazın Niteliği

İtiraza ilişkin genel düzenleme, CMK'nin ikinci kısmında "*Olağan Kanun Yolları*" başlığı altındaki bir bölümde yer almaktadır. Kanun koyucu bu düzenlemeyle söz konusu itirazı, olağan kanun yollarından biri olarak değerlendirmiştir. Öğretide de CMK 267 ve devamı maddelerinde düzenlenen itirazın, olağan kanun yollarından biri olduğu değerlendirilmiştir[1].

---

[1] **YENİSEY,** Feridun/**NUHOĞLU**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023, Ankara, s. 934-935; **ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023, Ankara, s. 760; **DÜLGER**, Murat Volkan/**TAŞKIN,** Şaban Cankat, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2023, Ankara, s.788; **ÖZTÜRK,** Bahri/**TEZCAN,** Durmuş/**ERDEM,** Mustafa Ruhan / **GEZER,** Sırma/**SAYGILAR,** Yasemin F./**AKCAN,** Esra Alan/**ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser** ./**ÖZAYDIN,** Özdem /**TOK,** Mehmet Can, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023, Ankara, s. 512; **AYGÖRMEZ UĞURLUBAY**, Gülsün Ayhan, "Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 16, Özel Sayı 2014, Yıl 2015, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s. 4002.

C. Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı Olağan İtirazının İşleyişi

1. İtiraza Konu Kararlar

Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararlarına karşı olağan itiraza konu kararlar çeşitli şekillerde tezahür edebilir. Öncelikle; ön inceleme sonucu verilen istinaf başvurusunun reddine ilişkin kararlar, olağan itiraza konu olabilmektedir. İlk derece mahkemelerinin dava dosyası, bölge adliye mahkemesine geldiğinde iş bölümüne göre görevli ceza dairesine verilmektedir. İlgili ceza dairesi, varsa tebligat eksikliklerinin giderilmesini sağladıktan sonra, dosya üzerinde ön inceleme yapmaktadır. Ön inceleme sonucunda, ilgili ceza dairesi, bölge adliye mahkemesi olarak yetkili olmadığını değerlendirmesi hâlinde "dosyanın yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilmesi"ne karar verir. Ayrıca, bölge adliye mahkemesine başvurunun süresi içinde yapılmadığının, incelenmesi istenen kararın bölge adliye mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığının, başvuranın buna hakkı bulunmadığının anlaşılması hâlinde "istinaf başvurusunun reddine" karar verir (CMK md. 279). Bu şekilde "dosyanın yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilmesine" ve "istinaf başvurusunun reddine" ilişkin verilen kararlar itiraza tabidir.

İtiraza konu kararlardan ikincisi ise ilgili ceza dairesinin ön inceleme aşamasından sonra davanın yeniden görülmesi aşamasında tezahür edebilmektedir. Bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesinin CMK 280/1-g maddesi uyarınca davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına karar vermesi ile "davanın yeniden görülmesi" aşamasına geçmiş olacaktır. Davanın yeniden görülmesi aşamasında, bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesinin, itiraz konusunu oluşturacak hâkim kararları ve kanunun gösterdiği kararları vermesi halinde, bu kararlara karşı olağan itiraza gidilebilecektir[2]. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda arama kararı (CMK md.119), elkoyma kararı (CMK md.127), iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması kararı

---

[2] **YENİSEY/NUHOĞLU,** hâkimlik kararları kural olarak itiraza tabi olduğundan itiraz edilmeyecek hâkimlik kararlarının kanunda gösterildiğine; buna karşılık mahkeme kararları ise kural olarak itiraza tabi olmadığından itiraz edilecek mahkeme kararlarının kanunda gösterildiğine işaret etmektedirler (**YENİSEY/NUHOĞLU**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 935-936).

(CMK md. 135), müdafiinin dosyayı inceleme yetkisinin kısıtlanması kararı (CMK md.153) gibi hakim kararları düzenlenmiştir. Aynı Kanun'da, gözlem altına alınma kararı (CMK md 74), tutuklama kararı (CMK md.101), tutuklunun salıverilmesi kararı (CMK md.104), adli kontrol kararı (CMK md.111), el konulan eşyanın iadesinin reddi kararı (CMK md. 131) gibi itiraza konu kararlara yer verilmiştir.

Olağan itiraza konu kararlardan üçüncüsü ise, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının doğrudan soruşturma ve kovuşturma yapmaya yetkili olduğu hallerde tezahür edebilmektedir. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 45. maddesi, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının bazı hallerde doğrudan soruşturma yapacağı hallere yer vermiştir. Bu kapsamdaki soruşturmalarda ilk derece mahkemeleri değil, bölge adliye mahkemesi ilgili ceza daireleri yetkili olduğundan, bu dairelerin, tıpkı ilk derece mahkemelerinde olduğu gibi hâkim kararı ve kanunun itiraza tabi tuttuğu kararları vermeleri mümkündür. Bu şekilde tezahür eden kararlar da olağan itiraza konu olacaktır.

2. İtiraz Sebepleri

İtiraz ile kararlardaki hukuka aykırılığın düzeltilmesi amaçlanmaktadır. Maddi olayın oluş ve değerlendirilmesi, delillerin eksikliği veya nitelendirilmesindeki hatalar itiraz sebepleri olarak ileri sürülebilir. Ayrıca hukuk kurallarının eksik veya yanlış uygulanması da birer itiraz sebebidir.

3. İtiraz Süresi ve Şekli

İtiraz süresi, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde CMK 35. maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren iki haftadır[3]. İlgililer, bu süre içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle itirazda bulunabilirler. Tutanağa geçilmek suretiyle zabıt kâtibine yapılan beyan ile itiraz yapılması

[3] 02.03.2024 tarih, 7499 sayılı Kanun ile "yedi gün" olan itiraz süresi "iki hafta" olarak değiştirilmiştir.

halinde, tutanakla tespit edilen beyan ve beyan sahibinin imzası mahkeme başkanı veya hâkim tarafından onaylanır.

İtiraz edecek kişinin tutuklu olması halinde, CMK 263. maddesi, itirazın ne şekilde yapılacağına ilişkin özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre, tutuklu bulunan şüpheli veya sanık, dilekçe veya zabıt kâtibine vereceği beyandan başka ceza infaz kurumu ve tutukevi müdürüne beyanda bulunmak suretiyle de itirazda bulunabilir. Tutuklu bulunan şüpheli veya sanığın itiraza konu dilekçesi, zabıt kâtibine veya kurum müdürüne olan başvurusu kayda alındıktan sonra bu hususları belirten bir tutanak düzenlenerek bir örneği kendisine verilir. Düzenlenen tutanak derhal ilgili mahkemeye gönderilir. Bu şekilde yapılan işlem ile kanun yolları için kanunda belirlenen süreler kesilmiş sayılacaktır.

"*İstinaf istemi ve süresi*" başlıklı CMK'nin 273/1 maddesinin iptali istemi ile Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulması üzerine Anayasa Mahkemesi, 26.07.2023 tarih, 2022/144E, 2023/137K. sayılı kararda "*kuralın gerekçesi açıklanmayan hükümler yönünden mahkemeye erişim hakkını güçleştirdiği ve kuralla hedeflenen amaca ulaşıldığında elde edilecek kamusal yararla kıyaslandığında kişilere aşırı külfet yüklediği, mahkemeye erişim hakkını orantısız dolayısıyla ölçüsüz bir biçimde sınırladığı*"nı değerlendirerek hükmün iptaline karar vermiştir[4]. Bu çerçevede itiraz süresinin, itiraza konu kısa kararın okunması veya tefhimi ile değil, gerekçeli kararın ilgililere tebliğinden itibaren başlaması gerektiği düşüncesindeyiz.

4. İtiraz Etme Yetkisi

CMK 267 ve devamı maddelerinde düzenlenen itiraza sadece Cumhuriyet başsavcılığı yetkili olmayıp diğer "ilgiler"in de itiraz hakkı bulunmaktadır. Genel olarak kanun yoluna başvurma hakkı olanlar; Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlardır. Avukatın, müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişilerin açık

[4] Anayasa Mahkemesi'nin 26.07.2023 tarih, 2022/144E. 2023/137K. sayılı kararı. (https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 27.10.2023).

arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yollarına başvurma hakkı vardır. Yine şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi ve eşinin de şüpheli veya sanığa açık olan kanun yollarına süresi içinde kendiliklerinden başvurma hakları vardır. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı ile birlikte kanun yoluna başvurma hakkına sahip olan bu kişiler, itiraz hakkına da sahip olan "ilgililer" kapsamında kalmaktadır[5].

5. İtiraz Üzerine Dairece Yapılacak İşlemler

İtiraz, kararı veren mercie yapılır. Merci, itirazı yerinde bulur ise kararını düzeltir; itirazı yerinde bulmaz ise itirazı inceleme merciine gönderir.

Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararlarına yapılan itirazlarda; üyenin kararını görevli olduğu dairenin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler. Örneğin 10. Ceza Dairesinde görevli üyenin verdiği karara itiraz söz konusu ise kararı veren üye hâkim itirazı yerinde bulursa kararını düzeltir, itirazı yerinde bulmaz ise itirazı, inceleme mercii olan 10. Ceza Dairesi Başkanına gönderecek ve 10. Ceza Dairesi Başkanı itirazı inceleyecektir. Ancak itiraz edilen karar, 10. Ceza Dairesi başkanı veya heyetinin kararı ise önce 10. Ceza Dairesi başkanı veya heyeti itirazı inceler, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir, itirazı yerinde görmez ise kararı, numara itibarıyla izleyen ceza dairesi olan 11. Ceza Dairesine gönderecek ve bu daire itirazı inceleyecektir. Eğer örnekteki Bölge adliye mahkemesinde en fazla on ceza dairesi var ise artık 10. Ceza Dairesinin kararını inceleme mercii 1. Ceza Dairesi olacaktır.

Merci, itiraz konusunda bizzat inceleme ve araştırmayı yapabilir. Gerekli gördüğünde inceleme ve araştırmanın yapılmasını da emredebilir.

---

[5] **DÜLGER/TAŞKIN,** itiraza hakkı olan "ilgililer" kavramının, sadece CMK 260 ve 237 maddeleri kapsamı ile ele almanın bazı işlemlerde eksik kalacağına, örneğin erişimin engellenmesi kararlarında site kullanıcısının dahi karardan etkilendiğine, işaret etmektedirler (**DÜLGER/TAŞKIN,** Ceza Muhakemesi Hukuku, s.793); CENTEL/ZAFER ise, tanık ve bilirkişinin de kendilerini ilgilendiren kararlara karşı kanun yoluna başvuru haklarının olduğuna işaret etmektedirler (**CENTEL,** Nur/**ZAFER,** Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayınları, 2022, İstanbul, 2022, s.892).

İtiraz kararları, duruşma yapılmaksızın ve mümkün olan en kısa sürede verilir. Merciin itiraz üzerine verdiği karar kesindir (CMK md. 271).

İtiraz kararları, kararların yerine getirilmesini geriye bırakmaz (CKM md. 269). Ancak, kararına itiraz edilen makam veya kararı inceleyecek merci, geri bırakılmasına karar verebilir.

II. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞININ OLAĞANÜSTÜ İTİRAZI

A. Genel Olarak

CMK'nin ilk metninde bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yetkisine ilişkin düzenleme bulunmamaktaydı. 04.08.2017 tarihinde yürürlüğe giren 7035 sayılı Kanun ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na eklenen 308/A maddesi ile bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının olağanüstü itiraz yetkisi getirildi. Daha sonra yapılan 7188 sayılı ve 7445 sayılı Kanun değişiklikleri ile düzenleme son şeklini aldı.

Düzenlemede Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itiraz yetkisi (CMK md. 308) esas alınmıştır. Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazının, hüküm öncesi işlemlere ilişkin itiraz niteliğinde olmayıp, hüküm sonrası kararlara itiraz niteliğinde olması, itiraza ilişkin sürelerin aynı olması ortak yönleri olmakla birlikte her iki itiraz, itiraz yetkisinde ayrışmaktadır[6]. Bölge adliye mahkemesi ceza dairesi kararlarına karşı itiraz, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığına aittir. Buna karşılık Yargıtay ceza dairesi kararlarına karşı itiraz, bizzat Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na aittir.

B. İtirazın Niteliği

CMK 308/A maddesinde düzenlenen bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yetkisi, CMK'nin ikinci kısmında, "*Olağanüstü Kanun Yolları*" başlığı altındaki bir bölümde yer almaktadır. Kanun koyucu, bu dü-

---

[6] **ÇİNKO,** M. Sıddık, "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisi" Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 13, Sayı 141, Mayıs 2018, s. 101.

zenlemeyle söz konusu itirazı olağanüstü kanun yollarından biri olarak değerlendirmiştir. Bu itiraz, sadece bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikli kararlarına karşı yapılabilmektedir. Bu itibarla, bu itiraz, olağanüstü kanun yollarından biri niteliğindedir. Öğretide de bu itiraz, olağanüstü kanun yollarından biri olarak değerlendirilmiştir[7].

C. Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı Olağanüstü İtirazının İşleyişi

1. İtiraza Konu Kararlar

Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının olağanüstü itirazına konu olabilecek kararların, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar olduğu kanuni düzenlemede açıkça anlaşılmaktadır (CMK md.308/A). Buna göre, CMK 308/A maddesinde düzenlenen itiraza konu olabilecek bir kararın öncelikle bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin bir kararı olması, ikinci olarak da bu kararın ihtilafı nihayete erdiren kesin nitelikli bir karar olması gerekir. Ek olarak Yargıtay 10. Ceza Dairesi, bir kararında, istinaf yoluna başvuran tarafların tamamının taleplerinin incelenmeden verilen bir kararın kesin nitelikte bir karar olmadığına işaret etmiştir[8].

---

7 **CENTEL/ZAFER,** Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 886; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ,** Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 760; **ARTUÇ,** Mustafa, "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisi Kapsamındaki Kararlar", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 17, Yıl 9, Haziran 2021, s. 72; **İHTİYAROĞLU,** Uğur, "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisine Yönelik Bir Değerlendirme", Adalet Dergisi, Sayı 71, Yıl: 2023/2, s.1167; **ÇİNKO,** "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisi", s. 97.

8 "*Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesince, istinaf yoluna başvurma hak ve yetkisi bulunan yerel Cumhuriyet savcısının aleyhe olan istinaf başvurusu incelenmeksizin karar verildiği gözetildiğinde, istinaf incelemesinin tamamlandığından bahsetmek mümkün olmayacağından ortada kesin nitelikte bir karar da bulunmamaktadır. CMK'nın 308/A maddesindeki; Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının, resen veya istem üzerine, kararın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde kararı veren daireye itiraz edebileceğine ilişkin düzenlemenin de, istinaf yoluna başvuran tarafların tamamının taleplerinin incelenmemiş olması nedeniyle, ortada kesin nitelikte bir karar bulunmadığından, ...*" (Yargıtay 10. CD 26.04.2021 tarih, 2020/20134E., 2021/5090K. sayılı kararı).

Bu itibarla bölge adliye mahkemesi ceza dairesi kararlarının neler olduğunu ve bu kararlardan hangisinin kesin nitelikte olduğunu belirlemek gerekir. Bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesi, iki ayrı aşamada kararlar vermektedir. Birinci aşamada verdiği kararlar, ön inceleme sonucunda esasa girmeden verdiği kararlardır. Bu kararlar yukarıda belirtildiği üzere olağan itiraza tabi olup (CMK 279) CMK 308/A maddesinde düzenlenen itiraza tabi değildir.

Ancak ön inceleme sonucunda verilen kararlara itiraz edilmesi üzerine, itiraz merciince verilen kesin nitelikli kararlara karşı CMK 308/A maddesi uyarınca itirazın mümkün olup olmadığı önem taşımaktadır. Yargıtay'ın, bu nitelikli kararlara karşı, CMK 308/A maddesindeki itirazı mümkün gördüğü görülmektedir[9].

---

[9] "*Sanığın yokluğunda verilen Menderes 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 17/05/2017 tarihli 2017/25-2017/219 esas sayılı kararın ... sanığa usulünce tebligat yapılmadan sürecin devam ettirildiği sanık E B'in 27/04/2020 tarihinde verdiği dilekçede infazın durdurulmasını, eski hale iade, istinaf ve temyiz talebinde bulunulduğu bu itiraz üzerine tebligat hatası tespit edilip esas incelemesi yapılması gerektiği halde İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi'nin 22/06/2020 tarihli 2020/1259 - 2020/1113 esas sayılı kararıyla istinaf başvurusunun CMK'nın 279/1-b maddesi uyarınca reddine karar verildiği, yukarıda belirtilen usule aykırılık nedeniyle belirtilen karara itirazın gerektiği gözetilmeden İzmir Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığınca CMK 'nın 308/A maddesi uyarınca karara itirazı gerektirir maddi ve hukuki bir sebep bulunmadığından itiraz kanun yoluna gidilmediğinin bildirildiği nazara alındığında Yargıtay denetimine tabi temyize konu edilebilecek bir hüküm bulunmadığı ancak İzmir Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığınca CMK'nın 308/A maddesi gereğince sanık lehine süreye bağlı olmaksızın itiraz kanun yoluna tabi olduğu tespit edilerek dosyanın incelenmeksizin mahalline İADESİNE*" (Yargıtay 10. CD 16.11.2022 tarih, 2022/7583E., 2022/19135K. sayılı kararı); "*İtiraz mercii olan Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi tarafından 23.01.2018 tarihinde sanık müdafiinin yapmış olduğu itirazın süre yönünden reddine dair kesin olarak karar verildiği, 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun sanıkla ilgili olarak ayrıca bir temyiz hakkı tanımadığı, bu karara karşı CMK'nın 308/A hükmü uyarınca sadece Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz hakkı yahut duruma göre olağanüstü kanun yollarının bulunduğu*" (Yargıtay 16. CD 21.12.2020 tarih, 2019/7636E., 2020/6578K. sayılı kararı); "*İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi tarafından 06.03.2018 tarihinde sanık müdafiinin itiraz başvurusunun süresinde olmadığı gerekçesiyle itirazın süre yönünden reddine dair karar verildiği, istinaf başvurusunun reddine dair karara karşı sanık müdafii tarafından yasal süresinde verilen itiraz dilekçesinin itiraz merciince reddedildikten sonra, bu karara karşı CMK'nın 308/A hükmü uyarınca sadece Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz hakkı bulunduğu yahut duruma göre olağanüstü kanun yolunun bulunduğu görülmekle dosyanın incelenmeksizin mahalline iadesi*" (Yargıtay 16. CD 27.02.2019 tarih, 2018/6191E., 2019/1271K. sayılı kararı).

Bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesinin ikinci aşamada verdiği kararlar ise ön incelemenin tamamlanmasından sonraki esasa ilişkin kararlardır. Bu kararların neler olduğu genel olarak CMK 286. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, ceza dairesi, "istinaf başvurusunun esastan reddine", "hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine", "ilk derece mahkemesi hükmünün bozulmasına" veya "davanın yeniden görülmesine" karar verebilir. Davanın yeniden görülmesine karar verilmesi halinde, duruşma hazırlığı işlemlerine başlanır. Duruşma sonucunda istinaf başvurusunun esastan reddine karar verebileceği gibi, ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm de kurabilir (CMK md.280).

Söz konusu kararlardan "istinaf başvurusunun esastan reddine[10]", "hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine" ilişkin kararların CMK 308/A maddesi kapsamında itiraza konu olmaları mümkündür. Ancak bu iki tür karar, temyizi kabil ise artık CMK 308/A maddesi kapsamında itiraza konu olamayacaktır[11]. Bir kararın temyizinin mümkün olup olmadığı ise kural olarak CMK 286. maddesine göre belirlenecektir.

Belirtilmelidir ki bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma kararları temyize tabi olmamakla birlikte CMK 308/A maddesi kapsamında itiraza da

---

[10] "*Esastan ret kararına karşı, 5271 sayılı Kanun'un 308/A maddesi kapsamında itiraz kanun yoluna başvurulabileceği*" (Yargıtay 10. CD 10.04.2023 tarih, 2022/8898E., 2023/3203K. sayılı kararı).

[11] "*Somut olaya ilişkin Bölge Adliye Mahkemesi kararının temyiz kanun yoluna tabi olduğundan Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet savcısı tarafından 5237 sayılı Kanun'un 308/A maddesinde belirtilen itiraz yoluna gidilememektedir. Bu nedenle, Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının 15.01.2021 tarihli itiraz dilekçesi temyiz istemi kapsamındadır*." (Yargıtay 3. CD 06.07.2023 tarih, 2022/10375E., 2023/4804K. sayılı kararı); "*5271 sayılı CMK 'nın 286/2-a maddesi uyarınca ''İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adlî para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları' kesin nitelikte olup aynı Kanun'un 308/A maddesindeki 'Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, re'sen veya istem üzerine, kararın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde kararı veren daireye itiraz edebilir.' şeklindeki düzenleme uyarınca kesin nitelikteki bu kararlara karşı Yasa koyucunun öngördüğü tek hukuki çarenin Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itiraz yasa yoluna başvurusu olduğu,*" (Yargıtay 4. CD 22.06.2022 tarih, 2022/6093E., 2022/15954K. sayılı kararı).

tabi değildir[12]. Çünkü bozma kararı ihtilafı nihayete erdiren bir karar niteliğinde değildir. Bozma kararı, gerçek anlamda kesin nitelikli bir karar niteliğinde olmadığından, CMK 308/A maddesi kapsamında itiraza konu olmayacaktır. Nitekim Yargıtay 9. Ceza Dairesi de aynı doğrultuda karar vermiştir[13].

2. İtiraz Sebepleri

Bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin kesin nitelikteki kararlarına karşı, hangi sebeplerle itiraz yoluna gidileceği hususunda madde metninin ilk halinde bir düzenleme bulunmamaktaydı. Anayasa Mahkemesi, 26.06.2022 tarih 2021/48E., 2022/7K. sayılı kararı ile 308/A maddesinin birinci cümlesinin "sanığın aleyhine itirazlar" yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir[14]. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra 7445 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeyle sanık aleyhine itiraza gidilebilmesi için *"kararı etkileyecek nitelikte esaslı bir hatanın bulunmasının zorunluluğu"* aranmıştır. Böylece sanık lehine ve aleyhine itiraza göre itiraz sebepleri farklılık arz etmiştir.

Mevcut düzenlemede, sanık lehine itiraza gidilebilmesi için bir "hukuka aykırılığın" bulunması yeterlidir. Hukuka aykırılıktan da kast edilen ise bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanmasıdır.

---

12 Aynı görüşte **İHTİYAROĞLU**, "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisine Yönelik Bir Değerlendirme", s.1168; **ŞAHBAZ,** İbrahim, Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Muhakemesi Kanunu, 2. Cilt, Yetkin Yayınları, 2020, Ankara, s. 3275.

13 "*Bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin bozma kararları kesin nitelikte sayılmayacağından Bozma kararlarına karşı CMK 308/A anlamında itiraz yoluna gidilemeyeceğine*" (Yargıtay 9. CD, 14.03.2022 tarih, 2021/24941E, 2022/2216K. sayılı kararı).

14 Anayasa Mahkemesi, konuyu "hak arama hürriyeti" kapsamında ele alarak maddede düzenlenen "sanık aleyhine itirazı"n "aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi" ne aykırı olduğunu, ayrıca verilen kararlara yapılan itirazlardan sanığın haberdar edilmesini sağlayan herhangi bir mekanizma öngörülmemesi, sanığın yapılan itirazdan haberdar olmaması ve itiraza karşı savunmalarını bildirememesi adalet duygusunu rencide edeceği gibi davanın tarafları arasındaki adil dengeyi de bozacağını; sanığın itirazdan haberdar edilmemesi ve buna karşı savunmada bulunma imkânından mahrum bırakılmasında "silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri"yle de bağdaşmadığına karar vermiştir.

(https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 27.10.2023)

Sanık aleyhine itiraza gidebilmesi için ise "*kararı etkileyecek nitelikte esaslı bir hata*" nın bulunması gerekir. Buna göre, "*kararı etkileyecek nitelikte esaslı bir hata*"nın ne olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Bunun için söz konusu şartı CMK 308/A maddesine ekleyen 7445 sayılı Kanun gerekçesine bakmakta yarar vardır. Belirtilen 7445 sayılı Kanun'un gerekçesinde "*289 uncu maddede sayılan hukuka kesin aykırılık halleri, niteliği itibarıyla esaslı hata olarak değerlendirilecektir. Bununla birlikte, diğer hukuka aykırılık hallerinin esaslı hata olarak kabul edilebilmesi için bir hukuk kuralının ciddi şekilde ihlal edilmesi ve bu ihlalin yargılamanın bütünlüğünü ve sonucunu ağır biçimde etkileyecek nitelikte olması gerekmektedir*." açıklamasına yer verilmiştir. Bu itibarla, ancak CMK'nin 289. maddesinde sayılan hukuka kesin aykırılık hallerinden birisinin ya da yargılamanın bütünlüğünü ve sonucunu ağır biçimde etkileyecek nitelikte bir hukuk kuralının ciddi şekilde ihlal edilmesi halinde, sanık aleyhine olağanüstü itiraz yoluna başvurulabilecektir.

Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları incelendiğinde; sağırdilsiz olan sanığa 5271 sayılı CMK'nin 150/2 maddesi gereğince soruşturma ve kovuşturmada istemi aranmaksızın müdafii görevlendirilmesinin zorunlu olduğunun gözetilmemesi[15], hesap hatası sonucu sanık hakkında fazla cezaya hükmedilmesi,[16] eksik araştırma ile verilen hükümde suç vasfının hatalı değer-

---

15 "*Sanığa 5271 sayılı CMK'nun 150/2 maddesi gereğince soruşturma ve kovuşturmada istemi aranmaksızın müdafii görevlendirilmesinin zorunlu olduğu gözetilmeden, sanığa müdafii atanmadan savunması alınarak yargılamasının yapıldığı ve savunma hakkının kısıtlandığı, …, bu durumun hukuka aykırılık teşkil ettiği, Sanığın sağır ve dilsiz olması nedeniyle 5271 sayılı CMK'nun 150/2 maddesi gereğince soruşturma ve kovuşturmada istemi aranmaksızın müdafii görevlendirilmesi gerektiği, anlaşılmakla, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının 30/11/2023 tarihli CMK'nın 308/A maddesi gereğince yaptığı itiraz isteminin KABULÜNE*" (İzmir BAM 18. CD 01.12.2023 tarih, 2023/1862E., 2023/1916K. sayılı kararı).

16 "*Bursa Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından …CMK'nun 308/A maddesi gereğince itirazen kaldırılmasına karar verilmesi, itiraz talebinin kabul edilmemesi halinde dosyanın itiraz merci olan Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu'na gönderilmesine karar verilmesi talep edilmiştir….Bina içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında hırsızlık suçuna dair hükmün cezalarda indirim yapılırken hesap hatası sonucu sanık hakkında fazla cezaya hükmedilmesi*" (İzmir BAM 18. CD 01.12.2023 tarih, 2023/1862E., 2023/1916K. sayılı kararı).

lendirilmesi,[17] sanık hakkında ikinci kez tekerrür hükümlerinin uygulanmasına göre TCK'nın 58/6-7 maddeleri gereğince, cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmemesi,[18] sonradan kesinleşen ek karar ile ortadan kaldırılmasına karar verilen önceki mahkûmiyete konu kararın tekerrür hükümlerinin uygulanmasına esas alınması,[19] sosyal inceleme raporu aldırılmadan ve kovuşturma şartı niteliğindeki bu işlem gerçekleştirilmeden hüküm kurulması[20] gibi sebeplerle CMK 308/A maddesi kapsamında itiraz kanun yoluna başvurulduğu görülmüştür.

---

17 "*Eksik olduğu düşünülen ve …. deliller de toplanarak sanıkların eylemlerini ne şekilde gerçekleştirdiği hususunun açıklığa kavuşturulması ile müştekinin telefon uygulamasına kişisel bilgileri ele geçirilerek girilmişse TCK 136. maddesi, bilişim sistemi niteliğindeki Vodafone …uygulamasına girilerek veri girişi ve değişikliği yaparak menfaat temin etmeleri nedeniyle TCK 244/4 maddesi çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi gerektiği, eksik araştırma ile verilen hükümde suç vasfının da hatalı değerlendirildiği kanaatine ulaşılmıştır. Yukarıda açıklanan nedenlerle, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının 10/11/2023 tarihli CMK'nın 308/A maddesi gereğince yaptığı itiraz isteminin KABULÜNE*" (İzmir BAM 18. CD 10.11.2023 tarih, 2023/1604E., 2023/1666K. sayılı kararı).

18 "*Sanık hakkında TCK 58. maddesinin uygulanmasına dair olan hüküm paragraflarında TCK'nın 58/6. maddesi uyarınca cezasının infazından sonra sanık hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına karar verilmediği; her ne kadar sanık 2. kez mükerrir ise de, TCK 58/7.maddesindeki '....Mahkûmiyet kararında, hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı belirtilir....' amir hükmü ve Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 22/06/2020 tarih 2020/60 esas 2020/1398 karar sayılı emsal içtihatı ve kabulü nazara alındığında bu nedenle bu yönüyle hükmün düzeltilmesi gerektiğ*i," (Bursa BAM 6. CD 08.11.2023 tarih, 2023/2956E., 2023/2654K. sayılı kararı).

19 "*Mükerrirlik uygulamasına konu mahkeme kararının daha sonra çıkan yasa sebebiyle uyarlama davasına konu olduğu, yapılan yargılama sonucunda eski kararın kaldırılıp yeni bir karar verildiği, yeni kararın ise 10.05.2022 tarihinde kesinleştiği dolayısı ile sarkıntılık yapmak suretiyle cinsel saldırı suçunun suç tarihi olan 25-26-27/12/2019 tarihlerinden sonra kesinleştiği ve bu hali ile mükerrirlik uygulamasına konu edilemeyeceği buna rağmen yerel mahkemece bu kararın hukuka aykırı olarak sanık hakkında kararda mükerrirlik uygulamasına konu edildiği anlaşılmış ise de; Bu hukuka aykırılık ise; daha fazla araştırmaya gerektirmeden ve yeniden duruşma yapılmaksızın düzeltilebilir niteliktedir. Yerel mahkemenin karının hüküm bendindeki bu hatanın düzeltilmesi gereklidir. Bu nedenle İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı yerinden bulanarak*" (İstanbul BAM 20. CD 26.10.2023 tarih, 2023/2300E., 2023/2012K. sayılı kararı).

20 "İstinaf başvurusunun esastan reddine karar verildiği, bu kararların verildiği anda kesin nitelikteki kararlardan olması nedeniyle 15/01/2020 tarihinde kesinleştiği, Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığınca 21/09/2023 tarihinde CMK'nun 308/A maddesi uyarınca suça sürüklenen çocuk lehine itiraz yoluna başvurulduğu anlaşılmakla; dosya görüşülüp gereği düşünüldü: Kayden 08/11/2001 doğumlu olup suç tarihinde 12-15 yaş grubunda bulunduğu anlaşılan suça sürüklenen çocuk Y Y'ın işlediği iddia edilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediğine ilişkin raporu alınmasına rağmen, **5395 sayılı Kanunun 35/1. maddesi uyarınca sosyal inceleme raporu aldırılmadan ve kovuşturma şartı niteliğindeki bu işlem gerçekleştirilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması**, Hukuka aykırı" (Gaziantep BAM 6. CD 16.10.2023 tarih, 2023/1969E., 2023/1943K. sayılı kararı).

3. İtiraz Süresi

Bölge adliye mahkemesi ceza dairesi kararına karşı itiraz süresi, lehe veya aleyhe itiraz yoluna gidilmesine göre değişmektedir. Sanık aleyhine itiraz yoluna gidilecekse itiraz süresi, kararın bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığına verildiği tarihten itibaren otuz gündür. Sanığın lehine itiraz yoluna gidilecek ise süre şartı aranmamaktadır (CMK 308/A).

Süre, kararın Cumhuriyet başsavcılığına verildiği tarihten itibaren başlamaktadır. Cumhuriyet başsavcılığına yapılacak tebligat, tebliğ olunacak evrak aslının gösterilmesi ya da elektronik ortamda gönderilmesi suretiyle yapılacaktır (Tebligat Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelik md.65). Uygulamada, ceza dairesi kararları, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) 'nde, yani elektronik ortamda ilgili Cumhuriyet savcısının ekranına gönderilmektedir. Bu sebeple, ceza dairesi kararının ilgili Cumhuriyet savcısının ekranına düşmesi ile sürenin başladığını kabul etmek gerekmektedir. Kararın hem fiziki hem de UYAP'ta, ancak farklı tarihlerde Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi durumunda, sürenin tespitinde UYAP kayıtlarının esas alınması gerektiği düşüncesindeyiz[21].

Uygulamada, zaman zaman katılan tarafın, ceza dairesi kararından haberdar oldukları tarihi veya karar kendilerine tebliğ edilmiş ise tebliğ tarihini esas alarak Cumhuriyet başsavcılığından sanık aleyhine itiraz yoluna başvurulmasını istedikleri görülmektedir. Ancak ceza dairesi kararından katılanın haberdar olmasının veya kararın katılana tebliğinin aleyhe itiraz süresinin başlanmasına etkisi bulunmamaktadır. CMK 308/A maddesinde açıkça anlaşılacağı üzere, aleyhe itiraz süresi, ceza dairesi kararının Cumhuriyet başsavcılığına verildiği tarihten itibaren başlamaktadır. Uygulamada işlemler UYAP sisteminde yapıldığı gözetildiğinde ise ceza dairesi kararının UYAP sisteminde ilgili Cumhuriyet savcısının ekranına düşmesinden itibaren otuz günlük aleyhe itiraz süresi işlemeye başlayacaktır. Bu sürenin geçmesiyle artık aleyhe itiraz yoluna gidilemez.

---

[21] Nitekim, Bölge Adliye ve Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğinin 5/11 ve 67/3. maddelerindeki belgeler için fiziki ve UYAP kayıtlarının çelişmesinde UYAP kayıtlarına üstünlük verilmiştir. CMK md. 38/A-5 madde hükmü de aynı doğrultudadır.

Lehe itiraz yoluna gidilmek istenilmesi halinde itirazda süre aranmayacağını Kanun belirtmiş ise de bu sürenin hiç sona ermeyeceği anlamına gelip gelmediğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Hükmün infaz edilmiş olması, tüm tali sonuçlarının gerçekleşmesi, sanığın ölmesi gibi hallerde de lehe itiraz yoluna gidilmesi gerekip gerekmediği önem taşımaktadır. Kanaatimizce, burada gözetilmesi gereken husus, itiraz yoluna gidilmesi ile verilmesi istenen kararın sanık lehine sonuç doğurma ihtimalini taşıyıp taşımadığına göre değerlendirilmelidir. İtiraz başvurusu, sanığın lehine bir sonuç doğuracaksa hükmün infazından sonra da itiraz yoluna gidilebilir[22].

4. İtiraz Etme Yetkisi

Bölge adliye mahkemesi ceza dairesi kararına CMK 308/A maddesi uyarınca itiraz etme yetkisi, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığına aittir[23]. Buna göre bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcısı, bizzat veya görevli kıldığı Cumhuriyet savcısı itiraz yoluna gidebilecektir. Bu konudaki düzenleme, Yargıtay ceza dairesi kararına itiraz ve genel itiraz düzenlemesiyle ayrışmaktadır. Yargıtay ceza dairesi kararına itiraz, bizzat Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na aittir. CMK 267. maddesinde belirtilen genel itirazı ise, kararın ilgilileri yapabilmektedir.

İtiraz, resen veya ilgililerin istemiyle olabilir. Kanaatimizce, kanun yoluna başvurma hakkı olan kişiler, itiraz isteminde bulunabilirler. Kanun yoluna başvurma hakkı olmayan kişilerin taleplerini ise bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı kendisine bildirim olarak kabul edebilir.

Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yetkisi, kanuna uygun kullanılması gereken, takdiri bir yetkidir. Kanun bu durumu "*itiraz edebilir*"

---

22 **ÇİNKO,** "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisi", s. 100.

23 "*20/07/2017 tarih 7035 Sayılı Kanun'un 23. Maddesi ile yapılan değişiklik ile Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına itiraz yetkisi verilmiştir. Sanığın bu düzenlemeye istinaden vermiş olduğu dilekçeyi değerlendirme ve sonucuna göre CMK'nun 308/A maddesi kapsamında itiraz yoluna başvurma hakkı Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına ait olduğundan bu aşamada Dairemiz tarafından işin esasına girilemeyeceğinden sanık vekilinin ihbar niteliğindeki itiraz dilekçesinin eki dosya ile birlikte İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE*" İstanbul BAM 18. CD, 25.02.2021 tarih, 2021/748E, 2021/660K. sayılı kararı).

ifadesiyle açıkça belirtmiştir. Bu nedenle Cumhuriyet başsavcılığı, kanun yoluna başvurma hakkı olan kişilerin talepler veya diğer kişilerin kendisine yaptıkları bildirimler üzerine mutlaka itiraz yoluna gitmek durumunda değildir. Talepleri ve bildirimleri değerlendirerek kararda itirazı gerektirir sebep bulunduğuna kanaat getirmesi halinde itiraz yoluna gidecektir[24]. Aksi takdirde, itiraz isteminin reddine karar verip kararını istemde bulunana ve bilgi olarak da itiraza konu kararı veren daireye bildirmek doğru olacaktır. Cumhuriyet başsavcılığın bu şekilde itiraz istemini itiraza dönüştürmemesine ilişkin karara karşı başvuru yolu bulunmamaktadır.

5. İtiraz Üzerine Dairece Yapılacak İşlemler

Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan itiraz üzerine ceza dairesince yapılacak işlemler CMK 308/A maddesinde belirtilmiştir. Aynı madde, itirazı inceleyecek başkanlar kurulunun çalışma usul ve esaslarının Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirleneceğini de hükme bağlamıştır. Bu hüküm doğrultusunda, Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulu, 12.12.2019 tarih, 410 Karar no ile itirazı inceleyecek başkanlar kurulunun çalışma usul ve esaslarını belirlemiştir.

Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, itirazını, kararı veren daireye yapmalıdır. Cumhuriyet başsavcılığının sanık lehine itirazda bulunması halinde, bu itirazın ilgililere tebliğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Cumhuriyet başsavcılığının sanık aleyhine itirazı, daire tarafından sanık veya müdafiine tebliğ olunacağı maddede açıkça belirtilmiştir[25].

---

[24] "*Hükümlünün 29/05/2023 tarihli dilekçesinin, kesin olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair Dairemizce verilen karara itiraz mahiyetinde olduğu değerlendirilmekle, hükümlünün talebi üzerine CMK'nın 308/A maddesi gereğince Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itiraz yetkisi bulunduğundan bu hususun değerlendirilmesi için dosyanın Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderildiği, Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 03/10/2023 tarih ve 2023/519 İtiraz Değerlendirme, 2023/431 Ret Karar sayılı yazısı ile hükümlünün 29/05/2023 tarihli dilekçesinde belirttiği hususlar değerlendirilerek CMK'nın 308/A maddesi uyarınca karara itirazı gerektirir maddi ve hukuki bir sebep bulunmadığından itiraz yoluna başvurulmayacağına dair karar verildiğinin anlaşılması karşısında, Dairemizce hükümlünün talebi hakkında herhangi bir KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA*," (Sakarya BAM 4. CD 16.10.2023 tarih, 2023/3376 E., 2023/3007K. sayılı kararı).

[25] Maddenin ilk halinde sanık aleyhine itirazın tebliğine ilişkin bir düzenleme bulunmaktaydı. Anayasa Mahkemesi, 26.06.2022 tarih 2021/48E., 2022/7K. sayılı kararı ile 308/A maddesinin birinci cümlesinin "sanığın aleyhine itirazlar" yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermesi üzerine, maddede 7445 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile sanığın aleyhine itirazın tebliğine ilişkin düzenleme yer almıştır.

Ceza Dairesi, tebligatı, ilgililerin dava dosyasından belirlenen son adreslerine yapılmasıyla geçerli olacaktır. İlgililer, aleyhe itiraza, itirazın kendilerine tebliğinden itibaren iki hafta içinde yazılı olarak cevap verebilir[26].

Ceza Dairesi, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceleyip itirazı yerinde görmesi halinde kararını düzeltir. Ceza dairesi, itirazı yerinde görmezse dosyayı itirazı incelemek üzere ceza daireleri başkanlar kuruluna gönderecektir.

İtirazı inceleyecek ceza daireleri başkanlar kurulu, bölge adliye mahkemesi başkanı ve ceza daireleri başkanlarından oluşmaktadır. Ancak dörtten fazla ceza dairesi olan bölge adliye mahkemelerinde, kurul, bölge adliye mahkemesi başkanı ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından daire başkanları arasından belirlenen dört üyeden oluşmaktadır. Kurulun bir asıl üyesi, kararına itiraz edilen dairenin başkanı, üç asıl ve iki yedek üyesi ise her adli yıl başlangıcında, Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulunca numara olarak belirlenen ceza dairesi başkanlarından, örneğin 1., 6., 22. Ceza Dairesi Başkanı, oluşmaktadır. Başkanlar kurulu üyeleri her adli yıl başlangıcı esas alınmak suretiyle bir yıl süreyle ve yeni üyeler belirleninceye kadar görev yaparlar. Bölge adliye mahkemesi başkanının hukukî veya fiilî nedenlerle görevi başında bulunamaması durumlarında, başkanlar kurulu başkanlığı görevine, kararına itiraz edilen daire başkanı dışındaki başkanlar kurulu üyelerinden en kıdemlisi vekâlet eder. Daire başkanının hukukî veya fiilî nedenlerle görevi başında bulunamaması ya da bölge adliye mahkemesi başkanlığına vekâlet ettiği durumlarda ise başkanlar kurulu başkanının görevlendireceği yedek üyelerden biri başkanlar kuruluna katılır.

İtirazı inceleyecek başkanlar kurulunun toplantı gündemi ve tarihini, bölge adliye mahkemesi başkanı belirler. İtiraz edilen dosya, başkanlar kuruluna gelmesinden itibaren en geç iki ay içinde başkanlar kurulu gündemine alınır. Kurula gönderilen itiraz hakkında, kararına itiraz edilen dairenin başkanı veya görevlendireceği üye tarafından kurula sunulmak üzere bir rapor hazırlar. Hazırlanan bu rapor, toplantı tarihinden en az iki gün önce başkanlar kurulu üyelerine dağıtılır.

---

[26] 02.03.2024 tarih, 7499 sayılı Kanun ile "yedi gün" olan itiraz süresi "iki hafta" olarak değiştirilmiştir.

İtirazı inceleyecek başkanlar kurulu, üye tam sayısı ile toplanır ve salt çoğunlukla karar verir. Başkanlar kurulunda kararına itiraz edilen daire başkanının üye olması, kararlara katılmasına ve oy kullanmasına engel teşkil etmemektedir.

Kanaatimizce kurula gönderilen itiraz hakkında, kararına itiraz edilen dairenin başkanı veya görevlendireceği üyenin kurula sunulmak üzere bir rapor hazırlaması, kararı veren daire başkanının kurul üyesi olması ve oylamaya katılması doğru olmamaktadır. Kurula sunulacak raporun kurul kararına etkisinin yüksek olduğundan şüphe bulunmamaktadır. Bu itibarla söz konusu raporun kararına itiraz edilen dairenin başkanı veya görevlendireceği üyeden başka birisinin, örneğin başka daireden görevlendirilecek bir üyenin raporu hazırlayıp sunması yerinde olacaktır. Hatta işi yoğun olan bölge adliye mahkemelerinin başkanlar kurulu için Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından yeteri kadar üyenin de yetkilendirilmesinin doğru olacağı düşüncesindeyiz.

Ayrıca kararına itiraz edilen dairenin başkanı veya görevlendireceği üyenin kurula sunulmak üzere bir rapor hazırlaması, kararı veren daire başkanının kurul üyesi olması ve oylamaya katılmasının CMK 23/1 maddesi ile de çelişki oluşturmaktadır. "*Yargılamaya katılamayacak hâkim*" başlıklı CMK 23. maddesinin 1. fıkrasında "*Bir karar veya hükme katılan hâkim, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz*" hükmüne yer vermiştir. Aynı maddenin 2. fıkrası, aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkimin, kovuşturma evresinde görev yapamayacağını; 3. fıkrası ise yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkimin, aynı işte görev alamayacağını belirtmektedir. Belirtilen bu düzenlemeyle uyumlu olarak kararı veren daire başkanı veya üyesinin raportör olması yerine bağımsız bir üyenin raportör olarak atanması ve kararı veren daire başkanının kurula katılmaması, kararı veren daire başkanının başkanlar kuruluna katılmasına devam edilecek ise kararı veren daire başkanın oy oranının etkisini azaltmak için başkanlar kurulunun dörtten fazla üyeden oluşturulması uygun olacaktır.

Kurul itirazın reddine veya kabulüne karar vermektedir. Başkanlar kurulu kararları, karar tarihinden itibaren gerekçeli olarak onbeş gün içinde bölge adliye mahkemesi başkanı veya görevlendireceği kurul üyesi tarafından yazılır.

Karara muhalefet olması halinde, muhalefet şerhi gerekçeli kararın tamamlanmasından itibaren yedi gün içinde yazılır.

Kurulun itirazın kabulüne ilişkin kararları, gereği için dairesine gönderilir. Kurulun verdiği kararlar kesindir.

III. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞININ OLAĞAN İLE OLAĞANÜSTÜ İTİRAZININ KARŞILAŞTIRILMASI

Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının olağan itirazı ve olağanüstü itirazının amacı temelde ceza dairelerindeki hukuka aykırılıkların giderilmesidir. Bu ortak amaçlarına karşın her iki itiraz arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle, her iki itiraza konu kararların niteliğinde farklılık bulunmaktadır. Olağan itiraza konu kararlar, yargılama aşamasındaki ara kararlar olmasına karşın olağanüstü itiraza konu kararlar ise uyuşmazlığı nihayete erdiren son kararlar niteliğindedir. İkinci olarak, itiraz yetkilerinde farklılık bulunmaktadır. Şöyle ki ilgililerin tamamı olağan itiraz hakkına sahip olmasına karşın, olağanüstü itiraza sadece bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı yetkilidir. Üçüncü olarak, her iki itiraz, itiraz süreleri yönünden de farklılık arz etmektedirler. Olağan itirazın süresi, iki hafta gün olmasına karşın olağanüstü itirazın sanık aleyhine olması halinde otuz gün, lehe olması halinde ise itiraz süresizdir. Dördüncü olarak, itirazın dairece kabul edilmemesi halinde itiraz merciinde farklılık bulunmaktadır. Olağan itirazın, dairesince kabul edilmemesi halinde, itiraz mercii, karar dairesini numara olarak takip eden daire iken olağanüstü itirazda itiraz mercii başkanlar kuruludur.

SONUÇ

Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının olağan itirazı, ilk derece ceza yargılaması aşamasında yerleşik olan genel itiraz kapsamındaki bir kanun yolunun ikinci derece yargılama aşaması olan istinaf aşamasındaki tezahürüdür. İstinaf uygulamasındaki itiraz, ilk derece yargılamasındaki olağan (genel) itiraz ile örtüşen bir itiraz niteliğindedir. Bu itibarla ilk derece yargılamasındaki olağan itiraza ilişkin yerleşik uygulama, ikinci derece yargılama aşaması olan istinaf aşamasındaki olağan itiraza da ışık tutacaktır.

Ancak bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının olağanüstü itirazı, yeni bir uygulama olup ceza yargılaması hukukunun genel ilke ve kuralları ile uyumlu halde işlemesi için düzenlemenin yer aldığı CMK 308/A maddesinde değişiklik yapılmasının yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Şöyle ki itirazı inceleme mercii olan başkanlar kuruluna gönderilen itiraz hakkında, kararına itiraz edilen dairenin başkanı veya görevlendireceği üye tarafından kurula sunulmak üzere bir rapor hazırlaması, ayrıca kurula itiraza konu kararı veren daire başkanının katılarak oy kullanması, itirazların daire kararları doğrultusunda çıkmasına sebep olduğu gibi CMK 23/1 maddesi ile çelişki de oluşturmaktadır.

Bu itibarla, kararı veren daire başkanı veya üyesinin raportör olması yerine bağımsız bir üyenin raportör olarak atanması ve kararı veren daire başkanının kurula katılmaması, kararı veren daire başkanı kurula katılacak ise kararı veren daire başkanın oy oranının etkisini azaltmak için başkanlar kurulunun dörtten fazla üyeden oluşturulması uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

ARTUÇ, Mustafa, "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisi Kapsamındaki Kararlar", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 17, Yıl 9, Haziran 2021, s. 69-92.

AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Gülsün Ayhan, "Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 16, Özel Sayı 2014, Yıl 2015, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s. 3999-4044.

CENTEL, Nur/**ZAFER,** Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayınları, 2022, İstanbul.

ÇİNKO, M. Sıddık, "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisi" Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 13, Sayı 141, Mayıs 2018, s. 96-101.

DÜLGER, Murat Volkan/**TAŞKIN**, Şaban Cankat, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2023, Ankara.

ÖZBEK, Veli Özer/**DOĞAN,** Koray/**BACAKSIZ,** Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023, Ankara.

ÖZTÜRK, Bahri/**TEZCAN,** Durmuş/**ERDEM,** Mustafa Ruhan / **GEZER,** Sırma/**SAYGILAR,** Yasemin F./**AKCAN,** Esra Alan/**ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser**./ **ÖZAYDIN,** Özdem /**TOK,** Mehmet Can, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023, Ankara.

İHTİYAROĞLU, Uğur, "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisine Yönelik Bir Değerlendirme", Adalet Dergisi, Sayı 71, Yıl: 2023/2, s.1063-1188.

ŞAHBAZ, İbrahim, Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Muhakemesi Kanunu, 2. Cilt, Yetkin Yayınları, 2020, Ankara.

YENİSEY, Feridun/**NUHOĞLU**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023, Ankara.

ÖZEL HUKUK I:
CUMHURİYETİN 100. YILINDA
GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE MEDENİ HUKUK

TÜRK AİLE HUKUKUNUN DÜNÜ – BUGÜNÜ

Şükran Şıpka*

GİRİŞ

Cumhuriyetin ilanına kadar ülkemizde, İslam hukuku etkisi altında olan Osmanlı Aile Hukuku hüküm sürmüştür. Yazılı kurallara dayanmayan, müslümanlara uygulanan bir dini nikah ile kurulan (hatta vekil vasıtası ile de kurulabilen), özellikle kız çocukların çok erken yaşta evlendirildikleri ve aile içinde kocanın ailenin reisi olarak eşi ve çocukları üzerinde söz sahibi olduğu, kural olarak kadının boşanma hakkının bulunmadığı, buna karşılık kocanın sözlü boşanma beyanının geçerli olduğu, bir dini evlilik hukuku esastı.

20. y.y. başlarından itibaren bilim ve teknoloji alanındaki hızlı gelişmeler beraberinde sanayileşmeyi de getirmiş ve bunun sonucu olarak, özellikle batı toplumlarında büyük sosyal değişimler meydana gelmiştir. Sosyal ve ekonomik alandaki bu değişimler ve gelişmeler, aile içindeki rollerin de değişmesine neden olmuştur. Toplumda ortaya çıkan değişim, her iki cins arasındaki farklılıkları büyük ölçüde yok etmiştir. Birçok devletin Medeni Kanunları'nda yer alan düzenlemelerde de bu düşüncenin genellikle etkisi olmuş ve buna dayanılarak evlilik birliğine ilişkin hükümlerde kadın ve erkeğe farklı roller, hak ve yükümlülükler verilmiştir.

I. 743 SAYILI TÜRK KANUN-U MEDENİSİ'NİN KABULÜ

Yüzüncü yılını kutladığımız Cumhuriyet'imizin ilanından sonra, yeni Türkiye'nin çağdaş ve modern bir devlet olma, laik bir hukuk düzeni yaratma ideali, başta Mustafa Kemal (ATATÜRK) olmak üzere, devletin kurucu kadrosunun öncülüğündeydi. Bu amaçla bir dizi hukuk reformları yapıldı. İslam hukuk sisteminden ayrılarak, hukuk sistemimiz laik ve demokratik hukuk düzeni ilkesine göre yeniden inşa edildi.

---

* Prof.Dr., Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, sukran.sipka@altinbas.edu.tr, ORCID-ID: 0000-0002-4748-3578.

İsviçre hukukundan iktibas (aktarım) yolu ile, 1926 yılında kabul edilen 743 sayılı Türk Kanun-u Medenisi, yeni Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk alanındaki en önemli devrimlerindendir. Bu niteliği tartışmasız kabul edilen Türk Kanun-u Medenisi'nin, özellikle aile hukuku alanında reform niteliğindeki hükümleri ile, Türk kadını kısaca "insanlık onuru"na lâyık görülmüştür. Özellikle tek eşlilik, resmi nikâh, evlenme yaşının yükseltilmesi, mahkeme önünde boşanma, kız ve erkek çocuklar için eşit miras hakkı gibi haklar açısından, -en azından o dönemin dinamiklerine göre-, kadın-erkek eşitliği sağlanmıştır. Türk Kanun-u Medenisi'nin 8. maddesi ile; kadınlar da erkekler ile hak ehliyetine sahip olmuştur. Zira henüz daha o zamanki Anayasa kapsamında bir cinsler arası eşitlik maddesi yer almasa da, özel hukuk alanında bu 8. madde, hak ehliyeti açısından kadınlar için kanun önünde genel bir eşitlik sağlamıştır. Bu nedenle bu hüküm, Türk kadınlarının anayasası olarak da kabul edilmelidir.

Ancak toplumsal cinsiyet ayrımcılığının nedenlerinden olan, sosyolojik olgu, kültürel normlar, örf ve adetler ve din kuralları, Cumhuriyet'ten sonraki yeni dönemde de etkisini göstermeye devam etmiştir. Şöyle ki; 1926 tarihinde kabul edilen Türk Kanun-u Medenisi'nde evlenme yaşı erkek için 18, kadın için 17 olarak kabul edilmişti[1]. Ancak 15 Haziran 1938 tarihli Meclis kararı ile, evlenme yaşı erkek için 17, kadın için 15 yaşın doldurulması, olağanüstü evlenme yaşı ise erkek için 15, kadın için 14 yaş olarak değiştirilmiştir[2]. Bu değişikliğin sebepleri ve karşı çıkan milletvekillerinin görüşleri o zamanki meclis tutanaklarında oldukça hararetli tartışmalar ile yer almıştır[3]. Bu yapılan değişiklik gerekçeleri ve tartışmalardan çıkan sonuç ise; özellikle kırsal kesimde dini ve sosyolojik bir olgu olarak, kız çocuklarının mümkün olan en erken yaşta evlenmesini sağlamak için, yaş büyütme davalarının sayısının artması olarak gösterilmiştir.

---

1 Madde 88– (17/2/1926 tarih ve 743 sayılı Kanunun hükmüdür.) *"Erkek onsekiz ve kadın onyedi yaşını ikmal etmedikçe evlenemez. Şu kadar ki hakim, fevkalade hallerde ve pek mühim bir sebebe mebni onbeş yaşını ikmal etmiş olan erkek ve kadının evlenmesine müsaade edebilir. Ana ve baba ve vasi de dinlenir."*

2 T. B. M. M. ZABIT CERİDESİ, DEVRE: V CÎLD: 26 İÇTİMA: 3; Yetmiş altıncı inikad https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c026/tbmm05026076.pdf

3 https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c026/tbmm05026076.pdf; s.170-175 'de yer alan meclis tartışmaları.

II. YENİ BİR MEDENİ KANUN İHTİYACI

İsviçre Medeni Kanunu'ndan 743 sayılı Türk Kanun-u Medenisi'ne aktarılan ve kadın erkek eşitliğini bozan bazı hükümler ise, daha sonraki yıllarda Anayasaya aykırılık gerekçesiyle iptal edilmiş veya kanun tasarı ve teklifleriyle değiştirilerek, Medeni Kanun'dan çıkarılmış bulunmaktaydı. Buna rağmen bu münferit değişiklikler, yasa önünde cinsler arası eşitliği sağlamaya yeterli değildi. Ayrıca, uluslararası sözleşmeler çerçevesinde ve dünya ülkeleri genelinde kadın-erkek eşitliğini toplumsal yaşamın her alanında gerçekleştirme çabaları, bazı ülkelerin Medeni Kanunlarını bu alanda yeniden düzenlemelerini zorunlu kılmıştı. Gerçekten 20. y.y. başlarından itibaren bilim ve teknoloji alanındaki hızlı gelişmeler beraberinde sanayileşmeyi de getirmiş ve bunun sonucu olarak, özellikle batı toplumlarında büyük sosyal değişimler meydana gelmiştir. Sosyal ve ekonomik alandaki bu değişimler ve gelişmeler, aile içindeki rollerin de değişmesine neden olmuştur. Toplumda ortaya çıkan değişim, her iki cins arasındaki farklılıkları büyük ölçüde yok etmiştir. Bu nedenle, hukukun eşlere eşit gözle bakmaması artık haklı görülemezdi. Bundan böyle, cinsiyete özgü doğal ve işlevsel farklılıklardan söz edilerek, eşler arasında cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması büyük eleştirilere konu oluyordu.

Sabit rollere dayalı aile anlayışının terkedilerek; evliliğin, "eşit haklara dayalı bir yaşam ortaklığı" biçiminde ele alınması ve evlilik birliğine ilişkin kararlarda erkeğin ayrıcalıklı ve üstün durumuna son verilerek, her iki eşe bu konuda eşit haklar tanınması, gelişmiş batı toplumlarında da çok zaman almıştır. 1950'lerde Belçika ve Federal Almanya, daha sonraları ise Fransa, Hollanda, Avusturya, İtalya, İsviçre ve daha birçok batılı ülke, Medeni Kanunlarında önemli değişiklikler yaparak, evlilik birliğinde eşlere, eşit haklar tanımıştır[4].

Ayrıca, Türkiye'nin de taraf olduğu "Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi" ne göre[5]; bu sözleşmeye taraf

---

4 **ŞIPKA,** Şükran, Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m.194), 2. Baskı, İstanbul 2004.

5 İngilizce adı "Convantion on Elimination of all Forms of Discrimination against Women" olan bu sözleşme uluslararası kaynaklarda CEDAW olarak anılmaktadır. Sözleşme, BM Genel Kurulunda, 18.12.1979 tarihinde kabul edilmiş ve 3.9.1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

olan devletler, kadınlarla erkeklerin tüm ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve siyasi haklardan eşit olarak yararlanmalarını sağlamayı taahhüt etmektedirler.

III. 4721 SAYILI YENİ TÜRK MEDENİ KANUNU VE GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Ülkemizde de kadının insan hakları bağlamında cinsler arası eşitliğin sağlanması çabaları sonucu, çeşitli tarihlerde hazırlanan Medeni Kanun değişiklik çalışmaları yapılmıştır. Nihayet, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) kabulü[6] ile birlikte olumlu bir sonuca ulaşılmıştır. Yeni Medeni Kanunumuz'un aile hukuku alanında getirdiği yenilikler, özellikle uluslararası sözleşmeler çerçevesinde kadın-erkek eşitliğinin sağlanması ve ailenin korunması ilkelerine dayanmaktadır[7].

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Medeni Kanun'da yapılan en esaslı değişiklikler aile hukuku bölümünde olmuştur[8]. Öncelikle, "Evliliğin Genel Hükümleri" başlığı altında, "evlilik içinde cinslerarası eşitlik" ilkesine uygun hükümler getirilmiştir. Medeni Kanun'un 185-201 maddeleri ile, aile reisliğinin kaldırılması, evlilik birliğinin ortak temsili, evlilik birliğinin giderlerine ortak katılma, konutun birlikte seçimi, eşlerin hukuki işlem özgürlüğü ve tasarruf yetkisi, aile konutunun korunması, yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi gibi birçok alanda çok yeni ve reform niteliğinde hükümler kabul edilerek, uygulanmaya başlamıştır.

Özellikle 194. madde ile ilk defa hukuk hayatımıza gire "Aile konutu" kavramı ve korunması oldukça önemli bir düzenlemedir. Türk toplumu ve aile yapısında özel bir önem taşıyan ve özellikle ev kadını olan eşin çocukları ile birlikte sığındığı, bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, acı ve tatlı günlerin içinde yaşandığı, sahip olmak için eşlerin uzun yıllar boyunca çalışıp çabaladıkları bir mekandır. Türkiye'de konut sorunu ve bir aile konutuna sahip

---

6 Kabul tarihi 22 Kasım 2001; R.G.: 8 Aralık 2001/24607; Yürürlük tarihi: 01 Ocak 2002.

7 Kanunun Genel Gerekçesi'nin, "Aile Hukuku" bölümünde de belirtildiği gibi; bu kısımda önemli ve köklü değişiklikler getirilmesi, modern hukuk sistemlerinin hemen hepsinde temel ilke olarak kabul edilen kadın-erkek ilkesine ters düşen hükümlerin kanundan çıkarılması veya eşitliği sağlayacak şekilde düzenlenmesi düşüncesine dayanmaktadır.

8 **ŞIPKA,** Şükran; *Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları;* Public and Private International Law Bulletin, Volume: 35, Issue: 1, 47-58.

olmanın ne kadar önemli olduğu gözönüne alındığında, özellikle konutun maliki olmayan eşin ve çocukların barınma hakkını koruyan TMK m.194 hükmü, oldukça önemli bir yeniliktir.

Ayrıca, eşler arasındaki hukuki işlemler ve yasal mal rejimi sayılan "edinilmiş mallara katılma" sistemi içinde; eşlerden her birinin birbirleriyle ve üçüncü kişilerle -kanunda aksine hüküm bulunmadıkça- her türlü hukuki işlemi serbestçe yapabileceklerine ilişkin genel kural vardır (TMK m.193). Bu genel kuralın istisnası olarak, kanunda yer alan bazı düzenlemeler ile eşlerin hukuki işlem ehliyeti ve tasarruf yetkisi sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırmalar, evliliğin genel hükümleri bölümünde özellikle aile konutunun korunması, birliğin korunması ve ailenin ekonomik durumunun korunması ilkeleri altında TMK m. 194 ve 199. maddelerde yer alan düzenlemelerdir. Ayrıca, mal rejimleri bölümünde de eşin hukuki işlem özgürlüğünü diğer eşin rızasına bağlayan başka hükümler de getirilmiştir. (TMK m. 223/2 ve dolaylı olarak 229/1, b.1 ile m. 251/2)

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) da, kira sözleşmesi ile (TBK m.349), kefalet sözleşmesi (TBK m.584) bölümünde, yine diğer eşi ve evlilik birliğini korumak düşüncesiyle, eşin işlem özgürlüğünü sınırlandıran hükümlere de yer verilmiştir. Eşlerin hukuki işlem özgürlüğünü sınırlayan bu düzenlemelerin büyük bir bölümü "emredici nitelikte" kurallardır. Bu nedenle eşler, özellikle evliliğin genel hükümleri ile ilgili yasal düzenlemelerin aksini, sözleşme ile belirleyemezler. Zira bu hükümlerin çoğu kişiliğe sıkı surette bağlı haklar içerir ve kamu düzeni ile ilgili kabul edildiğinden; bunlardan önceden feragat edilemediği gibi, devir ve temlik de edilemezler.

Yeni Medeni Kanun, yasal mal rejimi olarak, edinilmiş mallara katılma rejimini benimsemiştir. Bu yasal rejime göre, evliliğin ölüm veya boşanma ile sona ermesi durumunda eşlere, evlilik süresince diğer eşin karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleri üzerinde 1/2 oranında bir katılma alacağı hakkı tanınmıştır. Böylece, özellikle ev kadınlarının da evlilik birliğine emek ile katkısı bir karşılık bulmuş olup, eşinin edindiği malvarlıklarından hak talep edebilmesinin önü açılmıştır. Ayrıca eşinin bir malının edinilmesine ya da iyileştirilmesine kişisel malı ile katkıda bulunan eşin, bu maldan kaynaklı değer artış payı alacağı da bu rejim içinde kabul edilmiştir.

Ne var ki tüm bu eşitlikçi düzenlemelere rağmen, yeni Medeni Kanun'da kadın erkek eşitliğine aykırı olan bazı hükümler ise aynen korunmuştur. Bunlardan ilki, TMK m.132'de yer alan "kadın için bekleme süresi", diğeri ise TMK 187'de düzenlenen "kadının soyadı"dır. Bunlara m.173'deki "boşanan kadının soyadı" sorununu da eklemek isterim. Eski kanundan hemen hemen aynen alınarak korunan bu hükümlerden 187. madde, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile, Anayasa Mahkemesi'nin 2023/38 sayılı kararı ile[9] Resmi Gazetede yayınlandığı 28.04.2023 tarihinden dokuz ay sonra yürürlüğe girmek üzere, iptal edilmiştir[10].

Nihayet, evlilik birliği içinde eşitliğe aykırı diğer hükümlerin de ya yasal değişiklik ile ya da yine Anayasa Mahkemesi'nin bir iptal kararı ile yürürlükten kaldırılabileceğini umut ediyorum.

---

9 R.G. Tarih; 28.04.2023, Sayı: 32174.

10 29 Ocak 2024 tarihi itibariyle dokuz aylık süre dolmuş olmasına rağmen, henüz hukuki bir düzenleme yapılamamış olup, bu konuda bir hukuksal boşluk doğmuştur.

GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE KADININ SOYADI

Memet Erdem Aybay*

GİRİŞ

Cumhuriyetimizin 100. yılını kutladığımız bu günlerde, Mustafa Kemal Atatürk'ün bizlere armağan ettiği bu şaheserin en önemli sonuçlarından birinin ülkemizin hukuk sistemindeki yapısal devrimin olduğunu söylemek yanlış olmaz. Cumhuriyetin ilanı ile beraber başlatılan yeni bir hukuk düzeni için yapılan çalışmaların en önemlilerinden birinin yeni Medeni Kanun olduğu da rahatlıkla söylenebilir. 1926 yılında yürürlüğe giren 743 Sayılı "Türk Kanunu Medenisi" (EMK) o zaman için son derece modern sayılan İsviçre Medeni Kanun'u iktibas edilerek düzenlenmiştir. Şu anda "Eski Medeni Kanun" olarak adlandırdığımız bu kanunumuz Türkiye tarihinde bir ilk olarak kadın-erkek eşitliğini vurgulayan önemli hükümler içermekteydi. Örneğin kadının boşanma konusunda erkek ile eşit şartlar altında olduğu düzenleme konusu yapılmıştır. Bunun dışında evlilik töreninin yapılması konusundaki düzenlemeler, modern ve eşitlikçi bir anlayışı yansıtmaktaydı. 1 Ocak 2002 tarihine kadar yürürlükte kalan "Eski Medeni Kanun'un", bu özellikleri taşısa da kadın-erkek eşitliği anlamında eksikleri bulunmaktaydı. Örneğin sonradan düzeltilinceye kadar ailenin reisinin koca olduğu yolunda bir hüküm de kanun içinde yer almaktaydı. Bir başka örnek olarak evlilik birliğinin temsili yetkisinin kocaya ait olması kadının evlilik içindeki yeri anlamında olumsuz bir örnek olarak karşımıza çıkmaktaydı.

Yukarıda anlatılan eksiklerden biri de kadının soyadı konusundaydı. 1997 yılında yapılan değişikliğe kadar kadın evlenmekle kocasının soyadını almak zorundaydı (EMK m.153). Söz konusu değişiklik, kadına kocanın soyadı önünde önceki soyadını kullanma hakkını vermiştir. 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK), bu hükmü değiştirmemiştir (TMK m.187). 20. Yüzyılın sonlarında hem uluslararası sözleşmeler ile getirilen kadın-erkek eşitliği anlamındaki ilkelerin hem de kaynak İsviçre Medeni

* Doç. Dr., İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, memet.aybay@okan.edu.tr, ORCID No: 0000-0002-3825-0959

Kanunu'nda yapılan bu konudaki değişikliklerin Türk kanun koyucusu tarafından uzun süre dikkate alınmadığı, uygulamanın da bu yönde bir yönelim göstermediği görülmektedir. Var olan bu durum, 2013 yılında Anayasa Mahkemesinin verdiği bir kararla az da olsa kırılmıştır. Daha sonra yine Anayasa Mahkemesi'nin 22.02.2023 tarihinde vermiş olduğu karar adeta "taşları yerinden oynatmıştır".

Bu çalışmada kadının soyadı konusunda geçmişten günümüze gelişimin nasıl gerçekleştiğini anlatmaya çalışacağım. Bu bağlamda şimdiye kadar yapılan düzenlemelerden söz edildikten sonra karşılaştırmalı hukuktaki konuya ilişkin hükümlere değinilecektir. Tarihsel gelişim bölümünde Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konudaki kararların belirtileceğini ifade etmek isteriz. Son olarak kadının soyadı konusundaki fikirlerimizi sunacağım.

Çalışma konum ile dolaylı bağlantısı bulunan çocuğun soyadı sorununun da günümüzde devam ettiğinin belirtilmesi gerekir. TMK m. 321 hükmünde ifade edildiği üzere ana ve babanın evli olması halinde çocuk ailenin soyadını taşıyacaktır. 2009 yılından önce aynı hükümde ana ve babanın evli olmaması halinde çocuğun annenin soyadını taşıyacağı öngörülüyordu. Ancak anılan yılda Anayasa Mahkemesi buna ilişkin ibareyi iptal etmiştir (AYM E. 2005/114 K. 2009/105, T. 02.07.2009). Aradan uzun bir süre geçmesine rağmen bu konudaki boşluk doldurulamamıştır. Çocuğun soyadı sorununa ayrıntılı olarak değinmeyeceğiz. Buna karşılık, sonuç kısmında önerdiğimiz değişiklik doğrultusunda çocuğun soyadı hakkındaki hükmün de değiştirilebileceğini ifade etmek isteriz.

I. KADININ SOYADI VE TÜRK HUKUKUNDAKİ TARİHSEL GELİŞİM

A. Soyadı Kavramı ve Kanunlardaki Gelişim

Soyadı, bir kişinin kimliğinin belirlenmesinde önemli unsurlardan biridir. Soyadı sayesinde kişinin hangi alenin üyesi olduğu, hangi soydan geldiği gibi bilgilerin edinilmesi mümkündür[1]. Ayrıca bir aileyi diğer ailelerden ayırma olanağını sağladığı söylenebilir. Soyadı kavramının bir kişilik hakkı olduğunu söylemekte tereddüt olmasa gerektir. Hukukumuzda soyadının korunmasının kaynağını, adın korunmasına ilişkin TMK m.26 vd. hükümlerinde görebiliyoruz. Kişinin soyadı kavramını da içine alan adı üzerinde mutlak hakkı olduğu, bu hakkını ihlal eden herkese karşı ileri sürebileceği söz edilen maddelerde hüküm altına alınmıştır.

Ülkemiz hukuku açısından soyadı kavramının benimsenmesinin Cumhuriyet'in ilk yıllarına dayandığını söylemek yanlış olmaz. Osmanlı İmparatorluğu döneminde soyadının kullanılmadığı; kişilere çoğu kez dış görünüşü, mesleği, yaşadığı yer, bağlı bulundukları aşirete göre ikinci bir ad verildiği ve bunun da bir kurala bağlı olmadığı anlaşılmaktadır[2]. Cumhuriyet döneminin bu anlamdaki önemli kanunlarından biri olan Soyadı Kanunu'nun Türkiye Büyük Millet Meclisi görüşmelerinde, Osmanlı döneminde yürürlükte olan 1881 tarihli Nüfus Sicili Nizamnamesi'nde belirtilen "nüfus sicilinde "*zükur (erkekler) ve inâsın (kadınların) isim ve şöhretinin yazılacağı*" hükmünde söz

---

[1] **AKİPEK**, Jale/**AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ**, Derya, Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku), Yenilenmiş 17. Baskı, İstanbul 2021, s.421; **KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Medeni Hukuk (Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku), Ankara 2016, s.454; **OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY – ÖZDEMİR**, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul 2012, s.106; **ÖZDEMİR**, Hayrünnisa, Türk ve İsviçre Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması; AÜHFD, Ankara 2008, Cilt: 57 Sayı: 3, s. 561-598. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001537. (www.dergipark.gov.tr Erişim Tarihi: 18.11. 2023), s.571.

[2] **ÜNAL ÖZKORKUT**, Nevin, Kadının Vazgeçilebilir Kişilik Hakkı: Soyadı-Kadının Soyadı Üzerindeki Hakkının Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi, I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, İstanbul 2014 (s.23-30), s. 24.

edilen "*şöhret*" kavramının "*aile ismi*" olduğu, ifade edilmiştir[3]. Soyadı 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi'nde "*aile ismi*" olarak düzenlenmişti, ancak Kanun'da soyadı taşımayı zorunlu kılan bir hüküm yoktu. Soyadı Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle bu husus düzeltilmiştir. 1934 yılında Soyadı Kanunu yürürlüğe girdikten sonra soyadı taşımak zorunlu hale getirilmiştir. Soyadı Kanunu'nun ilk maddesinde "*Her Türk öz adından başka soyadını da taşımağa mecburdur*" hükmü bunu işaret etmektedir. Kanun, bu anlamda bir devrim olarak kabul edilirse de bazı maddelerinin günümüz şartlarında eski kaldığı mutlaktır. Bununla birlikte yıllar içerisinde değişikliklere uğradığı da bir gerçektir. Örneğin, Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk annede olsa bile babasının soyadını taşımasına dair hüküm, Anayasa Mahkemesi tarafından cinsiyet ayrımı sebebiyle iptal edilmiştir[4]. Buna karşılık birinci fıkradaki soyadı seçme görevi ve hakkının aile birliğinin reisi olan kocaya ait olacağına ilişkin kural yürürlüktedir. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ile tarihe karışan evlilik birliğinin reisi kuralına rağmen Soyadı Kanunu'nda bu hükmün yer alması tam anlamıyla bir çelişkidir ve çağdışı kalan bu kuralın acilen değiştirilmesi gerekmektedir.

1926 yılında yürürlüğe giren Türk Kanunu Medenisi, Cumhuriyetten önce pek olmayan kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik çok önemli hükümler içermekle birlikte, bu amacın tam olarak yerine getirildiğini söylemek doğru olmaz. Eski Medeni Kanun'da soyadı erkek için pek değişmiyorken kadın için, evlilik birliği kurulurken, evlilik içerisindeyken (kocanın soyadını değiştirmesi halinde) ve evlilik birliği sona erdiğinde değişebiliyordu. Üstelik bu değişimler yapılırken kadına sorulmuyordu. Kadın, özellikle her medeni durum değişikliğinde kimlik değiştirmek zorunda kalıyordu[5].

Eski Medeni Kanun'un 141. maddesine 1990 yılında yapılan değişiklik[6] ile "*Boşanan kadın evlenme ile kazandığı kişisel durumu korur, ancak; bekârlık*

---

[3] **ÜNAL ÖZKORKUT,** s.24. Aile ismi ifadesi, ilk olarak 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinde kullanılmıştır.

[4] AYM E. 2010/119, K. 2011/165 T. 08.12.2011 (RG Sayı: 28204 Tarih: 14.02.2012).

[5] **MOROĞLU**, Nazan, Kadının Kimlik Sorunu "Kadının Soyadı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 25 S. 99, Ankara 2012 (s. 245-268), s. 254.

[6] 14.11.1990 tarih ve 3678 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik.

soyadını yeniden alır. Şayet boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği sabit olursa, talebi üzerine hâkim, kocasının soyadını taşımasına izin verir" hükmü getirildi. Değişiklikten önce boşanan kadının evlenmeden önceki soyadını alabilme olanağı vardı. Bu değişiklik ile kadının sadece "*bekârlık soyadı*" nı alabileceği belirtildi. Yani bu düzenleme ile kadına, eğer daha önce de evlendi ve dul kaldıysa, bu evliliğinden önce taşımış olduğu o soyadını tekrar kullanabilme hakkı verilmedi.

Eski Medeni Kanun'un 153. maddesinin ilk halinde kadın evlenince sadece erkeğin soyadını taşıyabiliyordu. Bu maddeye 1997 yılında yapılan değişiklik[7] ile kadının istemesi halinde evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile eşinin soyadının önünde önceki soyadını kullanma hakkı getirilmiştir. Bununla birlikte daha önce iki soyadı kullanan kadınlar, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabileceklerdir.

Hâlihazırda yürürlükte olan 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda soyadına ilişkin hükümler, 173 ve 187. maddelerinde yer almıştır. TMK m.173 birinci fıkra hükmünde, boşanma halinde kadının evlenme ile kazandığı kişisel durumunu koruyacağını, ancak evlenmeden önceki soyadını yeniden alacağını düzenlemiştir. Aynı fıkra hükmünde kadının evlenmeden önce dul olması halinde hâkimden bekârlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteme hakkının olduğu belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında kadının boşandığı kocasının soyadını taşımakta çıkarı bulunduğunun ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceğinin ispatlanması halinde hâkimin kadının kocasının soyadını taşımasına izin vereceği hüküm altına alınmıştır. Son fıkra hükmünde kocaya şartların değişmesi halinde bu izni kaldırma yetkisi verilmiştir. TMK m.187 hükmünde ise kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı, ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını kullanabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca aynı maddede daha önce iki soyadı kullanan kadının, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabileceği de belirtilmiştir.

---

[7] 14.05.1997 tarih ve 4248 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik.

B. Soyadı Konusunda Yargısal Gelişmeler

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra kadının soyadı anlamında yapısal değişiklik düşünülmese de yargısal değişikliklerin ortaya çıktığı gözlemlenmektedir.

Bu anlamda Anayasa Mahkemesinin kararları önem taşımaktadır. İlk başlarda Mahkeme, eski Medeni Kanun m.153 hükmünün iptali için yapılan başvuruları reddetmiştir. Ret kararlarından ilki olarak görebileceğimiz kararda Anayasa Mahkemesi, soyadının kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar sebebiyle kocadan geçmesinin tercih edildiğine işaret etmiş ve mahkemece bunun kadın erkek eşitliğine zarar vermediği ifade edilmiştir [29. 9. 1998 tarih ve E. 1997/61, K. 198/59 sayılı karar. (RG, T. 15. 11. 2002, S. 24937)]. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girdikten sonra da başka bir kararda eski 153 yeni 187. maddenin iptal talebini reddetmiştir [10. 3. 2011 tarih ve E. 2009/85; K. 2011/49 sayılı karar. (RG, T. 21. 10. 2011, S. 28091)]. Bütün bu gelişmelerden sonra 2013 yılında Anayasa Mahkemesi önceleri verdiği karardan ilk defa dönmüş ve bireysel başvurucunun bu anlamda hak ihlaline uğradığına dair karar vermiştir [Başvuru N.2013/2187, Karar T. 19.12.2013; RG. T. 7.1.2014, S. 28875]. Bu kararı takiben başka başvurularda da aynı yönde kararlar vermiştir [Başvuru N. 2013/4439, Karar T. 6/3/2014; Resmi G. T. 25/4/2014, S. 28982 ve Başvuru N. 2014/5836, Karar T. 16/4/2015; Resmi G. T. 11/7/ 2015, S. 29413].

Anayasa Mahkemesinin biraz geç de olsa bu anlamda tutumunun değişmesinin sebebinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) verdiği önemli bir karar olduğunu söylemek mümkündür. Söz konusu karar, Ünal Tekeli/Türkiye dosyasında verdiği karardır (Ünal Tekeli-Türkiye Davası, Başvuru No: 29865/96, Karar: 16 Kasım 2004). Karara konu olan olay, bekârlık soyadının tek başına kullanılmasına Türk mahkemelerinde izin verilmediği için başvurucu tarafından AİHM'e yapılan başvuru ile ilgilidir. Verilen kararda, Türkiye'nin kadının soyadı hakkı üzerindeki tutumu eleştirilmiş ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayatın ve aile hayatının korunmasına ilişkin 8. maddesiyle birlikte düşünüldüğünde ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinin ihlal edildiğine hükmedilmiştir. Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmede *"...evli bir çiftin ortak bir aile adını taşımayı seçmediği yerde*

de aile birliği korunabilir ve sağlamlaştırılabilir…" ifadesine yer verilmekle Türk kanun koyucusunun kocanın soyadının ne olursa olsun kullanılacağına dair düşüncesine dair gerekçenin isabetli olmadığı belirtilmek istenmiştir[8].

AİHM'in vermiş olduğu karar ve daha sonra Anayasa Mahkemesi'nin verdiği hak ihlallerine ilişkin kararları, uygulamada uzun süre karşılık bulmamış, evli kadınların tek başlarına bekârlık soyadlarını kullanmaya yönelik talepleri mahkemeler tarafından reddedilmiştir. 2015 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) kararında, Anayasamızın 90. maddesi ve taraf olduğumuz Uluslararası Sözleşmeler dayanak alınarak insan haklarına ilişkin bir sözleşme hükmü ile iç hukuk kuralı çatıştığında, sözleşme hükmünün esas alınması gerektiği vurgulanarak evli kadının bekârlık soyadını tek başına kullanmasına izin vermiştir (Yarg. HGK E. 2014/2-889, K. 2015/2011, T. 30.9.2015)[9]. Bu karardan sonra yerel mahkemeler de bu yönde kararlar vermiş ve bu anlamda bir uygulama birliği oluşmuştur.

Son olarak devrim sayılabilecek bir karar ile Anayasa Mahkemesi, TMK m.187 hükmünün birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline hükmetmiştir (AYM 22.02.2023 T. 2022/155 E. 2023/38 K.). Kararda hem bireysel başvurularda daha önce verilen kararlardan hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal kararlarından hareket edilmiş ve evlenmeden önceki soyadının evlendikten sonra da tek başına kullanılması bağlamında kadın ve erkek arasında kuralla öngörülen farklı muamelenin eşitlik ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra uygulamanın daha çok bu yönde kararlar vereceğinde tereddüt yoktur.

---

8 **ÜNAL ÖZKORKUT,** s. 30.

9 Karar hakkında detaylı değerlendirme için bkz. **ÇATALOĞLU**, Burcu Bahar/**GÜNEŞ PESCHKE**, Seldağ, 30.09.2015 Tarihli HGK Kararı ve Sonrası Evli Kadının Soyadına İlişkin Bir Değerlendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69, sy. 2 (Aralık 2020): 399-417. https://doi.org/10.33629/auhfd.848605 (www.dergipark.gov.tr Erişim Tarihi: 18.11.2023).

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KADININ SOYADI

A. Genel Olarak

Kadının soyadı kavramı anlamında karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerin incelenmesi, şimdiye kadar konu hakkında hukukumuzda oluşan belirsizliklerin bertaraf edilmesi adına yararlı olacaktır. Kara Avrupası Hukuk Sistemi'ne dahil olduğumuz düşünüldüğünde, özellikle İsviçre ve Almanya'daki düzenlemelerin hukukumuza uygulanabilirliğini tartışmak, modern bir hüküm koyma anlamında son derece yardımcı olacaktır.

Söz edilen iki ülkedeki düzenlemelerin tarihine bakıldığında, kadının soyadı hakkındaki hükümlerin sosyolojik gelişmeler ve uluslararası sözleşmeler doğrultusunda değişikliklere uğradığını söyleyebiliriz. Özellikle sosyolojik değişikliklerin neler olduğu, çalışma konumuz dışındadır. Buna karşılık, özellikle Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne (CEDAW) değinilmesinde bu bağlamda yarar görüyoruz.

B. İsviçre Medeni Kanunu

İsviçre Medeni Kanunu'nun [Zivilgesetzbuch (ZGB)] eski m. 160/f.1 hükmüne göre; erkeğin soyadı, aile adı olarak kabul edilmişti. İlk bakışta, bu hükmün 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde ilgili hükümle aynı olduğu söylenebilir. Bununla birlikte İsviçre'de İsviçre Medeni Kanunu'nun adın değiştirilmesine ilişkin eski 30. maddesinin, Kanunumuza alınmamış olan 2. fıkrası hükmüne göre; eşler, evlenmeden önce, yerleşim yerlerinin bulunduğu Kanton'un Hükümetine, birlikte dilekçe vermek suretiyle, evlenmenin akdedilmesiyle birlikte, kadının soyadını kullanmak istediklerini bildirebilme olanağına sahip oluyorlardı. Ancak eşler, dilekçelerinde "dikkate değer bir sebep" göstermek zorundaydılar[10]. Bunun dışında eski ZGB m.160/f. 2 hükmüne göre,

[10] **YILMAZ**, Merve, Evli Kadının Soyadı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD) Yıl:3 Sayı:10, Ankara 2012 (s.129-151), (https://www.ajindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423934854.pdf Erişim Tarihi: 17.11.2023), s.142; **ACABEY**, Beşir, Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı), D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 493-512 (https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/13-BESIR-ACABEY.pdf Erişim Tarihi: 24.11.2023), s.501.

aile adı olarak erkeğin soyadı kullanılacaksa, kadın, nüfus memuruna yapacağı başvuruyla şimdiye kadar kullandığı soyadını, aile soyadının önüne ekletme olanağına da sahiptir. Kadın evlendiğinde zaten bu şekilde iki soyadına sahipse; bu ikinci evliliğinde, aile adının önüne sadece ilk soyadını (yani bekârlık soyadını) ekletebiliyordu (eski ZGB m.160/f.3).

İsviçre'de 30.09.2011 tarihinde, soyadı ile ilgili olan ZGB m. 160 hükmünde[11] kadının soyadına ilişkin o zamana kadar olmayan radikal bir değişiklik gerçekleşmiştir. Yeni ZGB m. 160 birinci fıkra hükmüne göre eşler kendi soyadlarını koruyabileceklerdir. İkinci fıkra hükmüne göre ise nişanlılar, nüfus memuruna yapacakları beyan ile içlerinden birinin soyadını aile adı olarak taşıyabileceklerdir. Nişanlılar, evlenmeden sonra kendi soyadlarını korumak yerine ortak bir aile adı seçme iradesine sahiplerse, bu seçimlerini evlenmenin kurulmasından önce nüfus memuruna bildirmeleri gerekir. Evlenme sözleşmesinin kurulmasından sonra taraflar, bu sıfatla aile adı seçiminde bulunamayacaklardır.

30.09.2011 tarihinde yapılan başka bir değişiklik ile evlenmenin boşanma sonucu sona ermesi halinde eşlerin soyadının ne olacağı konusunda farklı bir hüküm getirilmiştir. Bu hüküm yukarıda sözü edilen m. 160 hükmü ile uyumludur. ZGB m. 119 hükmüne[12] göre, evlenme sonucunda soyadını değiştiren taraf, boşanmaya rağmen bu soyadını korumaya devam edecektir. Bununla birlikte nüfus memuruna yöneltilecek beyan ile bekârlık soyadına dönülmesi de mümkündür. Beyanda bulunulması herhangi bir zaman sınırlamasına tabi değildir. Boşanma ya da iptal kararının kesinleşmesinden sonra her zaman için böyle bir beyanda bulunulabilir. Bunun dışında eşlerden birinin ölümü hâlinde, evlenme sonucunda soyadını değiştiren eş, nüfus memuruna yapacağı

---

[11] ZGB Art.160: (1) Her eş kendi adını muhafaza eder.

(2) Ancak, nişanlı çift doğum, evlilik ve ölüm kayıt memuruna bekârlık soyadlarından birini ortak soyadları olarak taşımak istediklerini beyan edebilirler.

(3) Eğer nişanlı çift kendi isimlerini korurlarsa, çocuklarının hangi evlilik ismini taşıyacaklarına kendileri karar verirler. Gerekçeli durumlarda, nüfus memuru nişanlı çifti bu yükümlülükten muaf tutabilir.

[12] ZGB Art.119: Evlenirken soyadını değiştiren eş, boşandıktan sonra da bu soyadını kullanmaya devam eder; ancak istediği zaman nüfus memuruna tekrar kendi soyadını kullanmak istediğini beyan edebilir.

beyan ile bekârlık soyadına dönebilir. Beyanda bulunmak için herhangi bir süre sınırı yoktur (ZGB m. 30a). ZGB m.119 ve ZGB m. 30a ile tanınan hukuki olanak sadece bekârlık soyadına dönülmesini kapsar. Evlenme yoluyla elde edilen aile adı terk edilerek bekârlık soyadı dışında başka bir soyadı alınmak isteniyorsa bu durumda ileri sürülecek talep ZGB m. 30/1'e tabidir.

İsviçre'de soyadı konusunda yapılan değişikliklere bakıldığında, kadın erkek arasındaki eşitliğin belirli tarihsel ve yargısal aşamalardan[13] sonra modern düşünce anlamında sağlandığını görebiliriz. Kanun koyucu sadece kadının soyadını özel olarak düzenleme konusu yapmamış; erkeğin de soyadını gerekli hallerde değiştirebilmesine olanaktanımıştır. Bu yönü ile İsviçre Medeni Kanunu'nun son derece yerinde bir düzenleme getirdiğinde şüphe olmasa gerektir.

C. Alman Medeni Kanunu

Alman Medeni Kanun'u [Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)] §1355 hükmüne[14] göre eşler, ortak bir soyadı belirleme hakkına sahiptirler. Bu şekildeki

---

[13] İsviçre Hukukundaki tarihsel gelişim ve özellikle İsviçre'yi ilgilendiren AİHM kararları hakkında detaylı bilgi için bkz. **ÖCAL APAYDIN**, Bahar, Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözüme Kavuşturulmuş Mudur?, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:6 Sayı 2 Yıl 2015, s.425-458 https://doi.org/10.21492/inuhfd.239898 (www.dergipark.gov.tr Erişim Tarihi 22.11.2023), s.429 vd.

[14] BGB §1355: (1) Eşler ortak bir aile adı (evlilik adı) belirlemelidir. Eşler seçtikleri evlilik ismini taşıyacaklardır. Eşler bir evlilik adı belirlemezlerse, evlendikleri sırada sahip oldukları adı evlendikten sonra da kullanmaya devam ederler.

(2) Eşler, evlenmeden önceki soyadlarının veya eşlerden birinin evlilik soyadının belirlenmesine ilişkin beyanı sırasındaki soyadının evlilik soyadı olacağını nüfus müdürlüğüne beyan edebilirler.

(3) Evlilik adının belirlenmesine ilişkin beyan evlilik sırasında yapılmalıdır. Beyan daha sonra yapılırsa, noter tasdikli olmalıdır.

(4) Adı evlilik adı olmayan eş, nüfus müdürlüğüne yapacağı beyanla, evlilik adının önüne kendi bekârlık soyadını veya evlilik adının belirlenmesine ilişkin beyan sırasında kullandığı adı ekleyebilir veya ekletebilir. Evlilik adının birkaç isimden oluşması halinde bu durum geçerli değildir. Bir eşin adı birkaç isimden oluşuyorsa, bu isimlerden yalnızca biri eklenebilir. Beyan, sicil dairesi nezdinde iptal edilebilir; bu durumda 1. cümle uyarınca yeni bir beyana izin verilmez. Evlilik sırasında bir Alman nüfus dairesine yapılmayan beyan ve iptal resmi olarak noter tarafından onaylanmalıdır.

(5) Dul veya boşanmış eş evlilik soyadını muhafaza eder. Bu durumda eş, Nüfus idaresine beyanda bulunmak suretiyle, evlenmeden önceki soyadını veya evlenme adının belirlenmesine kadar kullandığı soyadını yeniden kullanabilir veya evlenmeden önceki soyadını veya evlenme adının belirlenmesi sırasında kullandığı soyadını evlenme adına ekleyebilir. Fıkra 4 buna göre uygulanır.

(6) Doğum adı, nüfus müdürlüğüne beyanda bulunulduğu sırada eşin doğum belgesine yazılacak olan addır.

iradelerini eşler, nüfus idaresine açıklamak zorundadır. Aynı hükme göre ortak soyadı belirlemenin bir yükümlülük olmadığını belirtmemiz gerekir. Böyle bir açıklama yapmadıkları takdirde evlenmeden önce kullandıkları soyadlarını korumaya devam edeceklerdir. Bu noktada ortak soyadı belirlemenin evlilikten sonra da yapılabileceğini ifade etmek gerekir. Ancak ortak bir soyadı belirlendikten sonra eşlerin bunu değiştirmesi söz konusu değildir.

Evlilik sona erdiğinde eşlerin ortak bir soyadı seçmiş olsalar bile eski soyadlarına dönüş olanağı mevcuttur. Ölüm ya da boşanma durumunda, sahip olduğu ortak soyadını korumak isteyen tarafın herhangi bir beyanda bulunması gerekmediği gibi kendi soyadı ortak soyadı olarak belirlenmiş olan eski eşin de rızası aranmayacaktır. Evlenmeye rağmen kendi soyadlarını koruyan eşler, evlenmenin sona ermesinden etkilenmezler. Her biri sahip olduğu bağımsız soyadını kullanmaya devam eder.

BGB §1355 hükmünün tarihsel gelişimine bakıldığında zaman içerisinde önemli değişikliklerin yapıldığı gözlemlenmektedir. Hükmün ilk halinde evli kadının kocasının soyadını alacağı düzenlenmiştir. BGB'nin ilk halinden sonra, 1920'li yıllardan itibaren 1993 yılına kadar olan süreçte yürürlüğe giren "Kadın ve Erkeğin Medeni Hukuk alanında Eşit Haklara Sahip Olmaları Hakkında Kanun", "Evlilik ve Aile Reformu Kanunu" ve son olarak "Aile Adı Hakkına Dair Kanun" gibi düzenlemeler ile birlikte evlilik birliğinde kadının, soyadı anlamında erkek ile aynı haklara sahip olması durumu ortaya çıkmıştır[15].

Alman Medeni Kanunu'ndaki hüküm değerlendirildiğinde eşler arasındaki eşitlik ilkesinin açık bir görünümü olduğu kolaylıkla anlaşılabilir. Aynı İsviçre'de olduğu gibi, kadının soyadı anlamında özel bir düzenlemenin olmadığı; soyadı düzenlemesinin her iki eşi de kapsadığı ve uygulamanın eşitlik içerisinde olduğu gözlemlenmektedir.

---

[15] Bu anlamdaki tarihsel gelişim için bkz. **MOROĞLU**, s. 248 vd.

D. Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi

Uluslararası sözleşmelerin, normlar hiyerarşisindeki yerinin önemli olduğu yadsınamaz bir gerçek olarak karşımızda durmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi gibi sözleşmeler, hakların uluslararası düzeyde tanınması ve sözleşmeleri imzalayan devletlere iç hukuklarında uyumlu düzeltmeleri yapma zorunluğu getirmesi anlamında büyük rol üstlenmektedir. Söz konusu sözleşmelerden biri de çalışma konumuzu ilgilendiren 1981 tarihli Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi [Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)] dir. Genel olarak bakıldığında Sözleşme'nin, sözleşmeyi imzalayan devletlerin kadınlara yönelik ayrımcılığın tüm biçimlerini önlemek, kadınların toplumsal durumlarını iyileştirmek, toplumsal cinsiyet ilişkilerini ve toplumsal cinsiyete dayalı basmakalıp yargıları değiştirmek üzere taahhütlerde bulunmasını sağlamak amacı olduğu söylenebilir. Bu sayede kadın ile erkek arasındaki gerçek eşitliğe ulaşılmasının hedeflendiği ortadadır.

Türkiye, 1985 yılında Sözleşme'yi onaylamıştır (14 Ekim 1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazete). Ancak, 1986'da yürürlüğe giren Sözleşmenin iç hukukla bağdaşmayan bazı maddelerine çekince koymuştur. Bunlardan bir tanesi de Medeni Kanun'un aile isminin seçimine ilişkin 153. maddesiyle de tezat teşkil eden 16/ 1-g maddesidir. Söz konusu 16. maddede, taraf Devletlerin kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacaklarını ve özellikle kadın-erkek eşitliği ilkesine dayanarak kadınlara maddede belirtilen hakları sağlayacaklarını ifade etmektedir. Bu haklardan biri de (g) bendinde belirtilen "Aile adı…" dır. 1997 yılında TMK m.153 hükmünde yapılan değişiklik ve 1999 yılında Türkiye'nin Sözleşme'ye koyduğu çekinceyi kaldırması bu anlamda bir ilerleme olarak görülebilecektir; ancak zamanında yapılan tartışmalarda da belirtildiği üzere tatmin edici olmaktan uzaktır. Üstelik bu değişikliğin yeterli görüldüğü, daha özgürlükçü bir düzenleme yapılmasına gerek olmadığı düşüncesi; 2002 yılında yürürlüğe giren yeni kanuna bu hükmün değiştirilmeden alınmasından anlaşılmaktadır.

SONUÇ

Anayasamızın 90. Maddesinin son fıkrası gereğince usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Türkiye, 1981 tarihli Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne taraftır. İnsan haklarına ilişkin bir uluslararası sözleşme hükmü ile iç hukuk kuralı çatıştığında, sözleşme hükmünün esas alınması gerektiğinin açık gerçekliği karşısında kadının soyadı ile ilgili şimdiye kadar yapılan yanlışlardan dönülmesi gereği mutlaktır.

Bu anlamda son yıllarda ortaya çıkan gelişmelerin olumlu yönde ilerlediği görülmektedir. Ancak bu durumun yeterli olmadığı da söylenmelidir. Mevcut düzende kadın, ne yazık ki, dezavantajlı konumunu sürdürmektedir. Bir mihenk taşı olarak değerlendirilebilecek, 2023 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen TMK m.187 hükmünün iptaline ilişkin karardan sonra yeni bir hüküm getirilmesi gerekmektedir. Getirilecek bu hükmün hem 1981 tarihli Sözleşme hem de modern hukuk düzenlemelerindeki esaslar ile uyumlu olması şarttır. Kadın ve erkek arasındaki eşitlik düşüncesi, maalesef ülkemizde mevcut toplumsal yapıda geniş anlamda uygulanabilir olmasa da hukukun geliştirilmesi bu noktada yardımcı olacaktır.

Bu bağlamda, İsviçre'de olduğu gibi, kadın ve erkeğe evlenirken ortak bir aile ismi seçmelerine fırsat vermenin; seçmemeleri halinde kadın ve erkeğin kendi soyadlarını kullanabilmelerine izin vermenin, modern düşünce gereği olduğunu düşünüyorum. Buna göre eşlere evlenirken ortak bir aile ismi seçme olanağının getirilmesi yararlı olacaktır. Bu anlamda eşler kendi aile isimlerinden birini seçebileceklerdir. Ancak bunun dışında kendilerine tamamen "yabancı" bir aile ismini seçmemeleri gerekir. Eşler bu konuda irade göstermezlerse kendi aile isimlerini kullanmaya devam edebilirler. Aile ismi ile ilgili yapılacak bu değişiklikten sonra çocuğun soyadı ile ilgili yeni bir düzenlemeye de ihtiyaç olduğu ortadadır. TMK m.321 hükmünün yeniden ele alınması bu bağlamda gerekecektir. Buna göre aile ismi ile ilgili önerdiğimiz hükme uyumlu olarak çocuğun soyadının belirlenmesinde de öncelikle tarafların seçmiş oldukları aile isminin temel alınması gerektiğini düşünüyoruz. Tarafların aile ismi seçmemesi durumunda da eşlerden birinin soyadının çocuğa verilmesi konusunda bir başvuru olanağının yaratılması faydalı olacaktır.

Cumhuriyetimizin 100. yılını tamamlarken, bu anlamda yapılacak bir değişikliğin kadın ile erkek eşitliğinin tam olarak sağlanması adına büyük bir adım olacağı şüphesizdir. Doğal olarak, bu değişiklik yeterli olmayacaktır; İstanbul Sözleşmesi'nin tekrar yürürlüğe girmesi dâhil başka gelişmelerin de olması gerektiği söylenmelidir. Ancak soyadı gibi kişisel ve önemli bir haktan kadının özgürce yararlanmasını sağlamanın Atatürk'ün hedef olarak belirlediği "*Muassır Medeniyetler Seviyesine Erişmek*" amacına bizi biraz daha yaklaştıracağını söyleyebiliriz.

KAYNAKÇA

ACABEY, Beşir, Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 493-512 (https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/13-BESIR-ACABEY.pdf Erişim Tarihi: 24.11.2023).

AKİPEK, Jale/**AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ**, Derya, Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku), Yenilenmiş 17. Baskı, İstanbul 2021.

ÇATALOĞLU, Burcu Bahar/**GÜNEŞ PESCHKE**, Seldağ, 30.09.2015 Tarihli HGK Kararı ve Sonrası Evli Kadının Soyadına İlişkin Bir Değerlendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69, sy. 2 (Aralık 2020): 399-417 https://doi.org/10.33629/ auhfd.848605 (www.dergipark.gov.tr Erişim Tarihi: 18.11.2023).

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Medeni Hukuk (Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku), Ankara 2016.

MOROĞLU, Nazan, Kadının Kimlik Sorunu "Kadının Soyadı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 25, S. 99, Ankara, 2012 (s. 245-268).

OĞUZMAN, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul 2012.

ÖCAL APAYDIN, Bahar, Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözüme Kavuşturulmuş Mudur?, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:6 Sayı 2 Yıl 2015, s.425-458 https://doi.org/10.21492/inuhfd.239898 (www.dergipark.gov.tr Erişim Tarihi 22.11.2023).

ÖZDEMİR, Hayrünnisa, Türk ve İsviçre Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması, AÜHFD, Ankara 2008, Cilt: 57 Sayı: 3, s. 561-598 https://doi.org/10.1501/ Hukfak_ 0000001537. (www.dergipark.gov.tr Erişim Tarihi: 18.11.2023).

ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin, Kadının Vazgeçilebilir Kişilik Hakkı: Soyadı - Kadının Soyadı Üzerindeki Hakkının Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi, I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, İstanbul 2014, s. 23-30. (https://cdn.istanbul.edu.tr/ File Handler2.ashx?f=kadinin-vazgecilebilir-kisilik-hakki-soyadi-kadinin-soyadi-uzerindeki-hakkinin-turkiye%27deki-tarihsel-gelisimi_nevin-unal-ozkorkut_636903128806518207.pdf) (Erişim Tarihi: 24.11.2023)

YILMAZ, Merve, Evli Kadının Soyadı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Yargıtay Onursal Başkanı A. Nazım Kaynak'a Armağan, Ankara 2012, Cilt: 1 Sayı: 10 Yıl: 3, s. 129-151. (https://www.ajindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423934854. pdf Erişim Tarihi: 17.11.2023).

İSTİNAF KANUN YOLUNA BAŞVURU

Nevzat Boztaş*

GİRİŞ

İstinaf mahkemelerinin Türk hukuk sistemine kazandırılmasıyla birlikte temel kanun yolu, istinaf kanun yolu olmuştur.

Kanun yoluna başvuru, başvuru konusu mahkeme kararının kesinleşmesini erteler, uyuşmazlığı bir üst mahkemeye aktarır. Bu nedenle, kanun yoluna başvuru, kendisine oldukça önemli hukuki sonuçlar bağlanmış bir *taraf usul işlemi'*dir.

Bunun bir sonucu olarak, kanun yoluna başvuru, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) tarafından sıkı şekil kurallarına bağlanmıştır. Bu bağlamda, kanun yoluna başvuru yapabilecek kişiler sınırlandırılmış, başvurunun şekli, başvuru dilekçesinin içeriği belirlenmiş ve başvuru işleminin yapılması hak düşürücü sürelere bağlanmıştır. Bu şekil kurallarına ve sürelere uyulmaması, başvuru hakkını ortadan kaldıracağından ve başvuru konusu kararın kesinleşmesine sebebiyet vereceğinden, bu konuyu düzenleyen usul hükümlerinin iyi anlaşılması gerekir.

Bu araştırmada öncelikle istinaf kanun yolu hakkında genel bilgi verilmiştir. İstinaf kanun yolu başvurusuna konu edilebilecek ilk derece mahkemesi kararlarının hangileri olduğu açıklanmıştır. Ardından, kanun yolu başvurusu yapma hakkının kimlere ait olduğu, başvuru dilekçesinin içeriğinin nasıl olması gerektiği, başvuru süresinin ne olduğu konularında, çeşitli ihtimallere göre açıklamalara yer verilmiştir. Bu açıklamalar yapılırken, uygulamada ortaya çıkan tereddütlü konulara da açıklık getirilmeye çalışılmıştır.

I. GENEL OLARAK İSTİNAF KANUN YOLU

2016 yılının ikinci yarısından itibaren Türk adli yargı sistemine istinaf kanun yolu dâhil edilmiş ve ilk derece yargılaması ve onun üzerine temyiz kanun yolundan oluşan ikili yapı terkedilip, ikinci derece mahkemesi olan istinaf mahkemeleri hukuk sistemimize kazandırılmıştır.

---

* İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi Başkanı.

İstinaf kelimesi, bir işin yeni baştan yapılması anlamına gelir. Bir işin en baştan tekrar yapılması anlamındaki istinaf kavramı, aşağıda açıklanacağı üzere, HMK'da benimsenen *dar (sınırlı) istinaf* sistemini tam olarak karşılamamaktadır. Bu kavramın, hukuk sistemimizdeki anlamı bağlamında, etimolojik anlamından farklı, yeni bir anlam kazandığını söyleyebiliriz.

İstinaf mahkemesi kavramı yerine, daha önceki tasarıların bir kısmında *üst mahkemeler* kavramı kullanılmıştı. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'da ise *bölge adliye mahkemesi* (BAM) ismi tercih edilmiştir. Yani HMK'da kanun yolunun ismi istinaf olmakla birlikte, 5235 sayılı Kanun'da, mahkemeler adlandırılırken, *istinaf mahkemesi* değil, *bölge adliye mahkemesi* ismi tercih edilmiştir. Uygulamada bölge adliye mahkemesi yerine, "istinaf mahkemesi" kavramı daha çok kullanılmaktadır. Bu araştırmada da istinaf mahkemesi kavramı, bölge adliye mahkemesi hukuk dairesini ifade etmek üzere kullanılmıştır.

İstinaf kanun yolu, ilk derece mahkemelerinin kesin nitelikte olmayan tüm kararlarına karşı başvurulabilecek temel kanun yoludur. *Geniş anlamda kanun yolu*, dava ile ilgili olarak verilen her türlü mahkeme kararının tekrar gözden geçirilmesini, gerekiyorsa düzeltilmesini sağlayan tüm hukuki çareleri ifade eder. Kararı veren mahkemeye ya da onunla aynı derecedeki bir mahkemeye yapılan *itiraz* da geniş anlamda kanun yolu kapsamındadır. *Dar anlamda kanun yolu* ise mahkemenin nihai kararına karşı (istisnaen de ara kararlarına karşı), bir üst mahkeme nezdinde yapılan başvuruyu ifade eder (Bir kavramsal çerçeve oluşturmak adına, *hukuki çare*, kanun yolu dışındaki başvuru imkânlarını ifade etmek üzere kullanılabilir)[1].

İstinaf kanun yolu, başlangıçta *tam istinaf* (diğer bir deyişle *geniş istinaf*) olarak doğmuştur. Tam istinaf sisteminde, ilk derece mahkemesince verilen kararı doğru bulmayan taraf, davayı istinaf mahkemesine taşır; istinaf mahke-

---

[1] "*Geniş anlamda hukukî çare, tüm kararlara karşı başvuru yolunu kapsarken; özellikle hukukumuzdaki düzenleme hâllerine bakıldığında, dar anlamda hukukî çare, kanun yolu dışında kalan tüm başvuru yolları olarak kabul edilebilir*.", **PEKCANITEZ,** Hakan/**ÖZEKES,** Muhammet/**AKKAN,** Mine/**TAŞ KORKMAZ,** Hülya, Pekcanıtez Usul-Medeni Usul Hukuku, C: III, İstanbul 2017, 15. Basım, s. 2156.

mesi, ilk derece yargılamasından tamamen bağımsız olarak davayı yeniden görüp hükme bağlar. Tam istinafta taraflar yeni vakıa ve yeni delil getirebilir, iddia ve savunmalarını değiştirebilirler[2]. Tam istinaf, sadece mahkeme hatalarının düzeltilmesine değil, taraf hatalarının da düzeltilmesine hizmet eder[3]. Bu sistemde, ilk derece yargılamasında yapılan tüm işlemlerin tekrarlanması, taraf hatalarının da düzeltilmesine imkân verilmesi, yeni vakıa ve delillerin getirilmesi imkânlarının tanınması, bunun sonucunda ilk derece yargılamasının formalite hâline gelmesi nedeniyle, zaman içinde ülkeler *dar (sınırlı) istinaf* sistemine geçmeye başlamışlardır. Dar istinaf sistemi, ilk derece mahkemesince yapılan yargılama sonucu verilen kararın denetlenmesi ve ilk derece yargılamasında yapılan hukuka uygun usul işlemleri korunarak, gerekiyorsa tamamlayıcı yargılama yapılmak suretiyle yeniden hüküm verilmesi anlayışına dayalı bir sistemdir. Bu sistemde, istinaftaki yargılamanın konusunu, ilk derece mahkemesindeki talep sonucu değil, ilk derece mahkemesinin kararına karşı ileri sürülen istinaf sebepleri oluşturur[4]. Taraf hatalarının düzeltilmesi söz konusu değildir. Geniş istinaftaki mutlak gerçeğe ulaşma hedefinin yerini, dar istinafta, etkin hukuki korumanın sağlanması almıştır[5].

Dar istinaf sisteminde asıl yargılama mahkemesi, ilk derece mahkemesidir. İstinaf derecesinde yeni vakıa ve yeni delil getirme yasağı bulunduğundan ve inceleme istinaf sebepleriyle sınırlı olarak yapıldığından, ilk derece yargılaması

---

2 **YILDIRIM,** M. Kamil, Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000, s. 45-50.

3 **AKKAYA,** Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 97.

4 "*…Kanun yollarının konusu, tarafın başvurduğu mahkemeye yönelttiği belirli bir kararın iptaline (kaldırılmasına) yönelik talep olup; hâkim görüşün iddia ettiğinin aksine alt derece mahkemesi önündeki yargılamanın konusuyla özdeş değildir*." **AKİL**, Cenk, İstinaf Kavramı, Ankara 2010, s. 37; AKKAYA, s. 90-92.

5 "*…Avusturya hukukunda istinaf, ilk derece yargılamasının bir tekrarı değil, sadece onu bir kontrol görevi görmektedir. İstinafın konusu, istinafa müracaat eden tarafın dilekçesi çerçevesinde ilk derece mahkemesince verilmiş kararın doğruluğunun kontrolüdür. İstinaf yargılamayı kontrol etmektedir, yoksa gerçekliği değil.*" **H. RECHBERGER,** Walter, "*Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması*", çeviren ve derleyen: M. Kamil YILDIRIM**,** İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 8.baskı, İstanbul 2011, s. 8.

oldukça önemlidir[6]. Ülkemizde benimsenen istinaf sistemi, normatif düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, tipik bir dar istinaf sistemidir[7].

Günümüzde, gelişmiş ülkelerde ve Avrupa ülkelerinin tamamında istinaf mahkemeleri mevcuttur. Türkiye'de de 29.06.2004 tarihli, 5236 sayılı Kanun'la Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)'da değişiklik yapılarak istinaf kanun yoluna ilişkin hükümler Kanun'a dâhil edilmiştir. 6100 sayılı HMK ise HUMK'da yapılan bu değişiklikler temel alınarak istinaf kanun yolu düzenlenmiştir. İstinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesi ise 2016 yılında, oldukça zor koşullara rağmen gerçekleştirilebilmiştir.

Bölge adliye mahkemelerinin kuruluşu ve idari yapısı, 5235 sayılı Kanun'la oluşturulmuştur. Bu mahkemeler, anılan Kanun'un 25 ila 48. maddelerinde düzenlenmiştir. Bölge adliye mahkemesinin görevleri, Kanun'un 33. maddesinde "*Adli yargı ilk derece mahkemelerince verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılacak başvuruları inceleyip karara bağlamak*" ve "*Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak*" şeklinde tanımlanmıştır.

Karşılaştırmalı hukukta bölge adliye mahkemelerinin kuruluşunda ya bölge esası benimsenerek birden fazla ili kapsayan bölge mahkemeleri kurulmakta ya da her ilde bir istinaf mahkemesi kurulmaktadır. Türkiye'de bölge esası benimsenmiştir. Adalet Bakanlığının 26.02.2016 tarihli teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK)'nın 29.02.2016 tarihli, 53 sayılı kararıyla

---

6 "*Avusturya Medeni Usul Kanunu, yargılamada ağırlığı ilk derece mahkemesine vermek istediği için, hâkim ilk derece mahkemesinde dava malzemesini tüketici biçimde ve istinaf derecesinde tarafın yeni malzeme getirme talebinde bulunmasına gerek bırakmayacak şekilde toplamakla görevlidir*". **RECHBERGER,** s. 9; **ÖZTEK,** Selçuk, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, Ankara 2021, s. 38.

7 "*...Türk kanun koyucu da istinafta sınırlı istinafı benimsemiştir: Nitekim 5236 sayılı Kanun'un 426. maddesi '... bölge adliye mahkemesince resen göz önünde tutulacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenmez, yeni delillere dayanılmaz...' hükmüne yer vermektedir. Sınırlı istinafta istinafın işlevi, ilk derece mahkemesince verilen kararın ondan daha nitelikli bir mahkeme tarafından kontrolüdür. Buna göre, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin tespitleri ile bağlı tutulmakta ve kararını ilk derece mahkemesince toplanan dava malzemesine dayandırmaktadır. Sınırlı istinafın konusu, ilk derece mahkemesi hâkiminin atlama faaliyeti, yani onun dava malzemesine yönelik değerlendirmesi ve nihayet hukuki normları vakıalara altlamasının kanuna uygunluğunun değerlendirilmesidir*.", **DEREN YILDIRIM,** Nevhis; "*Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler*", TBB Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı- IV, TBB Yayını, Editör: M. Özekes, İzmir- Çeşme 19-20 Ekim 2007, s. 10-11.

Ankara, Antalya, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir ve Samsun bölge adliye mahkemeleri kurulmuş; daha sonra HSK'nın 03.08.2017 tarihli kararıyla bunlara Adana ve Bursa bölge adliye mahkemeleri eklenmiştir. 2018 yılında Konya ve Sakarya bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçirilmiş ve sayı on bire çıkarılmıştır. 2019 yılında Diyarbakır, Kayseri, Trabzon ve Van bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçirilerek toplam bölge adliye mahkemesi sayısı, ilk planlandığı gibi on beşe çıkarılmıştır. Son olarak Denizli, Malatya ve Tekirdağ illerinde Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmasına dair Adalet Bakanlığı kararı, 10.06.2022 tarihli R.G.'de yayınlanmış ve böylece BAM sayısı toplam on sekize çıkarılmıştır.

II. İSTİNAF EDİLEBİLEN İLK DERECE MAHKEMESİ KARARLARI

A. Genel Olarak

HMK m.341 uyarınca, ilk derece mahkemelerince verilen aşağıdaki kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilir:

-Kesin olmayan nihai kararlar.

-İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararları.

-Karşı tarafın yüzüne karşı verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları[8].

-Karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlar.

HMK m. 341 f. 5 uyarınca, ilk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtaya başvurulabileceği belirtilmiş olup da istinaf mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihai kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilir. Bu düzenleme, niteliği itibariyle, hukuk sistemimize yeni getirilmiş olan istinaf kanun yoluna uyumu sağlamayı hedefleyen bir geçiş hükmüdür.

---

[8] HMK m. 341'de 7251 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce, yüze karşı verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvuru yapılıp yapılamayacağı tartışmalı idi. Eşitlik ilkesine aykırı uygulamalara sebebiyet vermeye açık madde hükmü değiştirilerek, tereddüt giderilmiştir. Bu konuda aşağıda ayrıca açıklama yapılmıştır.

B. Nihai Kararların İstinafı

Kural olarak ilk derece mahkemesinin nihai kararlarına karşı istinaf yolu açıktır. Nihai kararın temel özelliği, hâkimin kararla birlikte dosyadan el çekmesidir. Yani nihai kararlar, maddi hukuka veya usul hukukuna ilişkin olabilirler[9]. Nihai kararlara karşı istinaf kanun yolunun açık olduğuna dair genel kuralın bazı istisnaları vardır:

HMK m. 341 f. 2'de, dava konusu mal varlığının değerine göre genel bir sınırlandırma getirilmiştir. Bu hükme göre, miktar veya değeri 3000 Türk lirasını[10] geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları kesindir. HMK ek madde 1 uyarınca 2024 yılı itibariyle bu parasal sınır, yeniden değerleme oranlarına göre, 28.250,00 TL'dir. Alacağın bir kısmı dava edilmişse yani *kısmî dava* veya *belirsiz alacak davası* söz konusu ise HMK m. 341 f. 3 uyarınca kesinlik sınırı, davada talep edilen kısmın değerine göre değil, alacağın tamamına göre belirlenir. 6763 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucu bu parasal sınır, manevi tazminatla ilgili ilk derece mahkemesi kararları yönünden uygulanmaz. Buna göre, manevi tazminata ilişkin ilk derece mahkemesi kararı 1 TL dahi olsa, istinaf kanun yolu açıktır. Ancak bu istisna sadece istinaf kanun yolu için getirilmiş olup, temyiz kanun yolunda geçerli değildir.

Döviz alacaklarında kesinlik sınırı, dava tarihindeki döviz kuru esas alınarak ve karar tarihindeki kesinlik sınırı esas alınarak belirlenir.

İİK m. 363 uyarınca, icra hukuk mahkemesi kararları yönünden, kesinlik sınırı 7000 TL'dir. Yeniden değerleme oranına göre bu sınır, 2024 yılı itibariyle 66.090,00 TL'dir.

Bunun dışında, ilk derece mahkemesinin kanun gereği kesin olan nihai kararlarına karşı da istinaf kanun yoluna başvurulamaz.

---

9 **AKİL,** s. 336.

10 Bu maddedeki parasal sınır 1500 TL iken, 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Yasanın 41. maddesi ile 3000 TL olarak değiştirilmiştir. Aynı Kanun'la değişik HMK Ek madde 1. uyarınca, tüm parasal sınırlar sabit olmayıp, her yıl Maliye Bakanlığınca belirlenip ilan edilen *yeniden değerleme oranında* artırıma tabi tutulmuştur (Değişiklik, 02/12/2016 tarihli, 29906 sayılı R.G.'de yayınlanmıştır).

C. Ara Kararlarının ve Geçici Hukuki Koruma Kararlarının İstinafı

Bir karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı, kanun tarafından belirlenir; mahkeme tarafından değil[11]. Kanuni düzenlemeler uyarınca -istisnaen istinaf yolu açılanlar hariç- ilk derece mahkemesinin ara kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulamaz. Eğer ilk derece mahkemesinin tüm ara kararlarına karşı kanun yolu açılsaydı, bağımsız bir ilk derece yargılamasından da söz edilemezdi. Bu nedenle Kanun sadece ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, hâkimin reddi gibi bazı önemli ara kararlarına karşı istinaf kanun yolunu açmıştır[12].

Kanun yolu açılan ilk derece mahkemesi ara kararları oldukça sınırlıdır. Örneğin, HMK m. 35 f. 2 uyarınca hâkimin çekinme kararına karşı istinaf yoluna başvurulabilir. HMK m. 43 uyarınca, esas hüküm bakımından istinaf yolu açık bulunan davalarda, hâkimin reddi talebi hakkındaki merci kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilir. Ayrıca, aşağıda açıklanacağı üzere, geçici hukuki koruma talepleri hakkındaki ara kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak unutmamak gerekir ki istinaf başvurusuna konu geçici hukuki koruma kararları, esas hakkında açılmış bir dava içinde verilen bir ara kararı olabileceği gibi, esas hakkında dava açılmadan ya da takip başlatılmadan önceki aşamada değişik iş kaydı üzerinden yapılan başvurular hakkında verilen kararlar da olabilir.

HMK m. 341 f. 1, m. 391 f. 3, m. 394 f. 5, İİK m. 258 f. 3, m. 265.f. 5 hükümleri uyarınca;

- İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararlarına,
- Karşı tarafın yüzüne karşı verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına,
- Karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına itiraz üzerine verilen kararlara karşı, istinaf kanun yolu açıktır.

---

11 **KURU,** Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 669-670.

12 Ara kararlarının ve geçici hukuki koruma kararlarının istinafı konusunda ayrıntılı açıklamalar için bknz: **BOZTAŞ,** Nevzat, Türk Medeni Usul Hukukunda İstinaf, 2. Basım, İstanbul, 2023, s. 26-34.

Ancak HMK m. 341 f. 2'deki kesinlik sınırının geçici hukuki korumalar yönünden de geçerli olduğunu belirtmek isteriz. Yani miktar veya değeri HMK m. 341 f. 2'de öngörülen parasal sınırın altında kalan bir davada ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talebinin reddine dair verilen bir ara kararına karşı, istinaf kanun yoluna başvurulamaz. Aynı durum, değişik iş kaydı üzerinden, dava öncesinde ileri sürülmüş olan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz talepleri hakkında verilen ilk derece mahkemesi kararları için de geçerlidir. Çünkü HMK m. 341 f. 1'de istinaf kanun yoluna başvurulabilecek kararlar gösterilmiş, bu kapsamda *b* bendinde ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacizle ilgili karalar da sayıldıktan sonra, maddenin 2. fıkrasında, hiçbir ayrım yapılmaksızın, miktar veya değeri üç bin Türk lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararların kesin olduğu belirtilmiştir.

İlk derece mahkemelerinin HMK m. 395 ve 396 uyarınca verdikleri kararlara karşı istinaf kanun yolunun açık olmadığı kabul edilmektedir[13].

İcra hukuk mahkemelerince verilen ihtiyati tedbir kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurulamayacağına dair uygulama yerleşmiştir[14].

D. Çekişmesiz Yargı İşlerinde Verilen Kararların İstinafı

HMK m. 387 uyarınca, çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı, hukuki yararı bulunan ilgililer, istinaf kanun yoluna başvurabilirler.

III. İSTİNAF KANUN YOLUNA BAŞVURABİLECEK KİŞİLER

A. Davanın Tarafları

Davanın taraflarının, istinaf kanun yoluna başvuru hakları vardır. Davada şeklen taraf olanların yani davacı veya davalı sıfatıyla davada yer alanların istinaf kanun yoluna başvuru haklarının bulunduğu tartışmasız olduğu gibi, taraflardan birinin ölümü üzerine onun yerine geçen mirasçıları, HMK m. 124 uyarınca iradi taraf değişikliği sonucu taraf haline gelenler ya da HMK m. 125

---

[13] **BOZTAŞ,** s. 31-32.

[14] Yargıtay 12.H.D., 23/11/2015 tarihli, 2015/24231 E-29020 K. sayılı kararı. Aynı mahiyette bknz; Yargıtay 8.H.D., 01/12/2015 tarihli, 2014/27313 E-2015/21519 K. sayılı kararı ve yine aynı Dairenin 28/01/2016 tarihli, 2015/22771 E- 2016/1385 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası'ndan alınmıştır.).

uyarınca dava konusunu devralmaları nedeniyle kendisine dava yöneltilmiş kişiler de davanın tarafı hâline geldiklerinden, istinaf kanun yoluna başvurabilirler[15].

Hukuki yararı bulunmak kaydıyla, bazı hâllerde üçüncü kişilerin de başvuru hakkının bulunduğunu kabul etmek gerekir[16]. Örneğin, üçüncü kişi hakkında hüküm verilmiş veya bir yükümlülük getirilmiş ise üçüncü kişinin kanun yoluna başvuru hakkı bulunduğunun kabulü gerekir.

Çekişmesiz yargı işlerinde ilk derece mahkemesince verilen karara karşı, hukuki yararı bulunan *ilgililer*[17] istinaf kanun yoluna başvurabilirler (HMK m. 387).

B. Dava Arkadaşlarının Başvuru Hakkı

1. Zorunlu Dava Arkadaşlığında

HMK m. 60 uyarınca, zorunlu dava arkadaşları ancak hep birlikte dava açabilir veya aleyhlerine de birlikte dava açılabilir. Bu tür dava arkadaşlığında, dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorundadır.

Zorunlu dava arkadaşlarının kanun yolu bakımından durumlarının ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Zorunlu dava arkadaşlığı eğer maddi hukuktan kaynaklanıyorsa[18], tasarruf ilkesinin bir gereği olarak[19] tüm dava arkadaşlarının

---

15 **PEKCANITEZ/ÖZEKES** vd., s. 2215.

16 "*aa. Sıfat. Başvuruyu yapabilmeye olanak verecek sıfat, ilke olarak, yalnız davanın taraflarında bulunur. Ancak, belli durumlarda, dava tarafı olmayan bazı kişilerde de bu sıfatın var sayılması gereği kabul edilmektedir. Özellikle, dava tarafı olmadığı halde bir malı veya hakkı konusunda hüküm verilen, kendisine külfet yüklenen ya da hakkı çiğnenen kişilerin de kanun yoluna başvurabileceği kabul ediliyor*." **UMAR,** Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. baskı, Ankara 2014, s. 978.

17 Çekişmesiz yargı işlerinde "davacı" ya da "davalı" sıfatları bulunmadığından, "ilgili" kavramı kullanılmaktadır.

18 "*…Dava arkadaşlığının hangi hâllerde zorunlu (mecburi) olduğu, maddi hukuka göre belirlenir. Maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek bir hüküm verilmesi gereken hâllerde mecburi dava arkadaşlığı olacaktır…*" (Yargıtay 10. HD'nin 2018/1689 E- 2018/3200 K sayılı kararı. UYAP).

19 "*…tasarruf ilkesi davanın konusu, yani ihtilaflı talep ile tarafların ilişkisi hakkındadır. Tasarruf ilkesi, tarafların dava konusu maddi hukuk talebi üzerinde kural olarak serbestçe tasarruf edebileceklerini belirtmektedir. Davacı dava açma, davayı geri alma, davayı değiştirme, feragat vasıtasıyla, davalı da kabul ile dava konusu üzerinde tasarrufta bulunabilirler. Her iki taraf mahkeme önünde ortaklaşa bir sulh sözleşmesi yapabilir veya anlaşarak ihtilafın halledildiğini açıklayabilirler.*" (**BECKER – EBEHARD,** Ekkehard; "*Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları*" Çeviren ve Derleyen: M. Kamil YILDIRIM**,** İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku**,** 8.baskı, İstanbul 2011, s. 21).

birlikte kanun yoluna başvurması gerekir[20]. Örneğin, davaya konu hak iştirak hâlinde mülkiyete (elbirliği mülkiyetine) tabi ise iştirak hâlindeki malikler ancak birlikte kanun yoluna başvurabilirler.

Bununla birlikte, Yargıtay 7. HD, 2021/2239 E-2022/1334 K sayılı, 23.02.2022 tarihli kararıyla, maddi hukuktan kaynaklansa bile her bir zorunlu dava arkadaşının tek başına kanun yoluna başvurabileceğine hükmetmiştir. Bu oldukça önemli bir içtihattır. Böylece Yargıtay, kanun yoluna başvurmak konusunda değil, başvuru hakkının kullanılmasından vazgeçme konusunda zorunlu dava arkadaşlarının birlikte hareket etmelerini aramıştır.

Usuli sebeplerden kaynaklanan zorunlu dava arkadaşlığında ise dava arkadaşlarının her birinin bağımsız olarak kanun yoluna başvurabileceği tartışmasız kabul edilmektedir. Örneğin, TTK m.547 uyarınca açılan şirketin sicil kaydının ihyası davalarında, davanın tasfiye memuruna ve ticaret sicil müdürlüğüne birlikte yöneltilmesi zorunludur. Buradaki dava arkadaşlığı, maddi hukuktan değil usuli sebeplerden kaynaklanmaktadır. İlk derece mahkemesinin kararına karşı, bu davalıların her biri ayrı ayrı kanun yoluna başvurabilirler.

2. İhtiyari Dava Arkadaşlığında

İhtiyari dava arkadaşlarından her biri, kendi aleyhindeki hükme karşı tek başına kanun yoluna başvurabilir[21].

C. Fer'î Müdahilin Başvuru Hakkı

Fer'î müdahil olarak davaya kabul edilmiş olanlar, mahkemenin nihai kararına karşı, yanında katıldığı tarafla birlikte kanun yoluna başvurabilir. Fer'î müdahil, HMK m. 68 uyarınca yanında katıldığı tarafın iradesi aleyhine usul işlemi yapamayacağından, fer'î müdahilin yanında katıldığı taraf, mahkemenin nihai kararına karşı kanun yoluna başvurmamış ise fer'î müdahilin de kanun

---

[20] **PEKCANITEZ/ÖZEKES** vd., s. 2215.

[21] Tüm dava arkadaşlığı türleri açısından geniş bir değerlendirme için bknz; **AKKAYA,** s. 133-137; **DEREN YILDIRIM**, Nevhis; "*İstinafa Başvuru Şartları*", MİHBİR 15. Antalya Toplantısı, 6-7 Ekim 2017, Ankara, 2018, s. 17-37, s. 29.

yoluna başvurması mümkün değildir[22]. Ancak fer'î müdahale talebinin reddine dair karara karşı, esas hükümle birlikte ve yanında katılmak istediği taraf aleyhine hüküm verilmiş olması kaydıyla, fer'î müdahale talep eden kişinin tek başına kanun yoluna başvuru hakkı bulunduğunun kabulü gerekir[23].

Fer'î müdahil hakkında hüküm verilemeyeceğine ilişkin kuralın ihlali hâlinde (HMK. m. 69/1), fer'î müdahil, tek başına kanun yoluna başvurabilir[24].

IV. İSTİNAF KANUN YOLUNA BAŞVURU USULÜ

A. Başvuru Süresi

HMK m. 345 uyarınca, bu kanundaki veya diğer kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, istinaf kanun yoluna başvuru süresi iki haftadır. Bu süre, ilamın usulen taraflardan her birine tebliğiyle işlemeye başlar. Kanun, sürenin tebliğ ile başlayacağını açıkça belirtmiş olduğundan tebliğ dışında bir yolla kararın öğrenilmesi, istinaf süresini başlatmaz[25].

---

[22] "*…Hemen belirtilmelidir ki, fer'i müdahilin, yanında davaya katıldığı davalı Oktay K... kararı temyiz etmediği gibi, Daire ilamına karşı karar düzeltme yoluna da başvurmamış olup; 6100 sayılı HMK'nin 69/2. maddesi uyarınca fer'i müdahil ancak lehine katıldığı tarafla birlikte hareket edebileceğinden ve tek başına yasa yollarına başvuru yetkisi bulunmadığından, yanında katıldığı davalı taraf da karar düzeltme yoluna başvurmadığından, karar düzeltme yoluna başvuru hakkı bulunmayan fer'i müdahilin dilekçesinin reddine karar vermek gerekmiştir*. (Yargıtay 8. HD'nin 2022/2497 E- 2022/9659 K sayılı, 01.12.2022 tarihli kararı). Aynı yönde bknz: Yargıtay 6. HD'nin 2023/642 E- 2023/606 K sayılı, 15.02.2023 tarihli kararı (UYAP).

[23] **PEKCANITEZ,** Hakan/ **MERİÇ,** Nedim, Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale, 2. Baskı, İstanbul 2020, s. 251.

[24] **DEREN YILDIRIM,** İstinafa Başvuru Şartları, s. 28; "*…Fer'i müdahalede üçüncü kişi, hukuki yararı olduğu gerekçesiyle görülmekte olan davaya ancak taraflardan birinin yanında ve onun yardımcısı olarak katılır. Müdahale talebinin kabulü halinde fer'i müdahil, lehine katıldığı tarafla birlikte hareket ederek davayı ancak bulunduğu noktadan itibaren takip eder. Hüküm, lehine müdahale edilen taraf hakkında verilir. Müdahil hakkında karar verilemez. Müdahil hükmü ancak, lehine katıldığı tarafla birlikte temyiz edilebilir. Lehine müdahale edilen taraf temyiz yoluna başvurmazsa, HMK'nın 68. maddesi uyarınca, yanında katıldığı tarafla birlikte hareket etmek zorunda olan fer'i müdahil, yalnız başına kararı temyiz edemez. Müdahile husumet tevcih edilmediği gibi müdahil aleyhine bir karar da verilmemiş bulunan hallerde müdahilin tek başına temyiz isteğinde bulunmaya hakkı yoktur*." [Yargıtay 1. HD'nin 2022/6356 E- 2023/440 K sayılı, 24.01.2023 tarihli kararından (UYAP)].

[25] Yargıtay 11. HD.'nin 2018/3559 E- 2019/5283 K sayılı, 11.09.2019 tarihli kararı (UYAP).

Yargıtay HGK, ilk derece mahkemesi kararını UYAP sisteminden indirip icraya koyan taraf bakımından dahi kanun yolu süresinin başlamayacağına, sürenin başlaması için kararın tebliğinin şart olduğuna hükmetmiştir[26].

İlk derece mahkemelerinin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarına karşı istinaf süresi de bu kararların taraflara tebliğ tarihlerinden itibaren işlemeye başlar. Kararlar yüze karşı verilse bile durum aynıdır.

HMK m. 445 uyarınca, elektronik ortamlarda yapılan işlemlerde süre gün sonunda biteceğinden, son gün gece yarısı saat 00:00'a kadar istinaf başvurusu yapılabilir.

İstinaf yoluna başvuru süresiyle ilgili olarak, kanunlardaki özel düzenlemeler saklıdır. HMK'da başvuru süresinin iki hafta olduğuna dair genel düzenleme dışında, sürenin farklı düzenlendiği hükümler de vardır[27]. Örneğin, HMK m. 346 uyarınca, ilk derece mahkemesince verilen istinaf dilekçesinin reddi kararlarına ve istinaf harç ve giderleri yatırılmadığı için HMK m. 344 uyarınca verilen başvurudan vazgeçmiş sayılma kararlarına karşı istinaf süresi, böyle bir kararın tebliğ tarihinden itibaren bir haftadır.

HMK m. 43 f. 2 uyarınca, esas hüküm bakımından kanun yolu açık olan davalarda hâkimin reddi talebi hakkındaki merci kararlarına karşı istinaf başvuru süresi bir haftadır.

İİK m. 363 f. 1 uyarınca icra mahkemesi kararlarına karşı istinaf başvuru süresi, kararın tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren on gündür. İİK m. 363 f.1, sürenin başlamasını tebliğ dışında bir de *tefhim* olgusuna bağlamıştır. Ancak İİK'da tefhimin nasıl yapılacağına dair bir düzenleme yapılmamıştır. İİK m. 18 uyarınca icra mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulandığından, basit yargılamayı düzenleyen HMK hükümlerine müracaat etmek gerekir. Basit yargılama usulünde hükmün ne şekilde verileceğini düzenleyen HMK m. 321 f. 2 'ye göre kararın tefhimi, mahkemece hükme ilişkin tüm hususların

[26] Yargıtay HGK.'nın 17.05.2022 tarihli, 2021/11-30 E- 2022/663 K sayılı kararı (UYAP).

[27] **ALBAYRAK,** Adem/ **GÖZÜTOK,** Zeki, Alfabetik Medeni Usul El Kitabı, Ankara 2021, s. 558.

gerekçesiyle birlikte açıklanması ile gerçekleşir. Ancak zorunlu hâllerde hâkim, bu durumun sebebini de tutanağa geçirmek suretiyle, sadece hüküm özetini tutanağa yazdırarak kararı tefhim edebilir. Bu durumda, gerekçeli kararın en geç bir ay içinde yazılarak tebliğe çıkarılması gerekir.

Gerçek anlamda bir tefhimden söz edebilmek için, duruşmada açıklanan kararın gerekçeli ve HMK m. 297'de sayılan zorunlu unsurları içermesi gerekir. Bu unsurları içirmeyen bir kısa kararın duruşmada açıklanmasıyla kanun yoluna başvuru süreleri işlemeye başlamaz[28]. Bu tespitlere göre, duruşmada sadece kısa karar açıklanmış ise HMK m. 321 f. 2'deki tanıma uygun bir tefhim bulunmadığından, artık, kanun yolu başvuru süresinin gerekçeli kararın tebliğ tarihinden başlaması gerekir[29]. Uygulamada "*süre tutum dilekçesi*" olarak adlandırılan kısa istinaf dilekçesini vermeye gerek yoktur. Nitekim Yargıtay 9. HD.'nin 12/01/2016 tarihli, 2015/32645 E- 2016/315 K. sayılı kararında, bu yorum aynen benimsenmiştir[30].

---

[28] "*…Dava açma süresinin işlemeye başladığı an da mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçülülüğü bağlamında büyük önem taşımaktadır (Yaşar Çoban, § 66).* *Dava açma süresinin hangi tarihte başlayacağını belirlemek ve mevzuatı bu yönüyle yorumlamak görevi esasen derece mahkemelerine aittir. Bireysel başvurunun ikincillik ilkesi gereği, dava açma süresinin başlatılacağı tarihin belirlenmesi noktasında Anayasa Mahkemesinin bir görevi bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu hususta üstleneceği rol, dava açma süresinin hangi tarihten itibaren başlatılması gerektiğiyle ilgili olarak derece mahkemelerinin yorumlarının mahkemeye erişim hakkına etkisini somut olayın koşulları ışığında incelemektir. Bu itibarla derece mahkemelerinin kanun yoluna başvuru süresinin başlangıcına esas aldıkları tarihi belirlerken kullandıkları kriterler, somut olay yönünden bu kriterlerin kabul edilebilirliğine ve uygulanabilirliğine dair yorum ve değerlendirmeleri mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçülülüğü bağlamında büyük önem taşımaktadır (Ertuğrul Dalbaş, § 62).*

46. Öte yandan mahkemelerin, sürenin varlık sebebini anlamsız kılma pahasına yorum kurallarının sınırlarını zorlayarak kanunda öngörülen dava açma süresini bertaraf etmesi hukuki güvenlik ve istikrar ilkesinin zedelenmesine neden olabilir. Bu nedenle süreye ilişkin kanun hükümlerinin yorumunda hukuki güvenlik ve istikrar ilkesi ile mahkemeye erişim hakkı arasındaki hassas denge gözetilmelidir (Yaşar Çoban, § 67).

47. Yukarıda yer verilen Yargıtay içtihatlarında (bkz. §§ 24, 25) da belirtildiği üzere 6100 sayılı Kanun'un 297. maddesinde sayılan unsurları taşımayan hüküm geçerli olarak tefhim edilmiş bir hüküm olarak sayılmamakta, dolayısıyla gerekçeli karar tebliğ edilmeden kanun yoluna başvurma süresi başlamamaktadır." (Anayasa Mahkemesinin "Mehmet Hanifi Şelem Başvurusu" hakkında verdiği 19.10.2021 tarihli, 2018/24557 Başvuru sayılı kararından-https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/24557-Erişim tarihi: 25.10. 2022).

[29] **PEKCANITEZ/ÖZEKES,** s. 2219-2222.

[30] Kararın özeti ve ayrıntılı açıklamalar için bknz; **ALBAYRAK,** Adem / **ARSLAN,** Cihat, 6100 Sayılı HMK'ya Göre Hazırlanmış Hukukta İstinaf Uygulaması, Ankara 2016, s.70-75.

HMK m. 343 f. 3 uyarınca, istinaf yoluna başvurunun yapıldığı tarihin belirlenmesi konusunda 118. madde hükmü uygulanır. Buna göre, istinaf dilekçesinin UYAP sistemine kaydedildiği tarihte başvuru yapılmış sayılır.

Adli tatile tabi dava ve işlerde, sürenin son gününün adli tatile rastlaması hâlinde, HMK m. 104 uyarınca, kanun yoluna başvuru süresi, kanun gereği (ayrıca bir karara gerek olmaksızın) adli tatilin bittiği günden itibaren bir hafta uzatılmış sayılır.

İstinaf kanun yoluna başvuru süresinin elde olmayan sebeplerle kaçırılması hâlinde, HMK m. 95 vd. hükümleri uyarınca *eski hâle getirme* talebinde bulunmak mümkündür. Bu durumda, HMK m. 98/2 uyarınca, eski hâle getirme talebi istinaf mahkemesi tarafından inceleneceğinden, eski hâle getirme talebinin istinaf dilekçesi verilirken ileri sürülmesi gerekir[31].

HMK m. 348 hükmü uyarınca, istinaf dilekçesi kendisine tebliğ edilen taraf, başvurma hakkı bulunmasa veya başvuru süresini geçirmiş olsa bile, karşı tarafın başvurusu hakkında süresinde vereceği cevap dilekçesiyle birlikte katılma yoluyla istinaf başvurusunda bulunabilir. Katılma yoluyla istinaf dilekçesinin iki haftalık cevap süresi içinde verilmesi gerekir.

Anayasa m. 40 f. 2 hükmü uyarınca, mahkeme kararlarında, karara karşı başvuru yolunun ve süresinin ne olduğunun gösterilmesi zorunludur. Eğer mahkeme kararında başvuru süresi, kanunda yazılandan daha uzun gösterilmiş ise bu yanlışlığın başvuru süresine etkisinin ne olacağı tartışmalı idi. Son olarak YİBBGK'nın 28.04.2023 tarihli, 2021/5 E- 2023/2 K sayılı içtihadı birleştirme kararında, mahkeme kararında gösterilen ve yasaya göre daha uzun olan süre içinde kanun yoluna başvurulması hâlinde kanun yolu incelemesinin yapılması gerektiğine hükmedildi (İBK ve gerekçesi 14.09.2023 tarihli, 32309 sayılı R.G.'de yayınlanmıştır).

---

[31] **UMAR,** s. 301. *Umar*, HMK. 98. maddesinin 2. fıkrasının gereksiz (fazladan) bir düzenleme olduğunu belirtmiştir.

B. Başvuru Dilekçesinin İçeriği

HMK m. 342 uyarınca, istinaf başvurusu dilekçe ile yapılır. Kararı veren mahkemeye yapılacak sözlü bir beyanla istinaf başvurusu yapılamaz[32].

İstinaf dilekçesinin içeriğine Kanun, özel bir önem atfetmiştir. Dava dilekçesinin içeriğini düzenleyen HMK m. 119'dakine benzer şekilde, istinaf dilekçesinin içeriğinin nasıl olması gerektiği, Kanun'un 342. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, başvuruyu yapanın, aleyhine başvuru yapılan kararın ve davanın taraflarını somutlaştıracak bilgilerin dilekçede bulunması gerekir.

Bunların yanında, 342. maddenin 2. fıkrasının *e* bendi uyarınca, *başvuru sebepleri ve gerekçesi'*nin; *f* bendi uyarınca *talep sonucu'*nun başvuru dilekçesinde gösterilmesi gerekmektedir. Bu iki husus, istinaf sistemimize temel karakterini veren dar istinaf anlayışının bir sonucudur.

HMK m. 355 uyarınca istinaf incelemesi –kamu düzenini ilgilendiren konular hariç- istinaf sebepleriyle sınırlı olarak yapıldığından, başvuru dilekçesinde istinaf başvuru sebeplerinin gösterilmesi zorunludur. Başvuruyu yapan taraf, dilekçesinde istinaf sebeplerini yani ilk derece mahkemesinin kararının hangi yönlerden hukuka aykırı olduğunu, hangi yönlerden düzeltilmesi gerektiğini ve gerekçelerini göstermelidir.

HMK m. 33 uyarınca istinaf mahkemesi, başvuranın gösterdiği hukuki sebeplerle bağlı değildir. Hâkim, Türk kanunlarını resen uygular. Bu nedenle istinaf başvuru dilekçesinde hukuki sebepler gösterilmese bile, istinaf sebebi yapılan vakıalar bakımından istinaf incelemesi yapılır. İstinaf mahkemesi, başvuru dilekçesinde istinaf sebebi olarak ileri sürülmeyen vakıaları kendiliğinden inceleyemez.

İstinaf yargılamasına da hâkim olan "*taleple bağlılık ilkesi*"nin bir sonucu olarak, başvuru sebeplerinin yanında, talep sonucunun da gösterilmesi gerekir.

HMK m. 342 f. 3 uyarınca, istinaf dilekçesi, başvuranın kimliği ve imzasıyla başvurulan kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması durumunda,

---

32 **KURU,** s. 680-681.

diğer hususlar bulunmasa bile reddolunmayıp, 355. madde çerçevesinde sadece kamu düzeni yönünden istinaf incelemesi yapılır. Bu durumda, kamu düzenine aykırılık bulunmadığı tespit edilirse, istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilir[33]. Kamu düzenine aykırılık tespit edilirse, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılarak, aykırılığın niteliğine göre gerekli karar verilir.

C. Başvuru Dilekçesinin Verilmesi

HMK'nın 343. maddesi uyarınca istinaf başvuru dilekçesi, istinaf mahkemesine değil, istinaf mahkemesine gönderilmek üzere, kararı veren ilk derece mahkemesine verilir. Başvuran başka bir yerde ise kararı veren mahkemeye gönderilmek üzere, bulunduğu yerde aynı düzeydeki ilk derece mahkemesine dilekçeyi verebilir.

İstinaf başvurusu, UYAP üzerinden güvenli elektronik imzayla da yapılabilir[34].

Dilekçelerin teatisi işlemleri, kararı veren ilk derece mahkemesince yapılır (HMK m. 343-348).

İstinaf dilekçesi verilirken, istinaf kanun yoluna başvuru harcı ve dilekçenin karşı tarafa tebliği giderleri de dâhil olmak üzere, tüm giderler peşin ödenir. Bu ödemenin hiç yapılmaması ya da eksik yapılması hâlinde yapılacak işlemler HMK m. 344'te düzenlenmiştir. Başvuru sırasında adli yardım talebinde bulunulması mümkündür (HMK m. 346 f. 3).

---

33 İstinaf dilekçesinde başvuru sebeplerinin gösterilmediği durumlarda, istinaf mahkemesince başvurunun usulden değil, esastan reddi gerektiği konusunda bknz: Yargıtay 11.HD.'nin 2017/2657 E - 2019/85 K sayılı, 07.01.2019 tarihli kararı (UYAP). Aynı yönde değerlendirme için bknz: Yargıtay HGK.'nın 22.03.2022 tarihli, 2022/11-86 E- 2022/355 K sayılı kararı (UYAP).

34 **ALBAYRAK/GÖZÜTOK,** s. 564.
Bölge Adliye ve Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine dair Yönetmelik, m. 208'de kanun yolu başvuru işlemleri ayrıntılı olarak açıklanmıştır (Yönetmelik metni için bknz; 06/08/2015 tarihli, 29437 sayılı R.G.).

D. İstinafa Cevap ve Katılma Yoluyla İstinaf

HMK m. 347 uyarınca ilk derece mahkemesi, istinaf dilekçesini karşı tarafa tebliğ eder. Karşı taraf, iki hafta içinde cevap dilekçesi verebilir. Cevap dilekçesinin içeriğinin nasıl olacağına dair maddede bir açıklama yoktur. *Kuru*[35], HMK m. 342 f. 2'nin kıyasen uygulanması suretiyle, cevap veren ile karşı tarafın davadaki sıfatları, ayrıntılı kimlik bilgileri, istinaf dilekçesinin tebellüğ edildiği tarih, verilen cevaplar ve gerekçesi, talep sonucu ve cevap verenin imzasını içermesi gerektiği görüşündedir. Bu yorum, kanaatimizce de HMK m. 360'daki genel atıf hükmünün bir sonucu olarak, davaya cevap dilekçesinin içeriğine dair 129. maddesine uygundur.

İstinaf dilekçesi kendisine tebliğ edilmiş olan karşı taraf, istinaf yoluna başvurma hakkı bulunmasa veya başvuru süresini geçirmiş olsa bile, süresinde vereceği cevap dilekçesinde katılma yoluyla istinaf talebinde bulunabilir (HMK m. 348). Katılma yoluyla istinaf başvurusunun akıbeti, asıl istinaf başvurusuna bağlıdır. Asıl istinaf başvurusu esasa girilmeden usuli bir nedenle reddedilirse, katılma yoluyla istinaf başvurusu da incelenemez[36]. Asıl başvurunun esasının incelenerek reddedilmesi, katılma yoluyla istinaf başvurusunun incelenmesine ve kabulüne engel değildir.

Bu açıklamalara göre, istinafta, *başvuru dilekçesi* ve *cevap dilekçesi* olmak üzere iki dilekçe vardır. Cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri yoktur. Ancak cevap dilekçesiyle birlikte katılma yoluyla istinaf talebinde bulunulmuş ise asıl başvuranın, katılma yoluyla istinaf talebine karşı, tebliğden itibaren iki hafta içinde cevap dilekçesi verme hakkı vardır.

---

35 **KURU,** s. 684.

36 **GÖZÜTOK,** Zeki**,** Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Uygulama Rehberi, Ankara 2016, s. 77-79.

SONUÇ

2016 yılında istinaf mahkemelerinin Türk hukuk sistemine katılmasıyla, ilk derece mahkemesi kararlarına karşı başvurulabilecek temel kanun yolu, istinaf kanun yolu olarak belirlenmiştir. İlk derece mahkemelerinin kanun gereğince kesin olmayan nihai kararlarına karşı, istinaf kanun yolu açıktır. Kural olarak, ilk derece mahkemesinin ara kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurulamaz. Ancak kanun, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz gibi bazı önemli ara kararlarına karşı istinaf kanun yolunu açmıştır.

İstinaf incelemesinin yapılabilmesi için, usulüne uygun şekilde yapılmış bir istinaf başvurusunun bulunması gerekir. Bu başvurunun hangi kararlara karşı, kim tarafından, nasıl ve hangi süre içinde yapılması gerektiği, karşı tarafın başvuruya karşı cevap hakkı gibi hususlar HMK m. 341-351'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Başvuru süresine ve kanunda öngörülen başvuru usulüne uyulmaması hâlinde, istinaf başvurusunun esasının incelenmesi mümkün olmayacağından, başvuru yapılırken bu usule uyulması son derece önemlidir.

Türk istinaf sistemi, "*dar (sınırlı) istinaf*" sistemine göre kurgulanmıştır. Bu nedenle istinaf incelemesi, ilk derece yargılamasından bağımsız ve ayrı bir yargılama olmayıp, ilk derece yargılamasının devamı niteliğindedir. İstinaf incelemesi, davanın yeni baştan görülmesi anlamına gelmediğinden ve istinaf incelemesi istinaf başvuru sebepleriyle ve kamu düzeni yönüyle sınırlı olarak yapılacağından, istinaf başvuru dilekçesinin içeriği ve bu bağlamda istinaf sebeplerinin başvuru dilekçesinde eksiksiz ve açık şekilde gösterilmesi son derece önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

ALBAYRAK, Adem/**ARSLAN,** Cihat, 6100 Sayılı HMK'ya Göre Hazırlanmış Hukukta İstinaf Uygulaması, Ankara 2016.

ALBAYRAK, Adem/**GÖZÜTOK,** Zeki, Alfabetik Medeni Usul El Kitabı, Ankara 2021.

AKİL, Cenk, İstinaf Kavramı, Ankara 2010.

AKKAYA, Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.

BECKER–EBEHARD, Ekkehard; "*Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları*" Çeviren ve Derleyen: M. Kamil YILDIRIM**,** İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 8.baskı, İstanbul 2011.

BOZTAŞ, Nevzat, Türk Medeni Usul Hukukunda İstinaf, 2. Basım, İstanbul, 2023.

DEREN YILDIRIM, Nevhis; "*Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler*", TBB Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı- IV, TBB Yayını, Editör: M. Özekes, İzmir- Çeşme 19-20 Ekim 2007.

DEREN YILDIRIM, Nevhis; "*İstinafa Başvuru Şartları*", MİHBİR 15. Antalya Toplantısı, 6-7 Ekim 2017, Ankara 2018.

GÖZÜTOK, Zeki**,** Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Uygulama Rehberi, Ankara 2016.

H. RECHBERGER, Walter, "*Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması*", Çeviren ve Derleyen: M. Kamil YILDIRIM**,** İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 8.baskı, İstanbul 2011.

KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016.

ÖZTEK, Selçuk, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, Ankara 2021.

PEKCANITEZ, Hakan / **ÖZEKES,** Muhammet/ **AKKAN,** Mine / **TAŞ KORKMAZ,** Hülya, Pekcanıtez Usul- Medeni Usul Hukuku, C:III, İstanbul 2017.

PEKCANITEZ, Hakan/ MERİÇ, Nedim, Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale, 2. Baskı, İstanbul 2020.

UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. baskı, Ankara 2014.

YILDIRIM, M. Kamil, Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000.

TARİHSEL BOYUTUYLA TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA KAT MÜLKİYETİ MESELESİ

Güray Türker*

GİRİŞ

Endüstri Devrimi'nin yarattığı köyden kente göçün etkisiyle şehirlerde konut ve işyeri ihtiyacı artmış ve bu ihtiyaç yapılaşma türlerinde farklılığa gidilmesi sonucunu doğurmuştur. Birinci Dünya Savaşı ve özellikle İkinci Dünya Savaşı'nı takiben kat mülkiyeti meselesi toplumu ve doğal olarak toplum mühendisleri olan hukukçuları yakından ilgilendirmiştir. Büyük şehirlerde nüfusun artması, arazi bedellerinin müstakil konut inşaatına izin vermemesi ve kiracıların yüksek kira bedelleri ödemesi İsviçre ve Almanya başta olmak üzere ülkemizde de kat mülkiyeti kurumunun kanun hükümleriyle düzenlenmesi zorunluluğunu doğurmuştur. Ancak, kat mülkiyeti meselesinin ülke kanunlarında yer alması, kökenini sosyolojik etkenlerden alan olumsuz düşünceler sebebiyle kolay olmamıştır. Zira, Endüstri Devrimi'yle işçi sınıfının oluşması ve buna bağlı olarak büyük şehirlerde işçilerin konaklama ihtiyacına dönük olarak yapılan "işçi kışlaları" burjuvazi sınıfında mülkiyetin paylaşılma olgusuna ilişkin endişeler ortaya çıkarmıştır.

Kat mülkiyeti kurumunun kanunlaşmasına kadar olan süreçte sorunları gidermeye yönelik çözüm yolları toplumda kaotik bir atmosfer yaratmış ve kat mülkiyeti hukukunun doğumunu sancılı hale getirmiştir. Ülkemiz de bu kaotik durumdan ve sancılardan payına düşeni tartışmasız bir şekilde almıştır. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu yürürlüğe girene kadar geçen süreçteki çözüm arayışları yalnız hukukî değil toplumda psikolojik sorunlar da yaratmıştır. Toplumun mülkiyet hakkı ve müşterek mülkiyet gibi kavramlara olan güveni adeta sarsılmıştır. Bu durum ise kendini Kat Mülkiyeti Kanunu'nda açıkça göstermiştir. Bu bağlamda, kat mülkiyeti meselesinin ve Kat Mülkiyeti Kanunu'nun tarihsel gelişiminin irdelenmesi bugün dahi yaşanan bazı sorunlara ışık tutacaktır. Özellikle, başta Kat Mülkiyeti Kanunu olmak üzere mahkeme

* Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, guray.turker@okan.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7845-3961

kararlarının ve uygulamacıların da olumsuz etkisiyle ortaya çıkan terminoloji sorunu aynı yoğunlukta devam etmektedir. Bu sorunların temelini, kaynağını anlamak ve söz konusu sorunlara dikkat çekmek ortaya konulabilecek yeni kanun tasarılarının hazırlanması noktasında fayda gösterecektir.

I. KAT MÜLKİYETİNİN TÜRK HUKUKUNDA TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Medeni Kanun'un Yürürlüğe Girmesinden Önceki Durum

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin (MK)[1] kabulünden önce, Mecelle hükümlerine göre, bir binanın kat kat paylaşılması ve her bir katın ayrı bir mülkiyete konu oluşturması mümkün kılınmıştı[2]. Mecelle'nin 1150. Maddesi[3] bu şekilde bir paylaşım imkanını düzenlemiş bulunmaktaydı[4]. Diğer bir ifadeyle, kat mülkiyeti hukuk düzenimize Mecelle ile girmiş bir kurumdu. Ancak, kat mülkiyeti istisnai olarak belirli bazı olaylardaki zorunluluk nedeniyle kurulmaktaydı.

B. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Önceki Dönem

1. Benimsenen Sistem

İsviçre sisteminin olduğu gibi benimsenmesinden ötürü kat mülkiyeti yasağına ilişkin düzenlemeler iktibas yoluyla hukuk sistemimize girmiştir. Bu kapsamda Medeni Kanun, m. 644[5] hükmünün benimsediği "*üst arza tabidir*

---

1 RG., 04.04.1926, S.339.

2 **MARDİN,** Ebül'ulâ, Kat Mülkiyeti, 1948, İstanbul, s.8; **OĞUZMAN,** M. Kemal, Kat Mülkiyeti Meselesi ve Hal Çaresi (Kat Mülkiyeti Meselesi), 1958, İstanbul, s.1 vd.; **AYBAY,** Aydın, Kat Mülkiyeti, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, S.1, Haziran 2010, s.100; **GENÇ ARIDEMİR,** Arzu, Kat Mülkiyeti I, 2023, İstanbul, s.25; **AYAR,** Ahmet, Kat Mülkiyetinden Doğan Borç İlişkileri, 2022, İstanbul, s.6.

3 Mecelle m.1150: "*İki kişi beyninde müşterek bir hanenin, fevkânîsi birine ve tahtânîsi diğerine i'tâ olunmak üzre, kısmeti murad olundukda gerek fevkânî ve gerek tahtânî, takvîm olunarak kıymet itibarıyla taksim olunur.*" Sadeleştirilmiş ifadesiyle, iki kişiye ait bir evin üst katı birine, alt katı diğerine ait olmak üzere taksimi mümkündür.

4 Mecelle'de bu konuyla ilgili birkaç düzen hükmü de m.1192-1193 çerçevesinde mevcuttu. Bu dönemde ayrıca, örfî hukuktan gelen hava hakkı da vardı. Bu hak ana yapının kapsamında, han malikinden farklı bir kişiye hakkın konusunu teşkil eden bölüm (oda veya odalar) üzerinde aynî hak sağlıyordu. Bkz. **AYBAY,** s.100.

5 MK m.644: "*Bir arza malik olmak, onu kullanmakta faydalı olacak derecede altına ve üstüne malik olmağı tazammun eder (I). Kanuni takyitler müstesna olmak üzere bu mülkiyet, yapılan ve dikilen şeyleri ve kaynakları dahi şamil olur (II).*"

(superficies solo cedit)" kuralı ve belirlilik ilkesi çerçevesinde bir arazi üzerinde yapılmış çok katlı binanın her bir katının mülkiyet hakkının konusunu teşkil etmesini yasaklamıştı. Öte yandan MK m.652/II, "*bir evin muhtelif katları, üst hakkı teşkiline mevzu olamaz*" hükmüyle kat mülkiyetinin üst hakkı şeklinde kurulmasına dahi izin vermemiştir. Fakat, eski hukuk sistemiyle uyum sağlaması amacıyla mülga Kanunu Medeninin Sureti Meriyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun[6] m.39[7] ile tapu siciline tescil edilmesi artık mümkün olmayan aynî hakların (bir evin bir katının mülkiyeti) eski kanun hükümlerine tabi kalacağı ve tapu siciline gerektiği derecede işaret olunacakları ifade edilmiştir. Buradaki işaret olunma işlemi, tapu sicilindeki beyanlar hanesine yazılmak suretiyle gerçekleştirilecektir[8].

2. Kat Mülkiyeti Yasağının Temelinde Yatan Düşünceler

Kat mülkiyeti yasağının temelinde Avrupa'da 20. yüzyılın başında hâkim olan mülkiyetle ilgili temel düşünce yer almaktaydı. Endüstri Devrimiyle beraber köyden kente göç sonucunun doğmasıyla "işçi kışlaları" adı verilen yapılaşmalar ortaya çıkmıştır[9]. Bu durum ise burjuva toplumunun bireyci karakterine zarar veren ve onu bozan bir gelişme olarak kabul edilmekteydi. Zira işçi kışlalarında konaklayan insanlar son derece olumsuz koşullarda ve sefalet içinde yaşıyordu. Söz konusu toplumsal sefalet olgusu karşısında, taşınmazlar üzerindeki mülkiyetin bu sonuca yol açmayacak şekilde sınırlanması gereği duyuldu[10]. Kat mülkiyeti yasağının diğer bir sebebini ise Aybay şu ifadelerle belirtir: "*20. asır bireylerin mülkiyet objeleri üzerinde sınırsız hak sahibi olmaları biçimindeki liberal telakkilerin egemen olduğu yüzyıldı. Özellikle konut sahibi olmak, başkalarıyla bu sahipliği paylaşmamak demekti. Bu anlayışın da bireysel mülkiyetin yapısı üzerinde etkisi olmuştur.*" Belirtmek gerekir

---

6 RG., 19.06.1926, S.402.

7 Tatbikat Kanunu m.39: "*Kanunu medeninin gayrimenkul sicillerine dair olan kaidelerine göre tesisleri artık kabil olmayan aynî haklar [Bir evin bir katının mülkiyeti, gayrin arazisi üzerindeki ağaçların mülkiyeti …ilâh] tescil edilmeyip sadece ve lüzumu derecesinde işaret olunmakla iktifa olunur (I). Mezkûr haklar, herhangi bir sebeple muntafi olduktan sonra artık yeniden tesis edilemez (II).*"

8 **OĞUZMAN,** Kat Mülkiyeti Meselesi, s.100; **GENÇ ARIDEMİR,** s.27.

9 **AYBAY,** s.99.

10 **AYBAY,** s.99.

ki bu dönemde genel yerleşim şekli bahçe içinde bağımsız tek evden oluşan yapılar şeklinde görülmekteydi. İsviçre'de o dönemdeki hâkim düşünce "*herkes kendi evinin derebeyidir*" ya da "*yarım bir ev yarım bir cehennemdir! (Ein halbes Haus is eine halbe Hölle!)*[11]" cümleleriyle kendisini göstermekteydi. Doğaldır ki, o dönemde günümüzde gördüğümüz dikey yapılaşma ve toplu yapılar hayal dahi edilemiyordu.

Bununla birlikte, Medeni Kanun sisteminin benimsediği mülkiyet sistemi ile kat mülkiyeti sistemi de örtüşmemekteydi[12]. MK m.644 "Gayrimenkul Mülkiyetin Şümulü" başlığı altında, "*kanuni takyitler müstesna olmak üzere bu mülkiyet, yapılan ve dikilen şeyleri ve kaynakları dahi şamil olur*" hükmünü getirmekteydi. Böylece, arazide inşa olunan yapılar arazinin bir parçası olarak düşünülmüş olup, bu parça da bütünleyici parça kabul edilmiştir. Aslın hukukî kaderine bağlılık ya da parçanın asla bağlılığı ilkesi uyarınca bütünleyici parça sayılan yapı araziyle bir bütün oluşturmaktadır[13]. Bu *üst arza tabidir* (superficies solo cedit) ilkesinin de doğal sonucudur. Şu hâlde, bütünleyici parça niteliğindeki yapı, arazi mülkiyetinin hukukî kaderine tabi olacaktır. Bundan dolayı, arazinin bütünleyici parçası olan yapının katlarının bağımsız mülkiyete konu olması ve tapu sicilinde ayrı olarak kaydedilmesi sisteme aykırılık teşkil edeceğinden kabul edilemezdi.

Belirtelim ki, birlikte mülkiyet ilişkisinin varlığı halinde ne eşya ne de mülkiyet hakkı bölünmüştür. Bölünmezlik olgusu neticesinde bölünen yalnızca hak, yetki ve yükümlülüklerdir.

3. Kat Mülkiyeti Meselesine Çözüm Arayışları

a. Genel Olarak

İkinci Dünya Savaşı sonrası kırsaldan kente göçün artması ve kentleşmenin neden olduğu konut ve işyeri sıkıntısı kat mülkiyeti kavramını yeniden

---

[11] **MEIER-HAYOZ,** Arthur/ **REY,** Heinz, Berner Kommentar, Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 5. Teilband: Grundeigentum, IV. Das Stockwerkeigentum, Art.712a-712t ZGB, Staempfli, Bern 1988, Vorbem zu dem Art.712a-712t, N.29.

[12] **OĞUZMAN,** Kat Mülkiyeti Meselesi, s.153; **GENÇ ARIDEMİR,** s.26.

[13] **ÖZMEN,** Etem Saba / **VARDAR HAMAMCIOĞLU,** Gülşah, Kat İrtifakı, 2017, İstanbul, s.34; **GENÇ ARIDEMİR,** s.26.

canlandırmıştır. Zira kentleşmenin artmasıyla konut ihtiyacı da artmış, dikey yapılaşmanın olmaması sebebiyle arazi fiyatları ve buna bağlı olarak da kira bedelleri olağanüstü şekilde artmıştır. Bu durum ise yeni kanuni düzenleme ihtiyacını ortaya çıkarmış ve Medeni Kanun çerçevesinde bu ihtiyaca çözüm bulunmaya çalışılmıştır.

İsviçre'de bu ihtiyaca dönük çözüm arayışları çerçevesinde "*kiracı-aksiyonerli şirket*" şeklinde bir çözüm yolu geliştirilmiştir[14]. Bu sistemde kurulan anonim şirket ana yapı taşınmaz mülkiyetine sahip kılınarak, yapının bir katını ya da dairesini aksiyonerlere kiralamaktadır. Şirket hisseleri ise yapının dairelerinin ya da katlarının değerine oranlanmakta ve gruplanmaktadır[15]. Her grup için nama yazılı ve kıymetli evrak niteliğinde bir senet düzenlenmekte ve bu şekilde şirket tüzel kişiliğine sahip taşınmaz mülkiyetinde, paydaşlar namlarına yazılı senette gösterilen dönme süresince taşınmazdan kiracı sıfatı ile müstakilen yararlanabilmektedir. Senedin temsil ettiği şirket payı da devredilebilecektir. Örnek verirsek, söz konusu hisse senedi kişiye temettü yerine on numaralı daireyi kullanma hakkı vermekteydi. Bu sistem, ihtiyaca çare olmak yerine kaotik bir düzenin doğmasına sebep olmuştur. Zira bu sistemde şirketle ortaklar arasında bir kira ilişkisi mevcuttu ve gerçek kişiler tüzel kişiye bağımlı kılınarak bağımsız mülkiyete imkân tanınmamaktaydı. İsviçre kanun koyucusu çözüm arayışları çerçevesinde İsviçre Medeni Kanunu'nun (Zivilgesetzbuch/ZGB) paylı mülkiyet hükümlerinde değişikliğe giderek ve kanuna 19 yeni madde (Art. 712a-712t ZGB) ekleyerek kat mülkiyetini (*Stockwerkeigentum*) düzenlemiştir.

Almanya'da ise İsviçre'den farklı olarak ayrı bir kanun yapma yoluna gidilmiş ve Kat Mülkiyeti Kanunu (*Wohnungseigentumgesetz*) 1951 yılında yürürlüğe girmiştir.

b. Paylı Mülkiyet-İrtifak Hakkı Sistemi

İsviçre ve Almanya'da olduğu gibi benzer çözüm arayışları Türk Hukukunda da yer bulmuştur. Bu kapsamda öncelikle "*paylı mülkiyet-irtifak hakkı*

---

[14] **OĞUZMAN,** Kat Mülkiyeti Meselesi, s.163; **ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU,** s.8.

[15] **GENÇ ARIDEMİR,** s.28; **BEKAR**, Pınar Alkım, 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kapsamında Toplu Yapılar, 2022, Ankara, s.14.

sistemi[16]" ile bu soruna çözüm üretmeye çalışılmıştır. Bu sistemde uyuşmazlıklar paylı mülkiyet hükümleri ve irtifak hakkı hükümleri çerçevesinde çözülmeye çalışılmıştır. Söz konusu sistemde, paylı mülkiyet esası korunmakla birlikte, paydaşların her biri lehine taşınmazın bir dairesi, katı veya diğer bölümü üzerinde irtifak hakkı tesis edilerek paydaşların yararlanmalarının önü açılmaktaydı[17]. Eş deyişle, bir paylı taşınmazın paydaşlarından her biri lehine, binanın bir katından, dairesinden veya diğer bir bölümünden bağımsız olarak yararlanmayı sağlamak üzere Türk Medeni Kanunu[18] m.838'e (MK m.753) dayanarak bir irtifak hakkı kurulmuştur. Bu sisteme göre paydaş ve irtifak hakkı sahibi aynı kişi olmaktadır. Ne zaman ki paydaş taşınmazı satıp mülkiyeti devreder o zaman irtifaktan da terkin edilir. Bu hâlde yeni malik irtifaka yazılırdı.

Tapu Kanunu[19] m.26'da 06.01.1954[20] tarihinde yapılan değişiklik ile bu sistemin yasal dayanağı da oluşturulmuştur. Söz konusu hüküm uyarınca, "*mülkiyete, mülkiyetin gayrı ayni haklara ve müşterek bir arzın hissedarları veya birbirine muttasıl gayrimenkullerin sahipleri arasında bunlardan birinin veya bir kaçının o gayrimenkul üzerinde mevcut veya inşa edilecek binanın, muayyen bir katından veya dairesinden yahut müstakillen istimale elverişli bir bölümünden munhasıran istifadesini temin gayesiyle Medeni Kanunun 753 üncü maddesi hükümlerine göre irtifak hakkı tesisine veya tesisi vadine mütedair resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir*".

Katlardan veya dairelerden birinden münhasır yararlanma hakkını veren irtifak hakkının kişi lehine tesis edilmesi, böylece paydaşın payını, lehine tesis edilmiş irtifak hakkından ayrı olarak devredebilmesi; paydaşlardan her birinin TMK m.698 uyarınca paylı mülkiyete son verilmesini isteyebilmesi ve paydaşlar arasındaki ilişkilerin ayrıntılı şekilde düzenlenmemesi uygulamada sıkıntılar doğurmuştur. Buna bağlı olarak, paydaşlar arasındaki uyuşmazlıklarda

---

[16] Bu sistemle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., **OĞUZMAN,** Kat Mülkiyeti Meselesi, s.13 vd.

[17] **OĞUZMAN,** Kat Mülkiyeti Meselesi, s.21 vd.; **GENÇ ARIDEMİR,** s.28 vd.

[18] RG., 08.12.2001, S.24607.

[19] RG., 29.12.1934, S.2892.

[20] RG., 09.01.1954, S.8603.

Medeni Kanun hükümleri yetersiz kalmıştır. Bu sebeple, bu sistem eleştiriye maruz kalmıştır[21].

4. 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu Dönemi

Paylı mülkiyet-irtifak hakkı sisteminin yarattığı kaotik durumdan ayrı bir kat mülkiyeti kanununun yürürlüğe sokulması suretiyle kurtulmak istenmiştir. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu[22], 23.06.1965 tarihinde kabul edilerek 02.01.1966 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiştir[23]. KMK m.1/I hükmü, "*tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde, o gayrimenkulün maliki veya ortak malikleri tarafından, bu Kanun hükümlerine göre, bağımsız mülkiyet hakları kurulabilir"* şeklinde düzenlenmiştir. KMK m.3 hükmünde ise kat mülkiyeti, "*arsa payı ve anagayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyet"* olarak tanımlanmıştır.

KMK ilk hali ile bir parsel üzerinde tek anayapının yer aldığı veya alacağı "*klasik kat mülkiyetini*" kabul etmiştir. Detaylandırırsak, anayapı ile ilgili yönetim, ortak giderlere katılma, mülkiyet hakkı gibi hususlar düzenlenirken, tek parsel-tek yapı düşüncesinden yola çıkılmıştır[24]. Bu dönemde KMK bir parsel üzerinde blok yapı ya da münferit bağımsız bölümlere ilişkin düzenlemelere yer vermemişti. Bununla beraber, kırsaldan kente göçün artması ve aynı parsel üzerinde birden fazla yapının inşa edilmesine bağlı olarak KMK hükümleri yetersiz kalmaya başlamıştır. Bundan ötürü, 13.04.1983 tarih ve 2814 sayılı Kanun[25] ile KMK'da değişiklikler yapılmış "yatay kat mülki-

---

[21] **OĞUZMAN,** Kat Mülkiyeti Meselesi, s.26 vd.; **REİSOĞLU,** Safa, Kat Mülkiyeti Konusunda Yeni Gelişmeler, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1963, C.18, S.1, s.267 vd.

[22] RG., 02.07.1965, S.12038.

[23] Kat mülkiyeti ile ilgili hükümlerin özel bir kanun ile düzenlenmesini olumlu bulmakla beraber, bu özel kanunun Medeni Kanun ile bağdaştırılması mümkün olmayan esaslara dayandığını belirten görüş için bkz. **OĞUZMAN,** M. Kemal, Kat Mülkiyeti Kanunu Tasarısı Hakkında (Tasarı), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1963, C.29, S.4, s.1019 vd.

[24] **GERMEÇ,** Mahir Ersin, Kat Mülkiyeti Hukuku, 10.B., 2021, Ankara, s.54; **BEKAR,** s.20.

[25] 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun, R.G. 14.04.1983, S.18018.

yeti[26]"de kanunda yerini almıştır. Diğer bir ifadeyle, bir parsel üzerinde birden fazla yapının bulunduğu durumlarda da KMK hükümleri uygulanabilir duruma gelmiştir. KMK Ek madde 3 hükmüne göre;

"*Bir arsa üzerinde birden çok yapının varlığı halinde, bu Kanunda yer alan hükümlerin uygulanmasında aşağıda kurallar dikkate alınır.*

a) Vaziyet planına göre yapılacak tüm bağımsız bölümlerden yüzde kırkının veya blok inşaatlarda her biri en az sekiz bağımsız bölümü kapsayan blok veya blokların tamamlanmış bulunması halinde, tamamlanan bağımsız bölümler için kat mülkiyetine geçilebilir. Bu takdirde, tamamlanmamış yapılara ilişkin kat irtifaklarının tapu kütüklerinde nasıl yer alacağı (11 inci maddenin 2 nci fıkrasına bağlı kalınmaksızın) tüzükle belirlenir.

b) Yapılardan her birine ilişkin ortak giderler o yapıdaki kat malikleri ,bütün yapılar için müşterek tesis ve yerlere ilişkin ortak giderler bütün kat malikleri tarafından 20 inci maddedeki kurala göre karşılanır. Yapılardan bir kısmının tamamlanmamış olması halinde, kat irtifakı sahipleri de, kendilerini ilgilendirdiği ölçüde ortak tesis ve yerlere ilişkin giderlere katılırlar.

c) *Blok yapılarda, bunlardan yalnız birine ilişkin sorunların çözümlenmesinde, kat malikleri kurulu, o blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşur*."

10.06.1985 tarihli ve 3227 sayılı Kanun[27] ile de Kat Mülkiyeti Kanunu'na "*devre mülk hakkı*" ile ilgili hükümler eklenmiştir. 05.02.1992 tarih ve 3770 sayılı Kanun[28] ile de bazı ek ve değişiklikler KMK'da gerçekleştirilmiştir.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nda yapılan bu değişiklikler zaman içerisinde yine ihtiyaçları karşılamaya yetmemiş ve özellikle blok yapıların yönetimi, ortak giderlere katılma, ortak yerlerin yönetimi gibi birçok meseleden uyuşmazlıklar ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda, 14.11.2007 tarih ve 5711 sayılı Kanun[29] ile

---

[26] Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZMEN,** Etem Saba / **ŞENGÜL,** Mehmet, Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Ayni Haklar ve Şerhler, 2018, İstanbul 2018, s.35; **ÖZMEN/HAMAMCIOĞLU**, s.240 vd.

[27] 3227 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa Devre Mülk Hakkı ile İlgili Maddeler Eklenmesine Dair Kanun, RG., 25.06.1985, S.18792.

[28] 3770 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulü Hakkında Kanun, RG., 11.02.1992, S.21139.

[29] 5711 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, RG., 28.11.2007, S.26714.

KMK'da kapsamlı değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır. Bu Kanun ile "toplu yapı" kavramı da Kanun metnine girmiş ve toplu yapılar hakkında özel hükümler getirilmiştir. Bu değişiklik ile uygulamada siste olarak adlandırılan bir veya birden çok parsel üzerinde inşa edilen blok yapılar çerçevesinde ortaya çıkabilecek sorunlara çözüm getirilmeye çalışılmıştır. Böylece, KMK Ek madde 3 hükmü de yürürlükten kaldırılmıştır.

23.06.2009 tarihinde de 5912 sayılı Kanun[30] ile Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 3., 12. ve 14. maddelerinde tekrar değişiklik yapılmış ve 5711 sayılı Kanunla getirilen geçici maddelerde tekrar düzenleme altına alınmıştır.

15.02.2018 tarihli 7099 sayılı Kanun[31], 04.07.2019 tarihli 7181 sayılı Kanun[32] ve son olarak 09.06.2021 tarihli 7327 sayılı Kanunla[33]; özellikle kentsel dönüşüm uygulamalarına dönük olarak KMK m.10, m.12 ve m.14 hükümlerinde değişikliklere gidilmiş, ek ve geçici maddeler yürürlüğe sokulmuştur.

II. KAT MÜLKİYETİ HUKUKUNDAKİ TERMİNOLOJİ SORUNU

Kat mülkiyeti hukuku terminolojik olarak Türk hukukundaki en sorunlu alanlardan birini teşkil etmektedir. Bu durum gerek KMK hükümlerinde kullanılan terimlerden ve KMK'daki yeknesaklıktan ari yapıdan gerekse uygulamada kanunî terimlerin kullanılmayıp günlük hayat tabirlerinin kullanılmasından ileri gelmektedir. Uygulamadaki terminoloji sorunlarının devam etmesinde yerel mahkemeler ve Yargıtay'ın, kararlarında günlük dildeki tabirleri kullanmayı alışkınlık edinmesi de büyük rol oynamaktadır. Bu kısımda, kısaca terminoloji sorunu oluşturan terimler üzerinde durulacaktır.

---

30 5912 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, RG., 07.07.2009, S.27281.

31 7099 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG., 10.03.2018, S.30356.

32 Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG., 10.07.2019, S.30827.

33 İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG., 19.06.2021, S.31516.

A. Apartman ve Site Terimleri

Uygulamada sıklıkla tek bir parsel üzerinde inşa edilen yapılar için "apartman", bir veya birden fazla parsel üzerinde inşa edilen birden fazla yapı için de "site" teriminin kullanıldığı görülmektedir. KMK hükümlerine bakıldığında her iki terimin de kanunda yer almadığı görülmektedir.

Tarifler başlıklı KMK m.2 hükmü ele alındığında KMK m.2, kat mülkiyetine konu olan gayrimenkulün bütününü "anagayrimenkul", yalnız esas yapı kısmını ise "anayapı" olarak tarif etmiştir. Bir diğer ifadeyle anagayrimenkul terimi, arazi ve anayapının oluşturduğu bütünü ifade etmektedir. Bu bağlamda, uygulamada hatalı olarak kullanılan apartman tabiri aslında "anayapı" terimine karşılık gelmektedir.

Toplu yapının kapsamını düzenleyen KMK m.66 hükmünde toplu yapı, "*toplu yapı, bir veya birden çok imar parseli üzerinde, belli bir onaylı yerleşim plânına göre yapılmış veya yapılacak, alt yapı tesisleri, ortak kullanım yerleri, sosyal tesis ve hizmetler ile bunların yönetimi bakımından birbirleriyle bağlantılı birden çok yapı"* şeklinde tanımlanmaktadır. Bu bağlamda, "site" terimi yerine "toplu yapı" teriminin kullanılması hukuken daha isabetli olacaktır.

B. Aidat Terimi

Apartman ve site terimlerinde olduğu gibi KMK hükümlerinde "aidat[34]" terimi de yer almamaktadır. Anagayrimenkulün genel giderlerine katılma başlıklı KMK m.20 hükmünde, "genel gider" ve "avans" terimleri kullanılmaktadır. Bu bakımdan uygulamada kullanılan aidat terimi genel gider ve avans kavramına karşılık gelmektedir. Belirtelim ki bu konuda KMK'da yeknesak bir terim kullanılmamıştır. Genel gider teriminin yalnızca KMK m.20'nin kenar başlığında kullanıldığı, genel gider terimi yerine birçok yerde (KMK m.10, 22, 25, 38, 72) aynı anlama gelen "ortak gider" teriminin kullanıldığı görülmektedir.

---

[34] Aidat kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup, günümüz Türkçesindeki anlamı düzenli ödenen para, ödenti, kesenektir. Uygulamada yıllık ödenen ödenti için isabetsiz olarak "yıldat" teriminin de kullanıldığı görülmektedir. Türkçede yer almayan bu türetmenin kullanılması eleştiriye açıktır. Bkz. **AYAR,** s.98.

C. Kat Terimi

Kat Mülkiyeti Kanunu'na adını vermiş "kat" terimi de sadece KMK m.1 sayım amaçlı ifade edilmiş ve tarifler başlıklı KMK m.2'de kat teriminin tanımı yer almadığı gibi kanunun devamın da bir daha kat terimi kullanılmamıştır.

D. Doğruluk Kaideleri Terimi

KMK m.18/I hükmü kat maliklerinin borçlarına ilişkin genel kuralı belirten bir hükümdür. Söz konusu hükme göre, "*kat malikleri gerek bağımsız bölümlerini gerek eklentileri ve ortak yerleri kullanırken doğruluk kaidelerine uymak, özellikle birbirini rahatsız etmemek, birbirinin haklarını çiğnememek ve yönetim planı hükümlerine uymakla, karşılıklı olarak yükümlüdürler.*" Bu hükümde yer alan doğruluk kaidelerinden anlaşılması gereken TMK m.2 dürüstlük kuralıdır.

E. Ortak Mülkiyet Terimi

KMK'nın yürürlüğe girmesinden önce uygulanan "paylı (müşterek) mülkiyet-irtifak hakkı" sisteminin yarattığı sıkıntılar toplumda bu kavramlara karşı psikolojik olarak olumsuz bakma durumunu oluşturmuştur. Bu kapsamda, KMK hükümleri yazılırken bu psikolojik travmadan toplumu kurtarmak ya da eskinin sancılarını unutturmak adına birlikte mülkiyete ilişkin farklı terimler kullanılmıştır[35]. Bunların başında da "ortak mülkiyet/malik" terimi

---

35 "*Tapu Kanunu m.26'ya dayalı yaşanan başarısızlık Resioğlunu'da yeni bir hukukî düzenleme yapılmasını savunmaya itti. Ancak Reisoğlu, kat mülkiyetine ilişkin düzenlemelerin paylı mülkiyete ilişkin Medeni Kanun düzenlemelerinin içine sokulması yerine, bu konuda bağımsız bir kanun yapılmasını önerdi. KMK hükümlerini inşa ederken paylı mülkiyetin başarısızlıkları nedeniyle, paylı mülkiyet teriminden uzak durdu ve "ortak mülkiyet" tabirini ortaya attı. Sonunda tercih edilen yol bağımsız bir kat mülkiyeti kanununa vücut vermek oldu.*" Bkz. **ÖZMEN,** Etem Saba / **KIR,** Hafize, Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi, İstanbul 2010, s.3 vd.

Bu psikolojik etkenin etkilediği diğer bir hüküm ise KMK m.15 hükmüdür. Söz konusu hükmün lafzı dikkat çekicidir. Bu hükme göre, "*kat malikleri kendilerine ait bağımsız bölümler üzerinde, bu kanunun ilgili hükümleri saklı kalmak şartıyla, Medeni Kanun'un maliklere tanıdığı bütün hak ve yetkilere sahiptirler."* Bu hüküm esasen malumun ilanı niteliğindedir. "Medeni Kanun'un maliklere tanıdığı bütün ve hak yetkilere sahiptirler" ibaresinden anlaşılması gereken "mülkiyet hakkına ve onun verdiği yetkilere sahip olmaktır".

gelmektedir. KMK hükümlerine bakıldığında KMK m.1, 2, 3, 4, 16, 44, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 57, 61 ve 63 hükümlerinde bu terimin yer aldığı görülmektedir. KMK'nın ortak mülkiyet ile kastettiği "paylı mülkiyet (743 sayılı Türk Kanunu Madenisi zamanındaki tabiriyle "müşterek mülkiyet)" terimidir.

Belirtelim ki, kat mülkiyeti paylı mülkiyetten bağımsız düşünülemez. Zira anagayrimenkul parseli (arazi) üzerindeki mülkiyet kat maliklerine ait paylı mülkiyettir ve TMK'da ortak mülkiyet türünde bir mülkiyet türü yer almamaktadır. TMK'da yaratılan "paylı mülkiyet" ve "elbirliği mülkiyeti" türlerinden farklı olarak KMK ile ayrı bir mülkiyet türü yaratılamayacaktır[36]. Bu sebeple, KMK'nın ortak mülkiyet ile kastettiği tartışmasız olarak "paylı mülkiyet" (743 sayılı Türk Kanunu Madenisi zamanındaki tabiriyle "müşterek mülkiyet) terimidir[37]. Son olarak KMK m.46'da yer alan "adi mülkiyet" teriminin de paylı mülkiyete karşılık geldiğini söyleyebiliriz.

F. İbra Terimi

Kat mülkiyeti hukuku uygulamasında ibra, yönetici veya yönetim kurulunun ibrası olarak algılanmaktadır. KMK'da yönetici veya yönetim kurulunun ibrasına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Kat mülkiyeti hukukunda borçlar hukuku anlamında ibra söz konusu değildir.

Ayar'a göre bu durum olsa olsa "*KMK m.34/IV uyarınca oy sayısı itibariyle geçersiz seçilmiş yöneticinin yapmış olduğu yetkisiz iş ve işlemlerin kat malikleri tarafından onanmasıdır. Ancak burada yöneticinin yaptığı yetkisiz işve işlemlerin yalnızca KMK m.9 ve TMK m.5 hükmüyle arsa payı temelinde paylı mülkiyet barındırmakla TMK m.689 ve KMK m.35'de belirtilen olağan yönetim işleri kapsamında onanması söz konusu olur. Yoksa nitelikli çoğunluğu gerektiren işlerde ibranın böyle bir işlevi olmaz.*[38]" Gerçekten Yargıtay'da

---

[36] **ÖZMEN/KIR,** s.5.

[37] **ÖZMEN/KIR,** s.5; **ÖZMEN,** Etem Saba / **ŞENGÜL,** Mehmet, Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Ayni Haklar ve Şerhler, 2018, İstanbul, s.41; **AYAR,** s.24.

KMK m.9 atfıyla ortak mülkiyete ilişkin esasların saptanmasında paylı mülkiyeti düzenleyen TMK m.688 vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

[38] **AYAR,** s.190.

yöneticinin yöneticilik yaptığı dönemde usulsüz yaptığı harcamalar ve zimmetine geçirdiği paralar nedeniyle kat maliklerine verdiği zararlardan dolayı kat malikleri kurulunun ibrasıyla sorumluluktan kurtulamayacağına karar vermektedir[39]. Ancak, kat malikleri birliğinin oybirliği ile alacağı ibra kararı ile yöneticinin sorumluluğunun ortadan kalkması söz konusu olabilir. Zira burada TMK m.692 kapsamında olağanüstü bir yönetim işinin varlığından bahsedilebilir. Sonuç olarak yönetici veya yönetim kurulunu sorumluluktan kurtaracak ibra tüm kat maliklerinin oybirliği ile verecekleri karar ile yapılabilir.

SONUÇ

Kat mülkiyeti müessesi esasen Mecelle'de yer alan ancak, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlüğe girmesiyle ortadan kaldırılan ve hukukumuza yabancı olmayan bir müessesedir. Endüstri Devrimi, Birinci Dünya Savaşı ve İkinci Dünya Savaşı akabinde köyden kente göçün artmasıyla kat mülkiyeti kurumunun kanunî düzenlemeler altında düzenlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu düzenlemeler yürürlüğe girene kadar ise gerçekleştirilen çözüm arayışları sorunları çözmekten çok daha karmaşık hale getirmiştir. Bunun yanı sıra, çözüm arayışları çerçevesinde getirilen paylı mülkiyet-irtifak sisteminin eksiklikleri toplumumuzda travmalar yaratmıştır. Toplumu bu psikolojik travmalardan kurtarma arzusu ise 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nda kendini farklı bir terminoloji kullanılması suretiyle göstermiştir. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin olumlu etkisi yadsınamazdır. Ancak, KMK'daki terminoloji sorunu, hukuk düzeninin kendi içinde uyumlu bir yeknesaklıkla bütünlük oluşturmasına, ilkesel ifadesiyle hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bundan ötürü, Kat Mülkiyeti Kanunu başta olmak üzere mahkeme kararlarında da TMK hükümleri göz önünde tutularak terim birliği sağlanmalı ve hukukçular kanunun diliyle konuşulmasına daha fazla özen göstermelidir.

---

[39] Y. 18. HD. 27.06.2016, E. 2016/10204, K. 2016/10114; Y. 18. HD. 06.06.2012, E. 2012/3952, K.2012/7022.

KAYNAKÇA

AYAR, Ahmet, Kat Mülkiyetinden Doğan Borç İlişkileri, Filiz Kitabevi, 2022, İstanbul.

AYBAY, Aydın, Kat Mülkiyeti, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, S.1, Haziran 2010.

BEKAR, Pınar Alkım, 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kapsamında Toplu Yapılar, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

GENÇ ARIDEMİR, Arzu, Kat Mülkiyeti I, Onikilevha Yayıncılık, 2023, İstanbul.

GERMEÇ, Mahir Ersin, Kat Mülkiyeti Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 10.B., 2021, Ankara.

MARDİN, Ebül'ulâ, Kat Mülkiyeti, Cumhuriyet Matbaası, 1948, İstanbul.

MEİER-HAYOZ, Arthur/**REY,** Heinz, Berner Kommentar, Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 5. Teilband: Grundeigentum, IV. Das Stockwerkeigentum, Art.712a-712t ZGB, Staempfli, 1988, Bern.

OĞUZMAN, M. Kemal, Kat Mülkiyeti Meselesi ve Hal Çaresi, İsmail Akgün Matbaası (Kat Mülkiyeti Meselesi), 1958, İstanbul.

OĞUZMAN, M. Kemal, Kat Mülkiyeti Kanunu Tasarısı Hakkında (Tasarı), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.29, S.4, 1963, s.1019-1037.

ÖZMEN, Etem Saba / **KIR,** Hafize, Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi, 2010, İstanbul.

ÖZMEN, Etem Saba **/ ŞENGÜL,** Mehmet, Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Ayni Haklar ve Şerhler, Onikilevha Yayıncılık, 2018, İstanbul.

ÖZMEN, Etem Saba / **VARDAR HAMAMCIOĞLU,** Gülşah, Kat İrtifakı, Onikilevha Yayıncılık, 2017, İstanbul.

REİSOĞLU, Safa, Kat Mülkiyeti Konusunda Yeni Gelişmeler, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.18, S.1, 1963, s.265-299.

TARİHİ BOYUTUYLA BORÇLAR HUKUKUMUZDA KİRA TAVANI UYGULAMALARI

Ayça Ebru Celep*

GİRİŞ

Borçlar hukukunda sözleşme serbestisi kural olarak kabul edilmektir. Kira sözleşmelerinde de 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu zamanındaki ilk düzenlemelerde, kira bedelinin serbestçe tespit edilebileceği ifade edilerek sözleşme serbestisi kabul edilmek istenmiştir. Ancak kanun koyucu kira bedelinin belirlenmesi bakımından sözleşme serbestisine öncelik tanımak istese de bu her dönem (hatta çoğu zaman) mümkün olmamıştır. Özellikle ülkelerin içinde bulunduğu ekonomik durumlar kira sözleşmelerine de etki etmiştir. Bu dönemlerde sözleşmenin zayıf tarafı olan kiracılar korunmak istenmiştir. Çalışmada ülkemizde hangi durumlarda kira bedelinin belirlenmesine müdahale edildiği tarihsel gelişimi ile incelenecektir. Özellikle Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları ve Yargıtay'ın bu konudaki tutumu kısaca ifade edilmeye çalışılacaktır.

I. 818 SAYILI BORÇLAR KANUNU ÖNCESİ DÖNEM

Kira tavanı bakımından günümüzdeki düzenlemelerin değerlendirilmesi açısından öncelikle kira bedeli sınırlamalarına ilişkin ülkemizdeki tarihsel gelişim süreçlerine bakmak yararlı olacaktır. Ülkemizde kira bedellerini sınırlayan, kiracı ve kiraya veren ilişkilerini düzenleyen ilk kanun, Birinci Dünya Savaşı sırasında kabul edilmiş ve kısa bir süre yürürlükte kalmış olan "Sükena İçin İcar ve İsticar Olunan Mahallerin İcar Bedelatı Hakkında Kanun" dur[1].

* Araştırma Görevlisi, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Öğrencisi, ebru.angi@okan.edu.tr, ORCID ID0000-0003-2673-0450

[1] **TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, 4.Tıpkı basım, 2008, İstanbul, s.18.

II. 818 SAYILI BORÇLAR KANUNU DÖNEMİ

4 Ekim 1926 tarihinde, 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlüğe girmiş ve m.248 hükmünde gabin (aşırı yararlanma) ve irade sakatlıklarına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, kira bedelinin serbestçe tespit edilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre kanun koyucu kira artış oranına müdahale etmemiş, bunu tarafların serbestçe düzenlemelerine izin vermiştir. Bu şekilde kira sözleşmelerinde bedelin belirlenmesi bakımından kabul edilen sözleşme serbestisi İkinci Dünya Savaşına kadar devam etmiştir. Türkiye Cumhuriyeti savaşa girmemiştir ancak savaşa girebilme ihtimalinin varlığı, ülke ekonomisindeki düzenlemelere etkisi kadar kira sözleşmelerine de etki etmiştir. Böylece hükümete, kararnamelerle ekonomik hayatı düzenlemek için geniş yetkiler veren 3780 sayılı Milli Korunma Kanunu 1940 yılında yürürlüğe girmiştir. Milli Koruma Kanunu m.30 ile, sözleşmenin zayıf tarafı olan kiracıların korunması amacıyla kira bedelleri, 1939 yılı rayiçleri ile dondurulmuştur. Savaşın etkilerinin günden güne azalması kira sözleşmelerine de etki etmiştir. Bir süre sonra Milli Koruma Kanunu'nun 30.maddesinin ihtiyacı karşılamadığı görülmüş bu yüzden hükümde, toplumun ihtiyaçlarını karşılayacak bazı değişiklikler yapma ihtiyacı duyulmuştur. Bunun için kanun koyucu tarafından 3954, 4180, 4648 ve 5020 sayılı Kanunlarla bazı zamlar ve istisnai tahliye sebepleri kabul edilmiştir. Ayrıca kaloriferli binalarda, yakıt fiyatlarındaki değişiklikleri kira bedeline yansıtma olanağı gibi düzenlemeler de getirilmiştir. Her ne kadar bu düzenlemeler kabul edilse de kira bedellerinin 1939 rayici ile sınırlandırılması uygulaması devam etmiştir. Savaşın bitimini takip eden senelerde yeni konut ihtiyacı da görülmeye başlanmıştır. Dolayısıyla yeni konutları yapımını teşvik için dondurulan kira bedellerinin artırılmasına imkân veren kanun hükümleri düzenlemelerde yer bulmuştur. 1947 tarihli 5020 sayılı Kanunla, bu tarihten sonra yapılan veya tadil edilerek kiraya verilen taşınmazların kira bedelleri belirli kira artış oranlarıyla (konutlarda %20 ve konuttan başka yerlerde %50 vb.) sınırlı kalmak şartıyla serbest bırakılmıştır[2]. 1953 yılında çıkarılan 6084 sayılı kanunla ise 1939 yılı kira bedellerine, meskenlerde %100, meskenlerden

---

[2] **TANDOĞAN**, s.18; **ARAL,** Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 1999, Ankara, s.217-218.

başka yerlerde %200 zam yapılması, ayrıca 1955 yılında kira artış oranlarında tam serbestliğe gidilmesi hususları düzenlenmiştir[3].

III. 6570 SAYILI GAYRİMENKUL KİRALARI HAKKINDA KANUN DÖNEMİ

Daha önceki yıllarda kira sözleşmesinde tam serbestliğe gidilmesi esas hedef olsa da bu hedef sosyal ve ekonomik gelişmeler doğrultusunda istenildiği şekilde sürdürülememiştir. Nitekim nüfusun çoğalması, köylerden kentlere göç, yeni aile bölümlerinin ortaya çıkması ve böylece yeni ev ve barınma ihtiyacı, ticaret ve sanayinin gelişmesine bağlı olarak işyeri ve konut ihtiyacı artmış ancak bu artan talebi karşılayacak yeterli sayıda konut mevcut olmamıştır. Taşınmaz kiralarının serbest bırakılması halinde bu durum diğer fiyatların da yükselmesine neden olacağından, 1953 rayiçleri üzerinden kira bedellerini donduran ve tahliye sebeplerini sınırlayan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun (GKHK) m.2 ve m.3 01.06.1955 tarihinde yürürlüğe girmiştir[4]. Bu gelişmeler neticesinde kira bedellerinin dondurulması ve sözleşme serbestinin sınırlandırılmasına ilişkin 1939 kira bedellerinin dondurulması gibi bir başka düzenleme daha hukukumuzda yerini almıştır.

6570 sayılı kanunla kira bedellerinin iki tarihe göre belirlenmesini kabul edilmiştir. Bu tarihlerden biri 1939 yılı rayici, diğeri de 12.05.1953 tarihidir[5]. 6570 sayılı GKHK'nın 2 ve 3'üncü maddeleriyle, bu kanun kapsamına giren taşınmaz kiralarında kira parası 12 Mayıs 1953 rayicine göre dondurulmuştur. Fakat 1939 rayicine göre belli edilen kira paraları için belli oranda artış kabul edilmesine rağmen 1953 rayicinin hiçbir şekilde aşılmaması esas olarak kabul edilmiştir. 1953 rayicinin belli edilmesinde uyuşmazlık çıktığında ise bu rayici belli etme yetkisi Belediye Encümenlerine verilmiştir[6].

---

3 **TANDOĞAN**, s.18.

4 **ARAL**, s.217-218; **TANDOĞAN**, s.18-19.

5 **FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt I, 3.bası, 1978, İstanbul, s.418

6 **YAVUZ**, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Borç İlişkileri, Birinci Cilt, 1986, İstanbul, s.212

1961 Anayasasından sonra Anayasa Mahkemesi kurulmuş ve kira bedellerine ilişkin hükmün iptali için düzenleme Anayasa Mahkemesine götürülmüştür. Bu başvuru üzerine Anayasa Mahkemesinin 31.05.1963 gün ve E.3 K.67 sayılı kararıyla, 6570 sayılı GKHK'nın kira bedeli ile ilgili 2 ve 3'üncü maddelerini iptal edilmiştir. Bu iptal kararı 26.09.1963 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal kararında kararın altı ay sonra yürürlüğe gireceğini belirtmiş ve bu aşamada kanun koyucuya bu boşluğu dolduracak bir düzenleme yapması için süre vermiştir. Ancak kanun koyucu bu süre içerisinde boşluğu dolduracak herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Dolayısıyla 6570 sayılı Kanunun kira parasının tespitine ilişkin 2 ve 3'üncü maddelerini iptal etmesinden sonra kira parasının sınırlandırılması konusunda bir boşluk doğmuştur. Çalışmamız bakımından önemli olan husus bu boşluğun nasıl doldurulacağı değil ancak Anayasa Mahkemesinin bu kararı neden aldığıdır. Anayasa Mahkemesi kararında şu hususlardan bahsetmiştir.

"...Anayasa'nın 36'ncı maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu, bu hakların, ancak kamu yararı amacı ile kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamıyacağı yazılıdır. Bu suretle Anayasa, mülkiyet hakkının, kanunla ve kamu yararı amacı ile sınırlanabileceği esasını koymuş bulunmaktadır. Bununla beraber, yine temel hak ve hürriyetlerin Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabileceğini ve kanunun kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik sebepleri ile de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamıyacağını emreden Anayasa'nın 11'inci maddesinin, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında da gözönünde bulundurulması zorunluğu vardır..."

"...Gayrimenkullerin, mesken ve iş yeri olarak çeşitli yönlerden toplumu ilgilendiren büyük önemi vardır. Bu yönlerden birisi de iktisadi alandır. Mesken ve iş yeri darlığının bulunduğu memleketlerde, Devletçe tedbir alınmadığı takdirde, talebin fazlalığı dolayısiyle kiralar anormal şekilde yükselir..."

"...6570 sayılı kanunun 2'nci ve 3'üncü maddelerinde ön görülen sınırlamalar, yukarıda belirtildiği gibi, adalete ve eşitliğe aykırı durumlar doyurduğu ve bu yüzden gayrimenkul sahibi yurttaşlar arasında huzursuzluk yarattığı ve huzursuzluk, diğer yurttaşlar üzerinde de etkilerini göstermekten geri

kalmadığı cihetle, bunların artık kamu yararını sağladıkları kabul edilemez..."

"...Öte yandan bu sınırlamalarla kiralar dondurulmuş olduğundan gayrimenkul sahiplerinin gelirlerini, değişen şartlara göre ayarlamak imkânı önlenmiş bulunmakta ve bunların elde ettikleri gelirler, diğer sektörlerdeki kazançların çok altında kalmaktadır. Ayrıca, bu şekilde dondurulan kira paraları, fiyatların yükselişi sonucu gayrimenkullerin kazandığı değerin normal gelirini teşkil etmekten de uzaktır. Öteki sektörlerde sınırlamalar kaldırıldığı ve iktisadi şartlar büsbütün deriştiği halde 6570 sayılı kanunla konulan kira rejiminin devam ettirilmesi, adaletsiz ve mülkün gelirinden sahibinin yararlanmasını önleyen aşırı bir sınırlama halini almıştır. Böyle bir sınırlamanın mülkiyet hakkının özünü zedelediği aşikârdır "...Bütün bunlara rağmen kira paralarının 1953 rayici ile tespit edilmesi, taşınmaz sahipleri yönünden hakkaniyete ve adalete uymaz..."

"... Anayasa Mahkemesi'nin 26.03.1963 T. E.3/K.67 sayılı kararıyla GKHK m.2 ve m.3 hükümlerinin kira bedellerini 1953 yılı rayiçlerinde dondurmasına ilişkin düzenlemelerinin mülkiyet hakkının özünü zedelediğine karar verilerek, Anayasa'ya aykırılık sebebiyle söz konusu hükümler iptal edilmiştir..."

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkının kamu yararı amacı ile sınırlanabileceği ve bu sınırlamanın da ancak kamu yararı ile ve kanunla olacağına ilişkin prensibi kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi hayat pahalılığını, toplumda huzursuzluk yaratan bir olay olarak görmekte ve toplumu buna karşı korumak amacı ile devletçe tedbir alınmasının kamu yararına bir müdahale teşkil ettiğinden şüphe edilemeyeceğini söylemiştir. Ancak burada ilgili maddelerin iptal edilmesinin nedeni, Anayasa Mahkemesinin kararında da belirttiği üzere, öteki sektörlerde sınırlamalar kaldırıldığı ve iktisadi şartlar büsbütün değiştiği halde 6570 sayılı kanunla konulan kira rejiminin devam ettirilmesinin, adaletsiz ve mülkün gelirinden sahibinin yararlanmasını önleyen aşırı bir sınırlama halini almış olmasıdır. Mahkeme, böyle bir sınırlamanın mülkiyet hakkının özünü zedelediğini aşikâr görmektedir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi kira bedellerinin 1953 yılı rayiçleri üzerinden dondurulmasını kiraya verenlerin mülkiyet hakkının özüne müdahale olarak görmüş ve

ilgili maddelerin iptal edilmesi uygun bulmuştur. GKHK'nın 2. ve 3. maddelerinin iptal edilmesi ile kira bedellerinin yenilenen dönemlerinde uygulanacak artış oranına yönelik kanunda boşluk doğmuştur. Yargıtay, bu boşluğun TMK m.1'de tanınan yetki uyarınca hâkim tarafından doldurulması gerektiğini ayrıca "kira parasının sınırlandırılmasına ilişkin boşluğun bilirkişi tarafından tespit edilecek olağan rayiç ve bu tespit edilemez ise ekonomi esasları ve hak ve nesafet uyarınca bilirkişi tarafından bildirilecek kira parası esas alınarak hâkim tarafından doldurulması gerektiğine "Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı 18.11.1964 T. E.2 K.4 sayılı kararıyla karar vermiştir. 1994 yılının Nisan ayında hükümet tarafından alınan ekonomik tedbirlerden birkaç ay sonra, Toptan Eşya Fiyatlarındaki artış oranının %100'ü aşması sonucu Yargıtay, TEFE'deki artışın bir yıllık kira döneminde %65'i geçtiği hallerde bu oranının kira parasına yansıyan bölümünün %65 oranı ile sınırlandırılmasının hakkaniyete uygun ve adil bir sonuç olacağını içtihat etmiştir[7]. Yargıtay'ın bu içtihadı uzun süre uygulanmıştır[8].

Bu düzenlemelerin ardından 2001 yılı ekonomik krizi baş göstermiştir. Bunun sonucunda kira bedellerine ilişkin artış sınırlandırılmak istenmiştir. 4531 sayılı Kanun ile 6570 sayılı Kanun'a Geçici 7'nci madde eklenmiştir. Hüküm şu şekildedir, "Sözleşmelerde kararlaştırılan kira paraları 2000 yılında yıllık % 25, 2001 yılında ise yıllık % 10 oranında artırılabilir." Bu sınırlamalar da daha önceki gibi yine Anayasa mahkemesine taşınmış ve ilgili artış düzenlemelerinin iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin her iki düzenleme bakımından verdiği karar ise dikkate değerdir. Anayasa Mahkemesi her bir artış miktarına ilişkin olarak farklı kararlara imza atmıştır.

İlk olarak Anayasa Mahkemesi "2000 yılında kira parasının yıllık % 25 oranında" artış ile sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeyi değerlendirmiş ve 15.03.2002 tarih ve 24696 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan, 16.11.2000 tarihli ve E: 2000/26, K: 2000/48 sayılı kararı ile ilgili düzenlemenin iptal edilmesi gerekmediğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin verdiği karara ilişkin olarak değerlendirmeleri şu şekildedir:

---

[7] **ARAL**, s.225; **BURCUOĞLU**, Haluk, Kira Tesbit Davaları Uygulamasında Belli Başlı Kilometre Taşları, 2001, İstanbul, s.19.

[8] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2005/6886 E. 2005/7140 K. 27/6/2005 T.

"...Anayasa Mahkemesine göre, kira paralarının sürekli yükselişinin ekonomik ve sosyal yaşamı olumsuz yönde etkilemesi nedeniyle, kira artışlarının, temel ekonomik göstergelerin hedeflerine bağlı olarak geçici bir süre için sınırlandırılmasının kiracı kiralayan arasında bozulan ekonomik dengenin yeniden sağlanması toplumsal barış ve kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır..."

"...Konut ve işyeri darlığı bulunan ülkelerde devletçe önlem alınmadığı takdirde talebin fazlalığı nedeniyle kiraların aşırı şekilde yükseleceği, bu yükselişin tüketim maddelerinin fiyatları üzerinde etkili olarak hayat pahalılığına sebep olacağı açıktır. Türkiye'de kiraların tüketici fiyat endeksi içindeki oranının yüksek olduğu, bunun hak ve adaletin gerçekleşmesini engelleyen önemli faktörlerin başında geldiği bilinmektedir. Bu nedenlerle, taşınmaz mal kiralarının sürekli yükselişi ve içinde kira paralarının önemli etkisi olan fiyat artışlarının ekonomik ve dolayısıyla sosyal yaşamı olumsuz yönde etkilemesi karşısında Devletin, sosyal huzurun sağlanması, toplumsal barış ve kamu düzeninin korunması amacıyla kiracı kiralayan ilişkilerini düzenlemesi, böylece insanımızı hak ettiği yaşam düzeyine kavuşturması, gelir dağılımını düzeltmesi ve yoksullukla mücadele etmesi Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti olmanın gereğidir..."

"... Konut ve işyeri olarak çeşitli yönleriyle toplumu etkileyen taşınmaz mal kirası, özel hukuk yanında kamu hukukunu da ilgilendirmektedir. Taşınmaz mal darlığının, Devletçe önlem alınmaması durumunda kiraların normalin üstünde artacağı açıktır. Kira olgusunun bu bakımdan toplumsal bir sorun olduğu kabul edildiğinde Devletin kira konusunda kamu yararı amacıyla kimi hak ve özgürlükleri sınırlandırmasında Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 48. maddelerine aykırılık yoktur ..."

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi yukarıda sayılan gerekçeler neticesinde kira paralarının 2000 yılında yıllık %25 oranı ile sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeyi iptal etmemiştir. Ancak, 6570 sayılı Kanuna eklenen geçici 7.maddede yer alan "2001 yılında yıllık %10 oranında" ibaresi, 15.09.2001 tarih ve 24524 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan, 19.07.2001 tarihli ve E:2001/303, K:2001/333 sayılı Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmiştir. İptalin gerekçesi Mahkemenin kendi sözleri ile genel olarak şu şekilde ifade edilebilir:

"...4531 sayılı Yasa'nın gerekçesinde de belirtildiği gibi, ekonomi kurallarına göre hak ve adalete uygun, makûl bir kira parasının saptanmasında kiracıların durumu ve tüketici fiyat endeksinin üstünde seyreden kira paralarındaki artışın diğer fiyatlar üzerindeki olumsuz etkileri gözetilerek taşınmaz mal kira bedellerinin kamu yararı amacıyla ve yasayla sınırlandırılmasının Anayasa ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır. Ancak, 4531 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte öngörülen fiyat artışlarına koşut olarak kiralarda 2001 yılı için kabul edilen %10 oranındaki artış, 2001 yılında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle oluşan fiyat artışlarının çok altında kalmıştır. Böylece, kira bedellerine getirilen sınırlama, amacını aşarak kiracı ile kiralayan arasında bulunması gereken adil dengenin kiralayan aleyhine demokratik bir toplumda makûl, kabul edilebilir olarak nitelendirilemeyecek biçimde bozulması sonucunu doğurmuştur. Bu durumda, itiraz konusu ibare ile mülkiyet hakkının özüne dokunacak biçimde yapılan ölçüsüz sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı ileri sürülemez..."

Bununla birlikte iptali istenen kararda şu ifadelere yer verilmiş ve ülkedeki ekonomik durum da şu şekilde ifade edilmiştir. *"...2000 yılı program hedefinde enflasyonun yüzde 25 olarak öngörülmesine karşın yüzde 39 oranında gerçekleştiğini; bu sapma sonucunda kiralayanların yüzde 14 oranında bir kayba uğradığını; 2001 yılında ise 22 Şubat 2001 tarihindeki ekonomik kriz nedeniyle, yeni enflasyon hedefinin yüzde 50'nin üzerine çıktığını; 2001 yılı kiralarını yüzde 10 oranıyla sınırlayan düzenlemenin uygulama olanağı kalmadığını; kira parasının belirlenmesinde mülkiyet hakkının özünün zedelenmemesi gerektiğini; bu nedenlerle, itiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 2., 5. ve 35. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür…"*

Sonuç olarak her iki kararda da Anayasa Mahkemesi, kiraya verenin mülkiyet hakkının sınırlandırılması karşısında kira fiyatlarının artmasının önlenmesi ve kamu yararının korunması amacını göz önünde bulundurarak değerlendirme yapmak istemiştir. Kira paralarının yıllık %25 oranında artırılabileceğine ilişkin kararında Anayasa Mahkemesi, kamu yararının korunmasını tercih etmiş ve düzenlemeyi iptal etmemiştir. Ancak %10 oranındaki sınırı adil

dengenin kiraya verenler aleyhine bozulacağına hükmederek iptal etmiş ve sözleşme tarafları arasında dengeyi bu şekilde sağlamak amacı gütmüştür[9].

IV. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU DÖNEMİ

Hukukumuzdaki bu gelişmelerden sonra ise 01.07.2012 tarihinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nu (TBK) yürürlüğe girmiştir. Böylece TBK m.344 hükmü ile kira bedelinin belirlenmesine ilişkin esasların ve kira bedelinin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemenin hukukumuza girmiş olduğu görmekteyiz.

TBK m.344 hükmünü ilk üç maddesi şu şekildedir:

"Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır.

Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılmamışsa, kira bedeli, bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksindeki oranı geçmemek koşuluyla hâkim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir."

Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli, hâkim tarafından tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde belirlenir. Her beş yıldan sonraki kira yılında bu biçimde belirlenen kira bedeli, önceki fıkralarda yer alan ilkelere göre değiştirilebilir."

Daha önceki hükümde yer alan "üretici fiyat endeksindeki artış" ibaresi 18.01.2019 tarihli 7161 sayılı Kanunun 56. maddesiyle, "tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim" şeklinde değiştirilmiştir ve hüküm son halini almıştır. Uzunca bir süre bu hükümler kira bedeli artışlarında

---

[9] Kiracı ve kiraya verenler arasındaki dengenin sağlanması açısından AİHM tarafından verilen karar için bkz.: AİHM, Lindheim ve Diğerleri v. Norveç, 13221/08 ve 2139/10, 22.10.2012.

uygulama alanına sahip olmuştur. Ancak yakın zamanda 08.06.2022 tarihli ve 7409 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile Geçici Madde 1 ve 14.07.2023 tarihli ve 7456 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile eklenen Geçici Madde 2 hükümleri kabul edilmiş ve kira bedelleri % 25 oranı ile sınırlandırılmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nda değişiklik yapan Geçici Madde 1 ve 2 hükmü şu şekildedir:

Geçici Madde 1- (Ek:8/6/2022-7409/4 md.) Konut kiraları bakımından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih ilâ 1/7/2023 (bu tarih dâhil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344'üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır.

Geçici Madde 2- (Ek: 14/7/2023-7456/23 md.) Konut kiraları bakımından 2/7/2023 ilâ 1/7/2024 (bu tarihler dâhil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344'üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır.

Son olarak hukukumuzdaki geçici maddeler ile getirilen sınırlamaları bir kenara bırakırsak genel olarak kira bedellerinin sınırlandırılmasına ilişkin TBK m.344 hükmünden bahsetmek isteriz. TBK m. 344 hükmünde "Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır." denilmiştir. Görüldüğü üzere hukukumuzda kanun koyucu yenilenen kira dönemlerine ilişkin olarak bir sınır koyma ihtiyacı hissetmiştir. İsviçre ve Alman hukuklarında ise baş-

langıç kiralarında bir sınırlamanın olduğundan bahsedilir. Alman Medeni Kanun'u § 556d ve devamındaki hükümlerdeki düzenlemelere göre, konut pazarının dar olduğu bir bölgede bulunan konuta ilişkin bir kira sözleşmesi akdedilecek ise başlangıçtaki kira bedeli, emsal kira bedelinin %10'unu aşamayacaktır. Aksi halde ilgili hüküm uygulanmayacaktır. Görüldüğü üzere Alman hukukunda da bizim hukukumuzda olduğu gibi kanun koyucu sınırı kendisi belirlemiştir. Buna göre emsal kira bedelinin 1000 Euro olarak tespit edildiği bir durumda kiraya veren, sözleşmenin başlangıcından, bu miktarın %10'undan fazlası kira bedeli olarak talep edemeyecektir. Ancak dikkat etmek gerekir ki bu düzenleme kanunda da ifade edildiği üzere konut pazarının dar olduğu bölgeler ile sınırlandırılmıştır. Konut pazarının dar olduğu bölge kavramı ise aynı hükmün ikinci fıkrasında ifade edilmiştir.

Bununla birlikte Alman hukukunda Ekonomik Suçlar Kanunu'nun (*Wirtschaftsstrafgesetz*/WiStG) § 5 hükmü ile de başlangıç kira bedelinin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre her kim kasıtla ya da düşüncesizlikle konut ya da konut kiralarına dair yan giderleri için uygun olmayan yüksek bedel talep etmiş, kira sözleşmesi akdetmiş ya da kira sözleşmesi yapma vaadinde bulunmuşsa bu maddeye aykırı davranmış olup bunun karşılığında 50.000 Euro'ya kadar idari para cezasına çarptırılacaktır. Görüldüğü üzere Alman hukukunda bu şekilde bir yüksek bedel talep edilmesi halinde idari para cezası gibi diğer yaptırımların varlığından da bahsedilecektir.

İsviçre hukukunda da konut ve işyerleri bakımından başlangıç kira bedelinde sınırlamalara yer verilmiştir. Ancak kanun koyucu açıkça azami bir bedel belirlemesinden kaçınmış ve bunun sınırını sadece kötüye kullanma (*Missbrauch*) kriteri getirerek düzenlemiştir. Kararlaştırılan bedel İsviçre Borçlar Kanunu (*Obligationenrecht*/_OR) m.269 ve 269'a çerçevesinde kötüye kullanılmış olarak nitelendirilebilen bir miktar ise kiracıya kira bedeline itiraz edip indirim talep edebilme hakkı verilmiştir. Kötüye kullanım sınırın belirlenmesi ise doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Doktrinde de Alman hukukundaki düzenlemelere paralel olarak başlangıç kira bedelinin, emsal kira bedelinin %10 fazlasını aşmaması gerektiği kabul edilmektedir[10].

---

[10] **İNCE AKMAN**, Nurten/ **ÖZYAKIŞIR**, Özkan, Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 2, 2021, s. 747.

SONUÇ

Kira bedelinin belirlenmesi ve kira tavanına ilişkin düzenlemelere hem ülkemizde hem de diğer ülkelerin hukuk sistemlerinde yer verilmektedir. Kiracıların zayıf olduğu bu tür ilişkilerde sözleşme serbestisinin tamamen uygulanması hakkaniyetli sonuçlar doğurmadığından devletçe bazı düzenlemeler yapılarak kontrol altında tutulmak istenmiştir. Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde veya konut ihtiyacının arttığı dönemlerde bu tür kısıtlayıcı düzenlemelere daha çok ihtiyaç duyulduğu söylenebilir. Ancak bu sınırlandırmalarda sözleşme dengesi de dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla burada kiraya verenlerin mülkiyet hakkına müdahale ile kamu yararı çatışma alanı içinde olacaktır. Bu yüzden kira bedeline ilişkin düzenlemelerde bu dengenin terazisi de kanun koyucular tarafından iyi belirlenmelidir. Bu belirlemede ülkenin kendi iç dinamikleri, enflasyon oranları, kiracı ve kiraya verenlerin ne kadar korunması ve hangi nedenlerle korunması gerektiği gibi sorulara tatmin edici ve gerçekçi cevaplar verilmesi elzemdir. Aksi halde sözleşme tarafları arasındaki çatışma ve toplumda huzursuzluk ortamının doğması da kaçınılmaz olacaktır.

KAYNAKÇA

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, 4.Tıpkıbasım, 2008, İstanbul.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt I, 3.bs., 1978, İstanbul.

ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 1999, Ankara.

BURCUOĞLU, Haluk, Kira Tesbit Davaları Uygulamasında Belli Başlı Kilometre Taşları, 2001, İstanbul.

YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Borç İlişkileri, Birinci Cilt, 1986, İstanbul.

İNCE AKMAN, Nurten/ **ÖZYAKIŞIR**, Özkan, Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 2, 2021, s. 725-770.

GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE CEMAAT VAKIFLARI VE HUKUKİ SORUNLARI

Ezgi Alyürük Güngör*

GİRİŞ

Osmanlı İmparatorluğu'ndan Türkiye Cumhuriyeti'ne uzanan süreçte cemaat vakıflarının hukuki niteliği, tüzel kişiliği ve gayrimüslim cemaatlerin hayri amaçlarını gerçekleştirmek için taşınmaz mülkiyeti iktisap etmeleri daima problemli meseleler olmuştur. Osmanlı İmparatorluğu'nda merkezi denetimden uzak kalan gayrimüslim cemaatlerinin kendi adlarına taşınmaz mal iktisap etmeleri, 1328 Kanuni Muvakkat'a[1] kadar mümkün olmamıştır. Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonra ise hayri amaçlarla bir araya gelen gayrimüslim cemaatleri, cemaat vakfı niteliği ile devletin denetimi altına girmiştir.

Cumhuriyet döneminde de cemaat vakıflarının taşınmaz mal iktisap etmelerine ilişkin sorunlar dönem dönem gündeme gelmiştir. Ulusal ve uluslararası alanda yaşanan sosyal ve siyasi olayların bu konu üzerindeki iz düşümleri maalesef yargı kararlarını da etkilemiş ve cemaat vakıfları aleyhine hak ihlalleri doğmaya başlamıştır. 1974 yılından 2002 yılına kadar bu ihlaller devam etmiştir. Türkiye'nin AB uyum süreci ile birlikte yaşanan ihlalleri ortadan kaldırmak için 2002 yılından itibaren yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Konuyla ilgili son yapılan yasal düzenleme 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun geçici 7. ve 11. maddeleridir. Ancak bu geçici hükümler de mevcut hak ihlallerini geniş ölçüde kapsar nitelikte değildir. Bu nedenle pek çok uyuşmazlıkta cemaat vakıfları, kaybettikleri taşınmaz mülkiyetlerini geçici 7. madde kapsamında geri elde edememekte ya da geçici 11. madde kapsamında tazminata hak kazanamamaktadır.

Bu doğrultuda cemaat vakıflarının mülkiyet hakkı ihlallerine ilişkin mevcut durumun daha iyi anlaşılabilmesi için çalışmamda öncelikle konuyla ilgili

---

* Araştırma Görevlisi, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, ezgi.alyuruk@okan.edu.tr, ORCID 0000-0002-8271-9814.

[1] 16 Şubat 1328 tarihinde yürürlüğe Eşhas-ı Hükmiyenin Emval-i Gayrimenkuleye Tasarruflarına Mahsus Kanun-i Muvakkat bu çalışma içerisinde Kanuni Muvakkat olarak anılmaktadır.

Bu doğrultuda cemaat vakıflarının mülkiyet hakkı ihlallerine ilişkin mevcut durumun daha iyi anlaşılabilmesi için çalışmamda öncelikle konuyla ilgili tarihi süreç aktarılmıştır. Konuya ilişkin temel meselelerden ilki mülkiyet hakkının varlığı ve bu hakkın ihlal edilip edilmediği olduğundan en önemli temel hak ve özgürlüklerden olan mülkiyet hakkının anayasal ilkeler çerçevesinde ele alınması gerekliliği görülmüştür. Bu nedenle mülkiyet hakkının varlığına ve bu hakkın ihlaline ilişkin hususlar Anayasa Mahkemesi kararları ışığında irdelenmiştir. Son olarak ise 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'na getirilen geçici 7. ve 11. maddelerin kapsamı açıklanmış ve hükümlerin kapsamına ilişkin eleştiriler belirtilmiştir. Çalışma kapsamında cemaat vakıflarının taşınmaz mülkiyeti iktisap etmelerine ilişkin tarihi süreç hakkında bilgi verilerek, geçici 7. madde veya geçici 11. maddenin düzenlenme şekli, kapsamı ve mülkiyet hakkı ihlallerine etkisi değerlendirilmiştir.

I. CEMAAT VAKIFLARININ TAŞINMAZ MÜLKİYETİ İKTİSABINA İLİŞKİN TARİHİ SÜREÇ

Cemaat vakıflarına ilişkin sorunlar, Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne intikal eden başta Lozan Antlaşması olmak üzere Türk vatandaşı olan azınlıkların haklarının korunmasına ilişkin hükümler içeren uluslararası anlaşmalarla güvence altına alınmıştır[2]. Türkiye Cumhuriyeti Devleti de taraf olduğu anlaşmaların gereğini yerine getirmek amacıyla yasal düzenlemeler

[2] **HATEMİ,** Hüseyin, "Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LV, S. 4, 1997, s. 111-128, (Çevrimiçi), https://www.dergipark.com.tr, E.T. 20.10.2023, s. 121, (Hukuk Tarihi); **ÖZKAYA,** Eraslan, Eski Vakıf Hukuku, 2011, Ankara, (Çevrimiçi), https://www.turcademy.com.tr, E.T. 25.10.2023, s. 175; **İKİZLER,** Metin / **KURBAN,** Yasin, Eski ve Yeni Vakıflar Hukuku, 2021, Ankara, (Çevrimiçi), https://www.turcademy.com.tr, E.T. 30.11.2023, s. 93; **SAKMAR,** Ata, "Cemaat Vakıflarının Mülkiyeti İle İlgili Sorunlar", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1, 2005, s.117-126, https://www.jurix.com.tr, E.T. 22.10.2023, s. 123; **ÖKTEM,** Emre, "Türkiye'deki Gayrimüslim Cemaatlerin Hukuki Durumu- Uluslararası Boyut", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, S. 2, 2003, s.81-113, (Çevrimiçi), https://www.jurix.com.tr, E.T. 22.10.2023, s. 86; **DÜRGEN,** Betül, "Türkiye'deki Yabancı Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 2, 2016, s. 111-130, (Çevrimiçi), https://www.dergipark.com.tr, E.T. 20.10.2023, s. 113; **KURBAN,** Dilek/**HATEMİ,** Kezban, Bir 'Yabancı'laştırma Hikayesi: Türkiye'de Gayrimüslim Cemaatlerin Vakıf ve Taşınmaz Mülkiyet Sorunu, 2009, İstanbul, s. 7; **REYNA,** Yuda/ **MORENO ZONANA,** Ester, Son Yasal Düzenlemelere Göre Cemaat Vakıfları, 2003, İstanbul, s. 44 vd.

yapmıştır. Ancak konunun hukuk alanı haricinde ulusal ve uluslararası önemli siyasi ve sosyal boyutlarının olması hukuken sağlıklı bir sürecin devamlılık arz etmesine engel oluşturmuştur[3]. Bu nedenle cemaat vakıflarının mülkiyet hakkı ihlalleri bugüne kadar güncel kalan ve güncelliğini de korumaya devam edecek bir konudur.

A. Osmanlı İmparatorluğu Dönemi

İslam hukukunda her ne kadar bugünkü anlamı ile tüzel kişilik kavramı oluşmamış ise de belirli bir mal ve kişi topluluğun, o topluluğu oluşturan kişilerden bağımsız bir varlığı olduğu kabul edilmiştir. Bu anlamda dikkate alınacak mal topluluğunun en önemli görünümünü vakıflar oluşturmaktadır[4]. Osmanlı İmparatorluğu'nda, vakıflar bir vakfeden tarafından vakfiye ile kurulup şeri mahkemede tescil edilirken, azınlıklara tanınan özel statü ile dini, ilmi ve hayri faaliyetlerini yürütmeleri için bir vakfiyeleri olmaksızın padişah fermanları ile hayri vakıf kurmaları sağlanmıştır[5]. Bir araya gelen gayrimüslimler belirli bir malı belirli bir amaca tahsis ederek, genellikle de bir ibadethane veya okul yaptırarak anonim olarak vakıf kurarlardı. Ancak vakfın amacını yerine getirmek üzere taşınmaz bir malın tahsis edilmesine ilişkin engeller mevcuttu.

Cemaat vakıflarının taşınmaz iktisabına ilişkin bu sorun ele alınırken cemaat vakıflarının tüzel kişiliklerine ilişkin sorunun da birlikte değerlendirilmesi zorunludur. Bu nedenle öncelikle cemaat vakıflarının tüzel kişiliklerine ilişkin sorunu genel hatlarıyla ortaya koymak isabetli olacaktır. Taşınmaz

---

3 **KURBAN/ HATEMİ,** s. 7-8.

4 **EKŞİ,** Nuray, Yargıtay, Danıştay, AİHM Kararları Işığında Cemaat Vakıflarının Mülkiyet Sorunu, 2011, İstanbul, s. 36; **HATEMİ,** Hukuk Tarihi, s. 122; **ÖZKAYA,** s. 177.

5 **EKŞİ,** s. 8, 10; **HATEMİ,** Hukuk Tarihi, s. 121; **ÖZKAYA,** s. 177; **YILMAZ,** Mustafa, Eski Vakıfların ve Taşınmazlarının Günümüzdeki Hukuki Rejimi, 2013, Ankara, s. 150; **İKİZLER/KURBAN,** s. 92; **SAKMAR,** s. 117; **ÖKTEM,** s. 86; **ŞİMŞEK,** Suat, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Edinimi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. XXIII, S. LXXXVIII, 2010, s. 29-54, (Çevrimiçi), https://www.jurix.com.tr, E.T. 22.10.2023, s. 30; **ÇAĞATAY,** Mustafa, "Geçmişten Günümüze Azınlık Vakıflarının Mal Edinmeleri Sorunu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. XXIV, S. XCVI, 2011, s. 91-148, (Çevrimiçi), https://www.jurix.com.tr, E.T. 22.10.2023, s. 115; **KURBAN/ HATEMİ**, s. 9; **REYNA/ MORENO ZONANA,** s. 39 vd.

mülkiyeti iktisap etmeleri yönünden 1328 Kanuni Muvakkat'a kadar fiil ehliyetleri kısıtlıdır. Osmanlı Hukukunda cemaat vakıflarının hangi dönemde tüzel kişilik kazandığına ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Sungurbey başta olmak üzere bazı yazarlar, padişah fermanı ile kurulan cemaat vakıflarının bu fermanlarla tüzel kişilik kazandığını kabul etmektedir[6]. 1328 Kanuni Muvakkat'nda tüzel kişilere taşınmaz mülkiyeti iktisap etme hakkının verilmesinde tüzel kişilerden bahsettiğinden ve taşınmazları kendi adlarına tescil ettiremeseler de taşınmazlar üzerinde fiili tasarruf etme ve intifa hakkı verildiğinden Kanuni Muvakkat'tan önce de tüzel kişiliklerinin bulunduğunun kabulünün gerektiğini ifade etmektedirler. Doktrinde diğer bir görüş ise 1328 Muvakkat Kanunu ile cemaat vakıflarının tüzel kişilik kazandığını kabul etmektedir[7]. Doktrindeki üçüncü görüş ise cemaat vakıflarının 1935 yılında yürürlüğe giren 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile tüzel kişilik kazandığını kabul etmektedir[8].

Katıldığım görüş[9] doğrultusunda padişah fermanı ile kurulan cemaat vakıflarının 1328 Kanuni Muvakkat'tan önce de tüzel kişiliğe sahip olduğu kabul edilmelidir. Kanun-i Muvakkat'ta taşınmaz mülkiyeti iktisabında tüzel kişilerden bahsetmesinden dolayı cemaat vakıflarının daha önceden tüzel kişiliğe sahip oldukları anlaşılmaktadır. Padişah fermanı ile kurulmayıp Kanuni Muvakkat'ın geçici 3. maddesi gereğince eşhası hükmiye cetveline beyan vererek vakıf olduğunu iddia eden cemaat vakıflarının ise 2762 sayılı Kanun ile tüzel kişilik kazandıkları kabul edilmelidir[10]. Tüzel kişilik kazanmaları ile taşınmaz mal iktisap etmelerine ilişkin hususlar hem birbiriyle oldukça bağlantılı hem de ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken önemli hususlardır. Tüzel kişiliğe sahip olmaları fiil ehliyeti bakımından sınırlı olmayacakları anlamına gelmeyecektir.

Cemaat vakıfları açısından kilisenin veya manastırın giderlerini karşılamak amacıyla taşınmaz mallar kiliseye veya manastıra vakfedilebilmekle

---

6 Görüş için bkz. **SUNGURBEY,** İsmet, Eski Vakıfların Yeni Sorunları (Yazarın Bundan Önceki Kitaplarına Kimi Eklerle), 2001, İstanbul, s. 349.

7 Görüş için bkz. **EM,** Ali, Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar, 2. Baskı, 2011, Ankara, s. 36 vd.; **REYNA/MORENO ZONANA,** s. 41 vd.; **EKŞİ**, s. 37-39.

8 **REYNA/MORENO ZONANA**, s. 41 vd.; **SAKMAR,** s. 117.

9 **EKŞİ**, s. 42 vd.

10 **EKŞİ**, s. 42.

birlikte mülkiyetleri kilise veya manastır adına tescil edilemezdi, yalnızca para ve taşınır mallar vakfedilebilirdi. 1816 yılından itibaren ise nükut haricinde ev, dükkân, bahçe gibi taşınmazların akarlarının da tahsisi yasaklanmıştır[11]. Bu nedenle cemaat vakıfları, taşınmazlar üzerindeki fiilen tasarruflarını, nam-ı müstear veya nam-ı mevhumlar üzerine kaydettirerek sağlıyorlardı[12].

1328 Kanuni Muvakkat ile birlikte cemaat vakıflarının taşınmaz mülkiyetini iktisap edebilecekleri düzenlenmiştir. Kanuni Muvakkat'ın 4. maddesi ile cemaat vakıflarına, takma adlarla başka kimseler üzerinde olup da fiilen tasarruf ettikleri taşınmaz malları kendi tüzel kişiliklerine[13] geçirmeleri için Defter-i Hakani İdarilerine beyanname ile başvuru hakkı verilmiştir[14].

---

[11] **EKŞİ**, s. 8; **YILMAZ,** s. 151; **ÇAĞATAY,** s. 115-116; **AYHAN İZMİRLİ,** Lale "Çözülemeyen Problem; Cemaat (Azınlık) Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmesi", TESAM Akademi Dergisi, C. V, S. I, 2018, s. 97-135, (Çevrimiçi), https://www.dergipark.com.tr, E.T. 20.10.2023, s. 103; **KURBAN/ HATEMİ**, s. 9-10.

[12] **EKŞİ**, s. 46; **EM,** s. 39; **ÖZKAYA,** s. 178; **ÖKTEM,** s. 87; **AYHAN İZMİRLİ,** s. 104; **YILMAZ,** s. 151; **ŞİMŞEK,** s. 30; **REYNA/ MORENO ZONANA,** s. 41.

[13] Cemaat vakıflarının tüzel kişilik kazanmaları ve taşınmaz mülkiyeti iktisap etmeleri iki ayrı konudur. Cemaat vakıflarının taşınmaz mülkiyeti iktisap etmelerinin önü 1328 Kanun-i Muvakkat ile açılmış olmakla birlikte bu kanundan önce de tüzel kişiliğe sahip oldukları kabul edilmektedir. Kanun-i Muvakkat'ın başlığında geçen "Eşhas-ı Hükmiye" ve aynı kanunun 4. maddesinde geçen "eşhas-ı hükmiye namına" ifadelerinden cemaat vakıflarının daha önceden tüze kişiliğe sahip oldukları anlaşılmaktadır. Kanun-i Muvakkat'tan önce yürürlüğe giren 1850 Kanununname-i Ticaret ve 1909 Cemiyetler Kanunu hükümlerinde de tüzel kişiliklerin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Cemaat vakıflarının Kanun-i Muvakkat'tan önce tüzel kişiliklerinin kurulduğundan bahsedebilmek için padişah fermanı veya vakfiye ile kurulmuş olmaları gerekmektedir. Bu şartlardan herhangi birini sağlamamış olan ve 1328 Kanun-i Muvakkat ile eşhası hükmiye cetveli vererek vakıf olduklarını iddia eden cemaat vakıfları 2762 sayılı Vakıflar Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadarki dönemde tüzel kişilik kazanamadıkları kabul edilmelidir. **EKŞİ,** s. 42; **ÖZKAYA,** s. 178; **SAKMAR,** s. 118; **YILMAZ,** s. 151-153; **AYDOĞDU,** Murat, "Cemaatlere (Azınlıklara) Ait Vakıfların Taşınmaz Mal Edinmeleri Sorunundaki Son Hukuki Durum", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. I, 2008, s. 197-253, (Çevrimiçi), https://www.jurix.com.tr, E.T. 22.10.2023, s. 215.

[14] **EKŞİ**, s. 41; **EM,** s. 40; **SAKMAR,** s. 118; **YILMAZ,** s. 155; **AYDOĞDU,** s. 215 vd.; **ÇAĞATAY,** s. 124-125; **ŞİMŞEK,** s. 30-31; **ÇELİKEL,** Aysel, "Gayrimüslim Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmesi ve 27.01.2004 Tarihli Yargıtay Kararı", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. IV, S. VII, 2005, s. 57-64, (Çevrimiçi), https://www.jurix.com.tr, E.T. 22.10.2023, s. 58; **AYHAN İZMİRLİ,** s. 104; **REYNA/ MORENO ZONANA,** s. 42.

B. Türkiye Cumhuriyeti Dönemi

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulması ile birlikte 1926 yılında yürürlüğe giren 743 sayılı Medeni Kanunu'nun 74. maddesi ile cemaat vakfı kurulması yasaklanmış ancak bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce kurulan vakıflara ilişkin 1935 tarihli 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile ayrı düzenleme getirilmiştir[15]. 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 44. maddesi gereğince bu Kanun'un yürürlük tarihinden en az 15 yıl öncesine kadar vakıf olarak tasarruf edilen vergi kayıtları ile ispatlanabilen ve konturat ve Kanun-i Muvakkat'ın yürürlüğe girmesinden sonra tapuya verilmiş defterler, kurumun hesap defterleri ve buna benzer belgelerle tespit olunabilecek yerlerin vakıf kütüğüne kaydolacağı kabul edilmiştir[16]. Bu iki şartın gerçekleşmesiyle cemaat vakıfları taşınmaz malları kendi adlarına tapuya geçici şerh ettirebilecektir. Vakıflar İdaresi şerhi ilan ettikten sonra iki yıl içinde cemaat vakfı adına yapılan tescile itiraz gelmezse tescil kesinleşecektir[17].

2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun geçici 1A maddesi ile o zamana kadar Vakıflar İdaresine hesap vermemiş vakıfların, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde "mahiyetlerini, gelir kaynaklarını, gelirlerinin tahsis edildiği ve harcandığı yerleri, son senenin harcama kalemlerini ve miktarını, mütevelli heyetlerinin seçim usulünü ve hangi tarihten itibaren görev yaptıklarını gösteren" ve 1936 Beyannamesi olarak anılan beyanname ile devlete bilgi vermesi ve bu şekilde cemaat vakıflarının devletin denetimi altına girmesi sağlanmıştır[18].

---

[15] **SUNGURBEY,** s. 351; **AYAN**, Mehmet / **AYAN,** Nurşen, Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, (Çevrimiçi), https://www.turcademy.com.tr, E.T. 25.10.2023, s. 271; **ERDOĞAN,** İhsan /**KESKİN,** Dilşad, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 2. Baskı, 2019, Ankara, (Çevrimiçi), https://www.turcademy.com.tr, E.T. 25.10.2023, s. 391; **YILMAZ** s. 133-135, 157; **EKŞİ**, s. 55-56; **AYDOĞDU,** s. 215; **ÇAĞATAY,** s. 119; **ŞİMŞEK,** s. 35; **KURBAN/ HATEMİ**, s. 12.

[16] **SUNGURBEY,** s. 353; **ÖZKAYA,** s. 183; **ÖKTEM,** s. 86; **EKŞİ**, s. 57; **ÖZKAYA,** s. 178-179; **SAKMAR** s. 118; **AYDOĞDU,** s. 218; **ÇAĞATAY,** s. 125; **ÇELİKEL,** s. 58; **REYNA/ MORENO ZONANA,** s. 42.

[17] **EKŞİ**, s. 58; **YILMAZ,** s. 158; **ŞİMŞEK,** s. 36.

[18] **ÖZKAYA,** s. 182; **İKİZLER/KURBAN,** s. 93-94; **EKŞİ**, s. 59-60; **AYHAN İZMİRLİ,** s. 106, 108; **AYDOĞDU,** s. 216, 218; **ÇAĞATAY,** s. 128; **REYNA/ MORENO ZONANA,** s. 43.

Doktrinde bazı yazarlar, Yargıtay ve Danıştay kararlarında cemaat kuruluşlarına 1936 Beyannameleri ile vakıf niteliği verildiği gerekçesiyle bu Beyannameleri cemaat vakıflarının vakfiyesi olarak kabul edilmiştir[19]. Sungurbey ve cemaat vakıfları, 1936 Beyannamelerinin vakfiye niteliğinde kabul edilmesine karşı çıkmışlardır[20]. Gerçekten de cemaat vakıflarının vakfiyesi olarak 1936 Beyannamelerinin kabul edilmesi, daha sonraki yıllarda cemaat vakıflarının satış, vasiyet veya bağış yoluyla mülkiyet hakkını iktisap etmelerine engel teşkil etmiştir[21].

02.12.1942 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararına kadar 2762 sayılı Kanun'un 44. maddesince taşınmazlar cemaat vakıfları adına tescil edilmiştir. Bu kararla cemaat vakıflarının tasarruf ettiği taşınmazların tapuya tescili için malikinin veya mirasçılarının izni aranmıştır[22]. 02.07.1956 tarihli meclisin yorum kararı ile 1328 Kanuni Muvakkat'a kadar gayrimüslim cemaatlerin taşınmaz mal edinmesine izin verilmemesi nedeni ile taşınmazları güvendikleri gerçek kişilere veya nam-ı mevhumlar adına kaydettirdiklerini, 2762 sayılı Kanun'la bu taşınmazları kendi adlarına tescil ettirme yetkisinin verildiğini, iki yıllık süre içerisinde tescile itiraz etme hakkı da verildiğinden bu tescilin gerçekleştirilmesi için sahiplerinin rızasına gerek olmadığını, nam-ı mevhumlar açısından da bu şekilde bir izin alınmasının mümkün olmadığını açıklamıştır[23]. 1956 tarihli yorum kararı ile 02.12.1942 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararı yürürlükten kaldırılmıştır.

1956 ile 1974 yılları arasında cemaat vakıflarının taşınmaz iktisabına ilişkin ciddi bir problem yaşanmamıştır[24]. Ancak Yargıtay'ın 08.05.1974 tarihli kararında 1936 Beyannameleri'nin cemaat vakıfları için vakfiye niteliğinde olması ve beyannamede satış, bağış veya vasiyet yoluyla taşınmaz iktisap edebileceğine ilişkin şerh olmaması halinde taşınmaz iktisap edemeyeceği

---

19 **EKŞİ**, s. 61 vd.; **REYNA/ MORENO ZONANA,** s. 43.

20 **SUNGURBEY,** s. 353; **EKŞİ**, s. 61.

21 **EKŞİ**, s. 62; **KURBAN/ HATEMİ**, s. 15.

22 **ÖZKAYA,** s. 180; **ÖKTEM** s. 87; **EKŞİ**, s. 62; **YILMAZ,** s. 159; **AYDOĞDU,** s. 219; **ŞİMŞEK,** 36; **ÇELİKEL,** s. 59.

23 **SAKMAR** s. 119; **ÖKTEM** s. 87; **YILMAZ,** s. 159; **AYDOĞDU,** s. 219; **ÇAĞATAY,** s. 128; **ŞİMŞEK,** s. 37.

24 **İKİZLER/KURBAN,** s. 94; **EKŞİ**, s. 63; **AYHAN İZMİRLİ,** s. 108; **ŞİMŞEK,** s. 37.

şeklindeki hukuka tamamen aykırı olan gerekçesiyle, hem cemaat vakıflarının yeni taşınmaz mal edinmeleri yasaklanmış hem de bu süreç içerisinde taşınmaz mal iktisap eden cemaat vakıflarının iktisap ettikleri taşınmazların tescilleri bir bir iptal edilmeye başlanmıştır[25]. Oysa niteliği itibariyle 1936 Beyannameleri vakıfların tasarrufunda olan taşınmazlara ilişkin bilgi verme amacı taşımakta, beyannamenin sahip olduğu içerik gereği vakfın kurucu belgesi olmasını sağlayacak bilgileri içermemektedir[26]. Türkiye'nin Avrupa Birliği uyum sürecine kadar devam eden bu süreç pek çok mülkiyet hakkı ihlaline neden olmuştur.

C. Avrupa Birliği Uyum Süreci Dönemi

2002 yılında 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile 2762 sayılı Kanun'un 1. maddesinin sonuna iki fıkra eklenerek cemaat vakıflarının vakfiyelerinin olup olmadığına bakılmaksızın Vakıflar Genel Müdürlüğünün izniyle dibi, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını gidermeleri için taşınmaz mal edinebilecekleri kabul edilmiştir[27]. 20.01.2003 tarihli 4778 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile de cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmelerindeki izni verme yetkisi Bakanlar Kurulundan Vakıflar Genel Müdürlüğüne geçmiştir[28]. 24.01.2003 tarihli 25003 sayılı Resmi Gazetede Vakıflar Kanunu'nun 1. maddesinin uygulanmasına ilişkin Yönetmelik çıkartılmıştır. Yönetmeliğin geçici 1. maddesine göre "9/8/2002 tarihinden önceki bir tarihi taşıyan, aşağıdaki belgelerden bir veya makbul sayılabilecek eş değer bir belge; vergi kaydı,

---

[25] **SUNGURBEY,** s. 357; **İKİZLER/KURBAN,** s. 94; **ÖKTEM** s. 87 vd.; **EKŞİ**, s. 63-64; **EM** s. 40; **SAKMAR** s. 119-120; **YILMAZ,** s. 160; **AYHAN İZMİRLİ,** s. 108-109; **AYDOĞDU,** s. 220 vd.; **ÇAĞATAY,** s. 126, 136; **ŞİMŞEK,** s. 38; **KURBAN/ HATEMİ**, s. 15.

[26] **HATEMİ,** Hüseyin, "Önceki Hukukumuzda ve Türk Medeni Hukukunda Vakıf Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Düşünceler", İstanbul Üniversite Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XI, S. 14, 1997, s. 69-91, (Çevrimiçi), https://www.dergipark.com.tr, E.T. 20.10.2023, s. 89 vd.; **SUNGURBEY,** s. 353 vd.; **EKŞİ**, s. 63; **AYHAN İZMİRLİ,** s. 109; **YILMAZ,** s. 160; **REYNA/ MORENO ZONANA,** s. 43.

[27] **İKİZLER/KURBAN,** s. 94; **ÖKTEM** s. 89; **EKŞİ**, s. 69; **YILMAZ,** s. 161; **AYHAN İZMİRLİ,** s. 110; **AYDOĞDU,** s. 224-225; **ŞİMŞEK,** s. 39; **KURBAN/ HATEMİ**, s. 24; **REYNA/ MORENO ZONANA,** s. 43.

[28] **EM** s. 42; **AYHAN İZMİRLİ,** s. 110; **ŞİMŞEK,** s. 40; **ÇELİKEL,** s. 60.

emlak vergi beyannamesi, kira kontratı, elektrik, su, doğalgaz faturası, tasdikli irade suretleri ile fermanlar, muteber mütevelli, sipahi, mültezim temessük veya senetleri, kayıtları bulunmayan tapu veya mülga hazinei hassa senetleri veya muvakkat tasarruf ilmuhaberleri, tasdiksiz tapu yoklama kayıtları, mülkname, vasiyetname ve vasiyet tenfiz kararları, muhasebatı atika kalemi kayıtları, mubayaa, istihkam ve ihbar hüccetleri, evkaf idarelerinden tapuya devredilmemiş tasarruf kayıtları" gibi belgelerle ilgili taşınmazların tasarrufları altında olduğunu ispatlayarak bu taşınmazları tapuya tescil ettirebileceklerdir. Ancak bu belgeler ile yapılan başvuruların önemli bir bölümü taşınmazlar üçüncü kişiler üzerine kayıtlı olduğundan reddedilmiş, malik haneleri boş olan ve sayıca az olan taşınmazların tescili sağlanmıştır[29].

20.02.2008 yılında 5737 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu kanuna eklenen geçici 7. ve 11. madde kapsamında cemaat vakıflarının yaşadıkları mülkiyet hakkı ihlalleri ortadan kaldırılmaya çalışmışlardır. Mevcut durumda hala daha geçici 7. ve 11. maddenin uygulanmasına ilişkin sorunlar ortaya çıkmakta, azınlıklar tarafından ilgili düzenlemeler yetersiz bulunmaktadır[30]. Yargıtayın ilgili geçici maddelerin yorumlanmasındaki yaklaşımı, çoğu kararında kanunun ruhuna ve maddelerin getiriliş amacına uygun düşmemektedir.

II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA MÜLKİYET HAKKININ KAPSAMI VE VARLIĞININ İSPATI

Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne uzanan süreçte özellikle cemaat vakıflarının taşınmaz mal iktisabına ilişkin lehe ve aleyhe önemli hukuki gelişmeler yaşanmıştır. Gelinen son durum itibariyle 1974 tarihli Yargıtay kararı sonrasında gerçekleştirilen cemaat vakıflarının mülkiyet hakkına ilişkin hukuka aykırı işlemlerin ortadan kaldırılması amacıyla 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'na geçici hükümler eklenmiştir. Elbette ki bu hükümlerin beklenen amacına ulaşabilmesi için yargı mercilerince ilgili tarihi süreç gözönünde bulundurulup, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi

---

[29] **EM** s. 43; **SAKMAR** s. 121-122; **ÖKTEM** s. 90; **EKŞİ**, s. 63; **YILMAZ,** s. 161; **AYHAN İZMİRLİ,** s. 110; **REYNA/ MORENO ZONANA,** s. 43 vd.

[30] **EKŞİ**, s. 63; **YILMAZ,** s. 164 vd; **KURBAN/ HATEMİ**, s. 27 vd.

(AYM) kararlarında değerlendirilen hususlar ve amaçsal yorum ilkesi başta olmak üzere temel hukuk ilkeleri dikkate alınarak yargılama yapılması gerekmektedir.

AYM içtihatlarında mülkiyet hakkını, özel hukuk ve idari hukuktaki kapsamdan daha farklı ele almaktadır. AYM'ye göre mülkiyet hakkı, menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ve fikrî hakların yanı sıra icrası mümkün olan her türlü alacak hakkını da kapsayacak şekilde, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkı olarak kabul edilmektedir[31]. Bu anlamda cemaat vakıflarına vasiyet yolu ile taşınmaz bırakılması halinde, cemaat vakfının vasiyet alacaklısı olarak sahip olduğu alacak hakkının da mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.

AYM, Yargıtay'ın 1974 tarihli cemaat vakıflarının taşınmaz iktisap edemeyeceği kararına dayanılarak, satış veya vasiyet yolu ile cemaat vakıflarının iktisap ettiği taşınmazların tescilinin iptal edildiği ve cemaat vakıflarına vasiyet edilmekle birlikte cemaat vakfına tescil edilmeyerek diğer mirasçılara veya Hazineye tescil edildiği hallerde de mülkiyet hakkının var olduğunu kabul etmiştir[32].

AYM, vasiyetname, eşhası hükmiye cetveli, kadastro tahrir varakası, taşınmazla ilgili emlak vergisi beyannamesi örneklerini, taşınmaz üzerindeki dükkânlarla ilgili kira kontratlarını, kira tespit kararı ile meni müdahale kararı gibi belgelerin mülkiyet hakkının varlığını ispat etmeye elverişli olduğunu kabul etmiştir[33].

Değerlendirmeye konu Yargıtay kararında, bir kısmı bağış bir kısmı vasiyet olarak cemaat vakfına bırakılan taşınmaz 26.5.1956 tarihinde cemaat vakfı

---

31 AYM, Sanasaryan Vakfı Başvurusu, 2019/6264, K. 3/11/2022; AYM, Samandağ Vakıflı Köyü Ermeni Ortodoks Kilisesi Vakfı Başvurusu, 2018/9214, K. 27/10/2022.

32 AYM, Surp Gazar Ermeni Katolik Mihitaryan Mihitarist Mektebi Vakfı Başvurusu, 2019/17098, K. 16/11/2022; AYM, Özel Balat Or-Ahayim Musevi Hastanesi Vakfı Başvurusu, 2019/1323, K. 3/11/2022; AYM, Yedikule Surp Pırgiç Ermeni Hastanesi Vakfı Başvurusu, 2018/25252, K. 27/10/2022.

33 AYM, Hasköy Aya Paraskevi Rum Ortodoks Kilisesi Vakfı Başvurusu, 2016/2250, K. 2/11/2022; AYM, Özel Balat Or-Ahayim Musevi Hastanesi Vakfı Başvurusu, 2019/1323, K. 3/11/2022.

adına tescil edilmiştir. Tescil tarihinden Vakıflar İdaresi tarafından tescil iptaline ilişkin açılan davanın kesinleştiği 26.10.1998 tarihine kadar cemaat vakfının mülkiyet hakkına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar Yargıtay'ın 1974 tarihli içtihadı doğrultusunda 26.10.1998 tarihinde tescil iptal edilmiş olsa da ilgili süreç değerlendirildiğinde cemaat vakfının korunmaya değer bir mülkiyet hakkı olduğu muhakkaktır. Mülkiyet hakkının ispat edilmesinde vasiyetnamenin ispatı kabil bir belge olması nedeniyle Yargıtay'ın önüne gelen uyuşmazlıkta korunması gereken bir mülkiyet hakkı söz konusudur.

III. 5737 SAYILI VAKIFLAR KANUNA EKLENEN GEÇİCİ 7. VE 11. MADDELERİN KAPSAMI VE YORUMU

Geçici 7.[34] ve 11.[35] maddeler Yargıtay'ın 08.05.1974 tarihli içtihadından sonra ortaya çıkan hak ihlallerini önlemek amacıyla 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'na eklenmiştir[36]. Her iki maddede de 1936 Beyannamesi'ne kayıtlı olan taşınmazlar ve 1936 Beyannamesi'nden sonra satış, vasiyet veya bağış yoluyla elde edilen taşınmazlar olarak ikili bir ayrım yapıldığı fark edilmektedir.

---

[34] Geçici 7. madde:

"Cemaat vakıflarının; a) 1936 Beyannamelerinde kayıtlı olup, halen tasarruflarında bulunan nam-ı müstear veya nam-ı mevhumlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazlar,

b) 1936 Beyannamesinden sonra cemaat vakıfları tarafından satın alınmış veya cemaat vakıflarına vasiyet edildiği veya bağışlandığı halde, taşınmazlar, mal edinememe gerekçesiyle halen; Hazine veya Genel Müdürlük ya da vasiyet edenler veya bağışlayanlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazlar tapu kayıtlarındaki hak ve mükellefiyetleri ile birlikte bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onsekiz ay içinde müracaat edilmesi halinde, Meclisin olumlu kararından sonra, ilgili tapu sicil müdürlüklerince cemaat vakıfları adına tescilleri yapılır."

[35] Geçici 11. madde:

"Cemaat vakıflarının; a) 1936 Beyannamesinde kayıtlı olup malik hanesi açık olan taşınmazları, b) 1936 Beyannamesinde kayıtlı olup kamulaştırma, satış ve trampa dışındaki nedenlerle Hazine, Vakıflar Genel Müdürlüğü, belediye ve il özel idaresi adına kayıtlı taşınmazları, c) 1936 Beyannamesinde kayıtlı olup kamu kurumları adına tescilli olan mezarlıkları ve çeşmeleri, tapu kayıtlarındaki hak ve mükellefiyetleri ile birlikte bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren oniki ay içinde müracaat edilmesi halinde, Meclisin olumlu kararından sonra, ilgili tapu sicil müdürlüklerince cemaat vakıfları adına tescil edilir.

Cemaat vakıfları tarafından satın alınmış veya cemaat vakıflarına vasiyet edildiği veya bağışlandığı halde, mal edinememe gerekçesiyle Hazine veya Genel Müdürlük adına tapuda kayıt edilen taşınmazlardan üçüncü şahıslar adına kayıtlı olanların Maliye Bakanlığınca tespit edilen rayiç değeri Hazine veya Genel Müdürlük tarafından ödenir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir."

[36] **AYHAN İZMİRLİ,** s. 113.

1936 Beyannamesi'nden sonra cemaat vakıfları tarafından satın alınan, vasiyet edilen veya bağışlanan mallardan üçüncü kişilere geçmeyen taşınmazların cemaat vakfı adına tescili yapılacakken, Hazine veya Genel Müdürlük adına tapuda kaydedildikten sonra üçüncü kişilere geçen taşınmazlar bakımından rayiç değer üzerinden tazminat ödenecektir. Ancak ne geçici madde 7/b ne de geçici madde 11/2 hükümleri kapsamına giren ve Yargıtay'ın da önüne somut uyuşmazlık[37] olarak gelmiş iki ihtimal daha bulunmaktadır. Bunlar da taşınmaz iktisap edemeyeceği gerekçesiyle cemaat vakfının satın aldığı veya vasiyet edilen ya da bağışlanan taşınmazın Hazine veya Vakıflar Genel Müdürlüğünün mülkiyetine geçmeksizin üçüncü kişilere geçirilmesi ile vasiyet yoluyla cemaat vakıflarına bırakılan taşınmazın, cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinemeyeceği gerekçesiyle Hazine veya Genel Müdürlüğü adına tapuda kayıt edilmeksizin, doğrudan diğer mirasçılara bırakılması ihtimalleridir[38].

Geçici 7. madde kapsamında "mal edinememe gerekçesiyle halen; Hazine veya Genel Müdürlük ya da vasiyet edenler veya bağışlayanlar adına tapuda kayıtlı olan" ifadelerinin dikkatli değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyim. Hükmü lafzi bir yorumla sınırlı olarak değerlendirerek Hazine ve Vakıflar Genel Müdürlüğü haricinde kamu otoritelerini dışlayan bir bakış açısı hükmün konma amacı ile uyuşmayacaktır. Burada AYM'nin bir kararında[39] da değerlendirildiği üzere kamu otoritesi olan kurum ve kuruluşların da ayrı bir kişiliği olduğu düşünülemeyecektir. AYM bu hükümde kabul edilmesi gereken üçüncü kişilerin özel hukuk kişileri olduğunu kabul etmektedir. AYM'nin içtihadı dikkate alındığında geçici 7. madde kapsamında Hazine veya Vakıflar Genel Müdürlüğü haricinde tapuya adına kaydedilenin bir kamu otoritesi mi yoksa özel hukuk kişisi mi olduğu değerlendirilmelidir. Kamu otoritesi olduğunun kabulü halinde taşınmazın mülkiyetinin cemaat vakfı adına tescil edilmesi gerekecektir.

Eğer ki taşınmaz tapuda bir özel hukuk kişisi adına kayıt edilmiş ise geçici 11. madde hükmünün şartları değerlendirilerek tazminata ilişkin karar veril-

---

37 Yargıtay, 4. HD., E. 2021/20803 K. 2022/9222 T. 22.6.2022.

38 **KURBAN/ HATEMİ**, s. 29-30.

39 AYM, Surp Gazar Ermeni Katolik Mihitaryan Mihitarist Mektebi Vakfı Başvurusu, 2019/17098, K. 16/11/2022.

melidir. Bu aşamada karşımıza çıkan sorun ise genellikle Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından tescil iptali için açılan davalarda veyahut vasiyet veya bağışlamanın sonuçlarını ortadan kaldırmak maksadıyla açılan davalarda, taşınmazın mülkiyetinin Hazine veya Vakıflar Genel Müdürlüğüne geçirilmeksizin vasiyet edenin veya bağışlayanın mirasçılarına ya da başka bir vakfa bırakılmasıdır. Bu halde cemaat vakfı, geçici 7. madde kapsamında mülkiyeti hakkını geri kazanamadığı taşınmaza ilişkin olarak geçici 11. madde kapsamında tazminata da hak kazanamayacaktır. Ortaya çıkan bu sonuç şüpheye yer bırakmayacak şekilde bir mülkiyet hakkı ihlaline neden olmaktadır.

Cemaat vakıflarına ilişkin süregelen idari ve kazai uygulamalar mülkiyet hakkı ihlallerine neden olmaya devam ettiği ve kanun koyucunun cemaat vakıflarının uğradığı mülkiyet hakkı ihlallerini ortadan kaldırmak amacıyla yürürlüğe koyduğu kanun hükümlerinin bu amacı gerçekleştirmeye yeterli olmadığı tereddüte yer olmaksızın görülmektedir. Ancak söz konusu yetersizlikler, 5737 sayılı Kanun'a geçici madde koymak suretiyle *numerus clausus* ilkesiyle getirilen şartları aşacak şekilde geniş bir yorumla yargılama yapılmasına neden olamayacaktır. Geçici maddeler niteliği gereği istisnai hükümlerdir ve istisnai hükümlerin dar yorumlanması (*singularia non sunt extenda)* kural olarak kabul edilmiştir[40]. Bu nedenle cemaat vakıflarının mevcut mülkiyet hakkı ihlallerinden geçici madde 7 ve 11 hükümlerinin kapsamı dışında kalanlar bakımından mülkiyet hakkının iadesi veya tazminat söz konusu olmayacaktır.

SONUÇ

Cemaat vakıflarına ilişkin mülkiyet hakkı ihlallerinin giderilmesi amacıyla 1936 Beyannamesi'nden sonra mülkiyeti elde edilen taşınmazlar 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'na getirilen geçici 7. madde kapsamında "cemaat vakıfları tarafından satın alınmış veya cemaat vakıflarına vasiyet edildiği veya bağışlandığı halde, taşınmazlar, mal edinememe gerekçesiyle halen; Hazine veya Genel Müdürlük ya da vasiyet edenler veya bağışlayanlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazların" cemaat vakıfları adına tescilleri yapılacak veyahut geçici

[40] **YONGALIK,** Aynur ""İstisnalar Dar Yorumlanır" Kuralı ve Değerlendirilmesi", AÜHFD, C. LX, S. 1, 2011, s. 1-18, (Çevrimiçi), https://www.dergipark.com.tr, E.T. 15.12.2023, s. 3 vd.

11/2 madde kapsamında "Cemaat vakıfları tarafından satın alınmış veya cemaat vakıflarına vasiyet edildiği veya bağışlandığı halde, mal edinememe gerekçesiyle Hazine veya Genel Müdürlük adına tapuda kayıt edilen taşınmazlardan üçüncü şahıslar adına kayıtlı olanların Maliye Bakanlığınca tespit edilen rayiç değeri Hazine veya Genel Müdürlük tarafından" ödenecektir.

1936 Beyannamesi'nden sonra mülkiyeti elde edilen ve geçici maddelerde düzenlenen şartları taşımayan taşınmazlar ise cemaat vakıfları adına geri tescil edilemeyecek ya da rayiç değer üzerinden tazminat ödenemeyecektir. Yargıtay kararlarında sıklıkla karşılaşılan uyuşmazlık konusu, 1936 Beyannamesi'nden sonra vasiyet ve/veya bağış yoluyla elde edilen taşınmazların, cemaat vakıflarının taşınmaz mal iktisap edemeyeceğine ilişkin Yargıtay kararına dayanılarak tescili iptal edildikten sonra vasiyet eden veya bağışlayan adına veyahut Hazine veya Vakıflar Genel Müdürlüğü adına kayıt edilmemiş, doğrudan başka bir vakfa mahlulen bırakılan taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkına ilişkindir. Söz konusu nitelikte olan taşınmazlar ne geçici 7. madde ne de geçici 11. kapsamında değerlendirilebilecektir. Yargıtay bu türden uyuşmazlıklarda ret kararı vermektedir. Bu kararlar tarafımca ilgili kanun hükümlerinin geçici madde olarak düzenlenmesi ve geçici maddelerin istisnai hüküm olması nedeniyle dar yorumlanması gerektiğinden yerinde bir karar olarak değerlendirilmiştir. Ancak yasa koyucunun asıl amacı cemaat vakıflarının mülkiyet hakkı ihlallerini ortadan kaldırmak ise gerek kanun yapma şekli gerekse kanun hükümlerinin içeriği bakımından bu amaca ulaşmaya elverişli yasal düzenlenmeler yapması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AYAN, Mehmet/**AYAN,** Nurşen, Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, 2016, Ankara, (Çevrimiçi), https://www.turcademy.com.tr, E.T. 25.10.2023.

AYDOĞDU, Murat, "Cemaatlere (Azınlıklara) Ait Vakıfların Taşınmaz Mal Edinmeleri Sorunundaki Son Hukuki Durum", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. I, 2008, s. 197-253, (Çevrimiçi), https://www.jurix.com.tr, E.T. 22.10.2023.

AYHAN İZMİRLİ, Lale, "Çözülemeyen Problem; Cemaat (Azınlık) Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmesi", TESAM Akademi Dergisi, C. V, S. I, 2018, s. 97-135, (Çevrimiçi), https://www.dergipark.com.tr, E.T. 20.10.2023.

ÇAĞATAY, Mustafa, "Geçmişten Günümüze Azınlık Vakıflarının Mal Edinmeleri Sorunu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. XXIV, S. XCVI, 2011, s. 91-148, (Çevrimiçi), https://www.jurix.com.tr, E.T. 22.10.2023

ÇELİKEL, Aysel, "Gayrimüslim Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmesi ve 27.01.2004 Tarihli Yargıtay Kararı", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. IV, S. VII, 2005, s. 57-64, (Çevrimiçi), https://www.jurix.com.tr, E.T. 22.10.2023.

DÜRGEN, Betül, "Türkiye'deki Yabancı Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. II, 2016, s. 111-130, (Çevrimiçi), https://www.dergipark.com.tr, E.T. 20.10.2023.

EKŞİ, Nuray, Yargıtay, Danıştay, AİHM Kararları Işığında Cemaat Vakıflarının Mülkiyet Sorunu, 2011, İstanbul.

EM, Ali, Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar, 2. Baskı, 2011, Ankara.

ERDOĞAN, İhsan/ **KESKİN**, Dilşad, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 2. Baskı, 2019, Ankara, (Çevrimiçi), https://www.turcademy.com.tr, E.T. 25.10.2023.

HATEMİ, Hüseyin, "Önceki Hukukumuzda ve Türk Medeni Hukukunda Vakıf Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Düşünceler", İstanbul Üniversite Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XI, S. XIV, 1997, s. 69-91, (Çevrimiçi), https://www.dergipark.com.tr, E.T. 20.10.2023.

HATEMİ, Hüseyin, "Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LV, S. IV, 1997, s. 111-128, (Çevrimiçi), https://www.dergipark.com.tr, E.T. 20.10.2023, (Hukuk Tarihi).

İKİZLER, Metin/ **KURBAN,** Yasin, Eski ve Yeni Vakıflar Hukuku, 2021, (Çevrimiçi), Ankara, https://www.turcademy.com.tr, E.T. 30.11.2023.

KURBAN, Dilek/**HATEMİ**, Kezban, Bir 'Yabancı'laştırma Hikayesi: Türkiye'de Gayrimüslim Cemaatlerin Vakıf ve Taşınmaz Mülkiyet Sorunu, 2009 İstanbul.

ÖKTEM, Emre, "Türkiye'deki Gayrimüslim Cemaatlerin Hukuki Durumu- Uluslararası Boyut", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, S. II, 2003, s.81-113, (Çevrimiçi), https://www.jurix.com.tr, E.T. 22.10.2023.

ÖZKAYA, Eraslan, Eski Vakıf Hukuku, 2011, Ankara, (Çevrimiçi), https://www.turcademy.com.tr, E.T. 25.10.2023.

REYNA, Yuda/ **MORENO ZONANA**, Ester, Son Yasal Düzenlemelere Göre Cemaat Vakıfları, 2003, İstanbul.

SAKMAR, Ata, "Cemaat Vakıflarının Mülkiyeti ile İlgili Sorunlar", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. I, 2005, s.117-126, https://www.jurix.com.tr, E.T. 22.10.2023.

SUNGURBEY, İsmet, Eski Vakıfların Yeni Sorunları (Yazarın Bundan Önceki Kitaplarına Kimi Eklerle), 2001, İstanbul.

ŞİMŞEK, Suat, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Edinimi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. XXIII, S. LXXXVIII, 2010, s. 29-54, (Çevrimiçi), https://www.jurix.com.tr, E.T. 22.10.2023.

YILMAZ, Mustafa, Eski Vakıfların ve Taşınmazlarının Günümüzdeki Hukuki Rejimi, 2013, Ankara.

YONGALIK, Aynur, ""İstisnalar Dar Yorumlanır" Kuralı ve Değerlendirilmesi", AÜHFD, C. LX, S. 1, 2011, s. 1-18, (Çevrimiçi), https://www.dergipark.com.tr, E.T. 15.12.2023.

TÜRK MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA MAHKEMELER TARAFINDAN VERİLEN KARARLARIN GEREKÇELİ OLMA ZORUNLULUĞU

Süleyman Topak*

GİRİŞ

Uyuşmazlıkların ortaya çıkışı neredeyse insanlık tarihiyle yaşıttır. Modern devlet anlayışının benimsenmesiyle birlikte hak arama adına yargılama yöntemi ve süreci, adaleti sağlama işlevselliği açısından büyük öneme sahip olmuştur. Zira yargı yetkisi ancak yargılama sürecinin sonunda verilen karar ile kullanılır.[1]

Adalet,[2] hukuk kuralları çerçevesinde yürütülen, rasyonel ve sistemli bir yargılama ile gerçekliğe ulaşmayı hedefler[3]. Gerçekliğe ulaşmak ise mevcut vakıa ve delillerin belli bir mantık örgüsü dahilinde işlenmesiyle elde edilen bilgi sayesinde mümkün olabilir[4]. Dolayısıyla yargılama neticesinde ortaya konulan gerekçe, gerçekliğe ilişkin bilginin, birey ve toplum nezdinde mantıksal çerçevesini oturtan ve hukuk düzeninde rasyonel temellendirmeyi inşa eden, hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlayan bir işleve sahiptir[5]. Bu yönüyle yargı kararlarının gerekçeli olması hayati bir öneme sahiptir.

---

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, suleyman.topak@okan.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-6956-8265.

1 **ALBAL ULAŞ,** Hilal "Yargı Kararlarının Gerekçeli Olması Üzerine Bir Değerlendirme", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.2, Y.2021, s.1244.

2 Hukuk, nesnel olarak insanların bir arada yaşamasının bağlayıcı sosyal düzenidir. Adalet ise yasama ve yargının uğrunda çaba göstermesi gereken idealdir. Doğru düzen aynı zamanda adil düzendir. Ayrıca adalet ancak insanlar topluluk halinde yaşadıklarında ve kendilerine bir düzen vermek zorunda olduklarında önem kazanır. Yalnızlıkta ve özgürlükte adalet bir sorun oluşturmaz. Zira Robinson için adada adaletin hiçbir rolü yoktur. **HONSELL,** Heinrich, Was ist Gerechtigkeit? Stämpfli Verlag AG, Bern 2023, s.1-2.

3 **GÜRİZ,** Adnan, "Adalet Kavramının Belirsizliği", Cumhuriyet Döneminde Türkiye'de Öğretim ve Araştırma Alanı Olarak Felsefe Seçilmiş Metinlerle, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2001, s.319; **ÇETİNKAYA,** Reşat, Gerekçeli Karar Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2022, s.1.

4 **ÇETİNKAYA,** s.1.

5 **ATALI,** Murat, Pekcanıtez Usul-Medeni Usul Hukuku, 15. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, Cilt III., s. 1967; **ÇETİNKAYA,** s.1.

Anayasamızın 9'uncu maddesine göre yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır. Anayasanın 141'inci maddenin 3'üncü fıkrasına göre, bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır. Görüldüğü üzere, uyuşmazlıkları kesin olarak çözme faaliyeti olarak tanımlanan ve yargılama işlevinin somutlaşmış hali olan yargı kararlarının gerekçeli olması anayasal bir zorunluluktur. Bununla birlikte yargı kararlarının tatmin edici gerekçelerle yazılması zorunluluğu yargılamayı yapan mahkemenin keyfi karar verme yolunu kapatarak adil yargılanmaya katkı sağlamaktadır. Bu durum yargılama faaliyetinin şeffaflığı, hesap verilebilirliği ve aleniliği açısından önemlidir[6].

Yargı kararlarının gerekçeli olması, davanın taraflarına kararın nedenini açıklaması, yargı denetimini kolaylaştırması ve kararları etkili kılması yönlerinden zorunludur[7]. Kararların açık bir ifade ile gerekçelendirilmesi gerek taraflarda gerekse toplum vicdanında adalet anlayışına hayat vermekle birlikte kararlara olası müdahalelere de engel olmaktadır[8]. Yine yargılama neticesinde uyuşmazlığın usul ve esas yönünden incelendiği, taraflar arasındaki çekişmenin nihai olarak giderildiği gerekçeli karar metni, taraflar ile toplumun adalete olan güvenini de perçinlemektedir[9].

I. GEREKÇE KAVRAMI

Gerekçe, kelime anlamı olarak Türk Dil Kurumu sözlüğünde yer alan haliyle: *"Bir şeyi gerekli duruma getiren, yapılmasına sebep olan şey, gerektirici sebep; mucip sebep, esbabımucibe, bir yasanın önerilmesi ve hazırlanmasında, yasa tasarısının hazırlanış ve maddelerin düzenleniş sebepleri, mahkeme kararlarının dayandığı kanuni ve hukuki sebepler.*" olarak tanımlanmıştır[10].

---

6 **ALBAL ULAŞ,** s.1245.

7 **GÖZÜBÜYÜK,** Şeref, Yönetsel Yargı, 24.Basım, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011, s. 503; **ALBAL ULAŞ,** s.1245.

8 **ARTUÇ,** Mustafa, Hüküm Kurma Sanatı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.693; **ALBAL ULAŞ,** s.1245; **HONSELL**, s.21-22.

9 **ARTUÇ,** s.693.

10 https://sozluk.gov.tr. E.T: 06.11.2023

Gerekçe, hukuk terminolojisinde ise; *yargıcın hükmünü dayandırdığı nedenler,*[11] *hâkimin vardığı sonuçların nedenlerini doğru ve çelişki yaratmadan gösterilmesi- açıklanması yoluyla güven ve adil yargılanma düzeni sağlayan temel kavram,*[12] *maddi vakıalar ile tahkikat sonucunda açıklanan hüküm arasındaki mantıki bağı kurmaya yarayan hukuki sebepler,*[13] *yargılama makamlarına ait kararların doğru, haklı, yasal, makul, vicdana uygun ve denetlenmesine olanak verecek şekilde temellendirilmesi*[14] olarak tanımlanmıştır.

Bir yargı kararının dayanaklarının ne olduğunu gösteren gerekçe, "neden" sorusunun cevabı olarak insanın bilme isteğinden kaynaklanmakta ve bu itibarla bir kavram olarak kökleri günümüzden çok öncesine kadar uzanmaktadır[15]. Felsefe biliminde temellendirilmeye çalışılan nedenlerin bilinme arzusu tarihten günümüze insanoğlunun gelişiminin de anahtarı olmuştur[16].

Gerekçe, subjektif bir hakkın adli gerçekliğe dönüştüğü medeni yargılama hukukunda kararın meşruiyetini oluşturmakla birlikte adil yargılanma hakkının vazgeçilmez bir unsurudur[17]. Zira hakikat, adalete komşu bir kavramdır[18]. Adalet ve hakikat arasındaki bu ilişki antik çağlardan beri kabul edilmekle birlikte "doğruyu söylemek ve herkese hakkını iade etmek" adaletin tanımlarından biri olarak kabul görmüştür[19].

Özünde, insanın bilme isteğine dayanan gerekçe, karar vereni daha dikkatli olmak zorunda bırakarak hata yapmayı engellediği gibi yargı kararlarının denetlenebilmesini sağlayarak keyfiliği de önlemektedir[20]. Ayrıca, mahkeme ka-

---

11 **YILMAZ**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.238.

12 **CENTEL**, Nur/**ZAFER,** Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s.647

13 **KURU,** Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s.339.

14 **ŞEKER,** Hilmi, "Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri", Ankara Barosu Dergisi, C.2, Y.2007, s.180.

15 **AŞÇIOĞLU,** Çetin, "Yargıda Gerekçe Sorunu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.48, Y.2003, s.109; **BAŞIBÜYÜK,** İsa, "Yargı Kararlarında Gerekçe Zorunluluğu", Güncel Hukuk Dergisi, S.68, Y.2009, s.52; **BEKRİ,** M. Nedim, "Gerekçeli Karar Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, S.3, Y.2014, s.204; **ÇETİNKAYA,** s.6.

16 **ÇETİNKAYA,** s.6.

17 **BEKRİ,** s.208.

18 **HONSELL,** s.87.

19 **HONSELL,** s.87-88.

20 **BEKRİ,** s.208

rarlarının taraflar ve toplum tarafından benimsenmesine de hizmet etmektedir[21]. Yine tarafların iddia ve delillerinin mahkeme tarafından dikkate alınıp alınmadığı gerekçeli karar ile ortaya çıkar[22]. Gerekçe sadece yazılı kuralların tekrarı mahiyetinde olmayarak gerçeklik ve olgularla uyuştuğu ölçüde mevcut uyuşmazlık ve sonrasına ışık tutarak hukuk biliminin gelişimini de sağlar. Gerekçeleri ile bilimsel tartışmalara konu olan kararlar, eleştirilerle ve kendilerinden faydalanılmasıyla hukukun sağlıklı bir şekilde gelişmesine katkıda bulunur[23].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 297/1-ç maddesinde hükmün, *"Tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri"* kapsayacağı düzenlenmiş ancak hâkimi hükme ulaştıran gerekçenin tanımı ve içeriğinin nasıl olması gerektiği açıkça belirtilmemiştir. Oysa insan hareketlerinin nihayete varışı anlamak ve anlaşılmak zemininde ilerlemektedir. İnsanın kendi zihninde oluşturduğu gerçekliğe dair "neden" arayışı, arayışın neticesinde kazandırdığı anlam, bu anlamın bireyin tatmini ve toplumun benimsemesi adına sunulan gerekçesinde saklıdır[24].

Bu açıklamalar ışığında *gerekçeyi*, yargılama aşamasında verilen kararların HMK'da belirlenen kapsam ve unsurlarının ötesini taşıyan, hâkimi verdiği karara götüren hukuki ve fiili nedenlerin, tarafların esaslı iddia ve savunmalarının tatmin edici cevabının, somut olayın çözümünde yararlanılan mevzuat ve hukuki argümanların somut olaya uygulanma sebebinin,[25] hâkimin vicdani

---

[21] Hakikat ve otorite arasındaki ilişki, pozitivizmin maddi adalete karşı bir savunusu olan "Auctoritas non veritas facit legem- hakikat değil otorite yasayı oluşturur." atasözü ile ifade edilmiştir. **HONSELL**, s.88-89.

[22] **ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ,** Ejder/**TAŞPINAR AYVAZ,** Sema/**HANAĞASI,** Emel, Medeni Usul Hukuku, 6.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.155.

[23] **ALP,** Mustafa, "Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe", Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s.428; **BEKRİ**, s.208.

[24] **ÇETİNKAYA,** s.6.

[25] Somut olaya uygulanan soyut hukuk kurallarının tamamı hukuki sebebi oluşturur. Gerekçe ise bu sebeplerin olaya doğru uygulanıp uygulanmadığının önce taraflarca sonrasında da toplum nazarında normal orta zekalı bir vatandaş tarafından dahi karardan sonra denetlenmesini sağlamaktadır. Zira sebep unsuru yargıca, gerekçe ise ilgiliye yöneliktir. Detaylı bilgi için bkz. **AKYILMAZ,** Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara 2000, s.200.

kanaatinin açık ve anlaşılır tarzda mevcut olduğu ve tüm bu hususlarda "neden" sorusunun karşılığının ilgili kararda somut bir şekilde görüldüğü açık ve anlaşılır cevaplarıdır şeklinde tanımlayabiliriz.

II. GEREKÇELİ KARAR HAKKI

Gerekçeli karar hakkı Anayasa'nın 141. maddesinde *"Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır."* şeklinde yer bulmuştur. Bu maddenin gerekçesi de *"Genellikle mahkeme kararlarına karşı kanun yolu açıktır. İlgilinin bu kanun yoluna başvurabilmesi için hakkındaki kararın gerekçesini bilmesi ve kanun yolu merciinde savunmasını bu gerekçeye göre yapabilmesi, inceleme merciin incelenmesinde de gerekçenin göz önüne alınması için kararın gerekçeli yazılması lazımdır."* şeklinde belirtilmiştir.

Medeni yargılama hukukunda gerekçeli karar hakkı HMK m.27/2-c hükmünde mahkemenin, tarafların açıklamalarını dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesi ifadesiyle hukuki dinlenilme hakkı kapsamında düzenlenmiştir.

Hukuki dinlenilme hakkı, Anayasanın 36. maddesindeki iddia ve savunma hakkının medeni usul hukukundaki görünümüdür. Yani usuli nitelikte bir temel haktır[26]. İddia ve savunma hakkı, Anayasada teminat altına alınmış temel bir hak olduğundan, hukuki dinlenilme hakkı da Anayasa tarafından korunan temel haktır. Dinlenilme hakkı bir yandan gerçeklerin açıklığa kavuşturulmasına hizmet ederken diğer yandan bireyin hukuki durumunu etkileyen bir kararın verilmesine katılma konusunda kişisel bir hakkı temsil eder[27]. Hukuki dinlenilme hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkının bir unsurudur. Yani, hukuki dinlenilme

---

[26] **PEKCANITEZ,** Hakan, "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 754.

[27] **BOHNET,** François/**DROESE,** Lorenz, ZPO Zivilprozess-ordnung, Stämpfli Verlag AG, Bern 2018, s.107; **SUTTER-SOMM**, Thomas/**SEILER**, Benedikt, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich 2021, s.216-217; **GEHRY,** Myriam A./**JENT-SØRENSEN,** Ingrid/**SARBACH,** Martin, ZPO-Kommentar, Orell Füssli Verlag AG, Zurich 2015, s.152; **SUTTER-SOMM,** Thomas/**HASENBÖHLER,** Franz/**LEUENBERGER,** Christoph, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Basel 2016, s.445.

hakkının ihlâl edilmesi, adil yargılanma hakkının da ihlâli sayılır. Bu açıdan hukuki dinlenilme hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile de teminat altına alınmış ve bilgilenme hakkı, açıklama ve ispat hakkı, mahkeme tarafından dikkate alınma hakkı ve kararların somut gerekçelendirilmesi unsurlarından oluşmaktadır[28].

Mahkemenin tarafların hukuki iddialarını ne ölçüde ele alması gerektiği ve bunun karşılığında kendi hukuki görüşünü ne ölçüde açıklaması gerektiği sorusu, kararın gerekçeli olma zorunluluğunu doğurmaktadır[29]. Gerekçede mahkemeye yön veren ve kararının dayandığı temel hususların mutlaka belirtilmesi gerektiğinden gerekçeli karar hakkı kanımızca vazgeçilemez nitelikte bir haktır. Zira kararın denetlenmesi öncelikle karardan etkilenen taraflarca yerine getirilse dahi mahkeme kararlarının toplumdaki adalet anlayışına yön verdiği gözetildiğinde kararın herkes tarafından denetlenmesi gerekçenin tahlili ile mümkün olmaktadır. Bir diğer yönüyle gerekçeli karar hakkı, kararın kapsamı ve olası itiraz seçenekleri hakkında fikir edinilebilmesine imkân sağlanmasının ve kararın üst makamlara taşınması ya da taşınmaması olanağına sahip olacak şekilde yazılmasını ifade eder[30].

III. GEREKÇENİN İÇERİĞİ

A. Genel Olarak

HMK m.287/1-ç'de hükmün kapsamı belirtilmiş olmasına rağmen gerekçenin içeriği ile ilgili açık bir düzenleme yapılmamıştır. Gerekçenin içeriği konusunda ülkemizde başkaca yasal bir düzenleme de mevcut değildir.

---

[28] **PEKCANITEZ,** Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 753 vd.; **ÖZEKES,** Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 85 vd.; **ARSLAN/ YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI,** s. 155; **BOHNET/DROESE,** s.107; **ATALI,** Murat/**ERMENEK,** İbrahim/**ERDOĞAN,** Ersin, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 117 vd.; **KURU,** Baki, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt 1, Ankara 2020, s.580 vd.; **BUDAK,** Ali Cem/**KARAASLAN,** Varol, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınları, Anlara 2018, s.70 vd; **SUTTER-SOMM/SEİLER,** s.216;**GEHRY/JENT-SØRENSEN/SARBACH,** s.152; **SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER,** s.445.

[29] **SUTTER-SOMM/SEİLER,** s.217.

[30] **SUTTER-SOMM/ HASENBÖHLER/ LEUENBERGER,** s.447.

Medeni yargılamanın amacı, hukukî uyuşmazlıkların doğru ve adil bir şekilde çözümlenmesi, başka bir ifadeyle doğru yargılama ile "doğru sonuca" ulaşmak için gerekli ortamın meydana getirilmesidir[31]. Gerçekleşen yargılama neticesinde usul ve esas bakımından doğru sonuca ulaşılıp ulaşılmadığının tespiti ise düzgün ve detaylı yazılmış bir gerekçe ile mümkündür. Zira sadece esasa ilişkin nihai kararların değil usule ilişkin kararların hatta ara kararların dahi gerekçeli olması zorunludur[32]. Bu kural sadece ilk derece mahkemelerinde değil üst mahkemeler için de geçerlidir[33].

Gerekçenin içeriğinin tatmin edici ve tutarlı olması, dava sonucunda tarafların sürpriz bir kararlar karşılaşmamaları ve ikna olmaları bakımından olduğu kadar hukukî dinlenilme hakkının ve adil yargılanma hakkının sağlanması açısından da çok önemlidir[34].

Gerekçe öncelikle somut dosya içeriğine,[35] akla ve hukuka uygun düşen bir ifadeyi barındırmalıdır. Zira bu sayede taraflar davayı hangi usul veya maddi sebeplerden ötürü kaybettiklerini ya da kazandıklarını öğrenme ve tatmin olma şansına sahip olacaklardır[36]. Taraflar açısından bu ihtiyacın giderilmesi temel bir insan hakkı, mahkeme açısından ise bir yükümlülüktür[37].

Gerekçe, tarafların yargılama esnasında ileri sürdükleri iddialarının karşılığının yer aldığı biçimde incelenip incelenmediğini ve hâkimin bunlardan bir kısmına itibar edip bir kısmını reddetmesi söz konusu ise bunların nedenlerini de içermelidir. Karar, davacının hukuki koruma talebine mahkemenin verdiği

---

31 **GAUL,** Hans Friedhelm, Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu, Çev: Nevhis Deren Yıldırım, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, 8.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s.80-81.

32 **EKİNCİ,** Bezar Eylem, "Bireysel Başvuru Yolunda Gerekçeli Karar Hakkı: Anayasa Mahkemesinin Temel Tespitleri ve İhlal Kararlarının Sonuçları", Anayasa Yargısı Dergisi, C.39, S.2, Y.2022, s.175-176.

33 **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI,** s. 155; **EKİNCİ,** s.176.

34 **ATALI,** Pekcanıtez Usul, s.1984-1985; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI,** s. 155.

35 **VORWERK,** Volkert/**WOLF,** Christian, BeckOK ZPO, 50. Edition, C.H. Beck, München, 2023, ZPO § 313 Rn.216-219.

36 **ALBAL ULAŞ,** s.1253.

37 **TUTUMLU,** Mehmet Akif, Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçeli Karar**,** Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 67; **ALBAL ULAŞ,** s.1253.

yanıtı temsil ettiğinden, talebin kabul edilemez bulunması halinde, taraflara aralarındaki uyuşmazlığa ilişkin net bir kararın bildirilmesi gerekir. Yani her durumda olumlu ya da olumsuz kararın nedenleri taraflara açıkça açıklanmalıdır[38].

Gerekçede kullanılan üslup ve dil de önemlidir. Hâkim, dil engelini ortadan kaldırmaya çalışmalı ve kararın avukat olmayan biri için bile anlaşılır olmasını sağlamalıdır[39]. Bununla birlikte, hukuki terimlerin belirli bir içeriğe sahip olması ve bu nedenle kolayca değiştirilememesi nedeniyle hukuk terminolojisinden vazgeçilmesi zorunluluğu yoktur. Ancak bu durum hiçbir şekilde kararın açık ve anlaşılır bir dille yazılmasına engel değildir[40].

B. Talep ve Delillere İlişkin Gerekçe İçeriği

Hâkim, taraflarca gösterilen veya resen toplanan delilleri ayrı ayrı ele alarak değerlendirmeli, tartışmalı; kabul ve ret sebeplerini açıklamalıdır[41]. "Toplanan delillere göre" gibi bir ifade ile kurulan hüküm gerekçe ilkesi ile uyumlu değildir[42].

Hâkim, kararın gerekçesinde tarafların her iddiasını (yargılamanın esasına ilişkin olup olmadığına bakmaksızın) ayrı ayrı başlıklar altında ele almak zorunda olmasa bile,[43] yargılama açısından merkezi önem taşıyan bir soruna ilişkin taraflara ait olgusal beyanları ele almalıdır[44]. Kararda, hükme dayanak

---

[38] **MUSİELAK,** Hans-Joachim/**VOİT,** Volfgang, Zivilprozessordnung 20. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2023, ZPO § 313 Rn. 2, 3; BeckOK ZPO/Elzer ZPO § 313 Rn.216-219.

[39] **MUSİELAK/VOİT,** ZPO § 313 Rn. 2.

[40] **MUSİELAK/VOİT,** ZPO § 313 Rn. 3.

[41] **ALBAL ULAŞ,** s.1254.

[42] **ALBAL ULAŞ,** s.1254.

[43] **MUSİELAK/VOİT,** ZPO § 313 Rn.10-11a; BeckOK ZPO/Elzer ZPO § 313 Rn.216-219; Bu konuda ayrıca bkz. AİHM Ruiz-Torija/İspanya, T.09.12.1994, Başvuru Numarası: 18390/91, "*Mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olmakla beraber, bu hak yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi şeklinde anlaşılamaz. Bu nedenle, gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir. Bununla birlikte başvurucunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddialarının cevapsız bırakılmış olması bir hak ihlaline neden olacaktır.",* **ALBAL ULAŞ,** s.1254.

[44] **MUSİELAK/VOİT**, ZPO § 313 Rn.10-11a; BeckOK ZPO/Elzer ZPO § 313 Rn.216-219.

yapılan çekişmeli vakıaların aydınlatılmasına yetecek ölçüde delilin irdelenmiş ve bu vakıalar ile hüküm arasında mantıksal bağın gösterilmiş olması yeterlidir[45]. Eğer bu yapılmazsa, yargılamada ileri sürülen taraf iddiaları ve savunmalarının dikkate alınmadığını gösterir ki böylece dikkate alınmayan iddia veya savunma hukuki dinlenilme hakkının ihlali sayılır[46]. Özellikle tarafların iddia ve savunmalarına ilişkin toplanan delillerin dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi ve karara dayanak alınan delillerin açık bir şekilde gerekçede beyan edilmesi büyük önem arz eder[47]. Somut olayın çözümü için tarafların talebini haklı kılacak yazılı savunmalara, tutanaklara, belgelere tanık beyanlarına, bilirkişi raporuna kısacası dayanılan tüm delillere gerekçede yer verilmelidir[48]. Örneğin fatura, hizmet listesi, sipariş onayı, ücret makbuzu, site planı, fotoğraflar, broşür, tutanaklar gibi delillere gerekçede açıkça ve ayrıca yer verilmelidir. Buna karşın "tüm delillerin değerlendirilmesi" ifadesiyle ortaya konulan genel nitelikteki ibare ise bu konudaki gerekçe gereksinimlerini karşılamayacaktır[49]. Zira karara dayanak alınan delillerin hukuka uygunluğu kararda açıkça yer almaları ile denetlenebileceği gibi hükme esas alınan delillerin sahte olması halinde bu durum yargılamanın yenilenmesine de (HMK m.375/1-d,e,f) sebep olabilecektir.

Günümüzde ilk derece mahkeme kararlarının çoğunda gerekçe olarak bilirkişi raporlarına aynen yer verildiğine maalesef şahit olunmaktadır. Davada özel veya teknik bilgi gerektiren ve hâkim tarafından çözümü bilinmeyen konularda oy ve görüşüne başvurulan bilirkişinin düzenlediği rapor, usul hukukumuz bakımından sadece takdiri delil niteliğini haizdir. Yani bilirkişi raporu yargılamada delilden öteye geçemez. Ancak karara dayanak alınan bilirkişi raporunun içeriği ve hangi nedenle verilen hükme dayanak alındığı hususuna gerekçede açıkça yer verilmelidir. Aksi halde kararda bilirkişi raporuna atıfta

---

45 **TUTUMLU,** s.67; **ALBAL ULAŞ**, s.1254.

46 **MUSİELAK/VOİT,** ZPO § 313 Rn.10-11a.

47 **RAUSCHER,** Thomas / **KRÜGER,** Wolfgang, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen (MüKoZPO), 6.Auflage C.H. Beck, München 2022, MüKoZPO/Musielak ZPO § 313 Rn.4-6.

48 **STEİNERT,** Karl-Friedrich / **THEEDE,** Kai-Uwe /**KNOP,** Jens, Handbuch der Rechttspraxis Zivilprozess, C.H Beck München 2011, Rn.27.

49 **STEİNERT/THEEDE/KNOP,** Rn.27.

bulunulması bilirkişi raporu her ne kadar ayrıntılı ve gerekçeli düzenlenmiş olursa olsun kararın gerekçeli olduğunu göstermez[50].

Bununla birlikte, dava sırasında "açık ve somut" bir biçimde ileri sürülen bir iddia veya savunma davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte ise davayla doğrudan ilgilidir ve mahkeme tarafından gerekçe gösterilerek değerlendirilmelidir[51]. Söz konusu savunma veya iddiaya ilişkin "ayrı ve açık" bir değerlendirmenin kararın gerekçesinde yer almaması adil yargılanma hakkı açısından ihlale neden olabilecektir. Örneğin davanın yasal süre sınırı dışında açıldığı yönündeki bir iddia ya da zaman aşımı sürelerine ilişkin iddialar davanın sonucuna etkili olan önemli argümanlardır[52].

Mahkeme kararının gerekçesinde, karar verilirken bir delil başka bir delile üstün tutulmuş ise bunun da gerekçede açıklanması gerekmektedir. Nitekim HMK m.198 hükmü uyarınca hâkimin kanuni istisnalar haricinde tüm delilleri serbestçe takdir edebilmesi mümkün kılınmıştır. Ancak hâkimin karara dayanak aldığı delilleri gerekçede göstermesi zorunlu olmakla birlikte hükme dayanak alınmayan delillerin de hangi sebeple göz önünde tutulmadığı mutlaka belirtilmelidir.

Sonuç olarak, gerekçede hâkim, tarafların iddia, savunma, itiraz ve taleplerini değerlendirmeli, bunların kabule şayan görülme veya görülmeme sebeplerini açıklamalıdır[53]. Burada her iddianın değil davanın sonucu ile doğrudan ilgili ve sonucu belirleyici savların kararın gerekçesinde cevaplanmış olması halinde gerekçelendirme yükümlülüğü yerine getirilmiş demektir[54].

---

50 Yarg. 9. HD. 24.05.2016 T. E.2016/16428, K. 2016/12347, *"Mahkemece davanın kabulünün gerekçesi hiçbir bir şekilde açıklanmamış, içeriği dahi yazılmayan bilirkişi kurulunun raporuna atıf ile yetinilmiştir. Bilirkişi raporuna atıf kararın gerekçeli olduğunu göstermez. Mahkemenin kararı T.C. Anayasası' nın 141 ve HMK.'nun 297. maddesinin amaçladığı anlamda gerekçe taşımamaktadır. Gerekçesiz karar yazılması, adil yargılanma hakkının ihlali olup, kararın salt bu nedenle bozulması gerekmiştir."* Sinerji Mevzuat ve İçtihat.

51 **İNCEOĞLU,** Sibel, Adil Yargılanma Hakkı – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 4, Ankara 2018, s.193.

52 **İNCEOĞLU,** s.193.

53 **ALBAL ULAŞ,** s.1255.

54 **ALBAL ULAŞ**, s.1255; **TUTUMLU**, s.70.

C. Hukuki Yorum ve Vicdani Kanaatin Gerekçede Belirtilmesi

Yargılama, somut olayın sınırlarının tüm yönleriyle belirlenmesi ve soyut hukuk kurallarının yorumlanıp somut olaya uygulanması faaliyetidir. Maddi gerçekliğin adli gerçekliğe dönüşmesi de ancak yargılama faaliyeti neticesinde verilen karar ile mümkündür. O halde hâkim kararını tüm yönleriyle ortaya koyacak biçim ve üslupta kaleme almalıdır. Başka bir deyişle, maddî olayı anlatıp, ilgili hukuk kuralını yazarak, bu duruma göre davanın kabulü veya reddine dair hüküm verildiğini söylemek gerekçe değildir. Bir karara gerekçeli denilebilmesi için kararda tarafların dayandığı maddî ve hukukî sebebin gerçeğe ve hukuka uygunluğu çeşitli yönleriyle ve tarafların iddia, talep ve savunmaları da karşılanmak suretiyle ortaya konulmalıdır[55].

HMK 297. maddesine göre hükümde, tarafların iddia ve savunmalarının özetinin, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususların, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delillerin, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesinin, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebeplerin yer alması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. O halde kararın gerekçesinde maddi olay saptanmalı, hukuki niteliği ve uygulanacak hukuki kurallar belirlenmeli, bu konuda gerekli inceleme ve delillerden söz edilmeli, hukuk kuralları somut olaya uygulanmalı ve sonunda hâkimin mevcut uyuşmazlığa bakış açısını ve ulaştığı kanaatini belirtir bir şekilde hüküm kurulmalıdır. Maddi olgularla hüküm fıkrası arasındaki hukuki bağlantı da ancak bu şekilde kurulabilecek ayrıca yasal unsurları taşıyan bu gerekçe sayesinde kararların doğruluğunun denetlenebilmesi mümkün olacaktır[56].

Kararın gerekçesinde yargı içtihatları ve literatürün ne ölçüde kullanılacağı ve bunların açıkça ele alınıp alınmaması genellikle mahkemenin takdirine bırakılmıştır[57]. Kanımızca hâkimi verdiği karara götüren ve somut olaya emsal alınan içtihat ve literatürün varlığı halinde mutlaka bunlara gerekçede yer verilmesi gereklidir.

---

[55] **ALBAL ULAŞ,** s.1258.

[56] Yarg. 12. HD. 12.10.2022 T. E.2022/8493, K.2022/10258, www.e-uyar.com, E.T:20.11.2023

[57] **MUSİELAK/VOİT,** ZPO § 313 Rn.10-11a.

Yorum, genel ve soyut ifadeler kullanılan yasa maddelerinin somut durum için yeniden inşa edilmesi şeklinde ifade edilmektedir[58]. Başka bir manasıyla, soyut hukuk kurallarının somut uyuşmazlıkta ete kemiğe bürünmüş hali ilgili hukuk kuralının yorumu ile mümkündür. Ancak hukuk kurallarının somut uyuşmazlıkta yeniden bir anlam inşa etmesi bu yorumun keyfi olacağı anlamına gelmez[59]. Hâkimin gerekçeye aktardığı yorumu, kanunun hem lafzına hem de konuluş amacına uygun olmalıdır.

IV. GEREKÇELİ OLMASI GEREKEN YARGI KARARLARI

A. Genel Olarak

Anayasa'nın 141'inci maddesinde, "bütün mahkemelerin", "her türlü kararları" nın gerekçeli olması gerektiğini düzenlemiştir. Dolayısıyla Anayasa gerek ilk derece gerekse kanun yolu incelemesi yapan tüm mahkemelerin herhangi bir kararına "gerekçesizlik" ile ilgili bir istisna getirmemiştir. İlk derece mahkemesi bakımından "her türlü" ibaresinden anlaşılmaktadır ki, sadece nihai kararların değil ara kararların ve hatta direnme kararlarının da gerekçe gösterilerek kaleme alınması gerekir[60].

---

[58] **HİRSCH,** Ernst E., Pratik Hukukta Metot, 8.Baskı, Ankara 2022, s.107; **ALBAL ULAŞ**, s.1258.

[59] **ALBAL ULAŞ,** s.1258.

[60] **ALBAL ULAŞ,** s.1260; Aynı doğrultuda bkz. YHGK. 07.05.2014 T., E.2013/4-1121, K.2014/626, *"Bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerektiğini öngören Anayasa'nın 141/3. maddesiyle bu yönde düzenleme içeren H.M.K. hükümleri işte bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir.Öte yandan, mahkeme kararlarının taraflar, bazen de ilgili olabilecekleri başka hukuki ihtilaflar yönünden etkili ve bağlayıcı kabul edilebilmeleri, bu kararların yukarda açıklanan nitelikte bir gerekçeyi içermesiyle ve kısa kararla gerekçeli karar arasında tereddüte Yol açacak çelişkiler taşımamasıyla mümkündür. Mahkemece düzenlenecek kısa ve gerekçeli kararlara dair hüküm fıkralarında, Özel Daire bozma ilamına hangi açılardan uyulup hangi açılardan uyulmadığının hüküm fıkrasını oluşturacak kalemler yönünden tek tek ve anlaşılır biçimde kaleme alınması, varsa hükmedilen miktarların doğru ve çelişki oluşturmayacak biçimde ortaya konulması; kararın gerekçe bölümünde de bunların nedenlerinin ne olduğu ve bozmanın niçin yerinde bulunmadığı ve dolayısıyla mahkemenin bozulan önceki kararının hangi yönleriyle hukuka uygun olduğunun açıklanması, kararın yargısal denetimi açısından aranan ön koşullardır.Nihayet, direnme kararları, yapıları gereği, Kanunun hukuka uygunluk denetimi yapmakla görevli kıldığı bir Yargıtay dairesinin bu denetimi sonucunda hukuka aykırı bularak, gerekçesini açıklamak suretiyle bozduğu bir yerel mahkeme kararının aslında hukuka uygun bulunduğuna, dolayısıyla bozmanın yerinde olmadığına dair iddiaları içerdiklerinden, o iddiayı yasal ve mantıksal gerekçeleriyle birlikte ortaya koymak zorunda olduğu gibi, direnilen ve uyulan kısımları da kalem kalem net ve birbirine uygun bir biçimde içermelidir."* Sinerji Mevzuat ve İçtihat.

B. Ara Kararda Gerekçe

Ara kararlar, yargılama safhasını sona erdirmeyen, bilâkis onu yürütmeye, ilerletmeye yarayan kararlardır[61]. Hâkim, yargılamayı yürütmek (ilerletmek) için davada birçok ara karar verebilir. Bütün bu kararların ortak niteliği, hâkimin ara kararı ile davadan elini çekmeyip, davaya devam etmesi ve kural olarak dönebileceği,[62] talep üzerine veya kendiliğinden verdiği kararlar olmasıdır[63]. Başka bir deyişle ara karar, yargılamanın hızlandırılmasına ve basitleştirilmesine katkı sunmakta, hâkimi nihaî karara götüren yoldaki pürüzlerin ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır[64].

Ara kararın, hâkimin tek başına verdiği ve sadece yargılamayı yürütmeye yönelik verdiği kararlar olarak algılanmaması gerekir. Nitekim ara karar hâkim tarafından delillerin toplanması aşamasında (örneğin keşif ve bilirkişi deliline başvurmada olduğu gibi) re'sen kurulabileceği gibi tarafların talepleri doğrultusunda da kurulabilir. Özellikle yargılamada nihaî karardan önce bireylere sağlanması gereken hukukî korumaya ihtiyaç duyulabilir. Örneğin mahkemenin tedbir nafakası, ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir gibi geçici hukukî korumaya ilişkin ara karar vermesi gibi. İşte bu yöndeki taleplere ilişkin hâkimin verdiği kararlar da ara karar mahiyetindedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, mahkemenin, hangi şekilde ara karar vereceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ara karar, her ne kadar

---

[61] **ROSENBERG,** Leo/ **SCHWAB,** Karl Heinz /**GOTTWALD,** Peter, Zivilprozessrecht, München 2018, § 59 Rn.28.

[62] Ankara BAM. 26. HD., T. 10.7.2020, E. 2018/2997, K. 2020/1029 *"…ara kararlarının yargılamaya son vermeyen, bilakis onu yürütmeye, ilerletmeye yarayan kararlardan olması, hâkimin ara kararı ile işten el çekmeyip, davaya devam etmesi, işten el çekmesine müncer olmayan bir ara kararı ile belli bir olayı halledip, bilahare bu ara kararında hukukî bir hata yaptığını anlarsa, bundan rücu ile yerine hukuka uygun olan yeni bir karar vermesi mümkün olduğundan davacı vekilinin bu yöne ilişkin istinaf talebi yerinde görülmemiştir."* Lexpera, E.T: 16.11.2023.

[63] **KURU,** Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Basım, C.III, Demir Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 2996; **BEKRİ,** s.451; **GÜRDOĞAN,** Burhan, Medeni Usûl Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1960, s.22; **ATALI,** Pekcanıtez Usûl, s.1969; **MUŞUL,** Timuçin, "Medeni Usûl Hukukunda Ara Kararları", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.4, Y.1988, s.218.

[64] **JÄGER,** Annette Zwischenstreitverfahren nach den §§ 280, 303 ZPO, Aachen: Shaker, 2002, s.46.

yargılamayı sona erdirmeye matuf görülmese de hâkim tarafından ihdas edildiğinden bu kararların da Anayasa m.141 uyarınca gerekçeli olması zorunludur. Ara kararların büyük çoğunluğu duruşmada ihdas edildiğinden hangi ara kararların gerekçe içermesi gerektiğinin tespiti ise önemlidir. Zira duruşma tutanaklarına "*Gereği düşünüldü (G.D.)*" şeklindeki ibareden sonra hâkim tarafından ara kararlar oluşturulmaktadır. Bu kararların büyük çoğunluğu da delillerin toplanmasına ve yargılamanın ilerletilmesine matuftur. Medeni yargılama hukukunda vakıaların ve delillerin ileri sürülmesi ve delillerin toplanmasında kural olarak taraflarca getirilme ilkesi geçerli olduğundan (HMK m.25) duruşma tutanaklarına bu amaçla geçirilen ara kararların kanımızca gerekçelendirilmesi zorunlu değildir. Zira bu suretteki ara kararların gerekçelendirilmesinin zorunlu olduğunun kabulü hali yargıyı gereksiz iş yükü altına sokacağı gibi pratik bir fayda da sağlamayacaktır. Çünkü toplanan delillerin değerlendirilmesi ve hükme hangilerinin esas alındığı gerekçeleriyle birlikte nihai kararda yer almak zorundadır. Diğer taraftan delillerin toplanması dışında yargılama esnasında özellikle tarafların taleplerinin kabulü veya reddi doğrultusunda ya da mahkemece re'sen oluşturulan ara kararların ise duruşma tutanağına geçirilmiş olsalar dahi gerekçelendirilmesi anayasal zorunluluktur.

Geçici hukuki koruma mahiyetinde olan ara kararların gerekçeli verilmesinin, ihsas-ı rey teşkil edeceği endişesi ile hâkimlerin gerekçe göstermekten imtina edebileceği görüşü akla gelebilir[65]. Geçici hukukî korumalar, bütün içinde asıl parçanın korunmasına ve etkinliğinin sağlanmasına yönelik bir bölümü ifade ettiğinden nihai karar ne olursa olsun esas uyuşmazlığın kaderine etki edecek mahiyettedirler[66]. Ancak geçici hukuki korumalara ilişkin verilen kararlar uyuşmazlığın esasını çözecek mahiyette olamayacağından ve bu yönde verilen (ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir gibi) kararlara karşı Kanun'da (İİK m.265, HMK m.394) ayrı bir itiraz yolu öngörülmüş olduğundan bunlar hakkında verilen kararların gerekçeli olması kararın uygunluğunun denetlenmesi

---

65 **ALBAL ULAŞ,** s.1263.

66 **ÖZEKES,** Muhammet, "İhtiyati Haciz Kararlarının Gerekçeli Olması ve Kanun Yoluna Başvuru", Prof. Dr. Yavuz Alangonya İçin Armağan, 2007, s.471.

adına zorunludur. Kaldı ki HMK m.391/3'de ihtiyati tedbir talebinin reddi kararının gerekçeli olarak verilmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir[67].

Ara kararlar bakımından gerekçe, nihai kararlardaki gibi geniş kapsamlı olmayabilir[68]. Ancak ara kararlardaki gerekçe de hukuki denetime elverişli ve tatmin edici mahiyette olmalıdır. Bu yönüyle ara kararda gerekçenin uzun ve ayrıntılı olmasından öte adalet beklentisini karşılar mahiyette olması kanımızca daha önemlidir.

C. Kısa Kararda Gerekçe

Hukuk Muhakemeleri Kanun'unda kısa karara ilişkin bir düzenleme olmadığı gibi böyle bir ifade de bulunmamaktadır. HMK m.294/4'te hüküm sonucu adıyla anılan karar uygulamada, gerekçesinin bulunmaması ve faiz ile yargılama giderleri vb. ayrıntıların daha sonra yazılacak olmasına dayanılarak kısa karar olarak nitelendirilmektedir[69].

Doktrinde yapılan tanımıyla, tahkikat sonucunda dava ile ilgili varılan sonucun ne olduğunu, taraflara yüklenen borçların ve tanınan hakların nelerden ibaret bulunduğunu, varsa hükme karşı kanun yolunun tür ve süresini içeren kararlara kısa karar denir[70].

---

67 İstanbul BAM. 16. HD., T. 21.03.2019, E. 2019/573, K. 2019/614 *"Dava, menfi tespit davasıdır. Dairemiz önüne gelen uyuşmazlık ise, davalının ihtiyati tedbir kararına yaptığı itirazın reddi kararına yöneliktir. Mahkemece 06/07/2018 tarihinde ihtiyati tedbir kararı verilmiş, davalı vekilinin 13/07/2018 tarihli itirazı üzerine açılan duruşma sonunda 19/09/2018 tarihinde itirazın reddi kararı verilmiş, bu karara karşı davalı vekili 24/09/2018 tarihli süre tutum dilekçesiyle istinaf talebinde bulunmuştur. Dosyanın gerek fiziken gerekse UYAP ortamında yapılan incelemesi sonucu, 19/09/2018 tarihli duruşma sonunda verilen ihtiyati tedbire itirazın reddine dair kararın gerekçeli olarak yazılmadığı anlaşılmıştır. HMK'nun 297.maddesi mahkeme kararlarının kapsamını, HMK'nun 391.maddesi ise ihtiyati tedbir kararında hangi hususların yer alacağını düzenlemiştir. Anayasanın 141/3.maddesi uyarınca mahkeme kararları gerekçeli olmak zorundadır. Bu yasal açıklamalardan sonra istinafa konu dava dosyasına gelince; istinafa konu karar ihtiyati tedbire itiraz üzerine açılan duruşma sonunda verilen ihtiyati tedbire itirazın reddi kararıdır. Söz konusu karar ara karar şeklinde olup HMK'nun 297 ve 391.maddesindeki şartları taşımadığı anlaşılmakla, usûlüne uygun ve gerekçeli bir şekilde karar yazılmak ve taraflara tebliğ edilmek ve sunulduğunda istinaf dilekçesi de eklenerek yeniden gönderilmek üzere dosyanın ilk derece mahkemesine iadesine karar gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur."* Lexpera, E.T: 16.11.2023.

68 **ALBAL ULAŞ,** s.1265.

69 **ERDOĞAN,** Serdar, Medeni Usul Hukukunda Kısa Karar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s.5.

70 **TUTUMLU,** s.46; **ALBAL ULAŞ,** s.1261; **ERDOĞAN,** s.11.

Kısa karar, mahkeme ilamı yani gerekçeli karar hükmünde değildir. Kısa karar, hâkim tarafından verilen hüküm sonucunun aleni bir şekilde tefhimi niteliğindedir (HMK m.28). Hâkimin hüküm verdiği son oturumda tutanağa yazdırıp tefhim ettiği bu karar esas karar olup sonradan yazılan gerekçeli kararın kısa karara aykırı olmaması gerekir. Önemi ise gerekçeli karar ile arasında çelişki bulunmasının önlenmesinde yatmaktadır. Zira hukuka ve adalete olan güven bunu gerektirdiği gibi kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki olması hali mutlak bozma nedeni kabul edilmiştir[71].

Medeni usul hukukuna göre asıl olan kararın gerekçesiyle birlikte yazılıp yargılamanın son duruşmasında taraflara okunup anlatılması, yani tefhim edilmesidir. Ayrıca Anayasanın 141/3. maddesine göre de "Bütün mahkemelerin her türlü kararı gerekçeli olarak yazılmalıdır". Bu genel kaidelerle ulaşılmak istenen gaye; verilen hükümle, yargılamayı yapan hâkime ve yargıya güven duygusunu yüksek tutmak ve yargı gücünün hukukun sınırlarında tutulmasını sağlamaktır[72]. Bu gayeyi gerçekleştirmek için uygulanacak en uygun yöntemde hükmün gerekçesiyle beraber aynı anda açıklanması ya da bildirilmesi olacaktır[73]. Ancak ülkemizde, mahkemelerin iş yükü yoğunluğunu sebep göstererek bu kuralların yeteri kadar uygulanamadığı sıkça gözlenmektedir.

HMK m.294/4'te hüküm sonucunun tefhim edildiği hallerde, gerekçeli kararın tefhim tarihinden başlayarak bir ay içinde yazılması gerektiği sadece zorunluluk halinde mümkün görülmüştür. Bu düzenleme gereği kısa kararda gerekçenin bulunması gerekliliğinin ancak zorunlu nedenlerin varlığı halinde söz konusu olmayacağı belirtilmiştir. Yani kısa kararda dahi HMK m.294 uyarınca mutlaka hüküm gerekçelerinin var olması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla

---

[71] YHGK. 18.02.2021 T. E.2017/21-1080, K.2021/110, "*10.04.1992 tarihli ve 1991/7 E. 1992/4 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde yer alan 'Yargılamanın sonunda mahkemece verilen karar da açıkça belirtilecektir, sonradan yazılan gerekçeli kararın da bu kısa karara uygun olması gerekir. Aksi halde yargılamanın aleniyeti ilkesi zedelenmiş ve mahkeme kararlarına güven sarsılmış olacaktır. Bu hukukî esasın doğal sonucu gerekçeli karar kısa karara uygun değilse kararın bozulması icab edecektir.' şeklindeki açıklamalar ile de kısa kararla gerekçeli kararın çelişik bulunmasının mutlak bozma nedeni olduğuna vurgu yapılmıştır*." Sinerji Mevzuat ve İçtihat.

[72] **ŞEKER,** Hilmi, Eshab-ı Mucibe'den-Retoriğe Hukukta Gerekçe, 1. Baskı, İstanbul, 2010, s. 139; **ERDOĞAN,** s.4.

[73] **ŞEKER,** s.139; **ERDOĞAN,** s.4.

kısa kararda gerekçenin yer almaması ancak hâkim bakımından zorunluluk nedenine dayanılması halinde mümkündür. Ancak uygulamada bu hususa hiç riayet edilmediği bilinen bir gerçektir. Bu durum kısa kararlarda gerekçe olmayacağı inancının yanlış bir şekilde yargı uygulaması ile yerleşmesine sebebiyet vermiştir. Oysa hâkimin kısa kararda gerekçeye yer vermemiş olması halinde hangi zorunlu nedenlerle gerekçesini sonradan yazdığını gerekçeli kararında belirtmesinin keyfiliği önleyeceği ve hukukî dinlenilme hakkına uygun olacağı doktrinde belirtilmektedir[74].

İsviçre hukukunda ilk derece mahkemesinin nihai kararının taraflara bildirimi İsviçre Medeni Usul Kanunu (ZPO) m.239'da düzenlenmiştir. Buna göre mahkeme, kararın yazılı hüküm fıkrası kısmını sözlü özet bir gerekçe ile birlikte duruşmada veya yazılı hüküm fıkrasını tebliğ suretiyle, yazılı gerekçe olmaksızın taraflara bildirebilir (ZPO m.239/1). Kararın taraflara bildirilmesinden itibaren 10 gün içinde taraflardan biri talep ederse, taraflara kararın yazılı gerekçesi verilecek; gerekçenin talep edilmemesi durumunda ise tarafların istinaf veya temyize başvurmaktan vazgeçtikleri kabul edilecektir (ZPO m.239/2). Kararların taraflara bildirimi ve gerekçelendirilmesine ilişkin ZPO m.239 hükmü nihai ve ara kararların yanında ihtiyati tedbir kararları hakkında da geçerlidir[75].

D. Gerekçeli Kararda Gerekçe

HMK m.294/1 uyarınca mahkemenin usul ve esasa ilişkin nihai kararları ile davayı sona erdireceği, yargılamanın sonunda uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihai kararın ise hüküm olduğu düzenlenmiştir. Yine HMK m.294/6'da hükme ilişkin hususların, niteliğine aykırı düşmedikçe, usule ilişkin nihai kararlar hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre ister usule ilişkin olsun ister esasa ilişkin olsun mahkemenin yargılamadan el çektiği kararların tamamı nihai karar hükmündedir.

Nihai kararların tamamı da diğer kararlar gibi mutlaka gerekçeli olmalıdır. Gerekçeli kararlardaki gerekçesizlik, içeriğinde hiçbir gerekçe barındırmama

---

74 **ÖZEKES,** Hukuki Dinlenilme, s.470; **ALBAL ULAŞ,** s.1262.

75 **SUTTER-SOMM/SEİLER,** s.959.

şeklinde olmadığı gibi uygulamada daha sık karşılaşıldığı haliyle gerekçelerin hukuk tekniği bakımından yetersiz kalması veyahut kalıplaşmış formül ifadelerden ibaret olmasıdır[76]. Yine uygulamada sıkça karşılaşılan bir durum ise bilirkişi raporlarına gerekçe olarak yer verilmesidir. Bu niteliğe sahip gerekçeler olması gereken değil görünürdeki gerekçe olarak adlandırılmaktadır[77].

Gerekçeli kararlarda ulaşılmak istenen amaç ile gerekçenin örtüşmesi ve birbiriyle uyumlu olması gereklidir[78]. Anayasa mahkemesi bu konuyla ilgili olarak verdiği kararlarında mahkemeyi ulaşmak istediği sonuca götüren ilgili ve yeterli ifadelerin gerekçeyi sağladığını belirtmektedir. Mahkemeye göre *"Gerekçeli karar hakkı kişilerin adil bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamakta; tarafların muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve ayrıca demokratik bir toplumda kendi adlarına verilen yargı kararlarının sebeplerini toplumun öğrenmesinin sağlanması için de gerekli olmaktadır (Sencer Başat ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014, §§ 31, 34). Mahkemelerin anılan yükümlülüğü, yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya karar gerekçesinde ayrıntılı olarak yanıt verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılamaz. Ancak derece mahkemeleri, kendilerine sunulan tüm iddialara yanıt vermek zorunda değillerse de (Yasemin Ekşi, B. No: 2013/5486, 4/12/2013, § 56) gerekçeli karardan davanın esas sorunlarının incelenmiş olduğu anlaşılmalıdır. Bir kararda tam olarak hangi unsurların bulunması gerektiği davanın niteliğine ve koşullarına bağlıdır. Muhakeme sırasında açık ve somut bir biçimde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili olması, başka bir deyişle davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bulunması hâlinde davayla doğrudan ilgili olan bu hususlara mahkemelerce makul bir gerekçe ile yanıt verilmesi gerekir (Sencer Başat ve diğerleri, § 35). Aksi bir tutumla mahkemenin davanın sonucuna etkili olduğunu kabul ettiği bir husus hakkında ilgili ve yeterli bir yanıt vermemesi veya yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddiaların cevapsız bırakılmış olması hak ihlaline neden olabilecektir (Sencer Başat ve diğerleri, § 39)"*[79].

---

[76] **ALBAL ULAŞ,** s.1265-1266.

[77] **ALP,** s. 426.

[78] **ALBAL ULAŞ,** s.1266.

[79] AYM, Serkan Kılıç Başvurusu, T. 20.10.2020 Başvuru Numarası: 2016/2771, RG.24.11.2020 No: 31314.

Yargıtay da gerekçeli kararda bulunan gerekçenin ve ulaşılan nihai sonucun mantıksal bir uyum içinde olması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre, "*Yasanın aradığı anlamda oluşturulacak kararların hüküm fıkralarının açık, anlaşılır, çelişkisiz, uygulanabilir olmasının gerekliliği kadar; kararın gerekçesinin de sonucu ile tam bir uyum içinde, o davaya konu maddî olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak; kısaca, maddî olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterecek nitelikte olması gerekir.''*[80]

Gerçek bir gerekçe, hukuksal kalıplar ile olaylar arasındaki ilişkiyi mantıksal tutarlılık içerisinde, boşluk bırakmadan kurar[81]. Genel ve soyut bir ifade olan kanun ile maddî olaya ilişkin yargının birbiri ile ilişki kurulması ile sonuç ortaya çıkar[82]. Bu ilişkinin kararda mutlaka gösterilmesi gerekir. Örneğin, iş kazasından kaynaklı maddi-manevi tazminat talebinde haksız fiilin ne olduğunun ortaya konulması ve işçinin de mevcut vakıalar nedeniyle haksız fiile uğradığının açıkça belirtilmesi gerekir.

Yargıtay bir kararında[83] *''Hâkim delilleri takdir ederken olayın ve tarafların özelliklerini, ülke gerçeklerini gözden uzak tutmaması gereklidir. Davada, delillerin değerlendirilmesinde hâkimin bu ilkelere bağlı kalmak ve yaklaşım göstermek suretiyle sonuca ulaştığını gösteren bir belirti yoktur. Nüfus kaydına göre, davacı (A) nın oğlu (S) ile kızı (Sa.) adında iki çocuğu vardır. Bakma sözleşmesi davacı (A) ile oğlu (S) ve torunu (B) arasında düzenlenmiştir. (Sa.)'nin sözleşme konusu taşınmazlarda miras hakkı bertaraf edilmiş, davacı (A) nın başka bir varlığı mevcut değilse adı geçenin miras payı sıfıra indirilmiştir. Bu açıklama olayda; genel çerçevenin dışına çıkmayı haklı gösterecek bir özellik mevcut olmadığını ortaya koyduğu halde, mahkemece davalı tanıklarından birkaçının mücerret bakmadan bahis bulunan yuvarlak sözlerine dayanılarak davalı (B) nin davacıya (nasıl ne zaman ve ne suretle baktığı) ve (bakma olanaklarına sahip olmadığı) göz önünde tutulmadan bakma borcunun yerine getirildiği kabul*

---

[80] Yarg. 8. HD. 10.07.2012 T. E.2012/5106 K.2012/6952 Sinerji Mevzuat ve İçtihat.

[81] **ALBAL ULAŞ,** s.1267.

[82] **ALBAL ULAŞ,** s.1267.

[83] Yarg. 1.HD. 31.12.1976 T., E.1976/9370, K.1976/13138.

edilerek davanın reddedilmesi isabetsizdir. Kaldı ki, davacı babaanne, davalı torundur. Dede ve nineler torunlarını çok severler, onları hoş görürler, büyük bir muhabbetle bağırlarına basarlar. Davacı torunu davalı (B) ye göz kırpmadan iki taşınmazının yarı payını bağışlamıştır. Babaanne gösterdiği fedakârlık ve ilgiye karşı torunu olan davalı en küçük bir mukabelede bulunsaydı böyle bir dava açmak gereğini duymazdı. Mahkemece delillerin değerlendirilmesinde büyük etkisi olan bu "beşeri karine"ye yer verilmeden babaannenin açtığı davanın reddedilmesi insancıl ilişkilere ve gerçeklere aykırı düşen bir kabul şeklidir. Bu konuda daha pek çok şeyden söz edilmesi mümkündür. Hâkim insana, tabiata, gerçeğe, olağana sırt çevirmeden ve katı kalpler içinde sıkışıp kalmadan uyuşmazlığa "insan kokusu" taşıyan bir çözüm getirmek zorunluluğundadır." şeklinde yer verilen ifadelerle hâkimin vereceği hüküm oluşurken olaya getirdiği çözümde insan kokusu taşıyan yöntemler benimsemesi gerektiğini belirtmiştir.

Kararların gerekçeli olması yargılamada somut olayla ilgili olsun ya da olmasın ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya ayrıntılı şekilde yanıt verilmesini gerektirmemektedir. Ancak davanın taraflarından birinin ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren, usul veya esasa dair iddia ve itirazlarının cevapsız bırakılmış olması gerekçeli karar hakkının gerekleri ile bağdaşmamaktadır[84]. Örneğin, bilirkişi raporundaki çelişkinin giderilmesi yönündeki itirazların etkili bir şekilde karşılanmak ya da bilirkişi raporuna itirazların neden reddedildiğini belirtmek yerine itiraz edilen bilirkişi raporundaki ifadelerin tekrarı ile yetinilmesi ve bu ifadelerin hükümde gerekçe olarak yer alması adil yargılanma hakkının ihlalidir[85].

TMK m.1'de hâkimlerin kararlarını verirken bilimsel görüşlerden faydalanabileceği hüküm altına alınmıştır. Öğretide dile getirilen görüşler her ne kadar hâkimler için bağlayıcı olmasa da kullanılan bilimsel görüşlerin gerekçeyi güçlendirdiği muhakkaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus herhangi bir hukukçunun düşüncesine veya teorisine soyut olarak dayanmanın yeterli sayılmayacağıdır. Zira hâkim ilgili düşünce ya da teoriye neden katıldığını tam bir gerekçe ile açıklamalıdır. İncelenen uyuşmazlık hakkında birbirinden ayrı

---

[84] **ALBAL ULAŞ,** s.1267.

[85] **ALBAL ULAŞ,** s.1267.

düşünce ve teoriler varsa bunların hepsini de belirtmeli ve hangisine iştirak edildiği hangisinin ise reddedildiği inandırıcı sebeplerle kararda yer almalıdır. Tamamen özerk bir fikir savunuluyor ise bu fikir gayet esaslı bir tarzda delilleriyle birlikte ortaya konulmalıdır[86].

Heyet halinde çalışan mahkemelerdeki gerekçede ise kararda bulunması halinde mutlaka karşı oylara veya görüşlere de yer verilmelidir. Çünkü karar, çoğunluk ve azınlık görüşleri ile bir bütündür[87]. Karşı oy bildiren hâkim ya da hakimlerin neden çoğunluk kararına katılmadığını gerekçeleriyle ortaya koymaları zorunluluğu gerekçeli karar ve hukuki dinlenilme hakkının bir gereğidir.

SONUÇ

Ülkemizdeki tüm yargı mercilerince verilen kararların gerekçeli olması zorunluluğu Anayasa m.141/3'de açıkça ve emredici mahiyette düzenlenmiştir. İlgili zorunluluk sadece ilk derece mahkemeleri bakımından değil kanun yolu mahkemelerini de kapsamaktadır.

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerekliliği hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkı kapsamında yalnız ulusal değil uluslararası yargı yerlerinin de denetimi altındadır. Bu nedenle ülkemiz yargı mercileri tarafından verilen tüm kararların gerekçeli olması yasal bir zorunluluk olmanın yanında insan haklarının yerine getirilmesine de katkı sağlayacaktır. Bu durum, mahkemelere güveni arttıracak, yargı kararlarının denetimini kolaylaştıracak, hukuki dinlenilme ve adil yargılanma ilkesinin ülkemizde yerleşmesinde katkıda bulunacaktır. Zira Yargıtay Başkanlığı tarafından da konunun önemine binaen "Kaliteli gerekçeli karar, kaliteli adalettir." anlayışıyla sistematik bir çalışma yürütülmüş ve "Yargıtay Gerekçeli Karar Yazım Rehberi" hazırlanmıştır. Yargıtay Başkanlar Kurulu tarafından onaylanan bu rehberde yer alan ilkelerin, 2023 yılından itibaren Yargıtay'ın tüm dairelerinde uygulanması kararlaştırılmıştır[88].

---

86 **HİRCH,** s.91; **ALBAL ULAŞ,** s.1270.

87 **ALBAL ULAŞ,** s.1270.

88 https://www.yargitay.gov.tr/icerik/1662/yargitay-baskani-akarca-yargitay-gerekceli-karar-yazim-rehberi-seminerine-katildi, E.T: 16.11.2023.

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması aslen hâkimin uymakla zorunlu olduğu bir kural olmanın yanında kendisine tanınmış ayrıcalıktır[89]. Çünkü hâkim pozitif bir hukuk kuralını veya evrensel hukuk ilkesini yorumlayıp kararına dayanak yaptığında bu gerekçeye yansıyacaktır. Bir hukukî ilkenin hâkim tarafından yorumlanması ve somut uyuşmazlığı zihinlerde soru işareti bırakmayacak şekilde çözüme kavuşturması ise hukuka sağlanacak katkı bakımından yadsınamaz bir ayrıcalıktır.

Türk yargı organlarında gerekçeli karar ile ilgili tespit edilen en önemli sorun, yasal düzenlemelerin aksine gerçek bir gerekçeden öte özellikle nihai kararlarda sözde gerekçelerin yer almasıdır. Özellikle bilirkişi raporlarının kararda aynen gerekçe olarak yer alması ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Yargı organlarınca iş yükünün çok olduğu, personel sayısının yetersizliği gibi nedenlerle kararların gerekçesini oluşturmak adına ileri sürülen sebepler ise hiçbir şekilde mazeret olarak kabul edilemez. Kaldı ki iş yükü ağırlığı veya personel yetersizliği iddiaları, taraflar açısından yargı eliyle meydana gelen hak ihlali sonucunu ortadan kaldırmayacaktır. Anayasa'da bireysel başvuru yolunun tanınmasıyla, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli karar hakkının korunması hususunda verdiği birçok hak ihlali kararı konunun önemini daha da artırmıştır.

Sonuç itibariyle gerekçe, hukukun gelişmesinde, yargının bağımsız ve tarafsızlığının sağlanması ve topluma yansımasında, tarafların ve toplumun adalet duygusunun tatmininde, başvuru yollarının ve savunma hakkının etkin kullanılmasında, yargılamada aklın ve vicdanın egemen kılınmasında önemli bir araçtır[90]. Gerekçe aynı zamanda, kararın nedenlerini, hukukî dayanaklarını açıklamaya zorladığı ve uyuşmazlığın taraflarını ikna etme amacını taşıdığı için keyfiliğe karşı bir siperdir. Zira gerçek gerekçe, hukuka uygun ve yargıda birlik oluşturacak kararların ortaya çıkmasına hizmet edeceği gibi uzun vadede yargının iş yükünü de azaltacaktır.

---

89 **ALBAL ULAŞ,** s.1277.

90 **ALBAL ULAŞ,** s.1279.

KAYNAKÇA

ALBAL ULAŞ, Hilal "Yargı Kararlarının Gerekçeli Olması Üzerine Bir Değerlendirme", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.2, Y.2021.

ALP, Mustafa, "Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe", Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001.

ARSLAN, Ramazan/**YILMAZ,** Ejder/**TAŞPINAR AYVAZ**, Sema/**HANAĞASI**, Emel, Medeni Usul Hukuku, 6.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

ARTUÇ, Mustafa, Hüküm Kurma Sanatı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

AŞÇIOĞLU, Çetin, "Yargıda Gerekçe Sorunu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2003, S.48.

ATALI, Murat, Pekcanıtez Usul-Medeni Usul Hukuku, 15. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

ATALI, Murat/**ERMENEK**, İbrahim/**ERDOĞAN,** Ersin, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

BAŞIBÜYÜK, İsa, "Yargı Kararlarında Gerekçe Zorunluluğu", Güncel Hukuk Dergisi, S.68, Y.2009.

BEKRİ, M. Nedim, "Gerekçeli Karar Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, S.3, Y.2014.

BOHNET, François/**DROESE**, Lorenz, ZPO Zivilprozess-ordnung, Stämpfli Verlag AG, Bern 2018.

BUDAK, Ali Cem/**KARAASLAN,** Varol, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınları, Anlara 2018.

CENTEL, Nur/**ZAFER**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2015.

ÇETİNKAYA, Reşat, Gerekçeli Karar Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2022.

EKİNCİ, Bezar Eylem, "Bireysel Başvuru Yolunda Gerekçeli Karar Hakkı: Anayasa Mahkemesinin Temel Tespitleri ve İhlal Kararlarının Sonuçları", Anayasa Yargısı Dergisi, C.39, S.2, Y.2022.

ERDOĞAN, Serdar, Medeni Usul Hukukunda Kısa Karar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.

GAUL, Hans Friedhelm, Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu, Çev: Nevhis Deren Yıldırım, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, 8.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2016.

GEHRY, Myriam A./**JENT-SØRENSEN,** Ingrid/**SARBACH,** Martin, ZPO-Kommentar, Orell Füssli Verlag AG, Zurich 2015.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetsel Yargı, 24.Basım, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011.

GÜRDOĞAN, Burhan, Medeni Usûl Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1960.

GÜRİZ, Adnan, "Adalet Kavramının Belirsizliği", Cumhuriyet Döneminde Türkiye'de Öğretim ve Araştırma Alanı Olarak Felsefe Seçilmiş Metinlerle, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2001.

HİRSCH, Ernst E., Pratik Hukukta Metot, 8. Baskı, Ankara 2022.

HONSELL, Heinrich, Was ist Gerechtigkeit?, Stämpfli Verlag AG, Bern 2023.

İNCEOĞLU, Sibel, Adil Yargılanma Hakkı – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 4, Ankara 2018.

JÄGER, Annette Zwischenstreitverfahren nach den §§ 280, 303 ZPO, Aachen: Shaker, 2002.

KURU, Baki, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt 1, Ankara 2020.

KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Basım, C.III, Demir Yayınevi, İstanbul, 2001.

MUSİELAK, Hans-Joachim/**VOİT,** Volfgang, Zivilprozessordnung 20. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2023.

MUŞUL, Timuçin, "Medeni Usûl Hukukunda Ara Kararları", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.4, Y.1988.

ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.

ÖZEKES, Muhammet, "İhtiyati Haciz Kararlarının Gerekçeli Olması ve Kanun Yoluna Başvuru", Prof. Dr. Yavuz Alangonya İçin Armağan, 2007.

PEKCANITEZ, Hakan, "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000.

RAUSCHER, Thomas / **KRÜGER,** Wolfgang, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen (MüKoZPO), 6.Auflage C.H. Beck, München 2022.

ROSENBERG, Leo/ **SCHWAB,** Karl Heinz /**GOTTWALD,** Peter, Zivilprozessrecht, München 2018.

STEİNERT, Karl-Friedrich / **THEEDE,** Kai-Uwe /**KNOP,** Jens, Handbuch der Rechttspraxis Zivilprozess, C.H Beck München 2011.

SUTTER-SOMM, Thomas/**SEILER,** Benedikt, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich 2021.

SUTTER-SOMM, Thomas/**HASENBÖHLER,** Franz/**LEUENBERGER,** Christoph, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Basel 2016.

ŞEKER, Hilmi, "Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri", Ankara Barosu Dergisi, C.2, Y.2007.

ŞEKER, Hilmi, Eshab-ı Mucibe'den-Retoriğe Hukukta Gerekçe, 1. Baskı, İstanbul, 2010.

TUTUMLU, Mehmet Akif, Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçeli Karar**,** Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

VORWERK, Volkert/**WOLF,** Christian, BeckOK ZPO, 50. Edition, C.H. Beck, München, 2023.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

MEDENİ HUKUKTA ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİK VE AİLE HUKUKUNDA ARABULUCULUK ÜZERİNE DEĞERLENDİRME

Pervin Somer*

GİRİŞ

2024 yılı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi ve İnsan Hakları Eylem Planı'nın kapsamında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin geliştirilmesi de vurgulanan temel başlıklardandır. Bu bağlamda gerekli yasal düzenlemeler ile aile hukuku alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamına alınacağı Adalet Bakanı tarafından da birkaç kez ifade edilmiştir. Taraflar arasında çatışmanın çok derin olduğu ve farklı etkenlere dayandığı boşanmanın dava şartı arabuluculuğa tabi tutulma sürecinin hassasiyetle yürütülmesi bir zorunluluktur. Diğer taraftan yasalaştırılacak arabuluculuk, Türk Medeni Kanunu ile kadının sahip olduğu kazanımların yitirilmesine yol açmamalıdır.

Bu makalede boşanma alanında arabuluculuğun sağlayacağı fayda ve gözetilmesi gereken hassasiyetlere dikkat çekilmesi amaçlanmıştır.

I. MEDENİ HUKUKTA ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİK

Türkiye'de 2012 yılında yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nuyla (HUAK)[1] yasalaşan arabuluculuk, 2017 yılından itibaren dava şartı arabuluculuk alanlarının dahil edilmesiyle geniş bir kapsama ulaşmaya başlamıştır. 2024 yılı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi ve İnsan Hakları Eylem Planı'nın temel başlıklarından biri alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin geliştirilmesidir. Gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasıyla aile hukuku alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamına alınması planlanmaktadır.

---

* Prof. Dr., İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, pervin.somer@okan.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7140-1264.

[1] RG. 22 Haziran 2012 Tarih ve 28331 Sayılı.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nu m. 1/(2) uyarınca, "*Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.*"

Arabuluculuk çözüm yolunun genel çerçevesini özel hukuktan doğan uyuşmazlıklar oluştursa da bu uyuşmazlıklar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği iş ve işlemlerle sınırlandırılmıştır.

Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) sistematiği esas alındığında, başta kişiler hukuku, aile hukuku, eşya hukuku ve miras hukuku olmak üzere geniş anlamda medeni hukuk anlaşılmalıdır ki bu kapsama TMK'yla ayrılmaz bir parça teşkil eden Türk Borçlar Kanunu (TBK) da dahildir. Dar anlamda medeni hukuk ise kişiler hukuku ve aile hukuku ile sınırlandırılabilir.

Öncelikle geniş anlamda medeni hukuk kapsamındaki uyuşmazlıklar ele alındığında özetle şunları söyleme mümkündür:

Hemen belirtilmelidir ki aile hukuku, miras hukuku ve eşya hukukuna ilişkin TMK'da yer alan emredici hükümlerin bir kısmı aynı zamanda kamu düzeniyle de ilgilidir. Arabuluculuğa elverişlilik[2] yönünden değerlendirme yaparken normun amacı gözden kaçırılmamalıdır.

Türk Medeni Kanunu'ndan kaynaklı bazı uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında düzenlenmemiş olsa da ihtiyari arabuluculuğa elverişlidir. Örneğin hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kişinin maddi ve manevi tazminat talepleri (TMK. m. 25) ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilen kazancın vekaletsiz iş görme (TBK. m. 526-531) hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin talepler; nişanın bozulması nedeniyle ortaya çıkan maddi ve manevi tazminat talepleri ve hediyelerin iadesi[3]; eşlerden birinin

---

[2] Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZDOĞAN** Ayça, **ERGÜLER** Ayşe Dilek, **ERGÜLER** Erol, **ÖZDEN** Nur, **SOMER** Pervin, **ÖZMUMCU** Seda, **KEÇER KORKMAZ** Sevde, **AKİPEK ÖCAL** Şebnem, **ŞİPKA** Şükran, Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk, (Editörler: ŞIPKA Şükran, ÖZDEN Nur, AKİPEK Öcal Şebnem) 2020 Ankara.

[3] Geniş bilgi için bkz. **COŞKUN** Nihal, Aile Arabuluculuğu, 2023 İstanbul, s. 233 vd.

eşyasına diğer eşin zarar vermesi nedeniyle talep edeceği tazminat, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi ve özel hukuk uyuşmazlığı olma niteliklerinden dolayı arabuluculuğa elverişlidir ancak dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.

Bununla birlikte tarafların üzerinde serbestçe tasarruf yetkisi olmayan hallerde, örneğin boşanma, çocuğun velayetinden kaynaklı uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir. Diğer taraftan mal rejiminin tasfiyesi ve hangi mal rejimine tabi olursa olsun boşanan eşlerin mal paylaşımı dava şartına tabi olmamakla birlikte ihtiyari arabuluculuğa elverişlidir[4]. TMK m.352 ve devamında düzenlenen çocuğun mallarına ilişkin hükümlere bakıldığında, çocuğun mallarının korunması için alınacak önlemler (TMK m. 360) ile yönetimin ana babadan alınmasında (TMK m. 361) hakime yetki verilmiş olduğundan arabuluculuğa elverişli değildir.

Ev başkanının sorumluluğu kapsamında olmak üzere TMK m.369 uyarınca, doğan zararın tazmini arabuluculuğa elverişlidir; bununla birlikte TMK m.369/II ve III'de düzenlenen "ev halkından akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunanların kendilerini ya da başkalarını tehlikeye veya zarara düşürmemeleri için" alınması gereken önlemler; bilhassa zorunluluk halinde gerekli önlemlerin alınması ancak yetkili makamdan istenebileceğinden arabuluculuğa elverişli değildir.

TMK m. 372 ve devamında düzenlenen "Aile Malları Ortaklığı" sözleşmesi resmi şekle tabi (TMK. m.374) tutulmuştur. Aile malları ortaklığı, ortakları elbirliği ile birleştirdiğinden (TMK m. 376) bu elbirliğinin giderilmesine ilişkin uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olduğu hatta 7445 s. Kanun[5] kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu sonucuna varılabilir. Keza aile malları ortaklığı yönünden, ortaklığının giderilmesi başlığını taşıyan TMK m. 380 dikkate alındığında bütün ortakların anlaşması sona erme hallerinden biri olarak düzenlenmiştir. Tarafların kendi aralarında anlaşamamaları halinde bu anlaşma ihtiyari arabuluculuk süreci sonunda da sağlanabilir.

---

4 **ÇOŞKUN**, s. 267 vd.

5 RG. 5 Nisan 2023 Tarih ve 32154 Sayılı.

Vesayet (vasi ve kayyım atanması ve bu konudaki yasal düzenlemeler) velayette olduğu gibi tarafların üzerinde tasarruf edebileceği özel hukuktan doğan iş ve işlemlerden değildir. Ancak TMK m. 467'de düzenlenen vasinin (aynı şekilde kayyım ve yasal temsilcinin) görevini yerine getirirken vesayet altında bulunan kişiye verdiği zarardan sorumluluğu ve gerek TMK m. 468 uyarınca Devletin sorumluluğu gerekse Devletin sorumlu olanlara açacağı rücu davası özel hukuk uyuşmazlığı olarak niteleneceğinden zararın tazmini talebi arabuluculuğa elverişlidir ancak bu uyuşmazlık "idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlığı" kapsamında HUAK ve HUAK Yönetmelikte belirlenen kurallara tabidir. Benzer değerlendirmeyi tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlarda Devletin sorumluluğu bakımından da yapmak mümkündür Örneklerden görüleceği üzere aynı hukuki kurum içinde bile arabuluculuğa elverişlilik değişiklik göstermektedir[6].

Diğer yandan, 7445 s. İcra İflas Kanunu (İİK) ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 1 Eylül 2023 tarihinden itibaren dava şartı arabuluculuk kapsamına alınan uyuşmazlıklar:

- Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hakkın kurulmasına ilişkin
- Taşınır ve taşınmazların paylaştırılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar
- Komşuluk Hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar ve
- Kira ilişkisinde kaynaklanan (İİK'na göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere) uyuşmazlıklar ile
- Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar.

Bu uyuşmazlıklar ihtiyari arabuluculuğa da uygundur; başta arabuluculuğa başvuru olmak üzere bazı yönlerden süreç farklılaşmakla birlikte dava şartına tabi bir uyuşmazlığın ihtiyari arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

---

[6] Ayrıca, miras hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuk hakkında bkz. **ÇOŞKUN,** s. 273 vd.

Türk Borçlar Kanunu itibariyle haksız fiilden doğan zararın tazmini; sebepsiz zenginleşmeden doğan iade borcu yönünden ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar ve her halükarda sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıklar genel olarak arabuluculuğa elverişlidir. Bunlardan İİK'na göre ilamsız icra yoluyla tahliye hariç kira sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar dava şartı olup diğer uyuşmazlıklar bu kapsamda düzenlenmemiştir. Keza TBK'da düzenlenmemiş bile olsa TBK m. 1 uyarınca kurulan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir. Örneğin, 6361 s. Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu kapsamında finansal kiralama sözleşmelerinden (özel kanunla düzenlenmiş) kaynaklanan uyuşmazlıklar da arabuluculuğa elverişlidir.

II. BOŞANMA HUKUKUNDA ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİK VE UYGULANABİLİRLİĞİ

Yukarıda verilen örnekler itibariyle TMK'da Aile Hukuku alanındaki uyuşmazlıklardan hangilerinin arabuluculuğa elverişli olduğu ya da olmadığı değerlendirildiğinden konuya geri dönülmeyecektir. Ancak aile hukuku[7] alanında TMK değişikliği ile birlikte gündeme gelen boşanma sürecinin arabuluculuğa elverişli kılınmasına ilişkin gelişmeler dikkate alındığında bu alanın üzerinde ayrıca durmak zorunluluğu da doğmuştur. Öncelikle, TMK hükümleri dikkate alındığında ve belirtildiği gibi şu andaki yasal düzenlemeler çerçevesinde boşanmanın arabuluculuğa elverişli olmadığı net olarak vurgulanmalıdır. O nedenle mutlaka yasal düzenlemenin yapılması, ancak bu yasal düzenlemeler yapılırken bu alanın hassasiyetinin de özenle dikkate alınması gerekir.

TÜİK verilerine bakıldığında[8]:

2001 yılında evlenme sayısı: 544.322, boşanma sayısı: 91.994 iken 2021 yılında evlenme sayısının 651.710'a, boşanma sayısının ise 174.085'e yükseldiği;

---

7 Geniş bilgi için bkz. **COŞKUN,** s. 240 vd.

8 https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bosanma-Istatistikleri-2021-45568 ET. 21.03.2024; 2022 yılı evlenme ve boşanma istatistikleri için bkz. https://data.tuik.gov.tr/ Bulten/Index?p=Marriage-and-Divorce-Statistics-2022-49437 ve nüfus istatistikleri yönünden ayrıntılı bilgi için bkz. https://nip.tuik.gov.tr/?value=Bosanma ET. 21.03.2024.

bu verilerden 2001'de %1,41 olan kaba boşanma hızının ise 2021'de %2,7 oranına ulaştığı görülmektedir.

Boşanma hızının artmasında pek çok faktör etkili olmakla birlikte evlilik süresinin -boşanmayı tümüyle ortadan kaldırmasa da- oranını düşürdüğü (en yüksek 1-5 yıllık evliliklerde: %31.3; en düşük 26+ yıllık evliliklerde: % 2.3) tespit edilmiştir.

Boşanan eşlerin çocuklarının velayeti yönünden ise sadece son yıllara yansıyan istatistiklerdeki rakamlar şu şekilde özetlenebilir: 2019 yılı itibariyle 139.660; 2020 yılı itibariyle 125.743 ve 2021 yılı itibariyle 165.937 çocuğun velayetine karar verilmiş olup 2021 yılında çocukların %76'sının velayeti anneye verilmiştir. Çocuğun velayeti konusunda taraflar anlaşmalı boşanma protokolünde velayetin anne/babadan kime ait olacağına karar vermiş olsalar bile "çocuğun üstün yararını" dikkate alarak Aile Mahkemesi Hakimi nihai kararı vermektedir.

Boşanma sadece evlilik birliğini sona erdiren hukuki ve istatistiklere yansıyan sayısal bir süreç değildir. Boşanmanın çekişmeli mi yoksa anlaşmalı mı olduğu değil, sürecin nasıl yönetildiği önemlidir.

Boşanan aile, artık ortak yerleşim yeriyle değil ortak ilişkilerle tanımlanan bir ailedir. Bilhassa ortak çocuklar söz konusu olduğunda boşanmış aile, hukuki olmasa da sosyal, psikolojik[9] yönden; ebeveynlerin sorumlulukları açısından ve çocukla ilişkinin sürdürülmesi bakımından bir aile olmaya devam eder. Ancak boşanmadan önce anne-baba-çocukların konumlanış biçimleri yönünden döngüsel olan ilişki, boşanmadan sonra köşelerinde anne-baba-ve çocuğun yer aldığı üçgenleşen bir yapıya dönüşür. Bu üçgenleşmeden kaynaklı sorunların ortadan kaldırılması, özellikle çocuk yönünden getireceği olumsuz sonuçların hiç değilse kabul/tolere edilebilir bir kapsama kavuşturulması aynı zamanda çocuğun üstün yararı ile de doğrudan ilişkilidir. Boşanma sonucunda velayet hakkı kime verilmiş olursa olsun, ancak yapılandırılmış bir boşanma süreci sonunda anne/baba çocuklarına ortak ebeveynlik yapabilir.

---

[9] Boşanmaların aile üyeleri ve çocuklar üzerindeki etkisi için bkz. **ŞEN,** Bülent, Boşanma Arabuluculuğu, 2015 İstanbul, s. 33 vd.

Şüphesiz ortak ebeveynlik, ortak velayetten farklıdır. Bu yapılandırılmış boşanma süreci arabuluculuk süreci sonunda sağlanabilir; böylelikle boşanmanın çocuklar üzerindeki olumsuz etkilerinin azaltılması, onarılması ve dönüştürülmesi mümkün olacaktır. Bu nedenle boşanma arabuluculuğunda «dönüştürücü arabuluculuk modeli» kullanılmaktadır.

Boşanma süreci eşleri karşı karşıya getirmeden düşmanlaştırmadan, rekabet içine sokmadan ve çocukların üzerinden "pazarlık yapmalarına" dolayısıyla çocuğun ebeveyn arasındaki çekişmeden olumsuz etkilenmesine fırsat yaratmadan uzlaşarak ve anlaşarak sürdürülmelidir. Anlaşmalı boşanma süreci kısmen buna imkan verse de tarafların ve avukatlarının müzakere becerisinin bulunmaması; avukatların, doğal olarak müvekkilinin menfaatine odaklanmaları (ancak avukata göre müvekkilin menfaati ile o müvekkilin kendine ilişkin menfaat ve ihtiyacı değişiklik gösterebilir); yine tarafların ve avukatların boşanma protokolüne (sonuca) odaklanmaları gibi etkenler nedeniyle beklenen faydayı sağlamaktan çoğu kez uzaktır. Özetle protokolü hazırlayan taraflar, süreci yapılandırmadan çok sonuca odaklıdır. Oysa dönüştürücü arabuluculuk sonuç odaklı değil süreç odaklıdır.

Boşanma davalarında ise zaten bu mümkün değildir. Doğal olarak Aile Mahkemesi Hakimi, hukuku uygulamakla yükümlüdür. Çocuğun üstün yararı hariç, tarafların menfaat ve ihtiyaçlarını yasal sınırlar içinde değerlendirebilir. Hakimin kararında tarafların inisiyatifi bulunamaz.

Anlaşmalı boşanma yönünden bir kez daha konuya yaklaşacak olunursa tarafsız ve bağımsız üçüncü kişinin (arabulucunun) katılımı ve katkısı olmadan yürütülen süreçte teknik konular (mali/ekonomik yönden mallar, nafaka ve velayet) üzerine yoğunlaşılır. Çeşitli etkenlerle tarafların menfaat ve ihtiyaçları ön planda değildir veya taraflar bunları nasıl ortaya çıkaracaklarını, kazan-kazan anlayışı içinde süreçte nasıl ilerlenmesi gerektiğini psikolojik ve hatta iletişim yönüyle sürecin ne şekilde yönetilmesi gerektiğini bilmemektedir. Arabulucunun becerisine dahil sistematik teknikler taraflarca bilinmediğinden/kullanmadığından esasen boşanma protokolü hazırlanır ancak boşanma süreci yönetilemez.

Anlaşmalı boşanma ile aile (boşanma) arabuluculuğunu ayıran bir diğer husus, arabuluculukta zayıf tarafın bulunmaması/taraflar arasında güç dengesinin sağlanması zorunluluğudur. Daha çok güç dengesinin, toplumsal cinsiyet eşitsizliği yönünden kadın aleyhine olduğu dikkate alınırsa bu güç dengesi ancak arabuluculuk süreciyle sağlanabilir.

Şüphesiz arabuluculuğa elverişli diğer uyuşmazlıklarda da güç dengesi önemlidir. Dolayısıyla arabuluculukta zayıf taraftan bahsedilemez. Ancak burada kadının aile bağı, sosyal ilişkiler yönünden maruz kaldığı/kalacağı baskılar ya da zaten var olan ve aleyhine güç dengesini bozan ekonomik zayıflığı nedeniyle ortaya çıkan güç dengesizliğinin hassasiyetle ele alınması ve gözden kaçırılmaması gerekir.

Aile (boşanma) arabuluculuğunda sağlanabilecek faydalar şöyle özetlenebilir:

- Arabuluculuk süreci sonunda boşanan ancak hala ebeveyn olmaya devam eden eşler, çocuklarının iyiliği için iş birliği yapmayı, mesafeli de olsa en azından "birlikte ebeveynlik" ilişkisinde birbirlerinin sınırlarına saygı duymayı öğrenir.
- Aile, en başta gelen çatışma alanlarından biridir. Çatışmanın bulunduğu ortamda genellikle iletişimsizlik de söz konusudur; taraflar arasında var olan ya iletişim eksikliği veya iletişim kopukluğu çatışmayı ortadan kaldırmalarının önündeki en büyük engellerden birisidir. Diğer taraftan aile bireylerinin çatışmadan psikolojik olarak etkilenmesi kaçınılmazdır. Geçmişteki kızgınlıklar, kırgınlıklar, süreçte etkili olan geniş aile ilişkileri, güven sorunu, kaygılar… çatışmada önemli rol oynar. Çatışmanın boyutuna göre çoğu kez tarafların karşılıklı müzakere ile sorunları çözebilme imkanı ortadan kalkar. Aile arabuluculuğu iletişim ve psikoloji dahil bu süreci yapılandırır.
- Boşanma kararı, çoğu zaman eşlerde senkronize bir süreç değildir. Çekişmeli boşanmaların çoğu tek taraflıdır. Karar eş zamanlı verilmemiştir. Zihninde ve duygusal dünyasında boşanma kararını netleştiren tarafın karşısında, süreçte senkronize olmayan diğer eş bulunur. Diğer bir ifadeyle, eşlerden biri haklı veya haksız, kusurlu veya kusursuz olması fark yaratmaksızın pek çok etkeni değerlendirerek kendi iç dünyasında dayandığı sebeplerle evliliği bitirme kararı alır. Bu kararı açıklayana kadar psikolojik açı-

dan da hem karara hem sonuçlarına dair içsel sürecini değerlendirmiştir. Oysa diğer eş, boşanma kararını açıklayan tarafın beyanı üzerine süreç içine çekilir. Özetle sürecin her iki taraf bakımından senkronize hale gelmesi varılacak anlaşmada etkilidir ve arabuluculuk bu konuda da avantaj sağlayacaktır. Böylece arabuluculuk eşlerin, boşanma sürecinde kendileri ve çocukları için doğru hatta yararlı olacak kararları almasını ve anlaşma olasılıklarını güçlendirir.

- Eşlerin ve çocukların menfaat ve ihtiyaçlarının ortaya çıkmasını ve çözümün bu menfaat ve ihtiyaçlara uygun olmasını sağlar. Evlilik ortamında bahse konu çatışma, anne/babanın çocukların duygusal ihtiyacına ve taleplerine duyarlılıklarını azaltabilir. Çocuk sıklıkla ebeveyn arasındaki öfkeye maruz kalır. Daha çok boşanma sürecinden sonra dikkati çekse de çoğu kez ebeveyne yabancılaşma sendromunun (EYS[10]) tohumları bu aşamada atılmaktadır. Boşanan/boşanma sürecindeki eşlerin birbirleri üzerinde kurdukları güç boşanmayla birlikte büyük oranda azalır. Eşler "parasal" konularda mutabakata vardıktan sonra paylaştıkları tek "güç" ebeveyn olarak sahip oldukları otoritedir. Bu sürece ebeveynlikten çok velayeti alma yönünde bir güç mücadelesinin eşlik ettiği gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle arabuluculukla yapılandırılmış boşanma süreci TMK'ya göre de aradığımız "çocuğun üstün yararına" uygundur[11].
- Arabuluculuk sürecinde ilişkiler tekrar gözden geçirilir. Evlilik (karı-koca) ve ebeveynlik rolleri birbirinden ayrılarak tekrar yapılandırılır. Bu nedenle arabuluculukta "ebeveynlik planının" yapılması önemlidir; bu plan aile ilişkilerini yeniden tanımlamak ve organize etmek için atılan önemli bir adımdır. Bu ebeveynlik planına anne veya baba ya da her ikisi de uymuyorsa ayırt etme gücüne sahip küçüğün, ihtiyaç duyduğunda (tercihen süreci yürüten) arabulucuya başvurma imkanı tanınmalıdır.
- Ebeveynlik planı boşanma arabuluculuğunun önemli bir başlığını oluşturmaktadır. Yapılacak ebeveynlik planında çocuğun ihtiyaçlarının ne şekilde, nerede ve kim tarafından karşılanacağı konularında müzakere edilerek ve uzlaşılarak çözüm üretilir. Çocuğun ihtiyaçları yaşına göre değişe-

---

[10] **ŞEN,** s. 107 vd.

[11] Çocuk odaklı arabuluculuğun özellikleri için bkz. **PARKINSON,** Lisa, Aile Arabuluculuğu, Family Mediation, (Editör: YÜCEL Yonca Fatma, 2017 Ankara, s. 193 vd. https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1512021090918Aile%20Arabuluculu%C4%9Fu.pdf (ET. 10.3.2024)

cektir. Uzun vadeli bir plandır. Ortak ebeveynliğin temel kuralları bu planda belirlenir.

- Mal rejimi tasfiyesinin, mal paylaşımının, menfaat ve ihtiyaç odaklı olarak hızla yapılmasına yardımcı olur. Uzun süren dava sürecinden kaynaklı olarak boşanan eşlerin "mallar üzerinden" yıllarca husumet içinde yaşama ihtimallerini ortadan kaldırır.
- Aile Mahkemesi Hakiminden alınacak "gizlilik" kararı bir prosedüre tabidir. Oysa arabuluculukta "gizlilik" temel ilkelerden biridir.
- Dostane bir çözüm yoludur. Uyuşmazlığın tarafları yönünden, onları husumet duygusuna sürüklemeden menfaat ve ihtiyaç odaklı çözüm üretilmesine katkı sağlar.
- Gelecek odaklıdır. Geçmişin çatışmalarındansa uyuşmazlığın çözümlenmesinin gelecek için yaratacağı fark önceliklidir.
- Uyuşmazlığın taraflarından biri, diğeri olmadan yoluna devam edemiyorsa arabuluculuk iyi bir alternatif çözüm yoludur. Aile de bunlardan ilk sıralarda gelen bir örneği oluşturur. Bilhassa ortak çocukların varlığı ebeveynden biri olmadan diğerinin yola devam etmesini zorlaştırır veya ortadan kaldırabilir. Belirtildiği gibi velayet ebeveynden birine bırakılabileceği gibi ortak velayete de karar verilmiş ve Aile Hakimi tarafından da onaylanmış olabilir ancak velayet hakkının kullanılması, ortak ebeveyn olarak çocuğun yaşamında sorumluluk alınmasından farklı ve hatta daha dardır.
- Eşler çocuklarından boşanamaz! Çocuklar boşanmış eşler arasından ebeveynlik üzerinden daimi bir bağ oluşturur; bu nedenle eşler boşanmakla birlikte birbirlerinden tam olarak ayrılamaz. Arabuluculuk bu rolleri sınırlandırır ve yeniden yapılandırır[12]. Dolayısıyla annenin talepleri/ihtiyaçları/çıkarları ile babanın talepleri/ihtiyaçları/çıkarları ve çocuğun talepleri/ihtiyaçları/çıkarları arasında şüphesiz "çocuğun üstün yararı" dikkate alınarak denge kurulur. Boşanan eşlerin etkileşimini tek bir alanla (ortak ebeveynlik) sınırlandırır[13].

---

[12] Aile arabuluculuğu becerileri modelleri ve yöntemleri hakkında bkz. **ÇOŞKUN,** s. 97 vd.; Aile arabuluculuğunda kazanılması gereken iletişim becerileri hakkında geniş bilgi için bkz. **PARKINSON,** s. 157.

[13] **TÜRNÜKLÜ,** Abbas, İyi Boşanmak Mümkün mü? Ebeveynler İçin "İyi Boşanma" Davranış Rehberi, https://abbasturnuklu.com/iyi-bosanmak-mumkun-mudur-ebeveynler-icin-iyi-bosanma-davranis-rehberi/ (ET. 10.3.2024)

III. ÖNERİLER

- Hukukumuzda dava şartı arabuluculuk kapsamında getirilmesi planlanan Aile (boşanma) arabuluculuğuna ilişkin yasal düzenlemeler ayrıntılı, bir boşluk yaratmadan özenle düzenlenmelidir.
- Türkiye'de toplumun hassasiyeti ve TMK'nun kadına sağladığı hakların bertaraf edilmesi riskini ortadan kaldırma amacıyla, mahkeme temelli arabuluculuk olarak düzenlenmesi zorunludur.
- Uygulanan ülkelerde farklılık göstermekle birlikte ya hakim tarafından arabuluculuk için belli bir süre verilmesi (örneğin 3 ay gibi) veya yine hakim tarafından asgari arabuluculuk toplantı sayısı (örneğin, tarafların 6 kez arabuluculuğa katılması gibi) şeklinde iki yoldan birinin kullanıldığını belirtmek mümkündür. Aile alanında çatışmanın derinliği, iletişim kopukluğu, Türkiye'nin aile ve toplumsal, sosyolojik yapısı dikkate alındığında özel bir önem arz eden arabuluculuk için yasada düzenlenecek sürenin makul bir süre olması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu süre sadece yasa koyucu tarafından "uygun görülecek" bir süre olmayıp kapsamlı değerlendirmeler sonucu karar verilmesini de zorunlu kılmaktadır
- Anlaşmalı boşanmada olduğu gibi aile arabuluculuğunda da taraflar arasındaki anlaşmayı, Aile Mahkemesi Hakimi onaylamalı ve bilhassa çocuğun üstün menfaatine uygun görmediği takdirde velayet konusunu değerlendirmelidir. Ancak mesele yasal velayet olmaktan öte yukarıda belirtildiği üzere ortak ebeveynlik planıdır. Bu plan da Aile Mahkemesi Hakimi tarafından aranmalıdır.
- Bireysel veya boşanmanın taraflarının farkındalığı kadar toplumsal farkındalık da önemlidir.
- Avukatların «taraf vekili» olarak katılımlarında bilhassa müzakere becerilerini geliştirmesi zorunlu tutulmalı; boşanma arabuluculuğuna katılan avukatların meslek içi eğitimler tamamlanmalıdır.
- Aile arabuluculuğu alanında görev yapacak arabuluculara da aranacak kriterler ayrıca ve özenle düzenlenmelidir: Arabulucu şiddetten sadece fiziksel şiddeti anlamamalı, şiddetin her türü ile ilgili farkındalığa sahip ol-

malıdır, Zira şiddetin varlığı aile arabuluculuğuna engeldir. Uzmanlık eğitiminde şiddet ve toplumsal cinsiyet eşitliğine önem verilmeli; arabulucunun süreci içselleştirmesi sağlanmalıdır.

- Uzman arabuluculuk eğitimlerinde, akredite edilecek eğitmenlere mutlaka eğitici eğitimi verilmeli ve eğitmenin de süreci içselleştirmesi sağlanmalıdır.
- Teorik eğitimlerde arabulucu olmayan eğitmenler yer almamalıdır.
- Boşanma alanında avukatlık yapan arabuluculara herhangi bir istisna getirilmemelidir.

SONUÇ

Boşanmayla sonuçlanan ve yeni yapılandırılmış haliyle taraflar arasında çatışmanın sona ermesi bir yandan kendilerinin ileride kuracakları yaşam yönünden diğer yandan da toplumsal barış yönünden önemlidir. Boşanmış ailelerin hala bir bireyi olmakta devam eden çocukların da gelecekteki yaşamları, ilişkileri hatta yapacakları evliliklerdeki rolleri ve çocuklarıyla kuracakları ilişkileriyle rol modellikleri böylelikle daha olumlu bir yöne evrilebilir. Bununla birlikte aile olarak ifade edilen alanın, bu alanda çıkan uyuşmazlıkların temelinde yatan çatışmaların gerek yasa koyucu gerekse arabulucu tarafından hassasiyetle düzenlenmesi ve yönetilmesi; arabuluculuğun avantajları dikkate alınarak ancak riskler de göz ardı edilmeden tüm paydaşlarıyla değerlendirilmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

ÇOŞKUN, Nihal, Aile Arabuluculuğu, 2023 İstanbul.

ÖZDOĞAN, Ayça, **ERGÜLER** Ayşe Dilek, **ERGÜLER** Erol, **ÖZDEN** Nur, **SOMER** Pervin, **ÖZMUMCU** Seda, **KEÇER KORKMAZ** Sevde, **AKİPEK ÖCAL** Şebnem, **ŞİPKA** Şükran, Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk, (Editörler: ŞIPKA Şükran, ÖZDEN Nur, AKİPEK Öcal Şebnem) 2020 Ankara.

PARKINSON, Lisa, Aile Arabuluculuğu, Family Mediation, (Editör: YÜCEL Yonca Fatma, 2017 Ankara.

ŞEN, Bülent, Boşanma Arabuluculuğu, 2015 İstanbul.

TÜRNÜKLÜ, Abbas, İyi Boşanmak Mümkün mü? Ebeveynler İçin "İyi Boşanma" Davranış Rehberi, https://abbasturnuklu.com/iyi-bosanmak-mumkun-mudur-ebeveynler-icin-iyi-bosanma-davranis-rehberi/

TARİHSEL GELİŞİMİYLE TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA SEBEPLERİ

Selin Sadi*

GİRİŞ

Boşanma, evliliğin butlanı ve ölüm gibi evlilik birliğini sona erdiren sebeplerden biridir. 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde (MK) sınırlı olarak sayılan boşanma sebepleri, zaman içerisinde doktrinde çokça tartışılmış ve nihayetinde 1988 yılında 3444 sayılı Kanun'la anlaşmalı boşanma ve fiili ayrılık kurumları da getirilmiştir. Bu sistem 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) da korunmuştur. TMK'da boşanma sebepleri; zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk, akıl hastalığı, evlilik birliğinin sarsılması ve bu kapsamda anlaşmalı boşanma ile ortak hayatın yeniden kurulamamasıdır[1]. Boşanma sebepleri sistemimizde çoklu boşanma sebeplerinin ve kusur ilkesinin benimsendiği görülmektedir.

743 Sayılı MK kapsamındaki boşanma sebeplerinde zamanla ihtiyaca göre şekillenen değişiklikler yapılsa da ilgili boşanma sisteminin yeni kanunla korunmasının halihazırda boşanmaya ilişkin problemlerin çözümünde yetersiz kalıp kalmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Kapsadığı kusur ilkesi prensibi, çoklu boşanma sisteminin benimsenmesi ve boşanma sebeplerinin sıkı şartlarla donatılması doktrinde çokça tartışma konusu olmuştur. Boşanma sebeplerinin yarattığı tıkanıklığın kaynak kanunumuz İsviçre Medeni Kanun'u ve Almanya gibi örneklerde olduğu gibi değişikliğe gidilerek aşılabileceği ifade edilmektedir. Gereken revizyonun tartışılması bakımından boşanma sebeplerine tarihsel bir perspektifle yaklaşmakta fayda vardır.

---

* Araştırma Görevlisi, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, selin.sadi@okan.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8625-501X.

[1] Mevcut yasal düzenleme bu şekilde olsa da sempozyumumuzun gerçekleştiği tarihten sonra Anayasa Mahkemesi 19.04.2022 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan E. 2023/116, K. 2024/56 sayılı ve 22.02.2024 tarihli kararında, ortak hayatın yeniden kurulamaması sebebiyle boşanmayı öngören TMK m. 166/4 hükmünün Anayasa'ya aykırı olması sebebiyle iptaline ve kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.

Bu makalenin amacı, tarihsel gelişimi de dikkate alınıp boşanma sebeplerinin dünü ve bugününü değerlendirilerek gerçekleşmesi umulan revizyon bakımından geniş bir bakış açısı sağlamaktır. Bu çalışma kapsamında öncelikle ilk bölümde çeşitli boşanma sistemlerine kısaca değinilecek, ikinci bölümde 743 sayılı MK dönemindeki boşanma sebepleri ve bu kanun dönemindeki 1988 tarihinde 3444 sayılı Kanun'la getirilen değişiklikler gerekçeleriyle birlikte açıklanacaktır. Ardından 4721 sayılı TMK'daki boşanma sebepleri, doktrindeki temel eleştiriler ele alınarak örnek bazı Yargıtay kararları çerçevesinde özetlenecektir. Son bölümde ise boşanma sebeplerindeki yaklaşımlar karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde incelenecektir.

I. BOŞANMA SİSTEMLERİ

Boşanma konusunda çeşitli hukuk sistemlerinde boşanmayı serbest kabul eden, boşanmaya yer vermeyen ve boşanmayı hâkim hükmü ile sebebe dayandıran görüşler olmak üzere üç farklı yaklaşım mevcuttur[2]. Boşanmanın serbest olduğu sistemlerde evliliğin yalnızca eşlerin iradeleriyle çözülebilmesi gerektiği görüşü olan ferdiyetçi görüş temel alınmıştır[3]. Bu görüşte irade üstün tutularak tarafların iradeleri ile başlayan evlilik birliğinin yine onların iradeleriyle çözülebilmesi esası kabul edilmiştir[4]. Eşler ya karşılıklı anlaşarak ya da tek taraflı irade beyanıyla evlilik ilişkisine son verebilir durumdalardır[5].

Boşanma hususunda diğer bir sistem ise boşanmayı yasaklayan sistemlerdir. Katolik Hukuku etkisiyle ortaya çıkan bu görüş uyarınca evlilik birliği

---

2 **VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, 1965 İstanbul, s. 178; **FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, 1986 İstanbul, s. 244; **AKINTÜRK,** Turgut, **ATEŞ**, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, 2021 İstanbul, s. 237 vd.; **ÖZTAN,** Bilge, Aile Hukuku, 2015 Ankara, s. 637 vd.

3 **VELİDEDEOĞLU**, s. 179; **ÖZTAN**, s. 638.

4 **ÖZTAN**, s. 637-638.

5 **VELİDEDEOĞLU**, s. 179; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 238. Bu sisteme, boşanmanın tek taraflı irade beyanıyla sona ermesi halinin kabul edildiği İslam Hukuku, Roma ve Cermen Hukuku örnek verilmektedir. **VELİDEDEOĞLU**, s. 179 vd. **ÖZTAN**, s. 638; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 238-239; **TEKİNAY,** Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 1966 İstanbul, s. 157-158; **GÜRSOY**, Tahir Kemal, "Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler", Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı C. II, Boşanma Hukuku Haftası, 1977 Ankara, s. 1 vd.

ebedi ve kutsal bir birliktelik olduğundan hiçbir zaman sona erdirilememelidir[6]. Bu görüşe göre, hâkim en fazla süresiz veya geçici ayrılığa karar verebilir[7]. Son olarak iki sistemin ortası şeklinde ifade edilen üçüncü görüş ise yalnızca belli sebeplerle ve hâkimin kararına dayanan boşanmayı mümkün kılan görüştür[8]. Bu sistemde boşanma sebepleri kanunda sınırlı sayıda belirtilmiş olmakla birlikte boşanma yalnızca hâkimin kararıyla gerçekleştirilebilir[9]. Hukuk sistemlerinin büyük bir kısmında olduğu gibi TMK kapsamında da boşanma kanunda belirlenmiş sebeplerle hâkimin hüküm vermesiyle gerçekleşir.

II. TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA SEBEPLERİ

743 Sayılı MK öncesi boşanmaya ilişkin sorunlara İslam hukuku kuralları uygulanmaktaydı[10]. İsviçre'den iktibas edilerek 4.10.1926 tarihinde yürürlüğe giren MK ile eşlerin kanunda belirtilen hallerle sınırlı olarak hâkim hükmüyle yargısal boşanmalarına imkân verildi. Bu başlık altında öncelikle 743 sayılı MK ve ardından 4721 sayılı TMK kapsamındaki boşanma sebepleri incelenecektir.

---

6 **VELİDEDEOĞLU**, s. 178; **TEKİNAY**, s. 158; **FEYZİOĞLU**, s. 242; **ÖZTAN**, s. 638; **GÜRSOY**, s. 2; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 237. Montesqieu, İran Mektupları isimli eserinde boşanmayı yasaklayan sistemleri "*Tabiatta sebatsızlık ve tahavvüllere en az mukavim olan kalbi, güya sıkı surette bağlamaya kalktılar! Böylece yekdiğerinin varlığından muztarip, biri diğerinin yakınlığından bezgin ve mefluç iki insanı, heyhat, biri diğerinin dengi olmaktan çok uzak iki varlığı, geri dönülmez ümitsiz bağlarla bağlamaya cehdettiler… Bilmiyorlardı ki bu bağlanılmak istenen vücutlardan biri canlı ise, diğeri bir cesetten başka bir şey olmuyordu!*" şeklinde eleştirmiştir. Montesqieu, İran Mektupları, (Muhiddin Göklü çevirisi), İstanbul, 1963, 117. Mektul, s. 343. (Aynen alıntı: **TEKİNAY**, s. 158-159).

7 **VELİDEDEOĞLU**, s. 178,186; **TEKİNAY**, s. 158; **ÖZTAN**, s. 638; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 238; **GÜRSOY**, s. 3.

8 **VELİDEDEOĞLU**, s. 183; **ÖZTAN**, s. 639; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 239.

9 **KÖPRÜLÜ**, Bülent, **KANETİ**, Selim, Aile Hukuku, 1989 İstanbul, s. 142; **ÖZTAN**, s. 639; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 239; **TEKİNAY**, s. 160-161.

10 **VELİDEDEOĞLU**, s. 182; **FEYZİOĞLU**, s. 246; **OĞUZMAN**, Kemal, **DURAL**, Mustafa, Aile Hukuku, 1998 İstanbul, s. 112; **AKINTÜRK, ATEŞ,** s. 238-239. İslam Hukukunda boşanma, talâk kavramını ifade eden erkeğin tek taraflı irade beyanıyla sona erdirmesi ile mümkündür. Koca bu hakkı kendi iradesiyle karısına da tanımışsa "Tefviz-i Talâk" söz konusu olmaktadır. **KÖPRÜLÜ, KANETİ**, s. 142; **FEYZİOĞLU**, s. 246- 247; **YAKUT**, Esra, "XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi ve Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 251 vd.; **CİN,** Halil, Eski Hukukumuzda Boşanma, 1988 Konya, s. 36 vd. 743 Sayılı Kanun'la boşanma *devletleştirilmiş, resmileştirilmiştir*. **VELİDEDEOĞLU**, s. 192.

A. 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi Dönemi

MK'de ilk etapta yer alan boşanma sebepleri: Zina (m. 129), cana kast, pek fena muameleler (m. 130), cürüm ve haysiyetsizlik (m. 131), terk (m. 132), akıl hastalığı (m. 133) ve imtizaçsızlık (m. 134) (şiddetli geçimsizlik) idi. Bu sebepler arasında şu anda sistemimizde olan anlaşmalı boşanma ve fiili (eylemli) ayrılık sebebiyle boşanma imkânı bulunmamaktadır. 1971 tarihli Ön Tasarı'da, anlaşmalı boşanmanın sakıncaları olarak devletin boşanma konusunda sadece tescil makamı olarak kalacağı, belli süreli ve tecrübe mahiyetinde evliliklere yol açacağı, aile düzenini çoğunlukla kadın aleyhine alt üst edeceği ifade edilmiştir[11]. Ancak, anlaşmalı boşanmanın kabul edilmemesi boşanmanın zorlaştırılmasına ve zamanla çeşitli sakıncaların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu anlamda özellikle taraflar boşanma hususunda anlaştıkları takdirde, evlilik birliğinin çekilmez hale geldiğine ilişkin farklı deliller aramakta, ruh ve inançlarını tamamen yitirmiş eşler boşanmak amacıyla hukuk dışı yollara başvurmaktaydı[12]. Nitekim, 11.02.1988 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan ve 12.05.1988 tarihinde yürürlüğe giren 3444 sayılı Kanun[13]'la MK'ye eklenen hükümler ile anlaşmalı boşanma mümkün kılındı. Değişikliğin genel gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir: "…*eşlerin boşanma için anlaşmış olmalarının boşanma kararı verilmesi için yeterli sayılmaması sebebiyle evlilik birliğini temelden sarsan olayların vukuuna rağmen boşanma kararı verilememesi eşleri müşkül durumda bırakmakta, eşler fiilen ayrı yaşamakta, evlilik sadece hukuken devam etmektedir. İşte bu iki sebebe işlerlik kazandırabilmek için yeni düzenleme ile, belli şartların tahakkuku*

---

[11] **FEYZİOĞLU**, s. 322; Ayrıca *Feyzioğlu*, karşılaştırmalı hukukta anlaşmalı boşanmaya cevaz verilmeye başlanmasına rağmen, *Türk toplumunun yapısının, özellikle Anadolu'nun cefakar ve çilekeş kadınının rızai boşanmayı eşit koşullar ve imkanlar içinde kullanabilecek ve değerlendirebilecek olgunlukta ve durumda olmadığını* ifade ederek, rızai boşanmanın böylesi ağır tehlikelerini göze almaya değecek nitelikte olmadığını belirtmiştir. **FEYZİOĞLU**, s. 325.

[12] **OĞUZMAN, DURAL**, s. 127; **BURCUOĞLU**, Haluk, "Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2018, s. 2; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 269.

[13] 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 49 uncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun, Resmî Gazete ile Yayımı: 12.5.1988 Sayı: 19812, Kanun No: 3444, Kabul Tarihi: 04.05.1988.

hallinde; daha ziyade kusurlu eşe de boşanma davası açma hakkı tanınmış ve kendi aralarında anlaşarak karar vermiş kimselere de bu imkân sağlanmıştır."[14].

Anlaşmalı boşanma imkânı, "*İmtizaçsızlık*" başlığı altında düzenlenen 134. maddeye eklenen 3. fıkra ile getirilmiştir. 3444 Sayılı Kanun'la eklenen 3. fıkraya göre, "*Evlilik en az bir yıl sürmüşse, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin bizzat tarafları dinleyerek iradelerin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini nazara alarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Bu halde 150nci maddenin (3) numaralı bendi hükmü uygulanmaz."* Böylece evliliğin en az bir yıl sürmüş olması ve eşlerin mahkemeye birlikte başvurması ya da bir eşin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi halinde anlaşmalı boşanma mümkün hale getirilmiştir.

3444 Sayılı Kanun ile getirilen tek boşanma sebebi anlaşmalı boşanma değildir. Eklenen bir diğer hüküm de fiili ayrılık sebebiyle boşanma halini düzenlemekte olup 134. maddeye eklenen 4. fıkra uyarınca; "*Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun müşterek hayat yeniden kurulamamışsa eşlerden birinin talebi üzerine boşanmaya karar verilir*.". Fiili ayrılığa dayanan boşanma sebebinin getirilme gerekçesi ise, boşanma davası reddedilen eşin aynı sebeple dava açа-

[14] 743 Sayılı Türk Kanunu Medenîsinin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 49ncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/392), s. 1.

maması ve davadan sonra ortak hayat kurulamamasına rağmen eşler arasındaki evlilik birliğinin devam etmek zorunda olması şeklinde ifade edilmiştir[15].

Son olarak 3444 sayılı Kanunla eklenen boşanma sebeplerinin yanında "*imtizaçsızlık*" başlıklı 134. madde hükmündeki başka bir değişikliğe de değinmek gerekir. Değişikliğin öncesindeki "*Aralarında müşterek hayatın çekilmez bir hâle gelmesini mucip olacak derecede şiddetli bir geçimsizlik baş gösterdiği takdirde karı kocadan her biri, boşanma davasında bulunabilir. / Eğer geçimsizlik, iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise boşanma davasını ikame hakkı ancak diğer tarafa aittir*." hükmüyle boşanma imkânı sadece daha az kusurlu olan eşe tanınmıştı[16]. Değişiklikle birlikte m. 134/1-2 hükümleri şu şekilde düzenlenmiştir: "*Evlilik birliği, müşterek hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa eşlerden her biri boşanma davası açabilir. / Yukarıdaki fıkrada belirtilen hallerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir*." Bu hükümde kusurlu

---

[15] Bunun sonucunda fiili ayrılık, *müzmin bir hastalık gibi yıllar boyu sürüp gitmektedir*. **TÜRK MEDENİ KANUNU ÖNTASARISI VE GEREKÇESİ**, (Kısaltma: **1971 ÖNTASARISI**) Adalet Bakanlığı Yayınları Yeni Seri No:9, 1971 İstanbul, s. 124. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'nun görevlendirildiği bu tasarı ve sonrasındaki Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın görevlendirildiği 1984 tarihli öntasarılar kanunlaşmamıştır. **CEYLAN**, Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, 2006, s. 16. Fiili ayrılık sebebiyle boşanma imkanının getirilmesi hususunda 3444 sayılı Kanun'un gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir: "*Maddeye eklenen son fıkra ile uzun süre fiilen ayrı yaşayan eşlerin boşanmalarına imkân sağlanmış bulunmaktadır. **Bu günkü toplum hayatımızda beş hatta on yıl ve daha fazla bir, süre ayrı yaşamakta olan karı kocalara rastlanmaktadır**. Boşanma davası açan tarafın davası red olunduğunda o taraf müşterek hayata geri dönmek istemediği takdirde kanunî müeyyideler hiçbir zaman onu bu hayata geri dönmeye zorlayamayacaktır. Buna çare olarak maddeye sözü edilen son fıkranın ilâvesi uygun görülmüştür. Bu son fıkraya göre boşanma kararı verilebilmesi için taraflardan birinin hangi sebeple olursa olsun boşanma davası açıp bunun da reddine dair karar verilmiş olması gereklidir. Bu fıkradaki ortak hayatın yeniden kurulmasından maksat karı-kocaya evlenmemin umumî hükümlerinde tanınan hakların kullanılması, yükletilen vazifelerin yerine getirmesini üstlenecek şekilde eşlerin biraraya gelmesidir. Fiilen ayrı yaşayan eşlerin zarurî sebeplerle, çocuklar yüzünden veya bazı münferit nedenlere dayalı olarak biraraya gelmesinin ortak hayatın yeniden kurulması anlamına gelmeyeceği açıktır*." 743 Sayılı Türk Kanunu Medenîsinin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 49ncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/392), m. 4, s. 6.

[16] **TEKİNAY**, s. 167 vd.; **VELİDEDEOĞLU**, s. 220 vd.

eşe de dava açabilme hakkı tanınmakla beraber bu halde daha az kusurlu olan eşe itiraz hakkı tanınmıştır[17]. Değişikliğin gerekçesi olarak aile kurumunu zayıflatmayacak fakat devamında fayda bulunmayan evliliklerde de sırf davacı daha fazla kusurludur diye boşanmayı engellemeyecek bir çözüme yer verildiği ifade edilmiştir[18]. Bu hükümle birlikte davalının boşanmakta direnmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu takdirde, itiraz etkisini kaybedecek ve davacı daha fazla kusurlu olmasına rağmen hâkim boşanmaya karar verebilecektir.

B. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Dönemi

22.11.2001'de yayımlanarak 01.01.2002'de yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK'da boşanma sebepleri 161-166. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu sebepler 3444 sayılı Kanun ile eklenen anlaşmalı boşanma ve fiili ayrılıkla birlikte genel hatlarıyla 743 sayılı MK ile kabul edilmiş olan sebeplerdir[19]. Bu anlamda, 4721 sayılı TMK'da da aynı boşanma sebeplerinin uygulanmasına devam edildiği görülmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki Kıta Avrupası Hukukunda modern sisteme kadar uygulanan sistemde kusur esası, özel sebeplerin aranması ve iradenin rol oynamaması gibi özellikler hakimdi[20]. Avrupa'da halihazırda uygulanan sistemde ise evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesinin benimsenmesi, kusurun sebep ve sonuçta etkili olmaması ve iradi boşanmanın önünün açılması gibi özellikler öne çıkmaktadır. Medeni Kanunumuzun mehazı olan 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu'nda da boşanma sebepleri önceleri Türk hukukunda olduğu gibi ayrıma tabi tutulmakta ise de 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik sonrası boşanma sebeplerinden özel boşanma sebepleri

---

17 **KÖPRÜLÜ, KANETİ**, s. 146; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 265-266.

18 743 Sayılı Türk Kanunu Medenîsinin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 49ncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/392), m. 4, s. 5.

19 **OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", Public and Private International Law Bulletin, C. 35, S. 1, 2015, s. 30; **HATEMİ,** Hüseyin, Aile Hukuku, 2020 İstanbul, s. 115; **KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Aile Hukuku, 2022 Ankara, s. 89.

20 **OKTAY ÖZDEMİR**, s. 29-46, s. 31-32; **GÜRSOY**, s. 5 vd.

kaldırılarak yalnızca genel boşanma sebeplerine yer verilmiştir[21]. Zira boşanmaların ortalama %98,9'unun genel boşanma sebeplerine dayandığı ifade edilmiştir[22]. Ayrıca eşlerden hangisinin daha kusurlu olduğunu ispat etmenin mümkün olmaması ve anlaşmazlığın şiddetlenmesine sebep olması gibi gerekçelerle kusur ilkesine dayanan boşanma sebepleri de terk edilmiştir[23].

İsviçre Medeni Kanunu'ndaki köklü revizyona rağmen doktrinde eleştirildiği üzere sonradan 2002'de yürürlüğe giren yeni TMK'da, boşanma sebepleri bakımından esaslı bir değişiklik yapılmamıştır[24]. Çok nedenli boşanma sisteminin yeni Medeni Kanun ile değiştirilmemiş olmasındaki en büyük etkenin, zinanın suç olmaktan çıkarılması karşısında bir de boşanma sebebi olmaktan çıkarılmasının toplumda yaratacağı sarsıntı olduğu ifade edilmiştir[25]. Bu çerçevede TMK kapsamında karma sistem uygulanmakta olup evlilik birliğinin temelinden sarsılması, iradenin etkili olması gibi özellikler kabul edilmekle

---

[21] **HAUSEER,** Heinz, **GEISER,** Thomas, **AEBI-MÜLLER,** Ragina E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2010 Bern, N. 10.02; **KILIÇOĞLU**, s. 89; **HATEMİ**, s. 114.

[22] **HAUSEER**, **GEISER**, **AEBI-MÜLLER,** N. 10.02

[23] **STECK,** Daniel, **GLOOR** Urs, Rückblick auf 10 Jahre neues Scheidungsrecht, 2010, s. 3 (Çevrimiçi-Swisslex, E.T. 26.02.2024); **SCHWENZER**, Ingeborg, **KELLER**, Tomie,"Recent Developments In Swiss Family Law", Public and Private International Law Bulletin, C. 35, S. 1, 2015, s. 8.

[24] **OKTAY ÖZDEMİR**, s. 31; **ATAMER**, Yeşim, "Rezeption und Weiterentwicklung des schweizerischen Zivilgesetzbuches in der Türkei", Rabels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht, RabelsZ 72, 2008, s. 750; **HATEMİ**, s. 115; **KILIÇOĞLU**, s. 89.

[25] **BURCUOĞLU**, s. 3. "*Komisyon çalışmaları sırasında Medenî Kanunda ayrı ayrı özel boşanma sebeplerine yer verilmeyerek bunların yerine Alman Medenî Kanununda (BGB) olduğu gibi, genel bir sebep olarak sadece "temelden sarsılma" ilkesine dayanan bir boşanma sebebinin kabul edilip edilmemesi konusu uzunca süre tartışılmış, ancak yürürlükteki Kanunun 134 üncü maddesinde 3444 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin genel bir boşanma sebebi olarak Alman Medenî Kanununun 1555 ve 1567 nci maddelerine benzer bir hüküm içerdiği, bu genel boşanma sebebi dışında Tasarının 161 ilâ 165 inci maddelerinde öngörülen özel boşanma sebeplerinin uygulamada bugüne kadar herhangi bir sorun yaratmamış olmaları ve özellikle* ***"zina"nın özel bir boşanma sebebi olmaktan çıkartılıp genel boşanma sebebi olarak "evlilik birliğinin temelden sarsılması" sebebi içinde değerlendirilmesinin Türk toplumunda yanlış yorumlara yol açabileceği düşüncesiyle****, mevcut durumun aynen korunması görüşü ağırlık kazanmıştır*." Türk Medeni Kanunu Tasarısı ile Türk Kanunu Medenisinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Ankara Milletvekili Yücel Seçkiner'in; Ankara Milletvekili Esvet Özdoğu ve Dört Arkadaşının; Aynı Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifleri ve Adalet Komisyonu Raporu (1/611,1/425, 2/36İ, 2/680), s. 10, (TBMM Tutanak Dergisi).

birlikte boşanma sebep ve sonuçlarında ayrıca kusur ve elverişsizlik ilkesi[26] geçerlidir[27].

1. Boşanma Sebeplerinin Sınıflandırılması

Kanunumuzda boşanma sebeplerini sınıflandıran bir ayrım yoksa da doktrinde boşanma sebepleri çeşitli açılardan sınıflandırmalara tabi tutularak incelenmektedir[28]. Boşanma sebebi kanunda öngörülmüş belli olgulara dayanmakta ise özel boşanma sebebi, belli olgulara dayanmıyorsa genel boşanma sebebi olarak ifade edilmektedir[29]. TMK'daki özel boşanma sebepleri; zina, hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk ve akıl hastalığıdır. Diğer yandan evlilik birliğinin sarsılması, eşlerin anlaşmaları ve eylemli ayrılık da genel boşanma sebepleridir. Kanun koyucu burada özel bir sebebe yer vermemiş, evlilik birliğini sarsan çeşitli olaylarda boşanmanın mümkün olabileceğini öngörmüştür; temelden sarsılma kavramı genel olup, tek bir olguyu içermemektedir[30].

Diğer bir sınıflandırma ise ortak hayatın çekilmez hale gelmesinin arandığı nisbi boşanma sebepleri ile bu halin aranmadığı, sebebin gerçekleşmesi halinde eşlerin boşanmasına karar verilmesi gerektiği mutlak boşanma sebepleridir[31]. Boşanma sebebinin nisbi veya mutlak olması, hâkimin takdir yetkisini ön plana çıkarır. Başka bir ayrım kusura dayanan ve dayanmayan boşanma

---

26 Elverişsizlik ilkesi, eşlerden birinin hastalık sebebiyle evliliğin gerektirdiği yükümlülükleri yerine getirememesi hali için söz konusu olmaktadır. **KÖPRÜLÜ, KANETİ**, s. 144; **ÖZTAN**, s. 642; **FEYZİOĞLU**, s. 253; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 242.

27 **VELİDEDEOĞLU**, s. 183; **KÖPRÜLÜ, KANETİ**, s. 142 vd.; **ÖZTAN**, s. 639 vd.; **FEYZİOĞLU**, s. 251; **OKTAY ÖZDEMİR**, s. 32; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 240 vd.

28 **KÖPRÜLÜ, KANETİ**, s. 146 vd.; **VELİDEDEOĞLU**, s. 191; **FEYZİOĞLU**, s. 254 vd.; **OĞUZMAN, DURAL**, s. 113; **DURAL**, Mustafa, **ÖĞÜZ**, Tufan, **GÜMÜŞ**, M. Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 2022 İstanbul, s. 105; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 243; **HATEMİ**, s. 114-115; **KILIÇOĞLU**, s. 91 vd.; **ÖZTAN**, s. 644 vd.

29 **FEYZİOĞLU**, s. 254-255; **KÖPRÜLÜ, KANETİ**, s. 146-147; **ÖZTAN**, s. 644; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ,** s. 105; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 243; **HATEMİ,** s. 115; **KILIÇOĞLU**, s. 91.

30 **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ,** s. 105; **AKINTÜRK, ATEŞ,** s. 243; **KILIÇOĞLU,** s. 108; **ÖZTAN,** s. 644.

31 **KÖPRÜLÜ, KANETİ**, s. 147; **FEYZİOĞLU**, s. 255-256; **AKINTÜRK, ATEŞ,** s. 243-244; **HATEMİ,** s. 116; **ÖZTAN,** s. 644; **KILIÇOĞLU**, s. 91-92.

sebepleridir[32]. TMK'da akıl hastalığı dışındaki özel boşanma sebeplerinden; zina (md.161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (md.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (md.163) ve terk (md.164) kusura dayalı boşanma sebepleridir.

2. Genel ve Özel Boşanma Sebepleri

TMK m. 161-166 hükümlerinde düzenlenen boşanma sebeplerinin çeşitli sınıflandırmalarla incelendiği yukarıda ifade edilmişti. Bu başlık altında boşanma sebepleri genel ve özel boşanma sebepleri şeklinde kategorize edilerek incelenecektir.

a. Genel Boşanma Sebepleri

Genel boşanma sebeplerinden ilki TMK m. 166/1-2 hükmünde düzenlenen evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır. TMK m. 166/1'e göre, "*Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.*" Bu sebeple boşanma davası açılabilmesi için evlilik birliğinin temelinden sarsılması, bu durumun ortak hayatı çekilmez hale getirmesi ve davalının, davacının daha kusurlu olduğunu ileri sürmemiş olması gerekmektedir[33]. Hâkim burada ortak hayatın çekilmez hale gelip gelmediğini incelemek durumunda olduğundan nisbi bir boşanma sebebidir[34]. Yargıtay'ın farklı yönde kararları bulunsa da evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma için doktrinde davalının kusurlu olmasına gerek olmadığı ifade edilmektedir[35]. Diğer

---

[32] **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ,** s. 105; **OĞUZMAN, DURAL**, s. 113.

[33] **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 119 vd.; **ÖZTAN**, s. 680 vd.; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 262 vd.

[34] **VELİDEDEOĞLU**, s. 214; **KÖPRÜLÜ, KANETİ**, s. 169; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 119; **ÖZTAN**, s. 681; **HATEMİ,** s. 122; **KILIÇOĞLU**, s. 107.

[35] **KÖPRÜLÜ, KANETİ**, s. 170; **OĞUZMAN, DURAL**, s. 126; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 121; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 266; **İPEK**, Ali Hasan, Son Tarihli Yayınlanmamış İçtihatlarla Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, 2008 Ankara, s. 74. Yargıtay'ın aksi yöndeki kararlarından biri: "*Söz konusu hüküm uyarınca evlilik birliği, eşler arasında ortak hayatı çekilmez duruma sokacak derecede temelinden sarsılmış olduğu takdirde, eşlerden her biri kural olarak boşanma davası açabilir ise de, Yargıtay bu hükmü tam kusurlu eşin dava açamayacağı şeklinde yorumlamaktadır. Çünkü tam kusurlu eşin boşanma davası*

yandan, TMK m. 166/2'ye göre, davalının kusuru daha fazla olduğu takdirde davacının itiraz hakkı bulunmaktadır: "*Yukarıdaki fıkrada belirtilen hâllerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir*.". Ayrıca boşanma sebebi bağlamında her iki eş kusursuz olsa da evlilik birliği temelinden sarsılmış olabilir[36]. Evlilik birliğini temelinden sarsan olayların ekonomik nedenlerden, cinsel ilişkinin imkansızlığından, hastalıktan, zina derecesine varmayan sadakatsizlikten, güven

---

açması tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı beklenmeyecek derecede temelinden sarsar, sonra da mademki "birlik artık sarsılmıştır" diyerek boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir. Böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer (TMK m. 2). Nitekim benzer ilkeye HGK'nın 04.12.2015 tarihli ve 2014/2-594 E., 2015/2795 K. sayılı kararında da değinilmiştir. Bu durumda kusur ilkesine göre genel sebeple (TMK m. 166/1) ***boşanmaya karar verebilmek için davalının az da olsa kusurlu olması gerekir****."* Yarg. HGK., E. 2017/3156 K. 2021/1209 T. 12.10.2021 (Çevrimiçi- Kazancı - E.T.: 22.02.2024). Doktrinde Yargıtay'ın bu tutumunun isabetsiz olduğu ifade edilmektedir. **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 121, dn. 249; **TÜZÜNER**, Özlem, "Boşanma Açısından Eşle Cinsel Birliktelik Yaşa(ya)mama ve Yargıtay'ın İlgili İçtihatlarının Mukayeseli Aile Hukuku Penceresinden Eleştirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 29, S. 1, 2023, s. 429-430, dn. 126. *Burcuoğlu*, bu durumda ortaya çıkabilecek sorunlar bakımından şu ifadelere yer vermiştir: "*Melek davalı eşin, evlilikten hiçbir beklentisinin bulunmadığı, boşanma davasında hiçbir maddi talebi olmadığı, çocukların da ergin ve evliliğin sürdürülmesinde herhangi bir yararlarının var olmadığı, nihayet davalı eşin, modern görüşlü, yani mahalle baskısından etkilenmeyeceği saptanmış olsa bile, hafif kusurlu eşinin açtığı davayı sonuçsuz bıraktırabilecektir. Hemen vurgulamakta yarar görüyorum; bu örnekte davalının bir ve tek amacı olabilir. Bu bir ve tek amaç da İNTİKAM'dır. Hukukta, hele hele aile hukukunda intikama yer yoktur ve olmamalıdır*." **BURCUOĞLU**, s. 4-5. Nitekim 743 Sayılı MK döneminde bu tutum eleştirilmiş, "*Boşanma hukukunda buhran*" şeklinde adlandırılan bu durumun sebebinin Yargıtay tarafından şiddetli geçimsizliğe ilişkin olan 134/2 hükmünün çok dar yorumlanması, kusuru daha çok olan eşe hiçbir şekilde boşanma hakkının tanımaması gösterilmiştir. **GÜRSOY**, s. 35. *Velidedeoğlu* da eski m. 132/2 hükmünün amacının bir kimsenin kendi kusuruna dayanarak menfaat elde edememesi hususu olduğu gerekçesiyle Yargıtay'ın öncelikle davacının kusurlu olup olmadığının araştırılması gerektiğine ilişkin kararını eleştirmiştir. **VELİDEDEOĞLU**, s. 222.

[36] **VELİDEDEOĞLU**, s. 221; **OĞUZMAN, DURAL**, s. 126; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 119; **ÖZTAN**, s. 681; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 266; **HATEMİ,** s. 122; **İPEK,** s. 75.

sarsıcı davranıştan yahut şeref veya saygınlığa aykırı davranışlardan ileri gelebileceği ifade edilmiştir[37].

Diğer bir genel boşanma sebebi de TMK m. 166/3 hükmünde düzenlenen anlaşmalı boşanmadır. Eşlerin anlaşmalı boşanabilmesi için evliliğin en az bir yıl sürmüş olması, eşlerin birlikte mahkemeye başvurması veya birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmiş olması, hâkimin bizzat tarafları dinlemesi ve yaptıkları anlaşmayı uygun bulması gerekmektedir[38]. Eşlerin boşanma hususunda anlaşmış olmaları evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu ve ortak hayatın çekilmez olduğu hakkında bir faraziye teşkil eder[39]. Bu nedenle bu boşanma sebebi mutlak bir boşanma sebebi olarak değerlendirilmektedir.

Genel boşanma sebepleri kapsamında son olarak TMK m. 166/4 hükmünde fiili ayrılık kurumu düzenlenmiştir. Bu sebeple boşanma için, daha önce açılan boşanma davasının reddedilmiş olması ve red kararının üzerinden kesintisiz olarak üç yıl geçmiş olmasına rağmen ortak hayatın halen kurulamamış olması gerekmektedi[40]. Hâkim, gerekli şartlar oluştuğu takdirde, bu sebeple açılan bir boşanma davasında boşanmaya karar vermek zorundadır ki bu da bu sebebin mutlak bir boşanma sebebi olduğunu göstermektedir[41]. Ancak

---

[37] **İPEK**, s. 43 vd.; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 120; **ÖZTAN**, s. 683 vd.; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 263-264. "*... davalı-davacı (koca)'nın evlilik birliğine ilişkin görevlerini yerine getirmediği, ayrı bütçe oluşturduğu, cimrilik ölçüsünde tutumlu olduğu, beden temizliğine özen göstermeyerek ter koktuğu anlaşılmaktadır. Kocanın gerçekleşen ve süreklilik gösteren bu tutum ve davranışları sonucu evlilik birliği temelinden sarsılmış olup, kadına atfedilebilecek bir kusur bulunmamaktadır*." Yarg., 2. HD., E. 2012/5303 K. 2012/24965 T. 17.10.2012 (Çevrimiçi- Lexpera - E.T.: 22.02.2024).

[38] **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 123 vd.; **ÖZTAN**, s. 693 vd.; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 270 vd.; **HATEMİ,** s. 124; **KILIÇOĞLU**, s. 112 vd.

[39] **KÖPRÜLÜ, KANETİ**, s. 174; **OĞUZMAN, DURAL**, s. 128; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 123; **ÖZTAN**, s. 693; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 269; **HATEMİ,** s. 124; **KILIÇOĞLU**, s. 108.

[40] **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 126; **ÖZTAN**, s. 701; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 273-274; **HATEMİ,** s. 121; **KILIÇOĞLU**, s. 114.

[41] **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 127. Bu hüküm, doktrinde boşanmaya sebep olan olaylarda kusurlu olan eşin açtığı boşanma davasının reddinin ardından yeni bir boşanma davası açabilmesi sebebiyle eşleştirilmiş, kusurlu eşe prim verildiği ifade edilmiştir. **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 127-128; Aksi yönde **ÖZTAN**, s. 704-705. Kanımızca kusurlu olan eşin de boşanma hakkının olması gerekmektedir. Aksine bir sonuç evlilik birliğini sürdürmek istemeyen tarafın bu kurumla zorla bağlı olmasına, varsa çocukların da yararı bakımından sakıncalı sonuçlar doğmasına elverişli bir ortam yaratılacaktır.

Anayasa Mahkemesi 19.04.2024 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan, E.2023/116, K.2024/56 sayılı ve 22.02.2024 tarihli kararında dokuz ay sonra yürürlüğe girmek üzere bu hükmü iptal etmiştir[42].

b. Özel Boşanma Sebepleri

Özel boşanma sebeplerinden biri olan zina, TMK m. 161'de düzenlenmiştir. Kanunda zina tanımlanmamakla birlikte öğretideki kabule göre evlilik birliği içinde eşlerden birinin karşı cinsten[43] bir başkası ile kusurlu olarak cinsel ilişkide bulunması gerekmektedir. Şartların gerçekleşmesi halinde hâkim boşanmaya karar vermek durumunda olup ortak hayatın ayrıca çekilmez hale gelip gelmediğini incelemez, bu nedenle zina sebebiyle boşanma mutlak bir boşanma sebebidir[44]. Hükümde zina sebebiyle boşanma için sebebin öğrenilmesinden itibaren 6 ay ve her halde zina eyleminden itibaren 5 yıllık bir hak düşürücü süre öngörülmüştür. Zina durumunda affeden eşin dava hakkı bulunmadığı hükümde ayrıca ifade edilmiştir[45].

---

[42] İptal kararına ilişkin gerekçelere Boşanma Sebeplerine Getirilen Eleştiri ve Öneriler başlığı altında yer verilmiştir.

[43] Doktrinde hâkim görüş uyarınca, eşlerden birinin zina sebebiyle dava açabilmesi için diğerinin aynı cinsten değil *karşı cinsten* biriyle cinsel ilişkide bulunmuş olması şartı aranır. Dolayısıyla eşcinsel ilişki halinde zinaya dayalı değil, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına veya haysiyetsiz hayat sürmeye dayalı boşanma davası açılması gerektiği ileri sürülmüştür. **VELİDEDEOĞLU**, s. 194; **FEYZİOĞLU**, s. 260; **KÖPRÜLÜ, KANETİ**, s. 151; **OĞUZMAN, DURAL**, s. 113-114; **ÖZTAN**, s. 645; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 106; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 246; **TEKİNAY**, s. 176; **HATEMİ,** s. 117. Ancak doktrinde bu görüş eleştirilmiş ve eşcinsel ilişkinin de zinaya dayalı boşanma sebebi olarak sayılması gerektiği ifade edilmiştir. **KILIÇOĞLU**, s. 92; **DEDE,** İsmail, "Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan, C. 23, S. 3, 2017, s. 660; **DOĞU,** Hakkı Mert, "Eşin Aynı Cinsten Biriyle Yaşadığı Cinsel İlişkinin Bazı Boşanma Sebepleri Bakımından Değerlendirilmesi", KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S.1, 2019, s. 85-94, s. 88. Kanımızca da zina sebebiyle boşanma kurumunun amacı, evlilik birliğinin eşlere yüklediği sadakat yükümlülüğüne aykırı davranılması olduğundan özel boşanma sebebi olan zina kanunlarımızda bulunmaya devam ettiği sürece eşcinsel ilişkinin de zina kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

[44] **VELİDEDEOĞLU**, s. 193; **OĞUZMAN, DURAL**, s. 115; **TEKİNAY**, s. 178; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 108; **HATEMİ,** s. 116.

[45] Eşin zinasına önceden rıza gösterilmesi geçerli olmayıp affın ancak olayın gerçekleşmesinin ardından söz konusu olabileceği ifade edilmiştir. **FEYZİOĞLU**, s. 264; **VELİDEDEOĞLU**, s. 198; **OĞUZMAN, DURAL**, s. 116; **KÖPRÜLÜ, KANETİ**, s. 152; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 109; **ÖZTAN**, s. 652; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 248; **HATEMİ,** s. 117-118.

Bir diğer özel boşanma sebebi de TMK m. 162'de düzenlenen hayata kast, pek kötü ya da onur kırıcı davranıştır[46]. Hayata kast sebebiyle boşanmanın söz konusu olabilmesi için bir eşin, aktif veya pasif bir davranışla diğerinin hayatına kast amacıyla hareket etmesi yeterlidir[47]. Diğer yandan pek kötü veya onur kırıcı davranış ise eşin sağlığını, vücut bütünlüğünü veya hürriyetini ve manevi varlığını ihlal eden davranışlardır[48]. Mutlak boşanma sebebi olması dolayısıyla bu hallerin varlığı ispatlandığı takdirde hâkim boşanmaya karar verir[49]. Burada tıpkı zinada olduğu gibi davaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak 6 ay ve her halde bu sebebin doğumundan itibaren 5 yıllık hak düşürücü süreye yer verilmiştir ve affedenin dava hakkı yoktur.

TMK m. 163'te düzenlenen küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma yine özel boşanma sebeplerinden biridir. Nisbi boşanma sebebi olduğundan bu durumların varlığı tek başına boşanmaya sebebiyet vermemektedir[50]. Hâkim, şartların gerçekleşmesiyle birlikte ayrıca bu

---

[46] Bu boşanma sebeplerine ilişkin bazı yargı kararları: "*…davacı-karşı davalı erkeğin … içeri girip eşini yatak odasına götürerek koluna vurduğu, saçını çektiği ve tanık ifadesine göre erkek eşin elinde bir yumak saç kaldığı, bu olay nedeniyle … tarafların yargılanarak ceza aldığı, …diğer yandan erkeğin eşini etrafta "ahlâksız, içkici" gibi sözlerle kötülediği… O hâlde, davacı-karşı davalı **erkeğin eşine fiziksel şiddet uygulaması ve sarf ettiği hakaret sözcükleri dikkate alındığında bu eylemlerin onur kırıcı davranış sayılacağı**, dolayısıyla TMK'nın 162. maddesinde belirtilen koşulların oluştuğu ve kadın eşin karşı davasının kabulü gerekтiği belirgindir*." Yarg. HGK, E. 2017/2-2420 K. 2019/750 T. 20.6.2019 (Çevrimiçi- Kazancı - E.T.: 23.02.2024). "*Gerçekleşen bu durum karşısında, dosya kapsamına yansıyan **hakaret ve aşağılamaların sıklığı** ile içerikleri ve ağırlığı dikkate alındığında davalı-karşı davacı kadının, davacı-karşı davalı erkeğe onur kırıcı davranışta bulunduğu görülmekle, davacı-karşı davalı erkeğin de boşanma davasının (TMK m. 162) kabulü zorunlu hale gelmiştir.*" Yarg. 2. HD., E. 2018/196 K. 2019/929 T. 12.2.2019 (Çevrimiçi- Kazancı - E.T.: 23.02.2024).

[47] **FEYZİOĞLU**, s. 270; **TEKİNAY**, s. 183; **ÖZTAN**, s. 654; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 109; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 249.

[48] **KÖPRÜLÜ, KANETİ**, s. 154; **FEYZİOĞLU**, s. 271; **TEKİNAY**, s. 184; **ÖZTAN**, s. 656-658; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 110; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 249; **KILIÇOĞLU**, s. 96.

[49] **FEYZİOĞLU**, s. 270; **TEKİNAY**, s. 184; **ÖZTAN**, s. 654; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 109; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 251.

[50] **ÖZTAN**, s. 664; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 111; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 253; **HATEMİ,** s. 119; Yargıtay, 743 Sayılı MK'de küçük düşürücü suçun mutlak bir boşanma sebebi olarak belirlendiği ancak 4721 sayılı Kanun'la bu sebebin nisbi olarak belirlendiğini ifade etmiştir; "*Yürürlükten kaldırılan Türk Kanunu Medenisi'ndeki düzenlemeden (md. 131) farklı olarak, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, küçük **düşürücü suç işlemeyi mutlak boşanma sebebi olmaktan çıkarmış**, bu sebepten ötürü suç işleyenle birlikte yaşaması davacı eşten beklenmeyecek derecede evliliğin çekilmez hale gelmiş olmasını da aramıştır.*" Yarg. 2. HD., E. 2009/16080, K. 2010/17409, T. 21.10.2010 (Çevrimiçi- Kazancı - E.T.: 24.02.2024).

durumun ortak hayatı çekilmez hale getirip getirmediğini incelemelidir. Kanunda "küçük düşürücü suç" deyimine dahil olan suçlar sayılmış değildir. Bir suçun "küçük düşürücü suç" olup olmadığını hâkim, toplumun genel ahlak kuralları çerçevesinde failin hareket nedenini ve karakterini değerlendirerek belirleyecektir[51]. Diğer yandan "haysiyetsiz hayat sürme" de yine toplumun ahlak anlayışına göre belli bir andan beri süregelen haysiyet kavramıyla bağdaşmayacak şekilde yaşamak olarak ifade edilmektedir[52].

TMK m. 164 hükmünde düzenlenen terk sebebiyle boşanma da özel boşanma sebepleri arasındadır. Eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmemek maksadıyla ortak konuttan ayrılması, haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmemesi, diğer eşin ortak konuttan ayrılmaya zorlanması veya haklı sebep olmaksızın ortak konuta dönmesinin engellenmesi[53] hallerinde terk sebebiyle boşanma gündeme gelir[54]. Terkin gerçekleştiği andan itibaren dört ay sonra ihtar çekilmeli ve ihtar için iki ay süre verilmeli, nihayetinde bu sebebe dayanarak dava açılabilmesi için terk olgusunun üzerinden minimum toplam altı ay[55] geçmelidir[56]. Terk sebebiyle boşanma

---

[51] **TEKİNAY**, s. 187; **VELİDEDEOĞLU**, s. 203; **OĞUZMAN, DURAL**, s. 118; **ÖZTAN**, s. 664; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 112.

[52] Doktrinde bu hallere sarhoşluk, kumarbazlık, genelev işletme, uyuşturucu madde ticareti yapma, hemcinsiyle ilişki kurma gibi davranışlar örnek olarak verilmektedir. **VELİDEDEOĞLU**, s. 205; **FEYZİOĞLU**, s. 275; **KÖPRÜLÜ, KANETİ**, s. 156; **OĞUZMAN, DURAL**, s. 118; **ÖZTAN**, s. 665; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 112; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 253.

[53] Diğer eşin ortak konuttan ayrılmasını sağlama veya ortak konuta dönmesini engelleme hususlarının da terk kapsamında olması kuralı 4721 sayılı TMK ile getirilmiştir. **KILIÇOĞLU**, s. 100. "*Buradaki "terk etmiş sayılma hâli" kanunun kabul ettiği bir hukuki sonuç olması sebebiyle "kanuni terk" olarak isimlendirilmelidir. Kanuni terk; ya eşi ortak konutu terk etmeye zorlamak ya da haklı bir sebep olmaksızın eşin ortak konuta dönmesini engellemek şeklinde ortaya çıkar. Burada açıkça anlaşılacağı üzere* ***mutlak şekilde "terke mecbur etme" eylemi söz konusudur.***" Yarg. HGK., E. 2017/2727, K. 2020/846, T. 4.11.2020 (Çevrimiçi- Lexpera - E.T.: 23.02.2024).

[54] **ÖZTAN,** s. 666-667; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 114; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 254-255; **TOPUZ**, Murat, "Yargıtay Kararları Işığında Terk Sebebiyle Boşanma", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2006, s. 231 vd.

[55] 743 Sayılı MK'de bu süre üç ay olarak belirlenmişti. **KÖPRÜLÜ, KANETİ**, s. 159; **FEYZİOĞLU**, s. 282; **OĞUZMAN, DURAL**, s. 119; **TEKİNAY**, s. 190; **VELİDEDEOĞLU**, s. 206; **KILIÇOĞLU**, s. 100.

[56] **ÖZTAN,** s. 669; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 115; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 258; **TOPUZ**, s. 238.

için gerekli şartlar oluştuğunda hâkim boşanmaya karar vermek durumunda olduğundan mutlak bir boşanma sebebi olduğu ifade edilmektedir[57].

Özel boşanma sebeplerinden sonuncusu TMK m. 165'te düzenlenen akıl hastalığı sebebiyle boşanmadır. Bu sebeple boşanma davası açılabilmesi için eşlerden birinin evlendikten sonra ortaya çıkan[58] bir akıl hastalığının bulunması, hastalığın iyileşmeyeceğinin resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmiş olması ve bu durum sebebiyle ortak hayatın diğer eş için çekilmez hale gelmesi gerekmektedir[59]. Akıl hastalığı sebebiyle boşanmada ayrıca çekilmezlik unsuru arandığı için nisbi bir boşanma sebebi olarak sınıflandırılmaktadır[60].

---

[57] **FEYZİOĞLU**, s. 279; **OĞUZMAN, DURAL**, s. 121; **ÖZTAN,** s. 667; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 116; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 258; **HATEMİ,** s. 120.

[58] Bu husus doktrinde tartışmalıdır; bir görüşe göre, akıl hastalığına dayalı boşanmanın söz konusu olabilmesi için hastalığın evlilikten sonra ortaya çıkmış olması gerekir. Evlenmeden önce mevcut olan hastalık, halihazırda zaten kesin evlenme engeli olması dolayısıyla bir butlan sebebidir. **VELİDEDEOĞLU**, s. 212; **ÖZTAN**, s. 675; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 259; **TEKİNAY**, s. 198. Diğer bir görüşe göre ise evlenmeden önce var olan bir akıl hastalığına dayanılarak eş dilerse mutlak butlan, dilerse boşanma davası açabilir. **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 117; **EROL**, Yasemin, "Akıl Hastalığına Dayalı Boşanma", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 2011, s. 128; Benzer yönde, **HATEMİ,** s. 120; **KILIÇOĞLU**, s. 106.

[59] **ÖZTAN**, s. 675; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 117; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 259-260; **EROL**, s. 126-127; Örneğin Yargıtay, rezidüel şizofreni ve bipolar bozukluk hastalıklarının akıl hastalığına dayanan boşanma sebebi olabileceğine, ancak sara hastalığının bu kapsamda değerlendiremeyeceğine hükmetmiştir: "*Davalı kadının, **Rezidüel Şizofreni** denilen akıl hastalığına musap bulunduğu ... mevcut hastalığı nedeniyle evlilikte kendisine yüklenen görevleri yerine getirmesinin beklenemiyeceği, Adli Tıp 4. İhsas Kurulunun 9.10.2002 tarihli raporu ile belirlendiğine göre...*" Yarg, 2. HD., E. 2003/3064 K. 2003/4349 T. 27.3.2003 (Çevrimiçi- Kazancı - E.T.: 23.02.2024). *"...Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesinden alınan 12.06.2015 tarihli sağlık kurulu raporunda; **"Bipolar bozukluk"** tanısıyla tedavi gördüğü... özellikle diğer eş için nüks döneminde evliliğin çekilmez hale gelebileceği belirtilmiştir..."* Yarg, 2. HD., 2015/20952 E., 2016/14470 K. 08.11.2016 T. (Çevrimiçi- Yargıtay Karar Arama- E.T.: 26.02.2024). "*Davalının **"temporal tipte epilepsi (sara)"** hastası olduğu ...evliliği, yürütebilecek yeterliğe sahip olduğu da belirlenmiştir*." Yarg. 2. HD. E. 2004/4941 K. 2004/7899 T. 15.6.2004 (Çevrimiçi- Kazancı- E.T.: 26.02.2024). 743 Sayılı MK döneminde akıl hastalığı sebebiyle boşanmaya karar verilebilmesi için hastalığın üç yıldan beri devam etmesi gerekmekteydi. **KÖPRÜLÜ, KANETİ**, s. 165; **OĞUZMAN, DURAL**, s. 122; **KILIÇOĞLU**, s. 105; **FEYZİOĞLU**, s. 296.

[60] **FEYZİOĞLU**, s. 295; **TEKİNAY**, s. 200; **DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ**, s. 117; **AKINTÜRK, ATEŞ**, s. 260; **HATEMİ**, s. 115.

III. BOŞANMA SEBEPLERİNE GETİRİLEN ELEŞTİRİ VE ÖNERİLER

Türk Hukukunda boşanmanın hâkim kararıyla ve belirli sebeplerle mümkün olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Bu doğrultuda TMK'da özel ve genel boşanma sebepleri olmak üzere ağırlıkla kusur ilkesinin hâkim olduğu çeşitli sebepler belirlenmiştir. Diğer yandan karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde diğer ülkelerde boşanma sebepleri hususunda çağın gereklerine uygun olarak çeşitli değişiklikler yapılmış ve yapılmakta olduğu görülmektedir. Bu anlamda Türk Hukuku bakımından da boşanma sebeplerine ilişkin olarak doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür[61].

Öncelikle boşanma sebeplerinde kusur prensibinin terk edilmesi gerektiği savunulmaktadır[62]. MK'nin mehazı olan İsviçre'de ve benzer şekilde Almanya'da kusur unsuru terk edilmiştir[63]. Doktrinde özellikle Yargıtay'ın kabul ettiği kusurlu olanın boşanamaması şeklindeki yorumun boşanmanın sıkı şekil kurallarına bağlanması sebebiyle evliliğin zoraki sürmesine, kişinin iste-

---

61 Özellikle aile kavramıyla kastedilen yapının küçülmesi, dolayısıyla içeriğinin değişmesiyle birlikte aile hukuku alanındaki problemlere de güncellenmiş çözümlerin getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. **KARABAĞ BULUT**, Nil, "Avrupa Aile Hukukunun Boşanma ve Boşanma Sonrası Nafaka Yükümlülüğü Hakkındaki Temel İlkeler (CEFL)", İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, 8 Mart 2022 Özel Yayımı, s. 35.

62 **OKTAY ÖZDEMİR**, s. 37; **KARABAĞ BULUT**, s. 38; **ALTINOK ORMANCI,** Pınar, "Fransız Boşanma Hukuku Revizyonunun Getirdikleri: Türk Boşanma Hukukunda Olası Bir Revizyon İçin Değerlendirmeler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 71, S. 4, 2022, s. 1448. Evliliğin bir tarafın boşanma talebiyle sona erdirilebilmesi için muhakkak karşı tarafa kusur yüklemesi gerektiği düşüncesinin altında boşanmayı talep etmenin tek başına kınanmayı gerektiren bir davranış olarak görünmesi gösterilmektedir. **YÜCEL**, Özge, Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinden Kusurdan Bağımsızlığa Geçiş, 2023 Ankara, s. 123. Kusura dayalı boşanma sebepleri sisteminin eşlerin özel yaşamına, uyuşmazlığın derinleşmesine, toplumsal cinsiyet eşitliğine etkileri için Bkz. **YÜCEL**, s. 221 vd.

63 **HAUSEER, GEISER, AEBI-MÜLLER,** N. 10.06; **KAPPLER**, Tobias, (**JOHANNSEN**, Kurt H., **HENRICH**, Dieter, **ALTHAMMER**, Christoph), Faimilienrecht- Scheidung, Unterhalt, Verfahren, Kommentar, 2020 Münih, Rn. 8-10. (Çevrimiçi, Beck Online- E.T.: 28.02.2024); **GÜVEN**, Kudret, "Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2015, s. 45-49. Benzer şekilde Fransız hukukunda da kusur unsuru tamamen terk edilmemekle birlikte kusura dayalı pek çok sonucun ortadan kaldırıldığı ifade edilmektedir. **ALTINOK ORMANCI**, s. 1440.

mediği evlilikte yıllar boyu kalmasına yol açtığı ifade edilmiştir[64]. Bununla birlikte, kusur araştırmasının boşanmayı uzattığı, hâkimin üçüncü kişi olarak kimin daha kusurlu olduğunu tespit etmesinin mümkün olmadığı[65], ayrıca TMK m. 236/2 hükmü sebebiyle tarafların birbirine kusur yükleyerek mali hak elde etmeye çabaladıkları belirtilmiştir[66].

Bir diğer öneri olarak boşanma sebepleri bakımından özel boşanma sebeplerinin terk edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür[67]. Nitekim birçok ülkede bu anlamda değişiklik yapılmış, çoklu boşanma sebepleri sistemi kaldırılmıştır[68].

---

[64] **ALTINOK ORMANCI**, s. 1447; **İPEK**, s. 86. "*Boşanmanın adeta bir ceza, yaptırım olarak kabul edildiği bir hukuk anlayışının kalıntısı olarak evlilik kabahati işleyen kişinin boşanmayla cezalandırılması hedeflenmiş, diğer yandan da kabahat işleyen kişi boşanmak isterse ona boşanmama yoluyla ceza verilmesi uygun görülmüştür*." **YÜCEL**, s. 560. *Yücel* ayrıca eşlerin evli kalmaya zorlanmasının kişilik haklarına aykırılık oluşturduğu ifade edilmiştir. **YÜCEL**, s. 350. Diğer yandan kamu düzeni bakımından toplumun faydasına olan sağlıklı bir aileden bahsedebilmek için öncelikle evlilik birliğinin bozulmadığı, şiddet ve huzursuzluğun olmadığı bir birlik içerisinde eşlerin sağlıklı psikolojiyle kendi iradeleriyle yer almalarının gerektiği ifade edilmiştir. **KARABAĞ BULUT**, s. 36.

[65] **KARABAĞ BULUT**, s. 38; **OKTAY ÖZDEMİR**, s. 33; **ALTINOK ORMANCI**, s. 1448.

[66] TMK m. 236/2: "*Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir*." Bu hüküm doktrinde eleştirildiği üzere eşleri zina ve hayata kast sebebiyle boşanma davası açmaya teşvik ederek tabiri caizse tüm kirli çamaşırları ortaya dökme ve intikam alma amacıyla hareket etmelerine sebep olmaktadır. **ŞIPKA**, Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 2011 İstanbul, s. 272, dn. 289. **OKTAY ÖZDEMİR**, s. 67.

[67] **OKTAY ÖZDEMİR**, s. 37; **YÜCEL** s, 368; **BURCUOĞLU**, s. 3; **TOPUZ**, s. 246. Aksi yönde: **GÜVEN**, s. 54-55; **CEYLAN**, s. 26.

[68] Örneğin, İsviçre'de ZGB Art. 111-115 arasında düzenlenen boşanma sebepleri anlaşmalı (tam anlaşma- Art. 111 ve kısmi anlaşma Art. 112) ve tek tarafın talebine dayanan sebep olmak üzere iki ana başlık altında düzenlenmiştir. Tek tarafın talebine dayanan dava yoluyla boşanmada eşlerden her biri iki yıldan beri ayrı yaşama hali varsa veya bu yoksa bile evliliğin devamı kendisi için katlanılmaz hale gelmiş ise (temelden sarsılma) boşanma talep edebilir. **HAUSEER, GEISER, AEBI-MÜLLER,** N. 10.04 vd; **SCHWENZER**, **KELLER**, s. 8-9; **JUNGO**, Alexandra, (Arnet Ruth,Breitschmid Peter,Jungo Alexandra), Personen und Familienrecht Art. 1–456 ZGB - Partnerschaftsgesetz, 2023 Zürich, s. 393 (Çevrimiçi-https://www.swisslex.ch/de/, E.T. 26.02.2024); **GÜVEN**, s. 43; **KILIÇOĞLU**, s. 89-90; **TOPUZ**, s. 226. Doktrinde ihtilaflı boşanma sebepleri arasında bir hiyerarşi bulunduğu, esas olanın ayrı yaşama sebebiyle boşanma olup katlanılmazlık durumunun ikincil ve istisnai olduğu ifade edilmiştir. **FANKHAUSER**, Roland, Band I: ZGB / Vorbemerkungen zu Art. 111–115, 2022, s. 29-30. Almanya'da ise 1977'de boşanmanın özel sebepleri kaldırılmış, tek boşanma sebebi olan "evlilik birliğinin başarısızlığa uğraması" ("evliliğin çökmesi") kabul edilmiştir. BGB § 1565'de başarısız olan bir evlilikte boşanılabileceği, devamında eşler bir yıldır ayrı yaşıyor ve ortaklığın yeniden kurulması beklenmiyorsa evlilik birliğinin çöktüğünün varsayıldığı öngörülmüştür. **KAPPLER**, (**JOHANNSEN**, **HENRICH**, **ALTHAMMER**), Rn. 11 vd.; **GÜVEN**, s. 47; **TOPUZ**, s. 227.

Gerçekten de Türk Hukuku bakımından boşanma oranları dikkate alındığında boşanma sebeplerinin %90'ından fazlasının genel boşanma sebebine dayandığı görülmektedir[69]. Diğer yandan *Burcuoğlu*, çok nedenli boşanma sisteminin ve kusur ilkesinin etkisiyle aile kavramının zayıfladığını ifade etmiştir[70]. Bunun yanında esasında tüm özel boşanma sebeplerinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının söz konusu olduğu da ifade edilebilir[71]. Başka bir açıdan, özel boşanma sebepleri uygulanmaya devam edildiği takdirde, özellikle medyada örneğin "Eşe 'alo' demek boşanma sebebidir"[72] şeklinde çeşitli olayların ayrıca boşanma sebebi olarak algılanmasına ilişkin yaklaşımlar da devam edecektir[73].

Doktrinde getirilen başka bir öneri de anlaşmalı boşanma[74] için evliliğin

---

69 **BURCUOĞLU**, s. 3. Türkiye'de 2023 yılında gerçekleşen toplam 171881 boşanmadan 165051 tanesi genel sebeplere dayanmaktadır. Türkiye İstatistik Kurumu, (Çevrimiçi, https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bosanma-Istatistikleri-2023-53707- E.T.: 25.02.2024).

70 **BURCUOĞLU**, s. 6.

71 **BURCUOĞLU,** s. 3. **TOPUZ**, s. 246; **CEYLAN**, s. 27. Diğer yandan boşanma bir yaptırım olmayıp kişilerin kendi yaşamının düzenlenmesi niteliğinde olduğundan herhangi bir sebep sunulmasının gerekmediği, tek taraflı boşanma talebi halinde "kalıcı değişiklik" kavramının uygun olacağı belirtilmiştir. **YÜCEL**, s. 365-566.

72 (Çevrimiçi, https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/ciftleri-yakindan-ilgilendiriyor-alo-demek-bosanma-sebebi-2178199, E.T.: 29.02.2024). Yarg., 2. HD., E. 2023/3425 K. 2023/6487 T. 25.12.2023 (Çevrimiçi- Lexpera- E.T.: 29.02.2024).

73 Zira çok nedenli boşanma sistemi, medyada her türlü olayın boşanma nedeni olarak algılanmasına sebep olmaktadır. **BURCUOĞLU**, s. 4. *Yücel* de, boşanma davasında eşlerin birbirlerini suçlayıcı olaylara dayanarak bunların ispatına zorlanmasının boşanma davalarının magazin konusu olmasına sebep olduğunu ifade etmiştir. **YÜCEL**, s. 227.

74 Bu noktada ayrıca bahsedilmesi gereken bir husus da bazı ülkelerde uygulanmaya başlanan anlaşmalı boşanmanın noterlik makamı gibi mahkeme dışı alanda gerçekleştirilmesi yoludur. Örneğin; Norveç, Danimarka, İtalya, İspanya ve Fransa'da eşlerin mahkemeye başvurmaksızın boşanmanın mali sonuçları hususunda anlaşmalarıyla mahkeme dışında yetkili bir makama başvurmaları mümkündür. **ÜREM ÇETİNEL**, Merve, **GÜNEŞ**, Biset Sena, "Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y. 5, S. 2020/1, s. 309-340, s. 318 vd. Burada amacın boşanmanın hızlı ve daha az masrafla mümkün olmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir. **ÜREM ÇETİNEL, GÜNEŞ**, s. 314. Ancak karşı görüşe göre, toplumsal cinsiyet eşitsizliği sebebiyle ilişkisel bağımsızlığı olmayan zayıf durumdaki eşin haklarının ve çocukların menfaatinin mahkeme kanalıyla sağlanmasının yerinde olduğu ifade edilmiştir. **YÜCEL**, s. 566.

bir yıl devam etmesi şartının aranmaması gerektiğidir[75]. Benzer şekilde fiili ayrılıkta da önceden açılmış ve reddedilmiş bir davanın olmasının beklenmemesi ve bu kararın kesinleşmesinden itibaren boşanma davası açılabilmesi için üç yıl gibi uzun bir sürenin aranmamasının gerektiği ifade edilmekteydi[76]. Nitekim sempozyumun gerçekleştirildiği tarihten sonra yukarıda bahsedildiği üzere 19.04.2024 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca TMK m. 166/4 iptal edilmiştir[77]. Hükmün iptal gerekçesi olarak, yazılı yargılamaya tabi olan boşanma davasında öncelikli olarak aranan şart olan boşanma davasının reddi için uzun bir süre gerekmesi, yine red kararının kesinleşmesi için de kanun yoluna başvuru aşaması düşünüldüğünde uzun bir süre beklenmesi gerektiği, bunun yanında ayrıca maddede kesinleşmenin ardından üç yılın geçmesi gerektiği değerlendirildiğinde eşlerin fiili ayrılık sebebiyle boşanma davası açabilmeleri için makul olmayan süreler boyun-

---

Ayrıca günümüzde dijital boşanma (digital divorce) uygulaması da tartışılmaya başlanmıştır. **GÜNEŞ PESCHKE**, Seldağ, "Dijital Boşanmaya İlişkin Güncel Düzenlemeler: Farklı Ülke Uygulamaları", KADEM, Kadın Araştırmaları Dergisi, IV, S. 1, 2018, s. 121-146, s. 128. Teknolojik gelişmeler boşanma hususunda da değişimi beraberinde getirmiş ve bu kapsamda eşlerin bir araya gelmelerine gerek kalmadan boşanabildiği bu boşanma türü Birleşik Krallık ve Hollanda'da uygulamaya konulmuştur. **GÜNEŞ PESCHKE,** s. 129. Bu sistemde eşlerin velayet ve finansal anlaşmalarına ilişkin belgeleri mahkeme sistemine yükleyerek gerekli şartları sağlamaları gerekmektedir. **GÜNEŞ PESCHKE,** s. 134. Bu sistem her ne kadar hızlı ve ekonomik olup eşlerin fiziksel olarak aynı ortama girmelerine gerek olmadan boşanmalarını sağlasa da boşanma kararının çok kısa sürede alınması sebebiyle pişmanlıklara sebep olabileceği ifade edilmiştir. **GÜNEŞ PESCHKE,** s. 141.

75 **OKTAY ÖZDEMİR**, s. 37-38.

76 **OKTAY ÖZDEMİR**, s. 39; **CEYLAN**, s. 27. *Kılıçoğlu*, sürenin bir ya da hiç olmazsa iki yıl olarak değiştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. **KILIÇOĞLU**, s. 115-116. Benzer şekilde *İpek* de uzun süren fiili ayrılığın tek başına evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olabileceğini, zira fiili olarak sona eren adeta kül olan evliliklerin en kolay şekilde sona ermesine olanak tanınması gerektiğini ifade etmiştir. **İPEK**, s. 87-88. Aksi yönde: **GÜVEN**, s. 55. Nitekim İsviçre'de ZGB Art. 114 hükmünde fiili ayrılık için süre iki yıl, Almanya'da BGB § 1566/2'de bu süre üç yıldır. **HAUSEER, GEISER, AEBI-MÜLLER,** N. 10.23 vd.; **KAPPLER**, (**JOHANNSEN**, **HENRICH**, **ALTHAMMER**), Rn. 22-23.

77 Normun iptali, boşanma kararının kesinleşmesinden sonra beklenmesi öngörülen üç yıllık sürenin adil olmadığı, eşlerin ancak uzun süre sonra boşanabildikleri ve dolayısıyla bu kuralın devletin temel amaç ve görevleriyle çeliştiği gerekçeleriyle Anayasa'nın 5, 12, 14, 17 ve 41. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında her ne kadar ilgili kuralla aile kurumunun ayakta tutulması hedeflese ve evlilik birliğinin şartlarını belirlemek kanun koyucunun takdir yetkisi dahilinde olsa da hükümlerin boşanmayı güçleştirmemesi ve ortak hayata dönmek istemeyen eşlerin evlilik birliğini devam ettirmeye zorlanmaması gerektiği ifade edilmiştir.

ca beklenmek zorunda kalması gösterilmiştir. Bu süre zarfında taraflar arasındaki evlilik birliği devam etmek zorunda kalmakta ve dolayısıyla eşlere katlanamayacakları bir külfet yüklenmektedir. Bu doğrultuda özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile aile kurumunu koruma amacı arasında denge kurulamayan kuralın orantılılık alt ilkesi yönünden ölçülülük ilkesini ihlal ettiği, Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu ifade edilmiştir

Son olarak aile hukukuna ilişkin temel kuralları tespit ederek gelişimini hedefleyen ve bağlayıcı olmayan tavsiye niteliğindeki kurallar koyan Avrupa Aile Hukuku Komisyonu (Commission On European Family Law – CEFL) kararlarına değinmek gerekir. Bu kararlara göre tarafların anlaşmalı veya ihtilaflı boşanmaları mümkün olup 16 yaş altı çocuk varsa ve taraflar boşanmanın tüm sonuçları hakkında anlaşmamışsa 6 aylık, taraflar sonuçlar hakkında anlaşmışlarsa 3 aylık düşünme süresi öngörülmektedir[78]. Diğer yandan 16 yaş altı çocuk yoksa ve tüm sonuçlar hakkında anlaşılmamışsa 3 aylık düşünme süresi öngörülmüş, tüm sonuçlar hakkında anlaşılmışsa düşünme süresi öngörülmemiştir[79]. Burada anlaşmalı ile ihtilaflı olmak üzere iki şekilde boşanma düzenlenmiş ve boşanma kusur ilkesinden bağımsızlaşmış olup bir yıllık süreyi eşler ayrı geçirdiği takdirde fiili ayrılık sebebiyle boşanmaya karar verilmesi tavsiye edilmiştir[80].

SONUÇ

1926 tarihinde 743 sayılı MK ile çağın gereklerine uygun olarak kanunda belirli sebeplerle hâkim kararıyla boşanma imkânı getirilmiştir. Söz konusu boşanma sebepleri başlangıçta zina, cana kast, pek fena muameleler, cürüm ve haysiyetsizlik, terk, akıl hastalığı ve imtizaçsızlık şeklindedir. 1988 tarihinde

---

78 Principles of European Family Law, CEFL, (Çevrimiçi, http://ceflonline.net/principles/ E.T: 20.02.2024) **ŞIPKA**, Şükran, "Avrupa Birliği Aile Hukuku ve CEFL (Avrupa Birliği Aile Hukuku Komisyonu, Prensipleri, Amaçları ve Yapılan Çalışmalar), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 5 S. 10, 2006/2 s.163-172, s. 168; **KARABAĞ BULUT**, s. 37.

79 **ŞIPKA**, "CEFL", s. 168; **KARABAĞ BULUT**, s. 37.

80 **ŞIPKA**, "CEFL", s. 171; **KARABAĞ BULUT**, s. 36-37.

3444 sayılı Kanun'la bu sebeplere anlaşmalı boşanma ve fiili ayrılık sebebiyle boşanma imkânı da eklenmiştir. Ardından 4721 sayılı yeni TMK ile de bu boşanma sebepleri korunmuştur. Söz konusu boşanma sebeplerinden zina, hayata kast ve pek kötü muamele, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk, akıl hastalığı özel sebepler; temelden sarsılma, anlaşmalı boşanma ve mevcut yasal düzenlemede ortak hayatın yeniden kurulamaması genel sebepler olup sistemimizde çoklu boşanma sistemi ve kusur ilkesinin hâkim olduğu görülmektedir. Özellikle Yargıtay'ın kusurlu olanın boşanamaması şeklindeki yorumu, evlilik birliği fikrinden uzaklaşmış eşlerin zorla evlilikle bağlı kalmasına sebebiyet vermektedir.

Karşılaştırmalı hukukta çağın gelişmeleri ve halihazırdaki boşanma sebepleri sisteminin dezavantajlı yönleri dikkate alınarak doktrinde çeşitli öneriler getirilmiştir. Bu doğrultuda kusur ilkesinin ve çoklu boşanma sebeplerinin kaldırılması, fiili ayrılıkta önceden açılmış, reddedilmiş bir davanın varlığının ve üç yıl gibi uzun bir sürenin aranmaması ve anlaşmalı boşanma için evliliğin bir yıl devam etmesi koşullarının aranmasının önüne geçilmesi gerekmektedir. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi, ortak hayatın yeniden kurulamaması hükmünü iptal etmiş bulunmaktadır. Her ne kadar 743 sayılı MK kapsamında getirilen hükümler getirildikleri zamanın gerekleri çerçevesinde toplumsal gelişmeye uygun olarak değerlendirilebilse de halihazırdaki boşanma sebepleri bağlamında uygulanan sıkı şartların esnetilerek eşlerin mutluluğuna hizmet etmeyen, huzursuzluk veya her türlü şiddetin hâkim olduğu bir evlilikte eşlerin boşanma haklarının gözetilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut, **ATEŞ**, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, 2021 İstanbul.

ALTINOK ORMANCI, Pınar, "Fransız Boşanma Hukuku Revizyonunun Getirdikleri: Türk Boşanma Hukukunda Olası Bir Revizyon İçin Değerlendirmeler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 71, S. 4, 2022.

ATAMER, Yeşim, "Rezeption und Weiterentwicklung des schweizerischen Zivilgesetzbuches in der Türkei", Rabels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht, RabelsZ 72, 2008.

BURCUOĞLU, Haluk, "Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2018.

CEYLAN, Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, 2006.

CİN, Halil, Eski Hukukumuzda Boşanma, 1988 Konya.

DEDE, İsmail, "Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan, C. 23, S. 3, 2017.

DOĞU, Hakkı Mert, "Eşin Aynı Cinsten Biriyle Yaşadığı Cinsel İlişkinin Bazı Boşanma Sebepleri Bakımından Değerlendirilmesi", KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S.1, 2019.

DURAL, Mustafa, **ÖĞÜZ**, Tufan, **GÜMÜŞ**, M. Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 2022 İstanbul.

EROL, Yasemin, "Akıl Hastalığına Dayalı Boşanma", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 2011.

FANKHAUSER, Roland, Band I: ZGB / Vorbemerkungen zu Art. 111–115, 2022.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, 1986 İstanbul.

GÜNEŞ PESCHKE, Seldağ, "Dijital Boşanmaya İlişkin Güncel Düzenlemeler: Farklı Ülke Uygulamaları", KADEM, Kadın Araştırmaları Dergisi, IV, S. 1, 2018.

GÜRSOY, Tahir Kemal, "Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler", Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı C. II, Boşanma Hukuku Haftası, 1977 Ankara.

GÜVEN, Kudret, "Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2015.

HATEMİ, Hüseyin, Aile Hukuku, 2020 İstanbul.

HAUSEER, Heinz, **GEISER,** Thomas, **AEBI-MÜLLER,** Ragina E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2010 Bern.

İPEK, Ali Hasan, Son Tarihli Yayınlanmamış İçtihatlarla Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, 2008 Ankara.

JUNGO, Alexandra, (Arnet Ruth, Breitschmid Peter, Jungo Alexandra), Personen und Familienrecht Art. 1–456 ZGB- Partnerschaftsgesetz, 2023 Zürich.

KARABAĞ BULUT, Nil, "Avrupa Aile Hukukunun Boşanma ve Boşanma Sonrası Nafaka Yükümlülüğü Hakkındaki Temel İlkeler (CEFL)", İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, 8 Mart 2022 Özel Yayımı.

KAPPLER, Tobias, (**JOHANNSEN**, Kurt H., **HENRICH**, Dieter, **ALTHAMMER**, Christoph), Faimilienrecht- Scheidung, Unterhalt, Verfahren, Kommentar, 2020 Münih.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Aile Hukuku, 2022 Ankara.

KÖPRÜLÜ, Bülent, **KANETİ**, Selim, Aile Hukuku, 1989 İstanbul.

OĞUZMAN, Kemal, **DURAL**, Mustafa, Aile Hukuku, 1998 İstanbul.

OKTAY ÖZDEMİR, Saibe "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", Public and Private International Law Bulletin, C. 35, S. 1, 2015.

ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, 2015 Ankara.

SCHWENZER, Ingeborg, **KELLER**, Tomie,"Recent Developments In Swiss Family Law", Public and Private International Law Bulletin, C. 35, S. 1, 2015.

STECK, Daniel, **GLOOR** Urs, Rückblick auf 10 Jahre neues Scheidungsrecht, 2010.

ŞIPKA, Şükran, "Avrupa Birliği Aile Hukuku ve CEFL (Avrupa Birliği Aile Hukuku Komisyonu, Prensipleri, Amaçları ve Yapılan Çalışmalar), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 5 S. 10, 2006/2. (Kısaltma: CEFL)

ŞIPKA, Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 2011 İstanbul.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 1966 İstanbul.

TOPUZ, Murat, "Yargıtay Kararları Işığında Terk Sebebiyle Boşanma", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2006.

TÜRK MEDENİ KANUNU ÖNTASARISI VE GEREKÇESİ, (Kısaltma: 1971 ÖNTASARISI) Adalet Bakanlığı Yayınları Yeni Seri No:9, 1971 İstanbul.

TÜZÜNER, Özlem, "Boşanma Açısından Eşle Cinsel Birliktelik Yaşa(ya)mama ve Yargıtay'ın İlgili İçtihatlarının Mukayeseli Aile Hukuku Penceresinden Eleştirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 29, S. 1, 2023.

ÜREM ÇETİNEL, Merve, **GÜNEŞ**, Biset Sena, "Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y. 5, S. 2020/1.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, 1965 İstanbul.

YAKUT, Esra, "XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi ve Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2, 2008.

YÜCEL, Özge, Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinden Kusurdan Bağımsızlığa Geçiş, 2023 Ankara.

http://ceflonline.net

https://www.cumhuriyet.com.tr

https://beck-online.beck.de

https://data.tuik.gov.tr

https://karararama.yargitay.gov.tr

https://kazanci.com.tr

https://www.lexpera.com.tr

https://www.swisslex.ch/de/

ÖZEL HUKUK II:
CUMHURİYETİN 100. YILINDA TİCARET HUKUKU İLE İLGİLİ BAZI TESPİTLER

SPOR KULÜBÜ YÖNETİCİLERİNİN HUKUKİ SORUMLULUKLARI

Emin Cem Kahyaoğlu*

GİRİŞ

2023 yılı Nisan ayında ünlü bir İtalyan futbol kulübü hakkında yerel yargı makamı, futbolcu transferleri ve maaşlarından haksız kazanç elde edilmesi, eksik ya da yanlış beyan gibi bilançolardaki mali usulsüzlükler nedeniyle puan silme cezası uyguladı. Yine Premier League'in iki önde gelen kulübü hakkında, giderleri gelirlerini bir hayli aştığı, başka bir ifade ile bütçe denkliği sağlayamamaları nedeniyle küme düşürme cezası uygulanabileceği açıklandı. Gerçekten günümüzde bazı profesyonel spor kulüpleri başarıya ulaşmak için, vergi kaçırmak, kayıt dışı kazançtan yararlanmak gibi mali disiplin kurallarına ve hukuka aykırı birtakım girişimlerde bulunabilmektedirler.

Ülkemizde futbol kulüpleri birbirleri ile rekabet içinde dünyaca ünlü futbolcuları transfer edebilmek amacıyla kaynaklarının çok ötesinde meblağlar için bankalara borçlanmakta, ekonomik yetersizlik nedeni ile anonim şirket statüsünde oldukları için iflas tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Yine bazıları futbolcuların transfer taksitlerini veya ücretlerini zamanında ödeyememekte, bu gibi kulüplere de transfer yasağı uygulanmaktadır.

Kulüp içi muhalefet haklı veya bazen haksız şekilde yönetimi idari ve mali bakımlardan ibra etmemek yaptırımı ile tehdit edebilmekte ve tehdidini bazen sırf yönetime zarar vermek amacı ile gerçekleştirmektedir. O taktirde ibra müessesesi hukuken ifade ettiği önem bakımından etkisini kaybetme veya en azından kötüye kullanılma tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır.

Bir taraftan FIFA, FIBA, UEFA gibi uluslararası spor organizasyonları mali konularda profesyonel spor kulüplerini denetlerlerken, diğer yandan ülkeler de kendi iç denetim örgütlerini oluşturmuşlardır.

---

* Dr., İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, cem.kahyaoglu@okan.edu.tr, ORCID ID 0009-0006-8016-0793.

Çalışmamda iç hukukta spor kulüplerinin hukuken örgütlenme biçimleri, kuruluşları, organları ve denetimlerini inceledikten sonra, başkan ve yöneticilerinin sorumluluk sebep ve nitelikleri, sorumluluktan kurtulmaları için gerekli olan ibra müessesesi üzerinde duracağım.

I. TÜRK HUKUKUNDA SPOR KULÜPLERİNİN HUKUKİ STATÜLERİ İLE İLGİLİ GELİŞME

2004 yılında yürürlüğe girmiş bulunan 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun mülga 14. maddesi, spor kulüplerinin hukuki statülerini dernek olarak düzenlemiş idi. Dernekler Kanunu'na tabi oldukları dönemde kulüplerin bütçeleri sınırlı idi. Bu Kanun'a göre, diğer dernekler yanında spor kulüplerinin denetimleri de İçişleri Bakanlığı tarafından yapılmaktaydı. Kazanç paylaşma amacı yasak olan dernekler bakımından Bakanlık mali bakımdan herhangi bir usulsüzlük tespit ettiği taktirde, yöneticiler hakkında ağır yaptırımlar uygulamaktaydı.

26 Nisan 2022 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nun amacı, spor kulüpleri, spor anonim şirketleri ve spor federasyonlarının kuruluşu, organları, üst kuruluş oluşturmaları, gelir ve giderleri, bütçe ve harcama esasları, görev, yetki ve sorumlulukları, denetimleri, bunlara yapılacak yardımın şekil ve şartları ile bunlara ilişkin diğer hususlara dair usul ve esasları düzenlemektir (m.1 I).

7405 sayılı Kanun'a göre **spor kulübü, Bakanlık ve spor federasyonlarının faaliyetlerine katılmak amacıyla Bakanlığa tescilini yaptıran özel hukuk tüzel kişilerini ifade eder (m. 2 ö). Buradaki tüzel kişilik, dernek veya ticaret şirketi örgütlenmelerinden farklı, yeni bir tüzel kişilik kavramıdır**. Bakanlık, aynı zamanda denetim makamı olan Gençlik ve Spor Bakanlığı'dır (m. 2 c) (bundan sonra kısaca Bakanlık olarak anılacaktır). **Aynı Kanun'a göre, bir spor kulübünün bağlı ortaklığı veya iştiraki olarak ya da spor kulübünden bağımsız şekilde 6102 sayılı TTK'na göre kurulan ve spor faaliyetinde bulunmak amacıyla Bakanlığa tescil yaptıran spor anonim şirketleri kurulabilirler (m. 2 i).**

Bu Kanun'un uygulanmasını sağlamak amacıyla detaylı düzenlemeler oluşturulmuştur. Spor Kulüpleri ve Spor Anonim Şirketleri Tescil Yönetmeliği (kısaca Tescil Yönetmeliği) 8 Temmuz 2022 tarihinde, Spor Kulüpleri Tarafından Tutulacak Defter ve Kayıtlar Hakkında Yönetmelik 14.09.2022 tarihinde, Spor Kulüplerinin Birleşmesi ve Mal Varlığı Devri Yapmalarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ve Spor Kulüplerinin Genel Kurul ve Yönetim Kurulu Toplantılarının Elektronik Ortamda Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile Spor Kulüpleri ve Spor Anonim Şirketlerinin Borçlanma Sınırlamalarından Muafiyetlerine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik yürürlüğe girmiştir.

7405 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinin 3. fıkrasına göre, bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş ve dernek statüsünde bulunan gençlik ve spor kulüpleri, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde spor kulübü veya gençlik derneği olarak tercihlerini yaparak Bakanlığa bildirimde bulunurlar. Münhasıran gençlik faaliyetlerinde bulunacak gençlik dernekleri, 5253 sayılı Dernekler Kanunu'na tabi olarak faaliyetlerini sürdürür. Buna karşılık spor kulübü veya spor anonim şirketi olarak tescil edilecek kuruluşlar, 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'na tabi olurlar.

7405 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce sporda şirketleşmeyi düzenleyen tek yasal düzenleme 3289 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu (yürürlük tarihi 28.05.1986) (m. 24 III) idi. İlgili düzenlemeye göre spor kulüpleri sadece profesyonel takımlarını şirketleştirebilmekteydi. Amatör takımların şirketleşmeleri mümkün değildi. Buna karşılık 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nda profesyonellerin dışında amatör branşlara da şirketleşme imkânı tanınmıştır.

Bir spor kulübüne bağlı bir veya birden fazla spor anonim şirketi olabilir (7405 sy. Kanun m. 20 II). 6102 sy. Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulan ve tüzel kişilik kazanan anonim şirketler, Bakanlık tarafından tescil edilmeleri ile spor anonim şirketi niteliğini kazanırlar (7405 sy. Kanun m. 14 I).

Bir spor anonim şirketi ile bu şekilde mal varlığı ya da sözleşme, ortaklık, yönetim veya benzeri bir bağlantısı olan spor kulübünün, ilgili spor anonim şirketinde 6102 sy. Türk Ticaret Kanunu'nun 195. maddesi anlamında doğru-

dan ya da dolaylı hakimiyeti bulunmalıdır. Esas Sözleşme Tebliği m. 7 II hükmüne göre aşağıdaki hallerde spor kulübü ile spor anonim şirketi arasında hakimiyet ilişkisinin bulunduğu kabul edilmiştir:

- Oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak
- Esas sözleşme uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üye seçimi veya aday gösterme hakkına sahip olmak
- Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturmak
- Spor anonim şirketini bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hakimiyeti altında tutabilmek
- Hakim bulunduğu bir veya daha fazla şirket aracılığı ile spor anonim şirketine dolaylı olarak hakim olabilmek

Bu şekilde doğrudan veya dolaylı hakimiyeti bulunan spor kulübü lehine düzenlenecek imtiyazlar hariç olmak üzere spor anonim şirketlerinde, diğer paylara 6102 sy. Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen herhangi bir imtiyaz tesis edilemez (7405 sy. Kanun m. 15 II). Buradaki amaç, spor kulüplerinin spor anonim şirketleri üzerindeki hakimiyetinin, kulüp dışındaki pay sahiplerine çeşitli imtiyazlar tanınması yolu ile zayıflatılmasının engellenmesidir.

Spor anonim şirketi spor kulübünden bağımsız olarak da kurulabilir (26.07.2022 tarihli Spor Anonim Şirketlerinin Esas Sözleşmesinin Asgari İçeriği, Ortaklık Yapısı, Pay Sahipliği, Sermayesi ve Organlarına İlişkin Usul ve Esaslar Tebliği m. 6 I).

Bir spor kulübü ile bağlantılı olan spor anonim şirketlerinin paylarının nama yazılı olması zorunludur (7405 sy. Kanun m. 15 III). Bir emniyet tedbiri olarak Kanun koyucu, pay sahiplerinin belirli olmalarını, payların Bakanlığın bilgisi dışında, spekülatif işlemlere konu olmamasını, kayıt dışı kazançların spor kulüpleri veya spor anonim şirketleri aracılığı ile kullanılması çabalarının engellenmesini amaçlamıştır.

Yine diğer ticaret şirketlerinden farklı olarak, spor anonim şirketlerinde mali yolsuzluklara olanak tanınmaması, tüm kaynakların sportif faaliyetlere yöneltilmesi için, şirket karından kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve di-

ğer kimselere herhangi bir menfaat sağlanmaması ilkesi kabul edilmiştir (7405 sy. Kanun m. 15 IV).

Aynı gerçek veya tüzel kişilerin aynı ligde yer alan birden fazla spor kulübünde veya spor anonim şirketinde doğrudan veya dolaylı olarak hakimiyeti bulunamaz (7405 sy. Kanun m. 15 V). Buna karşılık gerçek veya tüzel kişiler farklı liglerde faaliyet gösteren spor kulübü veya spor anonim şirketleri üzerinde hakimiyet kurabilirler. Bu düzenleme ile de birtakım mali ve idari yolsuzlukların önüne geçilmesi amacının takip edildiği kanaatindeyim.

Kanun koyucu üst kuruluş başlığı altında federasyon ve konfederasyonları düzenlemiştir. Amatör spor faaliyetlerinde bulunan spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri, il sınırları içerisinde en az on beş spor kulübü veya spor anonim şirketinin bir araya gelmesiyle federasyon, en az on beş federasyonun bir araya gelmesiyle de konfederasyon kurabilirler (7405 sy. Kanun m. 12 I).

Yine 7405 sayılı Kanun'da yer alan kavramlardan spor federasyonu, spor dalı ile ilgili faaliyetleri yürütmek üzere kanunla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kurulan, organları seçimle gelen ve idari ve mali özerkliğe sahip bulunan kuruluşu ifade etmektedir (m. 2 n).

6102 sayılı Kanun'a göre kurulan ve ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanan anonim şirketler, Gençlik ve Spor Bakanlığı tarafından tescil edilmeleri halinde spor anonim şirketi niteliğini kazanırlar (7405 sy. Kanun m. 14 I). Ayrıca payları borsada işlem gören spor anonim şirketleri de dahil olmak üzere tüm halka açık spor anonim şirketleri sermaye piyasası mevzuatına tabidir (m. 1 III). Türk Ticaret Kanunu veya Sermaye Piyasası Kanunu'na göre kurulup ilgili federasyon ve Bakanlığa spor anonim şirketi olarak tescil ettirilen şirketlere, ilgili mevzuatta boşluk bulunması durumunda 7405 sy. Spor Kanunu hükümleri uygulanır.

II. SPOR KULÜPLERİNİN KURULUŞU

Spor faaliyetlerine katılmak amacıyla gerçek veya tüzel kişi en az yedi kurucunun varlığına ihtiyaç vardır (m. 7405 sy. Kanun 3 I). Kurucular arasında tüzel kişi varsa, tüzel kişi tarafından seçilecek bir gerçek kişinin adı temsilci sıfatıyla tüzel kişinin unvanı ile birlikte, kurucular arasına yazılır. Yazılı kuruluş bildirimi, tüzük ve diğer gerekli belgelerle birlikte Bakanlığa başvurulur (7405 sy. Kanun m. 3 II).

Kulüp tüzüğünde, diğer esaslar yanında, konumuzu ilgilendirdiği ölçüde; spor kulübünün gelir kaynakları, bütçe denkliği esasına göre bütçenin hazırlanması, uygulanması ve yürürlüğe konulması usulü, borçlanma usulleri, iç denetim şekillerinin belirtilmesi zorunludur (Tescil Yönetmeliği m. 7). Denk bütçe, gelirleri giderlerine eşit olan bütçeyi ifade etmektedir (7405 sy. K. m 2). Spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinin bütçelerinde gelir denkliğinin sağlanması ve bunların;

a) ilgili spor dalında sporculara, kulüplere, spor anonim şirketlerine,

b) kamu kurumlarına vergi, sigorta ve benzeri kamu hukukundan kaynaklanan, vadesi geçmiş borcunun bulunmaması esastır (7405 sy. K. m. 20 X).

Kuruluş bildirimi ve belgelerin doğruluğu ile kulüp tüzüğü Bakanlık tarafından altmış gün içinde dosya üzerinden incelenir. Bildirim ve belgelerde mevzuata aykırılık veya noksanlık tespit edildiği taktirde, bunların giderilmesi veya tamamlanması kuruculardan istenir. Bu istemin tebliğinden itibaren en geç altmış gün içinde eksiklik tamamlanmaz veya mevzuata aykırılık giderilmezse, başvuru Bakanlık tarafından reddedilir (7405 sy. Kanun m. 3 III). Kuruluş bildiriminde eksiklik veya mevzuata aykırılık bulunmaz yahut verilen süre içerisinde giderilirse, spor kulübü Bakanlık tarafından spor kulüpleri siciline tescil edilir ve tescille birlikte tüzel kişilik kazanır (7405 sy. Kanun m. 3 IV).

Spor kulüpleri, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmamak ve amaçlarına uygun olmak kaydıyla istedikleri isimleri ve amblemleri alabilirler (Tescil Yönetmeliği m. 20, 21). Spor kulübünün ismi ve amblemi başka spor kulüpleri tarafından alınamaz ve kullanılamaz. Spor kulüplerinin isimleri ve amblemleri Bakanlık nezdinde tutulan sicile kaydedilir. Spor kulübü tescil edilmiş ismi ve amblemi üzerinde mutlak

bir hakka sahiptir. Tescil edilmiş isminin veya ambleminin başka bir kulüp veya kuruluş tarafından kullanıldığını tespit eden spor kulübü, denetim makamı olan Bakanlığa ve gerekli durumlarda mahkemeye başvurarak ilgili hukuk yollarından yararlanabilir.

Spor kulüplerinin bir spor dalında faaliyetlere katılabilmesi, bu spor dalının bağlı olduğu spor federasyonu tarafından tescil edilmesine bağlıdır (7405 sy. Kanun m. 4 I). İlgili spor federasyonu tescili Bakanlığa bildirir.

III. SPOR KULÜPLERİNE ÜYE OLMAK

Fiil ehliyetine sahip kişiler, spor kulüplerine üye olmak hakkına sahiptir. Üyelik başvurusu bizzat veya temsilci aracılığı ile yazılı olarak yapılır ve kulüp yönetim kurulunca otuz gün içinde karara bağlanır. Sonuç, başvuru sahibine yazılı olarak bildirilir. Başvurusu kabul edilen üye, bu amaçla tutulacak deftere kaydedilir (7405 sy. Kanun m. 6 I). Üyelik başvurusu, kulüp tüzüğünde gösterilen sebepler dışında ancak haklı sebeple reddedilebilir. Kulüp organlarına seçilememe nedenleri (Devletin güvenliğine karşı suç işlemiş olmak gibi) üyeliğin reddi için de haklı sebep oluşturur.

Üyeliğe kabul ve üyeliğin sona ermesine ilişkin değişiklikler otuz gün içerisinde spor kulübünün merkezinin bulunduğu Gençlik ve Spor İl Müdürlüğüne bildirilir ve değişiklikler il müdürlüğü tarafından sicile kaydedilir (Tescil Yönetmeliği m. 11 IV).

IV. SPOR KULÜPLERİNİN ORGANLARI

Spor kulüplerinin zorunlu organları, genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kuruludur (7405 sy. Kanun m. 5 I).

Spor kulüpleri; disiplin, divan, bilim ve sağlık, eğitim, mali, sicil, basın ve halkla ilişkiler ve benzeri amaçlarına uygun başka organlar da oluşturabilirler. Ancak bu organlara, zorunlu organların görev ve yetkileri devredilemez (m. 7405 sy. Kanun 5 II).

Spor kulüpleri, genel kurulca yapılan seçimi izleyen otuz gün içinde yönetim kurulu ve denetim kurulu üyelerine ilişkin bilgileri Bakanlığa bildirmekle yükümlüdür (7405 sy. Kanun m. 5 III).

Genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulunun oluşumu, toplanması, görev ve yetkileri, tutulacak defterler ile kararları hakkında 4721 sy. Türk Medeni Kanunu ve 5253 sy. Dernekler Kanunu uygulanır (7405 sy. Kanun m. 7 I).

Kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına çarptırılmış ya da affa uğramış olsa bile; Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, terörün finansmanı, kaçakçılık, uyuşturucu madde ticareti, şike veya teşvik primi, kanuna aykırı olarak spor müsabakalarına dayalı bahis ve şans oyunları oynatma ve 5. maddenin dördüncü fıkrasında sayılan diğer suçlardan mahkum olanların spor kulübü, spor anonim şirketi bağlı ortaklığı ve iştiraklerindeki yönetim, denetim, disiplin ve ihtiyari diğer kurul üyelikleri, haklarındaki kararın kesinleşmesi ile birlikte sona erer. Anılan sebepler ilgili kurullara seçilmek için de engel oluşturmaktadır (7405 sy. Kanun m. 5 IV).

A. Genel Kurul

Genel kurul, karar organı olup, spor kulübünün tüm üyelerinden oluşur (7405 sy. Kanun m. 7 I atfı ile derneklere ilişkin MK m. 73). Toplantılarını kulübün tüzüğünde belirtilen zamanlarda, ancak en geç üç yılda bir olağan ve gerekli görülen hallerde olağanüstü usullerde yapar (MK m. 74, 75). Genel kurulu toplantıya yönetim kurulu çağırır.

Genel kurul toplantıları fiziki ve / veya elektronik ortamda yapılabilir. Toplantının kısmen veya tamamen elektronik ortamda yapılabilmesi için, spor kulübünün bu amaca özgülenmiş bir internet sitesine sahip olması, üyelerden birinin bu yönde istemde bulunması, elektronik ortam araçlarının etkin katılmaya elverişliliğinin bir teknik raporla ispatlanıp bu raporun Gençlik ve Spor İl Müdürlüğüne sunulması, raporun Bakanlık tarafından uygun görülmesi ve oy kullananların kimliklerinin saklanması gerekir (7405 sy. Kanun m. 7 III).

Önem taşıyan bir karara örnek olarak, aynı ilde faaliyet gösteren başka bir spor kulübü ile birleşme veya malvarlığını devretme kararı, üye tam sayısının en az dörtte üçünün katılacağı genel kurul toplantısında, toplantıya katılanların salt çoğunluğunun alacağı karar ile sonuç doğurur (7405 sy. Kanun m. 8 I ve V).

B. Yönetim Kurulu

Spor kulüpleri, genel kurulca yapılan seçimi izleyen otuz gün içinde yönetim kurulu ve diğer organlarına seçilen asıl ve yedek üyeleri Bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler.

Yönetim kurulu, beş asıl ve beş yedek üyeden az olmamak üzere spor kulübü tüzüğünde belirtilen sayıda üyeden oluşur (7405 sy. Kanun m. 7 I atfı ile MK m. 84). Spor kulübünün yönetim ve temsil organıdır.

Tıpkı genel kurul gibi yönetim kurulu toplantıları da fiziki veya elektronik ortamda yapılabilir (7405 sy. Kanun m. 7 III).

Devletin güvenliğine karşı suçlar, terör suçları, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, uyuşturucu ticareti, şike ve teşvik primi gibi, 7405 sy. Kanun'un 5. maddesi, 4. fıkrasında sayılan suçları işleyenler, yönetim kurulu ve diğer organlara seçilemeyecekleri gibi, görevleri esnasında bu suçları işlemişler ve haklarındaki mahkeme kararı kesinleşmişse, görev kendiliğinden sona erer.

Spor kulüplerinin yönetim kurulu ve diğer kurul üyelerinde aranacak diğer nitelikler (örnek olarak, o spor dalında üç yıl süre ile bilfiil sporculuk yapmış olmak gibi) spor kulüplerinin tüzüğünde belirlenebilir (7405 sy. Kanun m. 5 VII).

Yine son beş yıl içinde, ulusal veya uluslararası disiplin kurulları tarafından bir defada bir yıl veya toplam iki yıl hak mahrumiyeti almış olanların yönetim kurulu ve diğer kurul üyelikleri, haklarındaki kararın kesinleştiği tarihte kendiliğinden sona erer (7405 sy. Kanun m. 5 V). Spor kulüpleri ve bağlı spor anonim şirket yönetim kurulu üyelerine şirket karından ikramiye, kazanç payı veya başka her ne nam altında olursa olsun, herhangi bir ödeme yapılmaz (7405 sy. Kanun m. 15 IV). Bu ilke, mali bakımdan kaynakların tamamen ilgili spor branşına yöneltilmesi ve yolsuzlukların önlenmesi için kabul edilmiştir. Zaman zaman bazı spor kulübü yöneticilerinin, görev yaptıkları süre içerisinde herhangi bir ekonomik menfaat edinmedikleri yönünde kamuoyu önünde açıklamaları olur. Bu açıklama genellikle tam olarak gerçek durumu yansıtmaz. Spor kulübü yönetim kurulu üyeliği prestij mevkiidir. Başkan ve yöneticiler genellikle iş adamları arasından seçilirler. Kulüpten ekonomik

menfaatleri olmasa bile, yaptıkları iş ve bulundukları mevki itibariyle, örnek olarak katıldıkları ihalelerde kişisel bakımdan önemli kazançlar elde edebilirler. Şeffaflık ilkesi çerçevesinde kulübü zarar uğratıcı açık veya örtülü davranışlarda bulundukları taktirde, sorumluluklarına gidilmelidir.

Yönetim kurulu, spor kulüpleri ve bağlı spor anonim şirketlerinin spor faaliyetleri ile ilgili tüm gelir ve giderlerini gösteren konsolide bilanço hazırlar ve bunları ayrı bir hesapta toplar (7405 sy. Kanun m. 20 I). Spor kulübüne bağlı bir veya daha fazla sayıda spor anonim şirketi varsa, konsolidasyon (birleştirme) spor kulübünün bilançosunda yapılır. Spor kulübüne bağlı birden fazla spor anonim şirketi bulunması halinde, spor kulübü bilançosunda en yüksek harcamaya sahip spor dalında faaliyet gösteren spor anonim şirketinin hesap dönemi spor kulübüne de uygulanır.

C. Denetim

Spor kulüpleri, spor anonim şirketleri ve üst kuruluşların (federasyon ve konfederasyonlar) idari ve mali bakımlardan her türlü denetimi, iç denetim organına ve Bakanlık tarafından bağımsız bir denetim kuruluşuna yaptırılabilir.

Üç asıl ve üç yedek üyeden oluşan iç denetim organı, denetimi spor kulübü tüzüğünde belirlenmiş olan usul ve esaslara göre gerçekleştirir. Denetim raporunu yönetim kurulu ve genel kurula sunar (7405 sy. Kanun m. 7 I atfı ile MK m. 86).

Spor kulüpleri 5253 sy. Dernekler Kanunu'nun 19. maddesi kıyasen uygulanmak suretiyle İçişleri Bakanlığı veya mülki idare amiri tarafından da denetlenebilir. Aynı Kanun'un 30 / A maddesinde belirtilen suçlar nedeniyle haklarında kovuşturma başlatılan yönetim kurulu veya denetim kurulu üyesi veya ilgili personel hakkında geçici bir tedbir olmak üzere, İçişleri Bakanlığı tarafından görevden uzaklaştırma kararı verilebilir. Görevden uzaklaştırılan kişiler yerine yedek kurul üyeleri çağrılır. Karar almaya yeterli sayıda yönetim kurulu üyesi kalmadığı taktirde, yeni üyelerin seçilebilmesi için, spor kulübünün faaliyet gösterdiği ilin valisi tarafından görevlendirilecek üç kişilik komisyon tarafından en geç otuz gün içinde olağanüstü genel kurul çağrısı yapılır (7405 sy. Kanun m. 13 II).

Bakanlık, spor kulüplerinin mali durumunu ve kar – zarar hesaplarını, yıllık dönemler halinde, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından yetkilendirilmiş bir bağımsız denetim kurumuna da denetlettirebilir (7405 sy. Kanun m. 13 III). Bu bakımdan, TTK m. 397 vd. daki bağımsız denetim esasının spor kulüplerine de uygulandığı anlaşılmaktadır. Amaç objektif, şeffaf denetimin sağlanmasıdır. Bu denetimin giderleri Bakanlık tarafından karşılanır.

Spor kulüpleri ve bağlı kuruluşları, gelir ve gider işlemlerinin sonuçlarını, kar-zarar ve bilanço hesaplarını düzenleyecekleri beyanname ile her yıl hesap dönemi bitiminden itibaren üç ay içinde Bakanlığa vermekle yükümlüdürler (7405 sy. Kanun m.13 IV).

Denetim sırasında görevliler tarafından istenecek her türlü bilgi, belge ve kayıtların spor kulübü yetkilileri tarafından verilmesi zorunludur. Denetim sırasında uzmanlık, teknik bilgi gerektiren konularda, denetim elemanının talebi üzerine Bakanlık tarafından bilirkişi görevlendirilebilir.

Denetim sırasında, suç teşkil eden fiillerin tespit edilmesi halinde durum Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir.

V. SPOR KULÜPLERİNDE YAPISAL DEĞİŞİKLİKLER

A. Birleşme

Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nda birleşme, spor kulüpleri için düzenlenmiş olup, spor anonim şirketleri arasındaki birleşme işlemleri genel hükümlere tabidir[1].

7405 sayılı Kanun m. 8 I'e göre, spor kulüpleri aynı ilde bulunan başka bir spor kulübü ile birleşebilir. Birleşme genel kurul üye tam sayısının en az dörtte üçünün katılacağı genel kurul toplantısında, toplantıya katılanların en az salt çoğunluğunun oyu ile alınacak kararla gerçekleşir (m. 8 I-IV).

[1] **PASLI,** Ali, Spor Anonim Şirketleri, Ticaret Hukukunun Güncel Meseleleri, Aristo, 2023, s.132.

Birleşmeye ilişkin alınan genel kurul kararının ayrıca Bakanlık nezdinde tutulan spor kulüpleri siciline tescil edilmesi gerekir. Tescil ile birlikte devrolunan spor kulübünün tüm aktif ve pasifleri bir bütün halinde devralan spor kulübüne geçer. Devrolunan spor kulübü bakımından tasfiyesiz infisah durumu gerçekleşir ve spor kulüpleri sicilinden silinir. Spor kulüplerinin birleşmesi Bakanlığın iznine tabidir. Bakanlık incelemesini Kanun hükümlerine aykırılık bulunup bulunmadığı bakımından yapar. Burada Bakanlığın bir takdir yetkisinden bahsedilemez. Birleşme sadece devralma şeklinde gerçekleştirilebilir (Spor Kulüplerinin Birleşmesi ve Malvarlığı Devri Yapmalarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 5 I). Yeni kuruluşlu birleşmeye Birleşme ve Devralma Yönetmeliği cevaz vermemiştir.

Birleşme ve malvarlığının devri işlemleri, spor federasyonu tarafından belirlenen sezonun sona erdiği ve tescil edildiği tarihten itibaren yeni sezon başlangıcına kadar yapılabilir (7405 sy. K. m. 8)

B. Malvarlığının Devri

Spor kulüplerinin faaliyet gösterdikleri spor dallarından bir veya birkaçı, aktif ve pasif varlıklarıyla bir bütün olarak, genel kurul üye tamsayısının en az dörtte üçünün katılacağı genel kurul toplantısında, toplantıya katılanların salt çoğunluğunun oyu ile alınacak kararla başka bir spor kulübüne veya spor anonim şirketine malvarlığını devredebilir (7405 sy. K. m. 8 V).

Malvarlığının devri, Bakanlık nezdindeki spor kulüpleri siciline tescil ile geçerlilik kazanır (Birleşme Yönetmeliği m. 10). Devralmada külli intikal kuralları uygulanır. Devre konu aktif ve pasif malvarlığı unsurları belirlenir, devralma sözleşmesi hazırlanır ve genel kurul onay kararları ile tescilden önceki süreç tamamlanır.

VI. SPOR ANONİM ŞİRKETLERİNE İLİŞKİN BAZI ÖZELLİKLER

6102 sy. TTK anlamında bir anonim ortaklık türüdür. Ticaret Siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır (7405 sy. K. m. 2 I i ve m. 14 I). Asgari sermaye miktarı 1 milyon TL'den az olamaz (Esas Sözleşme Tebliği m. 8). Spor anonim şirketlerinin kurulması için herhangi bir pay sahipliği sayısı aranmamıştır[2]. TTK'da olduğu gibi, tek pay sahibinin bulunması yeterlidir. Spor anonim şirketleri, spor kulübüne bağlı ya da ondan bağımsız kurulabilirler (7405 sy. K. m. 2 I i; Esas Sözleşme Tebliği m. 6 I).

TTK'ya göre kurulmuş ve tüzel kişilik kazanmış bir anonim şirket, spor anonim şirketi niteliğini kazanabilmek için, Gençlik ve Spor Bakanlığı nezdinde tutulan spor anonim şirketleri siciline tescil edilmelidir (7405 sy. K. m. 14 II). Ayrıca spor anonim şirketlerinin faaliyette bulunacakları spor federasyonlarına tescil edilme zorunluluğu da öngörülmüştür (7405 sy. K. m. 14 V). Şirketin taahhüt ettiği hiçbir spor faaliyetine izinsiz ve mazeretsiz olarak üst üste üç yıl katılmaması, spor anonim şirketi niteliğini kaybetmesine yol açar (7405 sy. K. m. 14 IV).

Bir spor kulübü ile bağlantılı olan spor anonim şirketlerinin paylarının nama yazılı olması zorunludur (7405 sy. Kanun m. 15 III). Kural güvenlik amacıyla konulmuştur. Pay sahiplerinin belirli olmaları, kayıt dışı ekonominin önlenmesi, pay sahibi değişikliklerinde şeffaflığın sağlanması hedef olarak alınmıştır. Bu bakımdan hamiline yazılı pay çıkartılması mümkün değildir. Payların el değiştirmeleri durumunda, yeni pay sahipleri şirket pay defterine kaydedilecek ve Bakanlığa bildirimde bulunulacaktır. Paylara, esas sözleşme ile spor kulübü lehine tanınanlar dışında herhangi bir imtiyaz tanınamaz (7405 sy. Kanun m. 15 II). Amaç spor kulüplerinin spor anonim şirketleri üzerindeki hakimiyetinin zayıflatılmasının önlenmesidir.

---

[2] **PASLI,** s. 116 vd.

VII. SPOR KULÜPLERİNİN BAŞKAN VE YÖNETİCİLERİNİN SORUMLULUKLARI

Spor kulübü başkan ve yöneticilerinin hukuki (7405 sy. Kanun m. 20 XIII) ve cezai (7405 sy. Kanun m. 47) anlamda sorumlulukları mevcuttur[3].

A. Hukuki Sorumluluk

1. Kusurlu – Kusursuz Sorumluluk Halleri

a. Kusurlu Sorumluluk

Spor kulübü ve spor anonim şirketi başkan ve yönetim kurulu üyeleri ile yöneticileri, mevzuat, tüzük ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini **kasıt veya ihmal** ile ihlal ettikleri taktirde, kulüp, şirket, pay sahipleri ve alacaklılara karşı verdikleri zararlardan müteselsilen sorumludurlar (7405 sy. Kanun m. 20 XIII). Burada kusur sorumluluğunun[4] esas alındığı dikkati çekmektedir (7405 sy. Kanun m. 22 I). Davacı, karşı tarafın kusurlu davranışı ile zarara sebebiyet verdiğini ispat edecektir[5]. TBK m. 114 II, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yolu ile sözleşmeye (tüzüğe) aykırılık hallerinde de uygulanacağını düzenlemektedir. Buna göre 7405 sy. Kanun m. 20 XIII'te öngörülen kişilerin TBK m. 49 uyarınca sorumlu tutulabilmeleri için, hukuka aykırılık unsuru, zarar, illiyet bağı ve kusur koşullarının bir arada gerçekleşmesi gerekir.

---

[3] **PASLI,** s. 142.

[4] **ÇAMOĞLU**, Ersin, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s.408.

[5] **OĞUZMAN / ÖZ,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s.85, kenar notu 244, 245; **PULAŞLI,** Hasan, Şirketler Hukuku, 4. Bası, Adana 2003, s. 476 vd.

Sorumluluk sebepleri olarak, mali yükümlüklerin süresi içinde yerine getirilmemesi, mali bakımdan gerekli şeffaflığın sağlanmaması, denk bütçe tesis edilmemesi, ilgili spor federasyonu tarafından talimatlarla belirlenmiş bütçe ve harcama ilkelerine uyum gösterilmemesi (7405 sy. Kanun m. 18), yayın gelirleri, sponsorluk gelirleri, reklam gelirleri, kira gelirleri, finansman gelirleri gibi gelirlerin tahsilatının zamanında yapılmaması, sporcu transfer giderleri, sporculara ve diğer personele yapılacak ödemeler, kiralama giderleri, finansman giderleri ve kâr payı dağıtımları (m. 19) gibi giderlerin süresinde ödenmemesi, vergi, sigorta borcu gibi kamu hukukundan kaynaklanan borçların vadesinde ödenmemesi (7405 sy. Kanun m. 20 X) gibi sebepler gösterilebilir. Anılan durumlar başkan ve yöneticilerin kusurlu sorumluluklarını doğurur.

Hakim spor kulübü yöneticilerinin kusurlu davranışları ile hakimiyeti kötüye kullanarak bağlı spor anonim şirketi pay sahiplerini zarara uğratmaları durumunda, tazminat sorumluluğu doğar (TTK. m. 200 I b).

b. Kusursuz Sorumluluk

Kusursuz sorumluluk sebepleri 7405 sy. Kanun'un 20. maddesinde sınırlı sayıda, dört fıkra altında düzenlenmiştir.

- **Gelir ve alacakların devredilmesinde spor kulübünün zarara uğratılması (m. 20 IV)** Spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinin, bir önceki hesap döneminde gerçekleşen brüt gelirlerinin yüzde yirmibeşini aşan ve mevcut yönetim kurulunun olağan görev süresinin bitiminden sonra doğacak ya da vadesi gelecek gelir ve alacaklarının devredilmesi konusunda karar alınması Kanun'da ağırlaştırılmış yetersayılara tabi tutulmuştur (7405 sy. Kanun m. 20 IV). Üye sayısı on binden fazla olan spor kulüplerinde üyelerin, spor anonim şirketlerinde ise sermayenin en az üçte birini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin katılacağı genel kurulda, spor kulüplerinde toplantıya katılanların en az dörtte üçünün, spor anonim şirketlerinde ise toplantıya katılan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin sahip oldukları sermayenin en az dörtte üçünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyu gerekir. Anılan devir oranı, mevcut yönetim kurulunun olağan görev süresinin bitiminden sonraki ola-

ğan dönemde doğacak veya vadesi gelecek olan gelir ve alacaklar yönünden hiçbir şekilde bir önceki hesap döneminde gerçekleşen brüt gelirin yüzde ellisi oranını geçemez.

Gelir ve alacakların devredilmesine ilişkin kararların genel kurulda söz konusu yetersayılara riayet edilmeden alınması veya Kanun'da öngörülen oranların üzerinde gelir ve alacak devri, yönetim kurulunun sorumluluğunu doğurur.

- **Spor kulübü adına borçlanma işlemlerinde kulübü zarara uğratmak (m. 20 V)** Spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri, bir bütçe yılında önceki yıl brüt gelirlerinin en fazla yüzde onuna kadar borçlanabilir. Bu oranın üzerindeki borçlanmalar ise halka açık spor anonim şirketleri için sermayenin çoğunluğunu oluşturan pay sahipleri veya temsilcilerinin olumlu oyu ile; diğer spor anonim şirketleri için sermayenin en az üçte ikisini oluşturan pay sahipleri veya temsilcilerinin olumlu oyu ile, spor kulüplerinde ise genel kurul üye tamsayısının en az üçte ikisinin olumlu oyu ile kabul edilecek ek bütçe ile yapılabilir ve önceki yıl brüt gelirlerinin yüzde ellisinden fazla olamaz.

  Önceki yıl brüt gelirleri, giderlerinden fazla olan spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri ise, takip eden yıl bu fıkradaki sınırlamaların üzerinde söz konusu brüt gelir fazlası kadar ilave borçlanma yapabilirler. Ayrıca spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri ancak önceki yıl brüt gelirlerinin en fazla yüzde onuna kadar ve vadesi, mevcut yönetim kurulunun olağan görev süresinin bitiminden önce gelecek şekilde borç verebilirler (7405 sy. Kanun m. 20 V).

  Borçlanmak için genel kurulda gerekli yetersayılara ulaşılmadan karar alınması veya Kanun'da öngörülen oranlar üzerinde borçlanılması, yönetim kurulunun sorumluluğunu doğuracaktır.

- **Yönetim kurulu üyelerine ve pay sahiplerine hak ve alacakların devredilmesi, borç vermek, teminat sağlamak, borçlarını devralmak işlemlerinde spor kulübünü zarara uğratmak (m. 20 VIII)** Spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri, yönetim kurulu üyelerine, bunların eşleri ve üçüncü dereceye kadar hısımlarına, çalışanlarına, yüzde beş ve üzeri pay sahiplerine ve yönetim kurulu üyelerinin yüzde beş ve daha fazla pay sahibi ol-

duğu şirketlere hak ve alacaklarını devredemez, bunlara borç veremez, şahsi veya ayni bir teminat sağlayamaz ve borçlarını devralamaz (7405 sy. Kanun m. 20 VIII). Aksi davranış yönetim kurulunun sorumluluğunu doğurur.

- **Ödeme ve tahsilatların bankalar ve belirli aracı kuruluşlar vasıtası ile yapılmaması. (Ödeme ve tahsilatların yapılmasında spor kulübünü zarara uğratmak m. 20 IX)** Spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri adına veya hesabına yapılacak ödeme ve tahsilatların 5411 sayılı Kanun (Bankacılık Kanunu) kapsamındaki bankalar ile finansal kuruluşlar veya Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi aracılığı ile yapılması zorunludur. Yapılan tüm ödeme veya tahsilatların spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinin defter ve kayıtlarında gösterilmesi gereklidir (7405 sy. Kanun m.20 IX). Bu zorunluluklara uygun davranmayan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilir.

7405 sy. Kanun'un 20. maddesinin IV, V, VIII ve IX'uncu fıkralarında sayılan halleri kanun koyucu kusursuz sorumluluğa ilişkin örnekler olarak belirlemiştir (m. 20 XIII). Söz konusu durumlarda kasıt veya ihmal aranmaz. Davacı kusursuz sorumluluğu gerektiren şartların varlığını ispat edecektir. Davalıya ise, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulmak olanağı tanınmıştır (m. 20 XIII)[6].

2. Tüzük veya Sözleşmeden Doğan Sorumluluk – Haksız Fiil Sorumluluğu

Spor kulübünün veya spor anonim şirketinin uğradığı zararlar, spor kulübü, şirket, üye, pay sahipleri ve alacaklılar tarafından yöneticilerden talep edilir. Davacılar söz konusu zararların spor kulübü veya spor anonim şirketine tazmin edilmesi şeklinde açacakları dolaylı zararlara ilişkin davalarda, tüzük veya sözleşmeye aykırılık sebebine dayanabilirler. TBK m. 114 II, sözleşmeye

[6] **OĞUZMAN /ÖZ**, s. 145; **PASLI**, s. 146.

aykırılık sebebi ile haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağını düzenlemektedir.

Yöneticiler hakkında spor kulübü genel kurulunda ibra kararı alınmış olsa da olumsuz oy kullanan kulüp üyeleri spor anonim şirketi pay sahipleri, ayrıca alacaklılar dava açıp tazminatın spor kulübü ve / veya spor anonim şirketine ödenmesini isteyebilirler.

Buna karşılık spor kulübü üyeleri, spor anonim şirketi pay sahipleri ve alacaklılar bizzat uğradıkları zararlar sebebi ile tazminatın kendilerine ödenmesi talebi ile açacakları doğrudan zararlara ilişkin davalarda, haksız fiil hukuki sebebine dayanırlar[7].

3. Müteselsil Sorumluluk- Farklılaştırılmış Teselsül Esası

7405 sayılı Kanun m. 20 XIII'de spor kulübü başkan ve yöneticilerinin sorumlulukları müteselsil sorumluluk olarak nitelendirilmiştir. Burada TTK m. 557'den farklı olarak TBK m. 162 ve devamında düzenlenen tam teselsül esasının kastedildiği kanaatindeyim. Davalılar dış ilişkide kusur oranlarından bağımsız olarak zarar görene karşı zararın tamamından sorumludurlar. Tazminatın tamamını ödemiş olan davalı iç ilişkide kusurları oranında diğer sorumlulara rücu edebilir.

Buna karşılık TTK m. 557'de düzenlenmiş bulunan farklılaştırılmış teselsülde, davacı dış ilişkide her bir yöneticiden sadece onun sorumlu olduğu tazminat miktarını ödemesini isteyebilir[8].

7405 sy. Kanun'un "Uygulanacak hükümler" kenar başlığını taşıyan 25. maddesi "Bu Kanunda hüküm bulunmayan konularda spor kulüpleri hakkında 4721 sayılı Kanun ile 5253 sayılı Kanun; spor anonim şirketleri hakkında ise 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır" düzenlemesini içermektedir. Bu hüküm, hakkında düzenleme bulunmayan durumlarda uygulanacaktır.

---

[7] **ÇAMOĞLU,** Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 25.

[8] **ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp),** Ortaklıklar I, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s.433, kenar notu 591; **BAHTİYAR,** Mehmet**,** Ortaklıklar Hukuku, 12. Bası, Beta, 2017, s.391; **PASLI,** s. 146.

4. Davanın İhbarı ve Feri Müdahale

Bakanlık ve ilgili spor federasyonu; gerekli görmeleri halinde spor kulüpleri ve spor anonim şirketi yöneticilerine karşı açılacak sorumluluk davalarında davacı taraf yanında ve davacıya yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, feri müdahil olarak yer alabilirler. Bu kapsamda açılacak davalar, mahkemece Bakanlık ve ilgili spor federasyonuna ihbar edilir (7405 sy. Kanun m. 22 I). Feri müdahale kapsamında Bakanlık özellikle denetim raporunun paylaşılması, delil sunulması gibi konularda davacıya yardımcı olabilir.

B. Cezai Sorumluluk

4705 sayılı Kanun'un 47. maddesinde spor kulübü ve spor anonim şirketi başkan ve yöneticilerinin sorumluluklarını gerektiren durumlarda uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. Söz konusu yaptırımların hapis veya adli para cezası şeklinde düzenlendiği dikkati çekmektedir[9]. Birkaç örnek vermek gerekirse;

Spor kulübü ve spor anonim şirketi başkan ve yöneticileri,

- gelir ve alacakları yasaya aykırı şekilde devrederlerse (m. 20 IV)
- yasaya aykırı şekilde spor kulübü veya spor anonim şirketini borçlandırırlarsa (m. 20 V)
- yönetim kurulu üyeleri, yakınları veya pay sahiplerine yasaya aykırı olarak kulüp veya şirketin hak ve alacaklarının devredilmesi, borç verilmesi, teminat sağlanması veya borçlarının devralınması durumlarında (m. 20 VIII)

bir yıldan üç yıla kadar hapis ile cezalandırılır.

Spor kulübü ve spor anonim şirketi başkan ve yöneticileri, ödeme ve tahsilatların belirli aracı kuruluşlar vasıtası ile yapılması borcuna uymadıkları taktirde (m. 20 IX), yüz günden beş yüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.

---

[9] **PASLI,** s. 144.

Spor kulübü ve bağlı kuruluşlarının gelir- gider durumlarına ilişkin Bakanlığa verecekleri beyannameyi bilerek gerçeğe aykırı olarak düzenleyenler yüz günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır (m. 47 XII).

VIII. SORUMLULUK DAVASINA İLİŞKİN ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

Bu bakımdan 7405 sy. Kanun m. 25 atfı ile spor anonim şirketi yanında spor kulübüne de TTK m. 560'ın kıyasen uygulanması gerektiği düşüncesindeyim. Davacı, sorumluları ve zararı öğrenmesinden itibaren iki yıl içinde sorumluluk davasını açmalıdır. Dava herhalde zararın meydana geldiği tarihten itibaren beş yıl içinde açılmalıdır. Eğer söz konusu zarar verici eylem aynı zamanda suç teşkil ediyor ve Ceza Kanunu'nun bu suç için öngördüğü süre daha uzun ise, söz konusu ceza zamanaşımı süresi sorumluluk davasına da uygulanır.

IX. SORUMLULUĞUN İBRA YOLU İLE SONA ERDİRİLMESİ

Spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinde ibra kararı; davacı, Bakanlık ve ilgili spor federasyonunun sahip olduğu dava ve fer'i müdahale hakkını ortadan kaldırmaz (m. 22 III).

İbra, menfi borç ikrarı niteliği taşıması nedeniyle ibra kararına olumlu oy verenler bakımından, sorumluluk davası açmak hakkı ortadan kalkar[10]. Ayrıca ibra kararı TTK m. 558 II uyarınca, ibranın kapsadığı maddi olaylarla sınırlı olarak yöneticileri sorumluluktan kurtarır. Ancak bir mahkeme kararı ile ibra kararı iptal edilebilir[11]. İbra kararı genel kurul tarafından adi çoğunlukla alınabilir (7405 sy. K. m. 25 atfı ile TTK m. 418). Kanun, spor anonim şirketi yönetim kurulu üyeleri ile bunların pay sahibi yakınlarına ibra oylamasında, oy kullanma yasağı getirmiştir (4705 sy. K. m. 25 atfı ile TTK m. 436 I). Aynı esas spor kulübü yöneticileri ve bunların üye yakınlarına da kıyasen uygulanmalıdır.

---

[10] **PASLI,** s. 145.

[11] **KAHYAOĞLU,** Emin Cem, Anonim Ortaklıkta İbra Kararının Geri Alınması Sorunu, Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 83 vd; **MOROĞLU,** Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbralarının Zamanı, Kapsamı ve Geri Alınması, Makaleler, İstanbul, 2012, XII Levha, s. 482; **SEVER,** Rabia, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Bakımından Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, BAU Enstitü, İstanbul 2012, s. 101 vd.

Sorumluluk hukuku uyarınca, spor kulübü veya spor anonim şirketi genel kurulunda üyeler / pay sahipleri, yönetim kurulu üyelerini ibra ettikleri taktirde, artık ibra lehinde oy kullananlar bakımından iptal davası açarak ibranın iptalini sağlamak olanağı kalmaz. İbra kararına karşı iptal davasını, ibra kararı aleyhine oy kullanan spor kulübü üyeleri ile bağlı şirket pay sahipleri ve alacaklılar açabilirler. Ayrıca Kanun koyucu ibra kararından bağımsız olarak, Bakanlık ve ilgili spor federasyonuna dava açmak ve açılacak sorumluluk davalarında feri müdahil olmak hakkını tanımıştır.

İbra konusunda spor kulüpleri ve bağlı şirketlerin ibralarına, TTK m. 558'in uygulanması gerektiği kanaatindeyim. İbra kararı genel kurul, federasyon veya Bakanlık kararıyla kaldırılamaz. İbra kararının kaldırılması için, bu konuda yetkileri bulunan kişi ve kuruluşlar iptal davası açabilirler. Bu davanın, kararın alındığı tarihten itibaren altı ay içinde açılması zorunludur.

SONUÇ

Spor kulüpleri ve bağlı kuruluşlarının mali disiplin kurallarına uymamaları, bunların yöneticilerinin hukuki ve cezai sorumluluklarını gerektirir.

Daha önce dernek statüsünde düzenlenmiş bulunan spor kulüpleri, 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Hakkında Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren iki yıl içinde başvurmak ve kendilerini Gençlik ve Spor Bakanlığı nezdinde tutulan sicile tescil ettirmek şartı ile bu Kanun'a tabi kuruluş olarak faaliyette bulunmak ve şirketleşmek olanağını kazanırlar. Faaliyet gösterdikleri spor dalındaki federasyon ve Bakanlık, spor kulüpleri ve bağlı kuruluşları niteliğindeki spor anonim şirketleri hakkında denetim yetkisine sahiptir.

Kanun'da zorunlu organlar olarak genel kurul, yönetim kurulu ve denetim organı belirlenmiştir. Bu organlara seçilme şartları ve görevlerinin neler olduğu tespit edilmiştir.

Spor kulüpleri ve bağlı kuruluşlarının hukuki, cezai bakımdan sorumluluk sebepleri, ayrıntılı bir şekilde Kanun'da düzenlenmiştir. Hukuki sorumluluk, kural olarak kusur sorumluluğu şeklinde belirlenmiş iken, istisnaen kusursuz sorumluluk durumları da tespit edilmiş, bu bakımdan yöneticilere zararın

meydana gelmemesi için gerekli özeni gösterdiklerini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulmak imkânı tanınmıştır. Cezai yaptırımlar, suçun niteliğine göre, hapis cezası veya adli ve idari para cezası şeklinde tespit edilmiştir.

İlgili federasyon ve Bakanlığa, kulüp başkanı ve yöneticiler hakkında, örneğin bağımsız denetim raporunun olumsuz çıkması durumunda, yaptırım uygulamak olanağı tanınmıştır. Yine yöneticiler hakkında sorumluluk davası açıldığı taktirde, mahkemenin ihbarı üzerine Bakanlık ve ilgili spor federasyonu, davacı yanında fer'i müdahil olarak yer alabilirler.

Yöneticilerin sorumluluktan kurtarılmaları ile ilgili ibra müessesesi Kanun'da kısaca bir cümle ile ele alınmış, üstü kapalı şekilde ibra kararının, davacı, Bakanlık ve ilgili spor federasyonunun dava hakkını ortadan kaldırmayacağı belirlenmiştir. Genel ilkeye göre, hiç şüphesiz ibra kararına olumlu oy kullanmış kulüp üyesi veya bağlı şirket pay sahibinin ibra kararı aleyhine iptal davası açmak hakkı bulunmamalıdır. Buna karşılık olumsuz oy kullanmış üyeler ve pay sahipleri ile alacaklılar, ilgili federasyon ve Bakanlık ibra kararından etkilenmeksizin, süresi içerisinde dava açabilmelidirler.

KAYNAKÇA

BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 12. Bası, Beta, İstanbul 2017.

ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

ÇAMOĞLU, Ersin, Sorumluluk Hukukunun Evrensel İlkeleri Işığında Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011.

POROY, Reha/ **TEKİNALP**, Ünal/ **ÇAMOĞLU**, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, 15. Bası, İstanbul, 2021.

KAHYAOĞLU, Emin Cem, Anonim Ortaklıkta İbra Kararının Geri Alınması Sorunu, Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

MOROĞLU, Erdoğan, Makaleler, XII Levha, İstanbul 2010.

OĞUZMAN, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler II, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.

PASLI, Ali, Spor Anonim Şirketleri, Ticaret Hukukunun Güncel Meseleleri, Aristo, İstanbul 2023.

SEVER, Rabia, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bakımından Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, BAU Enstitü, İstanbul 2012.