

**İstanbul Üniversitesi**  
**Hukuk Fakültesi Mecmuası**  
**Journal of Istanbul University Law Faculty**

İÜHFİM (ISSN: 1303 – 4375) Hakemli Bir Dergidir / Peer reviewed Journal

**Editörler Kurulu / Editorial Board**

Başkan / Editor in Chief: Prof. Dr. Adem Sözüer

Üyeler / Vice Editors: Prof. Dr. Ayşenur Tütüncü; Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç;  
Prof. Dr. Halil Akkanat

**Danışma Kurulu / Advisory Board**

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Galatasaray Üniversitesi (İstanbul)

Prof. Dr. Serap Helvacı, Marmara Üniversitesi (İstanbul)

Prof. Dr. Turan Yıldırım, Marmara Üniversitesi (İstanbul)

Prof. Dr. Cumhuri Şahin, Gazi Üniversitesi (Ankara)

Prof. Dr. İzzet Özgenç, Gazi Üniversitesi (Ankara)

Prof. Dr. M. Fatih Uşan, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi (Ankara)

Prof. Dr. Muhammet Özekes, Dokuz Eylül Üniversitesi (İzmir)

Prof. Dr. Murat Doğan, Erciyes Üniversitesi (Kayseri)

Prof. Dr. Şahin Akıncı, Selçuk Üniversitesi (Konya)

**Yayın Kurulu / Publishing Board**

Prof. Dr. Fethi Gedikli

Prof. Dr. Cemil Kaya

Doç. Dr. Bilgehan Çetiner

Yard. Doç. Dr. Tuba Topçuoğlu

Araş. Gör. Barış Demirsatan

Araş. Gör. Caner Taşatan

Araş. Gör. F. Pelin Tokcan

**Cilt / Volume: LXXV**

**Sayı / Issue: 1**

**Yıl / Year: 2017**



İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuasının hukukçulara ulaştırılması, yaşıatılması ve desteklenmesi amacıyla, dergimizin basım, dağıtım ve satışı Legal Yayıncılık A.Ş. tarafından üstlenilmiş olup, katkı ve destekleri için Legal Yayıncılık'a teşekkür ederiz.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı

*The publication, distribution and sale of our Journal has been assumed by Legal Yayıncılık AŞ in order that Journal of Istanbul University Law Faculty is sustained, supported and reach lawyers. We thank Legal Publishing for their contribution and support.*

*Deanship of Istanbul University Law Faculty*

## ***İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası***

*Journal of Istanbul University Law Faculty*

**Bu Dergi ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veritabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.**

*This Journal is a peer reviewed journal indexed by ULAKBİM (Turkish National Academic Network and Information Centre) National Law Database.*

**Yayın Sahibi/Publisher:** İstanbul Üniversitesi

**Yayın Sahibi Temsilcisi/ Representative of the Publisher:** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı  
Prof. Dr. Adem Sözüer

**Sorumlu Müdürü/ Director in Chief:** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Rektörü  
Prof. Dr. Halil Akkanat

### **Yazışma Adresi/ Correspondence Address:**

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
34116 Beyazıt/İstanbul  
Tel: + 90 (212) 440 01 05  
Fax: + 90 (212) 512 41 35  
e-posta: hukuk\_dekan@istanbul.edu.tr  
www.istanbul.edu.tr/hukuk  
Copyright © 2017

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Fakülte sözkonusu görüşlerden dolayı sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yapmak isteyenlere, "İÜHF" kısaltmasını kullanması önerilir.

*All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of Istanbul University Law Faculty. The opinions expressed in the papers published in this journal belong exclusively to the authors. The Faculty accepts no responsibility for such views. For citations please use*

*the abbreviation: "İÜHF"*

ISSN: 1303 – 4375

Yıl/Year: 2017

Cilt/Volume: LXXV

Sayı/Issue: 1

**Basım ve Cilt/Printing and Volume:** Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti  
(Sertifika No/Certificate No.: 20179)  
Tel: 0 212 269 30 00

**Basıldığı Yer/Place of Publication:** Nispetiye Mahallesi Birlik Sokak No:2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul

**Basıldığı Tarih/Publication Date:** 2017

**Yayın Dili/Published on Language:** Türkçe/İngilizce

**Yayın Türü/Type of Publication:** Yerel, Süreli, Altı Aylık Hukuk Dergisi

**BASIM, DAĞITIM VE SATIŞ/PUBLICATION, DISTRIBUTION AND SALE**



**LEGAL YAYINCILIK A.Ş.**

(Sertifika No: 27563)

Caferğa Mah. General Asım Gündüz Cad.  
(Bahariye) Sekizler Apt. No: 59 D: 6-7 Kadıköy/İstanbul  
Tel: 0 216 449 04 85 – 449 04 86 Faks: 0 216 449 04 87

[www.legal.com.tr](http://www.legal.com.tr), [legal@legal.com.tr](mailto:legal@legal.com.tr)

# **İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ MECMUASI YAYIN İLKELERİ**

*PUBLICATION PRINCIPLES OF JOURNAL OF ISTANBUL  
UNIVERSITY LAW FACULTY*

**1.** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki sayı (Haziran, Aralık) olarak yayımlanır.

*Journal of İstanbul University Law Faculty is a peer reviewed Journal that is published biannually (in January and in June) and indexed by ULAKBİM.*

**2.** Mecmuaya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.

The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.

**3.** Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

*Articles that are considered as unsuitable with the publication guidelines by the editorial board are sent back to the author without review. Extraordinary spelling errors and not being eligible with the scientific standards are sufficient for a paper to be rejected by the editorial board. Papers that are approved by the editorial board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality.*

**4.** Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

*Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.*

**5.** Mecmuanın yazı dili Türkçedir. Yazının başlığının İngilizce çevirisi ile en az 150, en çok 200 sözcükten oluşan özetinin ve beş anahtar kelimenin de İngilizce ve Türkçe olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir.

*The Journal accepts and publishes articles written in Turkish. Title, abstract which consists of 150 to 200 words and five key words must be added to the paper in English and Turkish languages.*

**6.** Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir.

*The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page.*

**7.** Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

*Author's name should be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consists of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e-mail address.*

**8.** Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

*The article should consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.*

9. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile makalenin sonunda kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

*To use abbreviations: If the name or title, which will be abbreviated, is to be used for the first time in the text, the name or title should be used as the original form with the abbreviation in brackets or the original forms of the abbreviations should be given place at the end of the paper before the bibliography; original form of the abbreviations used in footnotes may only take place in the abbreviation list.*

10. Dipnotlarında kitaplar [Yazarın **Adı Soyadı**, Kitabın Başlığı, Basım Yeri, Yıl, s. sayfa numarası veya N. paragraf/kenar numarası] şeklinde yer almalıdır. Kaynakça da ise önce yazarın Soyadı yer almalıdır [**Soyadı Adı**, Kitabın Başlığı, Basım Yeri, Yıl].

Örnek: **Kemal Oğuzman**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul, s. 17

*In footnotes, a book that is referred should take place as: [Full Name of the author, Title of the Book, Place of Publication, Year, Page number (s.) or paragraph number (N.)]. In bibliography, the last name of the author of the referred book should be indicated first [Last name first name of the author, Title of the Book, Place of Publication, Year of Publication].*

*Example (for footnotes): Kemal Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul, s. 17.*

11. Dipnotlarında makaleler [Yazarın **Adı Soyadı**, "Makalenin Başlığı", Derginin İsmi, Cilt numarası, Sayı numarası, Yılı, s. sayfa numarası veya N. paragraf/kenar numarası] şeklinde yer almalıdır. Kaynakça da ise önce yazarın Soyadı yer almalıdır [**Soyadı Adı**, "Makalenin Başlığı", Derginin İsmi, Cilt numarası, Sayı numarası, Yılı].

Örnek: **Lütfi Duran**, "İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 12, Sayı 1, 1946, s. 130

Birden fazla yazarlı eserlere [Yazarın **Adı Soyadı/Adı Soyadı**] şeklinde atıf yapılmalıdır.

Sonraki dipnotlarında ise [Yazarın **Soyadı**, s. sayfa numarası] şeklinde atıf yapılmalıdır. Örnek: **Oğuzman**, s. 46 – **Dönmezer/Erman**, s. 65

Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda yazarın **Soyadı**, Eserin Başlığı, sayfa numarası verilmelidir. Eser başlığı kısaltılabilir.

Örnek: **Duran**, İdarenin Sükûtu, s. 134

Yargı kararlarına yapılan atıflarda ise aşağıdaki örneğe uyulması gerekmektedir.

Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Karar Tarihi, Esas numarası/Karar numarası (Kararın Yayın Yeri)

Yarg. 4. HD., 10.11.2008, 1699/13767 (Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 35, Sayı 3, 2009, s. 438)

*In footnotes the articles should take place as: [Full Name of the author, "Title of the article", Name of the Journal, Volume Number, Issue Number, Publication Year, Page number (p.) or paragraph number (N.)]. In bibliography, the last name of the author of the referred article should be indicated first [Last name first name of the author, Title of the Article, Name of the Journal, Volume Number, Issue Number, Publication Year].*

*Example (for footnotes): Lütfi Duran, "İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 12, Sayı 1, 1946, s. 130.*

*In the footnotes and bibliography books/articles with several authors should be cited as: [Full Name of the author / Full Name of the author]*

*In the following footnotes the citations should be made as: [Last name of the author, page number (s.)].*

*Example: Oğuzman, s. 46*

*Dönmezer/Erman, s. 65*

*When citing more than one book/article of the same author Surname of the author, title of the book/article and the page number should be given. The title of the book/article may be abbreviated.*

*Example: Duran, İdarenin Sükûtu, s. 134.*

*When citing a case law, the author should comply with the example below.*

*Abbreviation of the Court Name, Number of the Court, Date of Decision, Number of the Case/Decision (Place of Decision)*

*Yarg. 4. HD., 10.11.2008, 1699/13767 (Yargıtay Kararları Dergisi, C. 35, S. 3, 2009, s. 438)*

**12.**Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen makalenin çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki malî hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

*To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.*

**13.**Mecmuada, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Yayın kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakatı da iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

*Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers, might be approved or rejected by the editorial board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.*

**14.**İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuasında yayımlanması istenen yazıların hukuk\_dekan@istanbul.edu.tr veya iuhfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adreslerine Microsoft Word yazılımı formatında (\*.doc, \*.docx) gönderilmesi gerekmektedir.

*Papers should be sent to hukuk\_dekan@istanbul.edu.tr or iuhfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (\*.doc, \*.docx) file type.*





# İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

Cilt: LXXV

Sayı: 1

2017

## İÇİNDEKİLER

### Kamu Hukuku

- Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223) ..... 15  
*Dr. Elif Bekar*
- Habermas'ın Söylem Etiğinde Ahlak ve Hukuk..... 61  
*Dr. Muhammet Sait Duran*
- Sınır Dışı Etme Kararı ile İlgili İdare Mahkemesi Kararlarının Kesinliği ..... 85  
*Yard. Doç. Dr. Cemil Güner*
- Terörle Mücadelede Devletin Gözetlemesi Karşısında Bireyin Özel Hayatının  
Gizliliğinin Korunması Hakkının Karşılaştırmalı Bir Değerlendirmesi (Birleşik  
Krallık ve Türkiye) ..... 115  
*Araş. Gör. Feyzan Özbay*
- Vergilendirme Sürecinin İdari İşlem Bağlamında İncelenmesi ..... 159  
*Dr. Onur Özcan*
- Émile Durkheim'a Göre Toplum, Düzen ve Hukuk:Hukukun Ve Cezanın  
Evrimi ..... 191  
*Yard. Doç. Dr. Ülker Yükselbaba*
- Milgram Deneyi: Otorite ve İtaate Dair ..... 227  
*Yard. Doç. Dr. Ülker Yükselbaba*

### Özel Hukuk

- Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri ..... 273  
*Doç. Dr. Başak Baysal*
- Avusturya Tüketici Kredisi Kanunu Uyarınca Tüketici Kredi İtibarının  
Değerlendirilmesi ..... 293  
*Ahmet Hakan Dağdelen*
- Kooptasyon Uygulamasında Yeni Bir Perspektif Mümkün mü?  
(TTK m. 363/1'de Öngörüldüğü Haliyle Kooptasyon)..... 315  
*Yard. Doç. Dr. Koray Demir*
- Vakıf Tüzel Kişiliği Bakımından Tescilin İyileştirici Etkisi ve MK m. 103/II  
Hükmünün İşlevi ..... 335  
*Araş. Gör. Barış Demirsatan*

Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcunda Temerrüdü .....	359
	<i>Araş. Gör. Barış Demirsatan</i>
Vasiyet Türleri ve Özellikleri.....	393
	<i>Av. Esra Eviz</i>
Yazılı Şekil Şartının Unsuru Olan İmzanın Elektronik Ekranı Atılmasını Etkisi .....	413
	<i>Doç. Dr. Zekeriya Kurşat</i>
Mirasçı Atama .....	431
	<i>Araş. Gör. Emine Aslı Küçükaydın</i>
Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Satış Sözleşmesinde Ayıp Nedeniyle Bedelde İndirim Hakkı.....	453
	<i>Cemile Turgut</i>

**CONTENTS**

**Public Law**

The Types of Judgments in the Turkish Criminal Procedure Code (CPC Art. 223) .....	15
	<i>Dr. Elif Bekar</i>
Moral And Law in the Habermas's Discourse Ethics.....	61
	<i>Dr. Muhammet Sait Duran</i>
The Finality of the Decisions of Administrative Court Relating to the Deportation Decision.....	85
	<i>Asst. Prof. Dr. Cemil Güner</i>
A Comparative Assessment on the Protection of Individual Rights and Privacy in Face of Counter-Terrorism Related State Surveillance (United Kingdom and Turkey).....	115
	<i>Res. Asst. Feyzan Özbay</i>
Examining the Taxation Process within the Context of Administrative Act .....	159
	<i>Dr. Onur Özcan</i>
Society, Order and Law According to Émile Durkheim: Evolution of Law and Punishment.....	191
	<i>Asst. Prof. Dr. Ülker Yükselbaba</i>
Milgram Experiment About Authority and Obedience.....	227
	<i>Asst. Prof. Dr. Ülker Yükselbaba</i>

**Private Law**

The Right of Withdrawal in Contract Law .....	273
	<i>Assoc. Prof. Dr. Başak Baysal</i>
Assessment of the Creditworthiness of the Consumer According to Austrian Consumer Credit Law.....	293
	<i>Ahmet Hakan Dağdelen</i>
Is It Time for a New Approach in the Cooptation Practice? (Cooptation As It is Foreseen in Art. 363/1 of the TCC) .....	315
	<i>Asst. Prof. Dr. Koray Demir</i>

The Curative Effect of Inscription and the Function of Article 103/II of the Turkish Civil Code with Regards to Legal Entity of Foundations .....	335
	<i>Res. Asst. Barış Demirsatan</i>
Default of Policyholder in Payment of the Premiums with Regards to the Non-Life Insurance .....	359
	<i>Res. Asst. Barış Demirsatan</i>
Types and Characteristics of Will .....	393
	<i>Atty. Esra Eviz</i>
The Effect of Signing an Electronic Screen with Regards to the Signature Requirement of the Written Form .....	413
	<i>Assoc. Prof. Dr. Zekeriya Kurşat</i>
Appointment of an Heir .....	431
	<i>Res. Asst. Emine Ash Küçükaydın</i>
The Price Reduction Right under the Turkish Code of Obligations Due to Defective Good .....	453
	<i>Cemile Turgut</i>

**KAMU HUKUKU**

***PUBLIC LAW***



# CEZA MUHALEMESİNDE HÜKÜM ÇEŞİTLERİ (CMK m. 223)\*

(THE TYPES OF JUDGMENTS IN THE TURKISH CRIMINAL PROCEDURE CODE  
(CPC Art. 223))

Dr. Elif Bekar\*\*

## ÖZ

“Ceza muhakemesinde hüküm çeşitleri” başlıklı çalışmada, ilk olarak hüküm kavramına değinilmiş olup, bu kapsamda esas olarak maddi ve şekli, esasa ve usule ilişkin kesin hüküm kavramlarına yer verilmiştir. Bundan sonra Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (CMK) yer alan hüküm çeşitleri incelenmiştir. Kanunda ilgili düzenlemede (m. 223) hüküm çeşitlerinin yer aldıkları sıra esas alınmak suretiyle öncelikle beraat kararı verilmesi gereken haller, ardından ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve davanın düşmesi kararları ele alınmıştır. Son olarak da hüküm sayılan diğer haller değerlendirme konusu yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Hüküm, karar, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı kararı, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi, davanın düşmesi kararı.

## ABSTRACT

This study deals with the types of judgments stipulated in the Turkish Criminal Procedure Code (CPC), Art. 223. At the beginning, the study puts forth the concept of judgment. In this context, substantive with formal definite provisions and substantially with procedural definite provisions are mainly included. After that, the types of judgment included in the CPC were examined. On the basis of the order in which they are included in the relevant regulation (Art. 223), firstly there are cases where an *acquittal* decision should be made, is followed by a judgment to *no need to inflict punishment*, *conviction*, judgment to *measure of security*, *inadmissibility of the case* and the judgment of *dismissal* have been specified. Finally, the study assesses the other cases that considered as a judgment.

**Keywords:** Judgment, decision, acquittal, judgment to no need to inflict punishment, conviction, judgment to measure of security, inadmissibility of case, judgment of dismissal.

\*\*\*

---

\* Bu makale, 25.5.2017 tarihinde Editörler Kurulu’na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 30.5.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 3.6.2017 tarihinde geçmiştir.

\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, elifbkr@istanbul.edu.tr

## Giriş

Ceza muhakemesinin amacı, maddi gerçeğin araştırılmasıdır<sup>1</sup>. Maddi gerçek, geçmişte gerçekleşmiş bir olayın deliller vasıtasıyla ortaya çıkarılmasıdır<sup>2</sup>. Maddi gerçek araştırılırken insan hakları ihlallerine yol açılmamalı ve hukukun temel prensipleri dikkate alınarak araştırma yapılmalıdır<sup>3</sup>. Ceza muhakemesi normları sùjelerin haklarını koruyan kuralları içermeyi amaçlamaktadır. Bu nedenle gerçeğe her halükarda değil; hukuk kurallarına uygun hareket edilerek ve insanlık onurunu koruyarak ulaşılmaları gerekmektedir. Dolayısıyla muhakeme adil yargılanma hakkına uygun şekilde yapılmalıdır<sup>4</sup>.

Mahkeme tarafından duruşma sonunda maddede sayılan son kararlardan hangisinin verileceğine duruşmada ortaya konulan delillerden yola çıkılarak ve bu deliller tartışılarak karar verilecektir. Nitekim CMK m. 217/1'e göre, mahkeme kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillerle dayandırabilir.

Mahkemede delillerin değerlendirilebilmesi için delillere doğrudan doğruya ulaşılması gerekir. Doğrudanlık ilkesinin gereği olarak deliller, duruşmada mahkemenin huzurunda tartışılmalıdır. Nitekim bu ilkenin bir diğer sonucu olarak duruşmaya katılan hakim, hükme de katılmalıdır. Bu nedenle duruşma hakimi ve hükmü veren hakim birbirinden farklı olmamalıdır. Duruşmada deliller, hem ayrı ayrı hem de bir bütün olarak değerlendirilmelidir<sup>5</sup>. Duruşmada tartışılmayan bir delil hükümde dikkate alınamaz. Delillerin doğrudan doğruya ve sözlü olarak ortaya konması üzerine hakim vicdani kanaatine göre karar verileceği için duruşmanın bitmesi ve hükmün verilmesi arasından uzun bir zaman geçtiği takdirde, hüküm duruşmada edinilen kanaate göre verilmemiş

<sup>1</sup> **Nurullah Kunter**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. bs., İstanbul, 1989, kn. 15; **Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin Saygılar Kırıt/Özdem Özaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erden Tütüncü**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. bs., Ankara, 2016, s. 31; **Yener Ünver/Hakan Hakeri**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. bs., Ankara, 2016, s. 8; **Nur Centel/Hamide Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. bs., İstanbul, 2016, s. 6; **Süheyl Donay**, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, 2015, s. 6; **Veli Özer Özbek/M. Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. bs., Ankara, 2011, s. 41; **Erdener Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. bs., İstanbul, 2007, s. 6; **Faruk Turhan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s. 3; **Stefan Seiler**, Strafprozessrecht, 9. Aufl., Wien, 2008, § 1, kn. 1; **Otfried Ranft**, Strafprozessrecht, 3. Aufl., Stuttgart, 2005, § 1, kn. 3; **Werner Beulke**, Strafprozessrecht, 12. Aufl., Heidelberg, 2012, § 1, IV 2, kn. 3 vd.; **Claus Roxin/Bernd Schünemann**, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., München, 2009, § 1, kn. 3.

<sup>2</sup> **Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, 17. bs., İstanbul, 2009, s. 25; **Centel/Zafer**, s. 6; **Hakan Karakehya**, Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti, Ankara, 2016, s. 16; **Hakan Karakehya**, "Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine", TAAD, Y. 7, S. 27, 2016, s. 64. Ayrıca bkz. **Thomas Weigend**, Çev. Ali Emrah Bozbayındır, "Ceza Muhakemesi Gerçeği mi Arıyor? Bir Alman Perspektifi", CHD, Y. 1, S. 2, 2006, s. 330-344.

<sup>3</sup> **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Özaydın/Alan Akcan/Erden Tütüncü**, s. 31.

<sup>4</sup> **Centel/Zafer**, s. 7.

<sup>5</sup> **Doğan Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. bs., Ankara, 2010, s. 403, 404.



olacaktır<sup>6</sup>. Mahkeme önüne konulan delilleri aynı duruşmada ara vermeden sonuçlandırmalıdır. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir. Ancak bu deliller hakimın vicdanına göre olayı yansıtmaya, ortaya çıkarmaya yaramalıdır<sup>7</sup>.

Diğer yandan suç, ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir. Nitekim CMK m. 217/2; “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*” hükmüne yer vermiştir. Yine CMK m. 206/2-a’ya göre, deliller hukuka uygun şekilde elde edilmelidir. Zira delil, eğer kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunacaktır.

Maddi gerçeğin hukuka uygun elde edilen deliller ile araştırılmasından sonra ceza muhakemesinin yürütülmesinin sonunda mahkemenin uyuşmazlık hakkında verdiği nihai karar “hüküm” veya “son karar” olarak adlandırılmaktadır<sup>8</sup>. Sözlük anlamı “yargı, egemenlik, hakimiyet, aynı veya benzer nitelik, önem, geçerlilik, karar”<sup>9</sup> olan hüküm, muhakeme hukukunda uyuşmazlığı çözen ve sonucu belirleyen karar anlamına gelmektedir<sup>10</sup>. Ceza muhakemesinde hüküm ve karar birbirine karıştırılmaktadır. Ceza muhakemesinde karar üst bir kavram olmakla birlikte<sup>11</sup> uyuşmazlık hakkındaki irade açıklaması, mahkeme tarafından verilen ve davayı sonlandıran nihai kararlar ve tüm ara kararlardır<sup>12</sup>. Bu nedenle üst bir kavram olduğunu belirttiğimiz karar, hükmü kapsamakla birlikte, her hükmün bir karar olduğunu ancak her kararın bir hüküm olmadığını ifade edebiliriz<sup>13</sup>.

Mahkeme tarafından verilen hükmün konusu ise, CMK m. 225/1’de belirtildiği üzere iddianamede gösterilen fiil ve faildir. Duruşma sonunda tutanağa geçirilen hüküm fıkrası okunup gerekçesi ana çizgileri ile anlatılmaktadır. Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hükmün verilmesi gerekmektedir. Duruşmanın hüküm ile sona ermesi aynı zamanda hükmü veren mahkeme tarafından muhakemenin sonlanması anlamına gelmektedir<sup>14</sup>. Bununla birlikte Yargıtay, duruşmanın sona erdiği tefhim olunmadan hüküm kurulmasını bozma nedeni saymaktadır<sup>15</sup>. Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir (CMK m. 231). CMK m. 232, hükmün gerekçesi ve fıkrasının içereceği hususlara yer vermektedir.

<sup>6</sup> **Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk**, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. bs., Ankara, 2013, s. 157.

<sup>7</sup> **Soyaslan**, s. 403, 404.

<sup>8</sup> Kabahatler Kanunu’nda kabahat nedeniyle verilen ve uyuşmazlığı çözen kararlar kanun koyucu tarafından “son karar” olarak adlandırılmıştır. KK m. 29’a göre; “*Mahkemenin verdiği son karara karşı, Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde yapılır*”. Bu düzenlemeden yola çıkarak “son karar” kavramının “hüküm” yerine kullanılmaması gerektiğine dair bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 715; **Centel/Zafer**, s. 767.

<sup>9</sup> Türk Dil Kurumu (www.tdk.gov.tr).

<sup>10</sup> **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 458.

<sup>11</sup> **Erdal Yerdelen**, Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi, Ankara, 2015, s. 11.

<sup>12</sup> **M. Tahir Taner**, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. bs., İstanbul, 1955, s. 231.

<sup>13</sup> **Yerdelen**, s. 12.

<sup>14</sup> **Urs Kindhäuser**, Strafprozessrecht, 3. Auflage, Baden-Baden, 2013, § 24, kn. 1.

<sup>15</sup> Yarg. 6. CD., 20.02.2006, 659/1440 (**Erkan Şenses**, “Ceza Muhakemesinde “Beraat” Hükümü Verilen Haller”, TBB Dergisi, 2012 (98), s. 346).

### I. Hüküm Kavramı

Hüküm, ceza muhakemesine konu uyuşmazlığın esas ve usulden çözülmesine ve yargılamanın sonlanmasına sebep olan karardır<sup>16</sup>. Böylece hükmün muhakemeyi sonlandırıcı özel bir etkiye sahip olduğu söylenebilir<sup>17</sup>. Ancak muhakeme aslında hüküm ile sona ermeyip, verilen hükmün kesinleşmesi gerekmektedir. Nitekim kovuşturma evresi, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade etmektedir. Bu durumda hüküm, ceza muhakemesine konu uyuşmazlığı çözen, yargılama konusuna ilişkin verilen ve kovuşturmanın bir bölümünü sona erdiren karar olarak ifade edilebilir<sup>18</sup>.

Hükmün kanun yoluna süresinde başvurulmaması nedeniyle kesinleşmesi veya hükme karşı başvurulabilecek bir hukuki yolun mevcut olmaması halinde muhakemenin sonlanması söz konusu olacaktır<sup>19</sup>. Böylece kesin hüküm, birinci ihtimalde hakkında olağan kanun yoluna başvuru imkânı kalkmış olan hüküm olarak ifade edilmektedir<sup>20</sup>. Diğer bir ihtimale göre, hükümlerin bazılarında kanun yolu kapalıdır ve bu hükümler verildiklerinde kesindir<sup>21</sup>. Bir diğer ihtimalde kanun yoluna tabi hükümlerde kanun yolu süreci tamamlandığı takdirde hüküm kesinleşmiş olacaktır<sup>22</sup>. Bu nedenle kesin hüküm, nihaidir ve bağlayıcı bir özelliğe sahiptir<sup>23</sup> ve bu husus bütün hukuk dalları bakımından geçerlidir<sup>24</sup>. Hatta bu durum AY m.138/4'de şu şekilde ifade edilmiştir: "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*".

Kesin hüküm, muhakemeyi sonlandırmakta olup, kesin hüküm ile mahkûmiyet, kişinin kendisi hakkında öngörülen yaptırımın infazının esasını oluşturmaktadır ve aynı zamanda yargılama giderlerinin de tahsil kabiliyetini göstermektedir<sup>25</sup>.

Kesin hüküm, **şekli ve maddi kesin hüküm** şeklinde ayrılmaktadır. Bu ayırım kanuni bir ayırım olmamakla birlikte uygulama ve öğreti tarafından benimsenmektedir<sup>26</sup>. Şekli kesin hüküm, uyuşmazlık ile ilgili verilen hükmün değişmeyeceği ve bu hükme karşı kanun yolunun kapalı olması durumunu ifade etmektedir<sup>27</sup>. Bu durumda olağan kanun yolunun kapalı olduğu bir hü-

<sup>16</sup> **Murat Balcı**, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, Ankara, 2013, s. 12.

<sup>17</sup> **Kindhäuser**, Strafprozessrecht, § 24, kn. 3.

<sup>18</sup> **Koray Doğan**, "Ceza Muhakemesinde Hüküm", CHD, Y. 3, S. 7, 2008, s. 172.

<sup>19</sup> **Kindhäuser**, Strafprozessrecht, § 24, kn. 3.

<sup>20</sup> **Doğan**, Ceza Muhakemesinde Hüküm, s. 173.

<sup>21</sup> CMK m. 272; "...(3) Ancak; a) Hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üçbin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine, b) Üst sınırı beşyüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümlerine, c) Kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümlere, karşı istinaf yoluna başvurulamaz."

<sup>22</sup> **Balcı**, s. 15.

<sup>23</sup> **Beulke**, § 24, kn. 501.

<sup>24</sup> **Ahmet Cahit İyilikli**, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Ankara, 2016, s. 39, 40.

<sup>25</sup> **Uwe Hellmann**, Strafprozessrecht, Berlin, 1998, T.IV, § 5, kn. 1, 2.

<sup>26</sup> **Ranft**, § 65, kn. 1868.

<sup>27</sup> **Beulke**, § 24, kn. 502.

küm olması, ya da kanun yoluna dair başvurunun yapılmamış olması, geri alınması, reddedilmesi veya kabul edilmesi ve düzelterek onanması şekli kesin hükmün varlığını göstermektedir<sup>28</sup>.

Diğer yandan şekli kesin hüküm, somut yargılamadaki kararın etkisine de işaret eder. Hükmün infazı<sup>29</sup> ve adli sicile kayıt bakımından şekli hükmün bir koşul niteliğinde olduğu şüphesizdir<sup>30</sup>. Prensipten özel hukukta hükmün kesinleşmesi infaz için bir koşul niteliğinde değil iken<sup>31</sup> ceza hukukunda cezanın uygulanabilmesi bakımından hükmün kesinleşmesi gerekmektedir<sup>32</sup>.

Bu ayrıma göre kesin hükmün diğer bir türü, maddi kesin hükümdür. İlk olarak maddi kesin hükmün varlığından söz edebilmek için şekli kesin hükmün varlığının şart olduğunu söyleyebiliriz<sup>33</sup>. Maddi kesin hüküm, değerlendirme konusu fiile ilişkin bazı etkilere sahiptir. Örneğin bu karar gelecek için adeta engelleyici bir etkiye sahiptir. Çünkü maddi kesin hüküm ile mahkûmiyet konusu fiile yönelik değerlendirme aşında değiştirilemez bir özellik arz etmektedir<sup>34</sup>. Aynı uyumsuzluk konusu ile tekrar dava açılmayacak olup, beraat dahil olmak üzere yeniden hüküm verilmesi söz konusu değildir. Bu özellik aynı zamanda “*ne (non) bis idem*” ilkesine işaret etmektedir<sup>35</sup>.

Öte yandan maddi kesin hükmün olumlu etkisi olarak bağlayıcılık etkisi kabul edilmektedir. Kesin hükümlerin içerikleri ve diğer yargılamalara etkileri de yine maddi kesin hüküm kavramı ile açıklanmaktadır<sup>36</sup>.

Ayrıca bir kararın mahkeme tarafından verilmemiş olması ya da verilmiş olsa dahi henüz bildirilmemiş, yayımlanmamış olması halinde ne şekli ne de maddi anlamda kesin hükmün varlığından söz edilebilir. Öte yandan mahkeme kararının hiçbir hukuki sonuç doğurmayacak temel bir eksiklik içermesi halinde de verilen karar ne şekli ne de maddi anlamda kesin hüküm niteliğindedir<sup>37</sup>.

<sup>28</sup> **Yurtcan**, Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, s. 14 vd.; Balcı, s. 15.

<sup>29</sup> **Beulke**, § 24, kn.502; **Roxin/Schünemann**, § 52, kn. 1.

<sup>30</sup> **Hellmann**, T.IV, § 5, kn. 2.

<sup>31</sup> Benzer yönde bkz. “*Temyizin icraya etkisi*” başlıklı HMK m.367; “(1) *Temyiz, kararın icrasını durdurmaz. İcra ve İflas Kanununun icranın geri bırakılmasıyla ilgili 36 ncı maddesi hükmü saklıdır. Nafaka kararlarında icranın geri bırakılmasına karar verilemez. (2) Kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilemez*”.

<sup>32</sup> **Roxin/Schünemann**, § 52, kn.5. Nitekim 5275 sayılı CGTİHK m. 4, “*İnfazın Koşulu*” başlıklı olup, şu şekildedir: “(1) *Mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz*”. Aynı şekilde Alm. CMK § 449’a göre, ceza mahkemeleri tarafından verilen mahkûmiyet hükmünün infazı için hükmün kesinleşmesi gerektiğine yer vermektedir (**Ranft**, § 65, kn. 1870).

<sup>33</sup> **Ranft**, § 65, kn.1869; **Beulke**, § 24, kn. 503.

<sup>34</sup> **Roxin/Schünemann**, § 52, kn. 5.

<sup>35</sup> **Beulke**, § 24, kn. 503.

<sup>36</sup> Kesin hükmün bağlayıcılık etkisi üç şekilde değerlendirilmektedir: 1. Medeni muhakemede kesin hükmün ceza muhakemesine etkisi, 2. Ceza muhakemesindeki kesin hükmün medeni muhakemeye etkisi, 3. Ceza muhakemesindeki kesin hükmün ceza muhakemesine etkisi (**Yurtcan**, Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, s. 27).

<sup>37</sup> **Roxin/Schünemann**, § 52, kn. 24, 25.

Bununla birlikte diğer bir tasnife göre hüküm şu şekilde ayrılmaktadır: **Esasa ilişkin hüküm ve usule ilişkin hüküm**<sup>38</sup>. Esasa ilişkin hüküm, mahkemenin esas hakkında karar vermesi ve maddi hukuka göre (esasa ilişkin), sanığa yüklenen suç ve buna yönelik olası sonuçları ile ilgili hüküm verilmesine hizmet eder. Bu kapsamda ilk olarak mahkûmiyet veya beraat söz konusu olacaktır. Esasa ilişkin hüküm, ceza davası bakımından maddi hukuk açısından kesinleşmeye yetkin karar anlamına gelmektedir<sup>39</sup>. CMK'da hüküm olarak sayılanlardan bir kısmı yargılanan uyuşmazlığın esasını çözücü bir mahiyete sahiptir. CMK'da hüküm olduğu belirtilen kararlar arasında mahkûmiyet ve beraat dışında ceza verilmesine yer olmadığı ve güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi kararının da esasa ilişkin hüküm olduğu söylenebilir<sup>40</sup>.

Usule ilişkin hüküm, yargılamayı sonuçlandıran ve fakat uyuşmazlığın esasına girmeyen hükümdür<sup>41</sup>. Yargılanan uyuşmazlığa dair muhakeme koşulları mevcutsa, bir muhakeme engeli yoksa usule ilişkin hüküm verilmektedir. Muhakeme engelinin varlığı duruşmada hemen fark edilebilir veya engel sonra da ortaya çıkabilir. Bu durumda muhakemenin devamı ve özellikle esasa ilişkin karar verilmesi mümkün olmayıp, mahkeme aşağıda hüküm çeşitleri başlığında değineceğimiz üzere düşme kararı vermek zorundadır. Dolayısıyla bu durumda olayda muhakeme engeli bulunduğu için esasa ilişkin hüküm verilmesi mümkün olmayıp, usule ilişkin hüküm verilmektedir. Ancak istisnai şekilde buna uygun bir durum ortaya çıkabilir. Şöyle ki bir muhakeme engelinin mevcut olduğu ve düşme kararının verilmesi gereken durumda aynı zamanda o zamana kadar delillerin toplanması aşaması tamamlanmış ve sanığın söz konusu fiili işlediği ispatlanamamış ise yani esasa ilişkin beraat hükmünün verilmesi gerekiyorsa bu iki durum aynı anda gerçekleşmiş olacaktır<sup>42</sup>. Böyle bir ihtimalde de sanığın daha lehine olan beraat yönünde karar verilmelidir.

Sonuç olarak usule ilişkin hüküm, maddi hukuki duruma yönelik değildir. Örneğin muhakeme engeli nedeniyle davanın düşmesine ilişkin hüküm bu şekildedir. Bu karar da maddi hukuk açısından kesinleşmeye yetkin olmayan bir karardır<sup>43</sup>. Bu nedenle CMK'da belirtilen hükümlerden davanın reddi, düşme kararı ve adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı usuli hüküm olarak nitelendirilebilir<sup>44</sup>.

## II. Hüküm Çeşitleri

1412 sayılı CMUK m. 253'e göre hüküm çeşitleri; beraat, mahkûmiyet, davanın reddi, davanın düşmesi ve muhakemenin durması kararlarıdır. 5271 sayılı CMK'ya göre hüküm çeşitleri ise, "Duruşmanın sona ermesi ve hüküm" başlıklı m.223'de yer almaktadır. CMK'daki hüküm çeşitleri; beraat, ceza veril-

<sup>38</sup> **Kindhäuser**, Strafprozessrecht, § 24, kn. 2, 4. Bir diğer tasnife göre, kesin hüküm mutlak ve nispi kesin hüküm olarak ayrılmaktadır. Bu ayrıma dair bkz. **Roxin/Schünemann**, § 52, kn. 3, 4.

<sup>39</sup> **Kindhäuser**, Strafprozessrecht, § 24, kn. 5.

<sup>40</sup> **Balcı**, s. 13.

<sup>41</sup> **Balcı**, s. 13.

<sup>42</sup> **Kindhäuser**, Strafprozessrecht, § 24, kn. 6.

<sup>43</sup> **Kindhäuser**, Strafprozessrecht, § 24, kn. 6.

<sup>44</sup> **Balcı**, s. 13.

mesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve davanın düşmesi kararı olarak belirlenmiştir.

Alm. CMK 260. maddesi “Hüküm” başlıklı olup, bu maddede mahkemenin vereceği hükme dair açıklamalar mevcuttur. Ancak bu maddenin CMK m. 223'ten temel farkı, hüküm çeşitlerine yer vermemiş olmasıdır. Bu maddede, duruşmanın müzakerenin ardından hükmün tefhimi ile sona erdiği belirtilmiştir. Ayrıca buna göre, hüküm fıkrasında, sanığın sorumluluğuna sebep teşkil eden fiile, fiilin hukuki nitelendirmesi için bu fiilin kanunda karşılık geldiği suçta dair başlığa yer verilmelidir. Bununla birlikte aynı maddede hükümde öngörülen yaptırımlara dair belirtilmesi gereken esaslara değinilmiştir.

### A. Beraat Kararı

Beraat, “aklanma” anlamına gelmekte olup, fail hakkında cezaya hükümünmaması halini ifade eder<sup>45</sup>. Beraat sanık hakkında verilen kararlar içerisinde sanığın en lehine olan karar olmakla birlikte<sup>46</sup> esasa ilişkin karar niteliğindedir<sup>47</sup>.

Bununla birlikte beraat kararı verilirken kullanılacak terim tartışma konusu yapılmaktadır. YCGK'nun bir kararında<sup>48</sup>, “*Duruşmanın sonunda verilecek kararlardan birinin ancak beraat biçiminde olması halinde, yasaya uygun bir hükmün varlığından söz edilebilir. Bunun yerine **aklama** sözünün kullanılması yasaya aykırıdır*” ifadesine yer verilmektedir. Bu görüş, CMK m. 232'den yola çıkılarak gerekçelendirilmektedir. Buna göre, hükümde bulunması gereken unsurlar belirtilirken hangi kararın verildiğinin hükme yazılacağı ifade edilmektedir. Bu durumda da hüküm çeşitlerinin düzenlendiği CMK m. 223 dikkate alınacaktır. Bu düzenlemede yer alan hüküm çeşitleri dikkate alındığında beraat hükmünün mevcut olduğu ve fakat aklanma ifadesinin yer almadığı ileri sürülmektedir<sup>49</sup>. Ancak bu durum, Yargıtay'ın fazla biçimsel yaklaşması nedeniyle eleştirilmektedir<sup>50</sup>.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/2 hükmüne göre beraat kararı; a) Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, b) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, c) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, e) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması hallerinde verilir.

Beraat hükmünün gerekçesinde, belirtilen bu hallerden hangisine dayandığının gösterilmesi gerekir. Burada maddede belirtilen beraat türlerinden hangisine ulaşıldığına yer verilmelidir. Aksi halde gerekçe yetersiz kabul edilip, bu husus bozma sebebi olacaktır<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> **İsmail Deniz**, Ceza Muhakemesinde Hüküm, Ankara, 2014, s. 53.

<sup>46</sup> **Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. bs., Ankara, 2016, s. 769.

<sup>47</sup> **Seiler**, § 8, kn. 840.

<sup>48</sup> YCGK, 17.09.1979, 7-283/331 (**Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 454).

<sup>49</sup> **Yerdelen**, s. 273.

<sup>50</sup> **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 454.

<sup>51</sup> “*Şahsi davacıların aksi kanıtlanmayan iddiaları ve bu iddiaları doğrulayan 27.2.1998 günlü tutanaklardan, tüm sanıkların olay mahallinde oldukları ve hatta sanık Zülfü .... elinde kırılan çerçeveye ait aliminyum ulama demiri ile yakalandığı belirtilmiş olmasına göre sanıklara isnat olunan ızzar suçunun kanıtlandığı gözetilmeden ve ifadeler arasın-*

Ayrıca CMK m. 223/9 hükmü gereği, derhâl beraat kararı verilebilecek hâllerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez. Burada kastedilen birden fazla kararın verilebilme imkanının olması halinde sanığın daha lehine olan kararın tercih edilmesidir. Durma veya düşme kararlarının aleyhe sonucu engellemek için var olduğu ve beraat kararını değil, mahkumiyeti engelleyici olduğu kabul edilmelidir<sup>52</sup>. Bazı durumlarda birden fazla hüküm çeşidi aynı olayda söz konusu olabilir. Burada hüküm çeşitleri bakımından failin lehine olanı tespit etmek için değerlendirme yapmak gerekmektedir. Örneğin, yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması durumunda ayrıca kast veya taksirin olmadığı ve şahsi cezasızlık sebebinin bulunması halinde verilecek karar incelenmelidir. Bu hallerden kast veya taksirin olmaması halinde beraat kararının verilmesi gerekir iken, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin mevcut olması ve şahsi cezasızlık sebebinin bulunması durumunda ileride değineceğimiz üzere ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Yargılama konusu olayın bir de şikayete tabi olması ve şikayetten vazgeçilmesi ihtimalinde düşme kararının söz konusu olacağı söylenebilir. Bu gibi hallerde verilebilecek hükümler arasında hangisi sanığın lehine olan hüküm ise, o hükme karar verilmelidir<sup>53</sup>.

Diğer yandan ilgili hükümde yer alan “*derhal beraat kararı verilebilecek hallerde...*” ifadesi ile anlatılmak istenenin ne olduğu değerlendirilmelidir. Bir görüşe göre, burada belirtilen “*derhal*” kelimesi dar yorumlanarak bu ifade ile yargılamanın başlangıcında<sup>54</sup> daha yargılamaya başlamadan evvel beraat kararı verilecek haller kastedilmektedir. Ancak bu şekilde yapılan yorum, CMK ile uyumlu olmaması nedeniyle eleştirilmektedir. CMK’da iddianamenin iadesi söz konusu olabileceği için iddianameyi inceleyerek kabul eden mahkeme bundan hemen sonra delil yetersizliğinden beraat kararı veremeyecektir. Bu nedenle iddianamenin iadesi müessesesi de dikkate alındığı takdirde derhal beraat kararının verilebileceği halleri yargılamaya başlamadan evvel şeklinde yorumlamak mümkün değildir<sup>55</sup>.

Bu hükmün fiilin kanunda suç olarak düzenlenmemiş olması halinde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının değil; derhal beraat kararının verilmesi gerektiğini ifade ettiği belirtilmiştir. Mahkumiyet kararının verilmesi ihtimalinin söz konusu olduğu durumlarda ise bu hüküm uygulanmayacaktır<sup>56</sup>. Bununla birlikte bu düzenleme, fiilin suç oluşturmaması veya suç olmaktan çıkarılmasına ilişkin bir husus olarak kabul edildiği takdirde de maddenin diğer fıkraları ile birlikte incelenmesi gerekir. Söz konusu maddenin

---

*daki çelişki dahi giderilmeye çalışılmadan eksik inceleme sonucu, yetersiz gerekçe ile beraat hükmü kurulması, Yasaya aykırı şahsi davacılar vekili ve sanıklar vekilinin temiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün bu sebeplerden dolayı istem gibi bozulmasına, 15.9.1998 gününde oybirliğiyle karar verildi.”* Y. 10. CD, T. 15.09.1998, 1998/6069, 1998/8091 (www.kazanci.com) (Yerdelen, s. 274).

<sup>52</sup> YCGK, 12.04.2011, 2010/4, MD-178-2011/41 (Şahin/Göktürk, s. 154).

<sup>53</sup> Yerdelen, s. 275, 276.

<sup>54</sup> Yerdelen, s. 276.

<sup>55</sup> 1412 sayılı CMUK’ta iddianamenin iadesi kurumuna yer vermediği ve mahkeme dava açıldıktan sonra ilk kez dosya ile karşılaştığı için bu şekilde derhal beraat kararı verilmesi mümkündür (Şahin/Göktürk, s. 154).

<sup>56</sup> Yerdelen, s. 276.

2. fıkrasındaki fiilin suç oluşturmaması halinde beraat kararı verileceği ve 9. fıkradaki derhâl beraat kararı verilebilecek hâllerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemeyeceği düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde fiil suç oluşturmamakta ise, 9. fıkra hükmünün uygulanması düşünülemez<sup>57</sup>. Burada tartışma konusu yapılan ibare, “delil araştırmasına gerek olmaksızın” beraat kararı verilebilecek bir durumda daha aleyhe olan bir kararın verilmesinin engellenmesi anlamına gelmektedir. Bu bağlamda durma veya düşme kararları lehe olan karar bakımından engel teşkil etmezler<sup>58</sup>. Örneğin, zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle düşme kararı verilecek olan bir davada eğer beraat kararı verilebilecek ise beraat kararı verilmelidir. Benzer yönde Ceza Genel Kurulu’nun bir kararında önödeme tabi suçun işlenmesi halinde önödeme ihtarını yapmadan beraat kararı verilmiş olup, kararın gerekçesinde de bu durum izah edilmiştir. Kararda “...kural olarak düşme nedenleri bulunduğu hakim, başka hususları araştırmadan düşme nedeninin uygulanma olanağı olup olmadığını araştırır. Önödeme de düşme nedenlerinden biridir. CMUK’un derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma veya düşme kararı verilemeyeceğine ilişkin hükmü ise bu kuralın istisnalarındandır. Durma ve düşme nedenleri mahkumiyeti engellemek amacıyla kabul edilmiş olup, beraat kararı durma ve düşme kararlarından daha güvenceli ve önceliklidir”<sup>59</sup>.

### 1. Fiilin Kanunda Suç Olarak Tanımlanmamış Olması

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereği olarak işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen TCK m. 2 şu şekildedir: “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolünamaz”. Aynı esas Anayasa m. 38’de yer almaktadır: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”. Bu ilkeye göre, suç sayılan fiilin kanunda düzenlenmiş olması fiilden önce olmalıdır. Diğer bir deyişle bu durumda kişinin fiili işlediği sırada söz konusu fiil suç olarak düzenlenmemiş haldedir.

Öte yandan TCK m. 7 “Zaman Bakımından Uygulama” başlıklı olup, bu temel ilkeye yer vermektedir. TCK m. 7/1’de açık şekilde ifade edildiği üzere suç işlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Bu ihtimalde ise, fiil işlendikten sonra fiilin suç sayılmaması durumu söz konusudur. Fiil işlendikten sonra, yargılama veya infaz aşamasında yahut infazdan sonra suç olmaktan çıkarılmış olabilir. TCK m. 7/1’e göre, yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmuşsa infazı ve kanunî neticeleri kendiliğinden kalkacaktır. Bu durumda beraat kararı verilirken hakim kararını kanuna dayandıracaktır<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Şahin/Göktürk, s. 154, 155.

<sup>58</sup> Kunter, kn. 483.

<sup>59</sup> YCGK, 8.4.2003, 9-84/85 (www.kazanci.com) (Turhan, s. 390).

<sup>60</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 666.

## 2. Suçun Sanık Tarafından İşlenmediğinin Sabit Olması

Sanığın suçu işlemediğinin sabit olması, ortaya konulan ve tartışılan deliller ile isnat edilen fiili işlemediğinin kesin olarak anlaşılmasıdır. Bu durumda yüklenen suç işlenmiş, fakat sanık tarafından işlenmemiştir<sup>61</sup>.

Bu durum bazen söz konusu suçun başka bir kişi tarafından işlendiğinin ispatlanması ya da sanığın suçu işlemediğine ilişkin delillerin ortaya çıkması ile gerçekleşmiş olabilir. Örneğin, fiilin başkası tarafından işlendiği<sup>62</sup> veya sanığın olay yerinde olmadığına ispatlanması halinde bu şekilde değerlendirme yapıp karar verilebilecektir<sup>63</sup>. Böyle bir durumda kişi hakkında aşağıda değineceğimiz “*yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması*” nedeniyle beraat kararı verilmesi değil; “*yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması*” nedeniyle beraat kararı verilmesi daha lehedir. Her iki karar da sübuta ilişkin olmakla birlikte aşağıda değineceğimiz üzere yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması halinde yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğine dair yeterli delil mevcut değildir ve beraat kararı verilmelidir. Oysa ki suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması durumu, kişinin söz konusu fiili işlemediğinin ispatlanması anlamına gelmektedir.

Nitekim yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması hali, fiilin başka hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde sanık tarafından işlemediğinin ortaya konulmuş olması anlamına gelip, sanık hakkında verilebilecek en lehe karar olarak anılmaktadır<sup>64</sup>.

## 3. Sanığın Kast veya Taksirinin Bulunmaması

Failin işlediği fiil ile ilgili kast veya taksirinin bulunmaması hali beraat kararı verilecek hallerden biridir. Her ne kadar doktrinde kast ve taksirin kusurluluk şekli olduğunu ileri süren görüşler<sup>65</sup> mevcut olsa dahi ceza hukuku reformu ile yapılan değişiklikler sonrasında kast ve taksirin failin işlediği fiil ile arasındaki psikolojik bağı ifade ettiği ve manevi unsurları oluşturduğu söylenebilir<sup>66</sup>. CMK’da yer alan bu düzenlemeden de kusurluluğa ilişkin durumlarda

<sup>61</sup> **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 453.

<sup>62</sup> **Doğan**, Ceza Muhakemesinde Hüküm, s. 179.

<sup>63</sup> **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 666, 667.

<sup>64</sup> **Günel Kurşun**, Ceza Muhakemesinde Hüküm, Ankara, 2016, s. 130; **Balcı**, s. 267. Yarg. 6. CD., 23.01.2006, 6311/93; “...hüküm bölümünde “sanıkların üzerine atılı sahtecilik suçunu işlemediklerinden beraatleri” yerine “sanıkların yüklenen suçu işlediklerine ilişkin mahkumiyetlerine yeterli kati deliller bulunamadığından beraatlerine” karar verilmesi” hukuka aykırıdır” (**Şenses**, s. 350).

<sup>65</sup> **Ayhan Önder**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, İstanbul, 1992, s. 261 vd.; **Sulhi Dönmezer/Sahir Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II, 10. bs., İstanbul, 1994, kn. 917; **Faruk Erem/Ahmet Danişman/Mehmet Emin Artuk**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. bs., Ankara, 1997, s. 443 vd.; **Kayıhan İçel/Fusun Sokullu-Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver**, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul, 2000, s. 229 vd.; **Nevzat Toroslu**, Ceza Hukuku Genel Kısım, 13. bs., Ankara, 2009, s. 178, 179; **Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 15. bs., Ankara, 2015, kn. 462 vd.; **Timur Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. bs., Ankara, 2014, s. 359 vd.; **Nur Centel/Hamide Zaffer/Özlem Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. bs., İstanbul, 2016, s. 357 vd.

<sup>66</sup> **İzzet Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. bs., Ankara, 2016, s. 221; **Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hü-



ceza verilmesine yer olmadığı; fakat kast ve taksirin bulunmaması halinde beraat kararının verileceği göz önünde bulundurulduğunda dahi aynı değerlendirilmeyi yapmak gerekecektir.

Nitekim TCK'nın genel gerekçesinde, manevi unsurun da bir haksızlık unsuru olduğu belirtilerek şu açıklamalara yer verilmiştir: “Manevi unsurlar kast ve taksirdir. Bu sistemde bunlar birer kusurluluk hali değil; haksızlık unsurlarıdır. Bir suç kanunda taksirle işlenebilen bir suç olarak tanımlanmış ise o fiilin işlenişi açısından failin taksiri yok ise ortada bir haksızlık da yoktur. Bir suç kural olarak kasten işlenebilir. Bazı hallerde fiilin taksirle işlenmesi de düzenlenmiş olabilir. Bir fiilin taksirle işlendiğinde sorumluluk için kanunda taksirin açıkça cezalandırılması gerekir. Bir fiile ilişkin kanun hükmünde kasten ibaresi var ise bu fiilin taksirle işlenmesi de suç olarak düzenlendiği konusunda bir ipucu verilmiş olur. “Kasten” lafı var ise suçun taksirle işlendiği konusunda bir düzenleme yapıp yapılmadığını araştırmak gerekir”. Böylece kast ve taksirin mevcut olmaması halinde suçun unsurlarında eksiklik söz konusu olduğundan beraat kararı verilecektir<sup>67</sup>.

Fiil ile ilgili olarak kast ve taksirin mevcut olmaması, türlerinin de bulunmaması anlamına gelmektedir. Kastın türleri, doğrudan ve olası kasttır. Doğrudan kast, TCK m. 21/1’de düzenlenmiş olup, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır. Suç tanımında yer almakla birlikte, fiilin ifade ettiği haksızlık üzerinde etkili olmayan hususların bilinip bilinmemesi, kastın varlığı açısından önem taşımamaktadır<sup>68</sup>. Ayrıca hata haline ilişkin düzenleme gereği, fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki unsurları bilmeyen kişi kasten hareket etmiş sayılmamaktadır<sup>69</sup>.

Olası kast ise, TCK m. 21/2’de düzenlenmiş olup, buna göre kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde mevcuttur. Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurların somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir<sup>70</sup>. Kast ve türlerinin somut olayda var olup olmadıkları ve hangi suç bağlamında ele alınıp, nasıl tespit edileceği de ele alınması gereken önemli bir husustur<sup>71</sup>.

---

kümler, 7. bs., Ankara, 2013, s. 288; **Mahmut Koca/İlhan Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. bs., Ankara, 2016, s. 139.

<sup>67</sup> Örneğin Avusturya CMK’unda (§ 259) beraat verilmesi gereken hallerde daha genel bir ifade ile kanuni tipte yer alan unsurların gerçekleşmemesi durumu yer almaktadır (**Seiler**, § 8, kn. 846).

<sup>68</sup> Örneğin, objektif cezalandırılabilme koşulunun arandığı suçlarda bu koşulun veya şahsi cezasızlık sebebinin fail tarafından bilinmesi gerekmez (Bkz. TCK m. 21 gerekçe).

<sup>69</sup> TCK m. 30; “(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır”.

<sup>70</sup> Bkz. TCK m. 21 madde gerekçesi.

<sup>71</sup> “Kasten yaralama suçu ile kasten öldürme suçuna teşebbüs arasındaki ayrıntı kriter manevi unsurun farklılığına dayandığından, sanığın kastının öldürmeye mi, yoksa yaralamaya mı yönelik olduğunun çözülmesi gerekmektedir...”

*Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Olay günü, gece saat 02.30 sıralarında alkol alarak dolaşmakta olan sanık ile ...’ın Alanya iskelesinde karşılaştıkları, sanığın tartışmaya başladığı ...’ın yüzüne yumrukla vurması sonucu kavga çıktığı, ...’ın arkadaşları olan mağdur ile tanık ...’ın kavgaya müdahale ettikleri sırada, sa-*

Bazı suçların kanuni tanımında “bilerek, bildiği halde, bilmesine rağmen” şeklinde ifadeler yer almakta olup, bu suçlar ancak doğrudan kast ile işlenmektedir<sup>72</sup>. Bu durumda fiilin olası kast ile işlenmesi halinde söz konusu suç tipi bakımından aranan kastın, somut olayda var olduğu kabul edilemeyecektir. Çünkü burada aranan doğrudan kasttır ve fiil doğrudan kast ile işlenmemektedir.

Taksir, adi (basit/bilinçsiz) taksir ve bilinçli taksir şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Adi taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesinin öngörülmeyle gerçekleşmesidir. Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir söz konusudur. Bu durumda sadece kasten işlendiği takdirde cezalandırılabilen, diğer bir ifadeyle taksirli hali kanunda düzenlenmemiş suçlar bakımından fiilin kasten değil; taksirle işlenmesi durumunda suçun kanunda düzenlenen hali bakımından “kastın bulunmaması”, fiilin taksirle işlenmesi halinde ise, “fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması” durumu söz konusudur.

Olası kast, doğrudan kasta göre, adi taksir de bilinçli taksire göre daha az ceza ile cezalandırılmaktadır. Kasten işlenen suçlar ile taksirli suçlar olası kast ve bilinçli taksir hallerinde birbirine yaklaşmaktadır<sup>73</sup>. Bunların arasında-

---

*niğin üzerinde taşıdığı bıçağı çıkarıp sallamaya başladığı, bu esnada mağdurun batın üst bölgesine isabet eden tek bıçak darbesi sonucu karaciğer ve midesinden yaralanarak yaşamsal tehlike geçirdiği, yaşanan kavganın polis memurlarının gelmesi ile sona erdiği anlaşılan olayda; mağdurla aralarında husumet bulunmayan sanığın ani gelişen hareketli kavga ortamında mağdurun hayati bölgesine bilerek ve isteyerek vurduğuna dair kesin bir belirlemenin yapılamayışı, mağdurda tek bıçak darbesinin bulunması, mağdurun dahil olduğu tarafın sayıca daha üstün olduğu karşılıklı kavgada sanığın mağdura vurduğu ilk darbe sonrasında öldürmeye yönelik sonucu elde ettiğini belirlemesinin mümkün olmayışı, oluşan yaralanma sonrasında sanığın eylemini devam ettirmek isteğini gösterir kesin delillere ulaşılamaması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın eyleminin kasten yaralama olarak kabulü gerekmektedir.” YCGK, 25.10.2016, 3-843/379.*

“Sanığın at arabasıyla uzaklaşmaya çalışırken maktul ve yanındakileri durdurmak amacıyla havaya, asfalt zemine ve at arabasının tekerlerine doğru ateş ederken, seken mermi çekirdeklerinden birinin maktule isabet ederek onun ölümüne yol açtığı anlaşılmalı; sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 87/4. maddesi kapsamında kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, suç vasfında yanılıya düşülerek olası kastla öldürme suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yarg. 1. CD., 4.11.2009, 394/6639 (www.kazanci.com).

Benzer yönde bkz. YCGK, 08.07.2003, 1-196/212; YCGK, 30.09.2003, 1-226/229; YCGK, 08.07.2008, 1-88/184; YCGK, 31.03.2009, 1-248/82; YCGK, 18.02.2014, 1-325/73 (www.kazanci.com).

<sup>72</sup> **Koca/Üzülmez**, s. 164.

<sup>73</sup> “Dosya içeriği ile; olay yerinin bölünmüş ve 3 şeritli asfalt yol olduğu, olay yerinde ışık kontrollü kavşak sistemi ve kavşak içinde yaya geçidi çizgilerinin bulunduğu; alkollü olan ve aracı ile İzmit yönünden Sakarya yönüne gitmekte olan sanığın, olay yeri olan D-100 Köseköy ışıklı Kavşağına geldiğinde, yayalara yeşil ışık, araçlara kırmızı ışık yandı, diğer araçların durarak beklediği, yayaların yaya geçidinden geçtiği sırada, yaya geçidinden geçmekte olan yayalara çarpacağını, bu çarpmanın yaralanmayla ya da ölümlü sonuçlanabileceğini öngörmesine karşın, aracının hızını kesmeden, duran araçların sağından geçerek kavşağa girdiği, yaya geçidinden, sanığın gidiş yönüne göre yolun soldan yolun sağına geçmekte olan maktule N.Y.’a kaldırma 3.50 metre kala çarptığı ve yaklaşık 20 metre sürüklediği, olay yerinden kaçtığı; maktülenin, kafatası travması ze-

ki fark, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak neticenin gerçekleşmeyeceğine güven duyma veya neticenin kabullenilmesi noktasındadır. Bu fark, ilgili Kanun maddelerinde değil, olası kasta ilişkin maddde gerekçesinde açıklanmıştır. Olası kast halinde failin suçun gerçekleşeceğini mümkün görmesi ve olursa olsun demesi aranır iken, bilinçli taksirde neticeyi öngören fail, neticenin gerçekleşmeyeceğini ummaktadır<sup>74</sup>. Bununla birlikte failin kast veya taksirinin bulunmasının ispata ilişkin bir husus olarak hakim in değerlendirilmesine bağlı olduğu kabul edilmektedir<sup>75</sup>.

Diğer yandan manevi unsurlar bağlamında kast ve taksir dışında bazı suçlar bakımından kanuni tipte suçun temel veya nitelikli şeklinde maksat, amaç, saik gibi kasttan ayrı sübjektif haller aranmaktadır. Örneğin hırsızlık suçu, zilyedinin rızası olmaksızın başkasına ait taşınır bir malın, kişinin kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alınması şeklinde düzenlenmiştir. “Yarar sağlama maksadı” olmaksızın hırsızlık fiilinin işlenmesi halinde ne şekilde hüküm verileceği değerlendirilmelidir. Bu ihtimalde suçun bu hali kanunda düzenlenmemiş olduğu için fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması durumunun mevcut olduğu düşünülebilir. Diğer bir ihtimal ise, kastın ön aşaması olan ve kastı hazırlayan bu sübjektif unsurların yokluğunun, kıyas yapılarak kastın bulunmaması hali şeklinde değerlendirilmesidir. Her iki halde de beraat kararı verilmesi gerekmesine rağmen kıyas yapılması suretiyle kast veya taksirin bulunmaması halinin uygulanmasının yerinde olduğunu söylenebilir.

#### 4. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Bulunması

CMK m. 223’de mevcut düzenleme gereği, “*yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması*” durumunda beraat kararı verilecektir. Hukuka aykırılık suçun bir unsuru olup, fiilin hukuk düzeni ile çelişkisi, çatışması, fiile hukuk düzeni tarafından cezası verilmemesi anlamına gelmektedir<sup>76</sup>. Hukuka aykırılık suçun yapısında tipiklikten sonra gelmektedir. Diğer bir deyişle hukuka aykırılık, tipe yani kanuni tanıma uygun fiil hakkında yapılan değerlendirmedir. Ayrıca hukuka aykırılık, suçun genel bir unsuru olup, tüm hukuk düzeninin fiil hakkındaki değerlendirmesi ile fiile atfedilen bir özelliktir. Fiilin tüm hukuk düzeni bakımından değerlendirmeye tabi tutulması sonucu somut olayda hukuka uygun hale getiren bir sebebin mevcut olduğu sonucuna ulaşırsa fiil kanuni tarife uygun olmasına rağmen hukuka aykırı değildir<sup>77</sup>. Fiilin hukuka aykırı olmaması halinde suçun hukuka aykırılık unsuru mevcut olmadığından fiil, suç niteliğinde değildir. Bu nedenle yüklenen “*suçun*” değil; yüklenen “*fiilin*” sanık tarafından

---

*mininde gelişen beyin kanaması ve genel vücut travması zemininde gelişen etraf kemiği kırıkları ile müterafik iç ve dış kanamanın müşterek sonucu olarak öldüğü; eylemin olası kastla insan öldürme suçunu oluşturduğu anlaşıldığı halde, 5237 sayılı TCK.nun 81, 21/2 ve 53 maddeleri uyarınca hüküm kurulması yerine, bilinçli taksirle ölüme neden olma suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması...*” Yarg. 1. CD., 31.12.2007, 8147/9996 (www.kazanci.com).

<sup>74</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 368, 369.

<sup>75</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 667.

<sup>76</sup> Dönmezer/Erman, C. II, kn. 665; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 93, 94; Demirbaş, s. 256.

<sup>77</sup> Koca/Üzülmez, s. 255, 263.

işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması ifadesi daha yerinde olacaktır.

TCK'da hukuka uygunluk sebeplerinin yer aldığı bölüm, “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlıklıdır. Bu başlık altında yer alan düzenlemelerin hukuki niteliklerine ilişkin belirlilik yoktur. Bu nedenle maddelerin gerekçeleri ve CMK m. 223 birlikte değerlendirilerek hukuki nitelikleri tespit edilmektedir<sup>78</sup>. Buna göre, kanun hükmünü yerine getirme (TCK m. 24/1), hukuka uygun emrin ifası (TCK m. 24/2), meşru savunma (TCK m. 25/1), hakkın kullanılması (TCK m. 26/1) ve ilgilinin rızası (TCK m. 26/2) hukuka uygunluk sebebidir.

Olayda bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olması halinde karara ilişkin gerekçede hangi hukuka uygunluk nedeninin mevcut olduğu ve hukuka uygunluk nedeninin koşulları ve olaydaki oluşum şekli açıklanmalıdır<sup>79</sup>.

Hukuka uygunluk sebeplerinin mevcut olması halinde beraat kararı verilmesi gerektiğine dair bu düzenlemeye gerek olmadığı savunulmuştur<sup>80</sup>. Hukuka aykırılığın suçun bir unsur olduğu ve bu unsur gerçekleşmediği takdirde suç oluşmayacağı göz önünde bulundurulduğunda bu görüşün yerinde olduğu söylenebilir.

Yukarıda değindiğimiz kast ve taksirin mevcut olmaması veya olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması durumu tek başlık altında suçun unsurlarının gerçekleşmemiş olması şeklinde düzenlenebilirdi. Kanun koyucu burada kast, taksir ve hukuka aykırılığı suçun unsuru kapsamında değerlendirdiğini açıkça göstermiş ve unsurların yerine gelmemesi halinde beraate hükmedileceğini belirtmiştir.

## 5. Suçun Sanık Tarafından İşlendiğinin Sabit Olmaması

Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması beraat hükmü verilmesini gerektiren diğer bir haldir<sup>81</sup>. Bu durumda fiilin sanık tarafından işlendiği veya işlenmediği hususu ortaya konulan deliller ile ispatlanmamıştır<sup>82</sup>. Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması halinin iki şekilde mevcut olduğu ileri sürülmektedir. Bunlardan birincisi, yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğine dair deliller mevcuttur; fakat mahkumiyet kararı verilmesi için yeterli değildir. Bu durumda delil yetersizliği söz konusudur. İkinci durumda ise, yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğine

<sup>78</sup> **Koca/Üzülmez**, s. 265.

<sup>79</sup> “5237 sayılı TCK.nun 26/2 maddesinin “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez” hükmü karşısında suç tarihinde 17 yaşı içinde olan mağdureyi rızasıyla kaçırıp alıkoyan sanığın hukuka aykırı bir davranışından söz edilemeyeceği, rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği ve 7/1. madde dikkate alınarak sanığın kaçırılıp alıkoyma suçlarından beraati yerine hükümlülük kararı verilmesi...” Yarg. 5. CD., 10.07.2008, 7285/7553 (www.kazanci.com) (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 667, 669).

<sup>80</sup> **Doğan**, Ceza Muhakemesinde Hüküm, s. 179.

<sup>81</sup> **Seiler**, § 8, kn. 846.

<sup>82</sup> **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 454.

dair hiç delil mevcut değildir ve delil yetersizliği gerekçesine dayanılmaksızın beraat kararı verilmelidir<sup>83</sup>.

Fiilin gerçekleştiğinin ispat edilmesi ve fakat sanık tarafından işlendiğinin elde edilen delillerle ispatlanamaması halinde “*şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo)*”<sup>84</sup> ilkesi uyarınca beraat kararı verilmelidir<sup>85</sup>. Bu durumda sanığın eylemi yaptığının kesin delillerle anlaşılması ve eylemi yaptığının sabit olmaması söz konusudur<sup>86</sup>. Diğer bir deyişle bu ilkeye göre, ortaya konulan delillerin yeteri kadar ikna edici olmaması halinde mahkeme tarafından beraate hükmedilmelidir<sup>87</sup>.

Beraat kararının gerekçesinde delil yetersizliğinden verildiği şeklinde bir açıklamanın yer alması sanığın fiili işlediği ve fakat mahkemenin yeterince delille ulaşamadığı şeklinde yorumlanabilmektedir<sup>88</sup>. Belirttiğimiz üzere yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması durumunda mahkeme tarafından verilen kararda yer alan “delil yetersizliğinden beraat kararı” şeklindeki ifade, sanığın yüklenen fiili işlediği ve fakat delil yetersizliğinin mevcut olduğu ve bu nedenle beraat kararı verildiği şeklinde anlaşılmaya müsaittir<sup>89</sup>. Bu nedenle sanığın fiili işlediğinin ispatlanmadığı durumlarda, sanık o fiili işlememiş sayılmalıdır. Aksi yorum suçsuzluk (masumiyet) karinesi ile bağdaşmayacaktır<sup>90</sup>. Bu karine ve yukarıda değindiğimiz şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği, ispatlanamaması halinde sanığın o fiili gerçekleştirmemiş olduğu kabul edilmelidir. Doğru olan ise, delil yetersizliğinden beraat değil; yüklenen

<sup>83</sup> “Oluşa ve tüm içeriğine göre; sanığın suçsuz olduğuna ilişkin savunmasının aksine, aynı suçtan mahkum olan diğer sanık H.Ö.’in hazırlık aşamasındaki atfı cürüm niteliğinde olup sonradan değişen çelişkili anlatımları ile içerikleri tespit edilemediğinden suça katılımını gösterir kanıt niteliğinde sayılamayan cep telefonu görüşme kayıtları dışında, kuşkudan uzak kesin kanıt elde edilmediği gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı biçimde mahkumiyetine karar verilmesi...” Yarg. 8. CD., 1495/1140 (www.kazanci.com); “Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması” yerine, 5271 sayılı CMK.nunda yer almayan “sanığın savunmasının aksine mahkumiyetine yeterli, kesin ve inandırıcı kanıt bulunamadığından ve unsurları da oluşmadığından” bahisle beraat kararı verilmesi ve hükümde beraat kararının dayanağını oluşturan kanun maddesi yazılmayarak 5271 sayılı CMK.nun 230/2, 232/6 ve 223/2-e maddelerine aykırı davranılması bozmayı gerektirmiştir” Yarg. 2. CD., 4.10.2010, 24309/27373 (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 667, 669).

<sup>84</sup> “Şüpheden sanık yararlanır” ilkesi, CMK m. 223/2-e’de mevcut beraate ilişkin belirttiğimiz bu husus bakımından öngörülmüştür. Ancak sanığın suç işlediğinin sabit olmaması halinde verilecek beraat kararına ilişkin bu düzenlemenin kıyasen diğer durumlarda uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilmiştir. Bu noktada oluşan boşluğun bu hükmün kıyasen uygulanması ile giderilebileceği ileri sürülmektedir. Fakat bu ilkenin, “hüküm verme” kuralı olarak anılarak beraat dışında kalan ve hüküm ile ilgili diğer durumlara da uygulanabileceği kabul edilmektedir. Buna göre hâkim bu ilke gereği, şüpheli hususlarda sanığın lehine olan duruma göre hüküm tesis etmelidir (Koray Doğan, Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi “in dubio pro reo”, Ankara, 2016, s. 129-131).

<sup>85</sup> Centel/Zafer, s. 767; Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 454.

<sup>86</sup> Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 454.

<sup>87</sup> Jürgen Wolter, Wahlfeststellung und In Dubio Pro Reo, Berlin, 1987, s. 19.

<sup>88</sup> Centel/Zafer, s. 767.

<sup>89</sup> Doğan, Ceza Muhakemesinde Hüküm, s. 180.

<sup>90</sup> Centel/Zafer, s. 767.

suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması nedeniyle beraat kararı verilmesidir<sup>91</sup>.

Sanığın söz konusu suçtan cezalandırılması ancak söz konusu fiilin kuşkuyla yer bırakılmayacak şekilde ispat edilmesine bağlıdır. Şüpheli olan iddialar sanığın aleyhine yorumlanamaz. Bu nedenle fiilin sanık tarafından işlendiğinin kanıtlanamaması durumunda sanığın mahkum edilemeyeceği açıktır<sup>92</sup>.

### B. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı

CMK m. 223/3'e göre, "Sanık hakkında; a) Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, b) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, c) Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, d) Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir".

CMK m. 223/4'e göre, "İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen; a) Etkin pişmanlık, b) Şahsi cezasızlık sebebinin varlığı, c) Karşılıklı hakaret, d) İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir"<sup>93</sup>.

CMK'da yer verilen bu düzenlemeye göre ceza verilmesine yer olmadığı kararına iki grupta yer verildiği söylenebilir. Bunlardan birincisi CMK m. 223/3'te yer alan sebeplerden ötürü kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararıdır. İkincisi ise, CMK m. 223/4'te yer verilen cezasızlık halleri nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararıdır. Bu düzenlemede TCK'nın ilgili hükümleri ile bağlantı kurularak mahkemenin vereceği hüküm belirtilmiştir<sup>94</sup>. Burada "Ceza verilmesine yer olmadığı kararı"nın niteliği farklı iki şekline yer verildiğini görmekteyiz. Kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı ve fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi şeklinde yapılan bu ayrıma göre, kusurun bulunmaması nedeniyle verilen kararın beraate, fakat fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen verilen ceza verilmesine yer olmadığı kararının ise mahkumiyete yakın olduğu ifade edilmiştir. Bu iki kararın farkına dair Adli Sicil Kanunu'nun ilgili hükümleri dayanak gösterilmektedir. Adli Sicil Kanunu'nun ilgili düzenlemesine göre (m. 4/1-g), örneğin etkin pişmanlık nedeniyle verilen ceza verilmesine yer olmadığı kararı adli sicile kaydedilecek bilgiler arasında yer almaktadır. Bununla birlikte kusurun bulunmaması halinde ceza verilmesine yer olmadığı kararlarının adli sicile kaydedilmeyeceği belirtilmektedir<sup>95</sup>. Ancak bu hallerden akıl hastalığına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre; "Akıl hastalığı nedeniyle hükmedilen

<sup>91</sup> Doğan, Ceza Muhakemesinde Hüküm, s. 180.

<sup>92</sup> Balcı, s. 268, 269.

<sup>93</sup> Burada yer verilen "fail" kavramı eleştirilmekte olup, "sanık" kavramının kullanılmasının gerektiği ileri sürülmektedir (Yerdelen, s. 48). Oysaki bu düzenlemede maddi ceza hukuku müesseselerinden söz edilmekte olduğu için "fail" kavramının kullanımı makuldür.

<sup>94</sup> Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 457; 458. Kusurluluğu veya cezalandırılabilirliği kaldıran bir halin varlığının söz konusu olması halinde beraat kararı verilmesi gerektiği ile ilgili bkz. Seiler, § 8, kn. 846.

<sup>95</sup> Şahin/Göktürk, s. 156, 157.

*güvenlik tedbirlerine ilişkin kararlar, adli sicile kaydedilir*” (Adli Sicil K. m. 4/1-k). Dolayısıyla akıl hastası hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi ve güvenlik tedbirine hükmedilmesi halinde bu husus adli sicile kaydedilecektir. Bu nedenle adli sicile kayıttan yola çıkarak ayırım yapılmaya çalışılması yerinde değildir. Öte yandan kusurun bulunmaması ve fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesi şeklinde yapılan ayırım, kusurun bulunmadığı hallerde de fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesi nedeniyle isabetli değildir. Diğer hallerde fiil suç olma özelliğini devam ettirmekle birlikte kusur da mevcuttur.

## **1. Sanığın Kusurunun Bulunmaması Dolayısıyla Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı**

### **a. Yüklenen Suçla Bağlantılı Olarak Yaş Küçüklüğü, Akıl Hastalığı veya Sağır ve Dilsizlik Hali ya da Geçici Nedenlerin Bulunması**

CMK m. 223/3-a bendine göre, “*yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması*” halinde, sanık hakkında, “ceza verilmesine yer olmadığı”na karar verilecektir.

Bu düzenlemede ilk olarak “yaş küçüklüğü nedeniyle” ceza verilmesine yer olmadığına karar verileceği öngörülmüştür. Yaş küçüklüğüne dair düzenleme ise, TCK m. 31’de yer almaktadır. Buna göre, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların yani birinci grup yaş küçüklerinin ceza sorumluluğu yoktur ve bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Diğer yandan TCK m. 33’e göre, TCK’nın fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümleri, onbeş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında uygulama alanı bulacaktır. Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların yani ikinci grup yaş küçüklerinin ise, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir. Aynı durum onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da geçerlidir.

CMK’daki bu hüküm değerlendirildiğinde, birinci gruptaki yaş küçükleri, sağır ve dilsizler hakkında kovuşturma yapılabileceği, fakat ceza verilmesine yer olmadığına karar verileceği, TCK’nın ise, kovuşturma yapılmamasını, ancak gerekirse, güvenlik tedbiri uygulanmasını öngördüğünü ve bu nedenle çelişkili olduğu ileri sürülerek eleştirilmektedir. Benzer durum akıl hastalığına ilişkin hüküm (TCK m. 32/1) bakımından da geçerli olduğu ifade edilmektedir. Nitekim ilgili düzenlemeye göre akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez, fakat bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükümlenir. Ancak burada yer alan ifade, “kovuşturma yapılmaz” değil; “ceza verilmez” şeklindedir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiği takdirde burada aslında farklı bir ifadeye yer verilme amacı olmaksızın bu şekilde düzenlendiği ve kanun koyucunun bu hususta dikkatli davranmadığı ifade edilmektedir<sup>96</sup>.

<sup>96</sup> **Metin Feyzioğlu**, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, (Çevrimiçi) <http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/5271-sayili-ceza-muhakemesi-kanunu-hakkinda.html>.

Son olarak CMK m. 223/3-a bendine göre geçici nedenlerin mevcut olması halinde sanık hakkında, “ceza verilmesine yer olmadığı”na karar verileceği belirtilmektedir. Geçici nedenlerle ilgili düzenleme TCK m. 34’te yer almaktadır. Buna göre, “Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez”. CMK m. 223/3-a bendinde her ne kadar sadece “geçici nedenler” ibaresine yer verilmiş olsa dahi irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisini de bu kapsamda ele almak gerekecektir. Bu durumda da gerek geçici bir nedenle gerek irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir.

### **b. Yüklenen Suçun Hukuka Aykırı Fakat Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi Suretiyle veya Zorunluluk Hali ya da Cebir veya Tehdit Etkisiyle İşlenmesi**

Hiyerarşik bir yapı içinde amirin verdiği emrin hukuka uygun olması ve emrin ifası halinde emri verenle birlikte emri yerine getiren bakımından bir hukuka uygunluk sebebinin varlığından söz edilecek olup, verilecek karar be- raattir<sup>97</sup>. Bununla birlikte ceza verilmesine yer olmadığı kararı bakımından esas olarak amirin emirinin hukuka aykırı olması durumu değerlendirilmelidir. Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, Amir tarafından verilen emrin hukuka aykırı olmasına rağmen, emredilen bakımından bağlayıcı bir özellik arz etmesini ifade etmektedir. TCK m. 24/2’ye göre; “Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz”.

AY m. 137/1; “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz” düzenlemesine yer vermektedir. Buna göre, üstün emrinde ısrar etmesi ve emri yazı ile yenilemesi halinde hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin var olduğu söylenebilir. AY m. 137/2’de ise, konusu suç teşkil eden emrin, hiçbir suretle yerine getirilemeyeceği ve yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağına yer vermektedir. Bu iki fıkra birlikte değerlendirildiği takdirde hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesinden ötürü sorumluluktan kurtulabilmenin ancak suç teşkil etmeyen nitelikteki örneğin, özel hukuk veya idare hukuku haksızları bakımından söz konusu olabileceği söylenebilir<sup>98</sup>.

TCK m. 24/3’te de yine konusu suç teşkil eden emri yerine getiren kişinin sorumluluktan kurtulamayacağına dair düzenleme mevcuttur. Burada konusu suç teşkil eden emrin denetlenmesi kanun tarafından engellenmiş değildir ve yerine getiren sorumlu olacaktır.

<sup>97</sup> Selman Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, GÜHFMD, C. XVIII, S. 2, 2014, s. 234.

<sup>98</sup> Dursun, s. 236, 237.



Bununla birlikte TCK m. 24/4'e göre, "Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur". Bu düzenleme dikkate alındığında belirtilen durumlarda emri yerine getirenin cezai sorumluluğunun olmadığı, hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin kusurluluğu kaldıran bir hal olduğu söylenebilir. Nitekim bu husus, CMK'nın inceleme konumuz olan 223. maddesinde (f. 3-b) açık şekilde kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilip, ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Diğer yandan TCK m. 25/2'de düzenlenen zorunluluk halinde kişinin gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile tehlikenin ağırlığı ve konu ile kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşuluyla faile ceza verilmeyeceği belirtilmektedir. Zorunluluk halinde kişi, içinde bulunduğu koşullar nedeniyle mazur görülmekte ve hakkında cezaya hükmedilmemektedir. Hukuki niteliği hakkında öğretide farklı görüşler<sup>99</sup> mevcut olsa dahi zorunluluk halinin bir mazeret sebebi olduğunu söyleyebiliriz<sup>100</sup>. Nitekim mazeret sebebi olan zorunluluk halinde kişinin işlediği fiil nedeniyle kusurluluğu kalkmaktadır<sup>101</sup>, fakat işlenen fiil hukuka aykırılığını korumaktadır. Bu nedenle işlenen fiil nedeniyle üçüncü kişiye hakkaniyete uygun bir tazminat ödeme yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Gerek madde gerekçesinde gerek CMK m. 223'te ifade edildiği üzere zorunluluk halinde, kusurunun bulunmaması söz konusu olduğu için kişi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir<sup>102</sup>.

Bu başlık altında incelenmesi gereken bir diğer husus, cebir veya tehdit etkisi altında suç işlenmesidir. Bu durum, TCK m. 28'de düzenlenmektedir. Buna göre, "Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır". Cebir veya tehdidin etkisi altında suç işlenmesi durumunda kişinin kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kara-

<sup>99</sup> Zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmesi ile ilgili bkz. **Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. bs., Ankara, 2010, s. 246 vd.; **Kayıhan İçel/A. Hakan Evik**, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. bs., 2007, s. 132. Ayrıca zorunluluk halinin hem hukuka uygunluk nedeni olarak hem de kusurluluğu kaldıran bir hal olarak değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz. **Zeynel Kangal**, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara, 2010, s. 438; **Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. bs., Ankara, 2016, s. 411 vd.; **Demirbaş**, s. 289; **Hamide Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), 6. bs., İstanbul, 2016, s. 335.

<sup>100</sup> **Özgenç**, s. 405. Mazeret sebeplerinin mevcut olduğu hallerde kusur yeteneğine sahip kişinin kusur yeteneğini etkileyen belirli haller mevcuttur ve bu haller nedeniyle kişinin norma aykırı hakaret etmesi söz konusudur. Bu sebeplerin varlığı halinde kusur yeteneğine ve haksızlık bilincine sahip kişi, cezalandırmaya liyakat sınırına ulaşmadığı için hakkında cezasızlık öngörülmektedir (**Adem Sözüer**, "Türk Ceza Hukuku'nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar", HPD, S. 6, s. 230-233).

<sup>101</sup> "...5237 sayılı Yasada hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemiş olan zorunluluk hali için de bu maddenin uygulanma şansı bulunmamaktadır." YCGK, 26.02.2008, 1-281/37 (www.kazanci.com).

<sup>102</sup> **Elif Bekar**, Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali, Ankara, 2013, s. 85, 86.

rı verilecektir. TCK m. 28'deki bu hüküm dikkate alındığında cebir ve tehdit ile birlikte yer verilen korkutma ve şiddet kavramlarının CMK'nın ilgili düzenlemesinde mevcut olmadığını görmekteyiz. Bu kavramların TCK'da mevcut iken CMK'da olmaması eksiklik olarak nitelendirilmiştir<sup>103</sup>.

Sonuç olarak hukuki nitelikleri tartışma konusu yapılan bu müesseselerin, CMK'nın bu maddesi dikkate alındığında hukuka uygunluk sebebi olmayıp, kusurluluğu kaldıran hal oldukları söylenmelidir<sup>104</sup>.

### **c. Meşru Savunmada Sınırın Heyecan, Korku ve Telaş Nedeniyle Aşılması**

TCK m. 27/2, meşru savunmada sınırın aşılmasına ilişkin bir düzenleme olup şu şekildedir: “*Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez*”. Bu durumda kişi içinde bulunduğu heyecan, korku ve telaş nedeniyle kusurlu kabul edilemeyecektir. Nitekim bu husus, inceleme konumuz olan CMK m. 223/3-c'de, “*Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir*” şeklindeki ifade ile belirtilmektedir.

Kişinin içinde bulunduğu bu durum, maruz kaldığı saldırı nedeniyle heyecan, korku ve telaşın etkisinde aştığı sınır bakımından mazur görülmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle meşru savunmada sınırın aşılmasının mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmesi mazeret sebebidir. Diğer yandan meşru savunmada mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaşla sınırın aşılmasının kasten veya taksirle olup olmadığı önem arz etmektedir<sup>105</sup>.

Bununla birlikte meşru savunmada sınırın mevcut bir saldırı olmaksızın heyecan, korku ve telaş ile aşılması halinde sınırın zaman yönünden aşıldığı ifade edilmektedir. Burada ya başlamış bir saldırı bulunmamaktadır ya da saldırı bitmiştir. Bu ihtimalde aslında hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hatanın mevcut olduğu ve bu hususun sınır aşımı değil; hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>106</sup>. Ancak diğer bir görüş, hem hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata hem de meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaşla aşılması kapsamında incelenmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> Doğan, Ceza Muhakemesinde Hüküm, s. 185.

<sup>104</sup> Şahin/Göktürk, s. 156.

<sup>105</sup> Özgenç, s. 426, 427.

<sup>106</sup> Koca/Üzülmez, s. 341.

<sup>107</sup> Hem bu görüş hem de bu madde ile meşru savunma özelinde düzenlenen ve kusurluluğu kaldıran bu halin diğer hukuka uygunluk sebepleri bakımından da geçerli olmasını sağlayacak bir düzenleme yapılmasının isabetli olacağı yönündeki görüş için bkz. **Fatih Selami Mahmutoğlu/Serra Karadeniz**, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, İstanbul, 2017, s. 618, 619.

#### d. Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Hataya Düşülmesi

TCK m. 30/3'te "Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır" düzenlemesi mevcuttur. Ceza sorumluluğunu kaldıran hal olarak değerlendirilebilecek olan hukuka uygunluk sebeplerinin ve kusurluluğu kaldıran sebeplerin maddi koşullarındaki kaçınılmaz hata bu fıkra kapsamında değerlendirilecektir<sup>108</sup>.

Kusurluluğu kaldıran hata hallerinin bir diğeri haksızlık hatasıdır. İşlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda düşülen hata, TCK m. 30/4'te şu şekilde düzenlenmektedir: "İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz".

Diğer yandan CMK m. 223/3-d bendi, "kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi" ile ilgili olarak kastı veya taksiri ortadan kaldıran bir hatanın bulunması halinde, ceza verilmesine yer olmadığına hükmedileceği ileri sürülmektedir. Ayrıca bu düzenleme CMK m. 223/2-c bendi ile birlikte değerlendirilerek failin kast veya taksirinin olmaması durumunda beraat edeceği ancak kastını ya da taksirini kaldıran bir hataya düşmesi durumunda ceza verilmesine yer olmadığına karar verileceği ve böylelikle bu iki düzenleme arasında çelişkinin olduğu belirtilmiştir. Bu çelişkiye, başkasının paltosunu kendisinin olduğu düşüncesiyle, yanlışlıkla alıp giyen bir kişinin, suç işleme kastı, fiili hatası nedeniyle bulunmadığı halde hakkında beraat değil, "ceza verilmesine yer olmadığı" kararının verilecek olması örnek verilmektedir<sup>109</sup>.

Ancak verilen bu örnek, maddi unsurlarda hataya örnek teşkil etmemektedir. Buradaki hata maddi unsurlara yönelik olmakla birlikte uygulanacak Kanun maddesi TCK m. 30/1'dir. Bu düzenleme şu şekildedir: "Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır." Kendisinin zannederek başkasının paltosunu alan kişinin hırsızlık suçuna yönelik kastının varlığından söz edilemez. Suç kasten işlenmediği için TCK m. 141'de yer alan hırsızlık suçuna ilişkin hüküm uygulama alanı bulamayacaktır. Ayrıca hırsızlık suçunun taksirli hali Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmediği için kişi hakkında taksirli sorumluluk da doğmayacaktır. Görülmektedir ki kusurluluğu kaldıran hata ile maddi unsurlara ilişkin kastı kaldıran hata hali farklılık arz eder.

## 2. Kusurun Bulunmaması Dışında Diğer Nedenlere Dayalı Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı

Bu başlık altında CMK m. 223/4'te mevcut tasnife göre sırayla a) Etkin pişmanlık, b) Şahsi cezasızlık sebebinin varlığı, c) Karşılıklı hakaret, d) İşlenen

<sup>108</sup> **Bekar**, Zorunluluk Hali, s. 40. Doktrinde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarındaki hatanın TCK m. 30/1'e göre değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu durumda hata, kastı ortadan kaldıracak; failin taksirli sorumluluk hali saklı olacaktır (**Koca/Üzülmez**, s. 293). Bu görüşe göre, gerçekte mevcut bir saldırı olmamasına rağmen saldırıya uğradığını zanneden kişinin düştüğü hata sonucu savunma hareketinde bulunması halinde bu kişinin kasten hareket etmediği söylenebilir. Bu durumda kişinin hataya düşmede taksiri mevcutsa taksirli sorumluluğu söz konusu olacaktır (**Öztürk/Erdem**, kn. 465).

<sup>109</sup> **Metin Feyzioğlu**, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", (Çevrimiçi) <http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/5271-sayili-ceza-muhakemesi-kanunu-hakkinda.html>.

fiilin haksızlık içeriğinin azlığı değerlendirilecektir. Ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın gerekçesinde belirtilen bu hallerden hangisine dayanıldığına gösterilmesi gerekmektedir.

#### a. Etkin Pişmanlık

Etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra failin işlediği suç ile ilgili ortaya çıkan sonuçları gidermeye yönelik ilgili kanun hükmünde aranan bazı davranışlarda bulunmasıdır. Etkin pişmanlığın tamamlanmış suçlar bakımından söz konusu olması ve genel hükümler arasında ceza sorumluluğunu etkileyen bir hal olarak düzenlenmemiş olması her ne kadar gönüllü vazgeçmeye benzese dahi bu müessesenin farkına işaret etmektedir. Etkin pişmanlık, sadece kanunda öngörülen belirli bazı suç tipleri bakımından uygulama alanı bulabilmektedir<sup>110</sup>.

Bu müessesenin hukuki niteliğinin cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olduğu söylenebilir<sup>111</sup>. Etkin pişmanlık sonucunda bazı durumlarda cezanın kaldırılması bazı durumlarda ise indirim yapılması öngörülmektedir. Etkin pişmanlık nedeniyle ceza verilmesine yer

<sup>110</sup> Örneğin, organ ve doku ticareti ve parada ve kıymetli damgada sahtecilik suçları açısından resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciiine haber vererek suçlularının yakalanmalarını kolaylaştırma, suçun meydana çıkmasına yardım etme (TCK m. 93, 201), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile ilgili olarak meydana gelmiş neticeyi tamamen ortadan kaldırma (TCK m. 110), malvarlığına ilişkin suçlar, zimmet ve iritkap suçları bakımından mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin etme (TCK m. 168, 248, 254), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ya da kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme veya bulundurma suçu ve parada veya kıymetli evrakta sahtecilik suçları açısından resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce diğer suç ortaklarının veya suç konusu eşyanın saklandığı veya imal edildiği yerleri merciiine haber verme, suç konusu eşyanın kimden, nerede ve ne zaman temin ettiğini haber vererek suçlularının yakalanmalarını veya söz konusu eşyanın ele geçirilmesini kolaylaştırma veya suçlar haber alındıktan sonra suçun meydana çıkmasına ve fail ve ortaklarının yakalanmasına yardım etme, resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini isteme (TCK m. 192, 201), suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda kurulan örgütü suç işlemeyen önce dağıtma veya verdiği bilgilerle örgütün dağıtılmasını sağlama, suç işlemeyen önce örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirme, suç işlemeyen yakalanması durumunda örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlama, gönüllü olarak teslim olup örgüt hakkında bilgi verme (TCK m. 221), rüşvet suçunda rüşvet alma konusunda anlaşan kamu görevlisinin, rüşvet veren veya anlaşan kişinin soruşturma makamlarını haberdar etmesi (TCK m. 254), iftiradan ya da yalan tanıklıktan dönme (TCK m. 269, 274), hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu bakımından gözaltına alınan, tutuklu veya hükümlünün kaçtıktan sonra kendiliğinden teslim olması (TCK m. 293) halleri etkin pişmanlık düzenlemeleridir (**Hakan Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. bs., Ankara, 2011, s. 443).

Etkin pişmanlık ile ilgili diğer bazı düzenlemeler şu suçlar çerçevesindedir: imar kirliliğine neden olma (TCK m. 184/5), suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme (TCK m. 281/3), suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (TCK m. 282/5), muhafaza görevini kötüye kullanma (TCK m. 289/2), infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokma (TCK m. 297/4), suç için anlaşma suçu (TCK m. 316/2) (**Özgenç**, s. 643-646).

<sup>111</sup> **Koca/Üzülmöz**, s. 428.

olmadığı kararı, ancak etkin pişmanlık sonucunda cezanın kaldırılması halinde verilecektir<sup>112</sup>.

### b. Şahsi Cezasızlık Sebebinin Varlığı

Şahsi cezasızlık sebepleri, suçun işlenmesi sırasında mevcut olan ve failin cezalandırılmasına engel teşkil eden sebeplerdir<sup>113</sup>. Şahsi cezasızlık sebepleri, suç politikası gereği hukuka aykırı ve kusurlu fiilden dolayı fail hakkında cezalandırmayı engellemektedir. Bu cezasızlık sebepleri mevcutsa fiil baştan itibaren cezalandırılabilir değildir<sup>114</sup> ve bu sebeplerin özellik arz ettiği asıl husus iştirak öğretisindedir<sup>115</sup>. Şahsi cezasızlık sebepleri mevcutsa yalnız bu sebebe sahip kişiler cezasızlık halinden faydalanacaktır<sup>116</sup>. Failde mevcut şahsi cezasızlık sebeplerinin şeriklerin sorumluluğu üzerinde bir etkisi olmadığı gibi müşterek failer için de aynı durum söz konusudur<sup>117</sup>.

Şahsi cezasızlık sebebinin mevcut olması durumunda, “ceza verilmesine yer olmadığı kararı (CMK m. 223/4-b)” verilecektir. Diğer yandan bu cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde CMK m. 171/1 gereği, Cumhuriyet savcısı “kovuşturmaya yer olmadığı” kararı verebilir. Kanun koyucu, Cumhuriyet savcısını hakkında “kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir” diyerek aslında savcının bu konuda takdir hakkı olduğuna işaret etmiştir. Şöyle ki Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresinde iddianame düzenlemek veya kovuşturmaya yer olmadığı kararını vermek noktasında değerlendirme yetkisine sahiptir<sup>118</sup>. Eğer iddianame düzenlenir ve dava açılır ise, mahkemenin suçun sabit olduğuna karar vermesi durumunda, şahsi cezasızlık sebebinin mevcut olması nedeniyle “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilecektir. Burada önce cezaya hükmedilip sonra ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesinin Kanun’a aykırı olduğu ileri sürülmüştür<sup>119</sup>.

Sanığın fiili işlediğinin sabit olduğu bazı durumlarda kanun koyucu cezasızlık öngörmüştür. Örneğin TCK m. 167’de yağma ve nitelikli yağma hariç, ilgili bölümde yer alan suçların; a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında

<sup>112</sup> Bkz. TCK m. 93/1; m. 184/5; m. 192/1,2,4; m. 201/1, 2; m. 221/1,2,3; m. 254; m. 274/1; m. 282/5; m. 316/2.

<sup>113</sup> **Helmut Fuchs**, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 7. Aufl., Wien, 2008, § 27, kn. 4.

<sup>114</sup> **Urs Kindhäuser**, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Baden-Baden, 2013, § 6, kn. 14.

<sup>115</sup> **Hellmuth Mayer**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Stuttgart, 1967, § 41, s. 166.

<sup>116</sup> **Kindhäuser**, Allgemeiner Teil, § 6, kn.13; **Wessels, Johannes/Werner Beulke/Helmut Satzger**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl., Heidelberg, 2013, § 5, kn. 150.

<sup>117</sup> **Berrin Akbulut**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015, s. 182.

<sup>118</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Melik Kartal**, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Kamu Davasının Açılmasında Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi, İstanbul, 2015.

<sup>119</sup> “CMK’nun 223/4-b maddesi gereğince şahsi cezasızlık nedeninin varlığı nedeniyle sadece ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken önce cezaya hükmedilip, sonra da ceza tertibine yer olmadığına karar verilmesi şeklinde hüküm tesis” Yarg. 9. CD., 9.7.2008, 7517/8894 (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 749).

cezaya hükmolunmayacağı belirtilmektedir. Bu durumda yüklenen fiilin fail tarafından işlendiği sabit olsa dahi sanığın cezalandırılmaması gerektiği için beraat kararı verileceği ileri sürülmektedir<sup>120</sup>. Ancak anılan bu düzenleme bir şahsi cezasızlık sebebi öngörmektedir. Şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde faile ceza verilmemekle birlikte verilecek hüküm beraat değil; ceza verilmemesine yer olmadığı kararıdır.

Diğer yandan objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçlar bakımından bu koşulun yokluğu halinde ne yönde hüküm verileceği belirtilmediği için bu koşullar, şahsi cezasızlık sebeplerine benzetilerek bir değerlendirme yapılmaktadır. Bunun bir sonucu olarak objektif cezalandırılabilme koşulunun mevcut olmaması durumunda beraat değil; ceza verilmesine yer olmadığı kararı (CMK m. 223/3, 4) verilecektir<sup>121</sup>.

### c. Karşılıklı Hakaret

TCK m. 129'da yer alan “*Haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret*” suçu şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) *Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.* (2) *Bu suçun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez.* (3) *Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir*”.

Bu düzenlemede üç fıkrada da cezasızlık hallerine yer verilmiştir. Ancak bunlardan sadece üçüncü fıkrada yer alan karşılıklı hakarete ilişkin verilecek hüküm, CMK m.223'de belirtilmektedir. Bununla birlikte diğer fıkralara ilişkin hükmün de karşılıklı hakaret suçunda olduğu gibi ceza verilmesine yer olmadığı kararı şeklinde olması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>122</sup>.

Karşılıklı hakaret, Alman ceza hukukunda da benzer şekilde düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre (Alm. CK § 199), taraflardan her ikisi veya biri hakkında cezasızlığa karar verilebilecektir<sup>123</sup>. Bu düzenleme ile doğrudan ilgili bir hüküm de Alm. CMK'nda mevcuttur. Alm. CMK § 468'e göre, “*Karşılıklı hakarete taraflardan birisinin veya her ikisinin cezalandırılmaması, taraflardan birisinin veya her ikisinin masraflara mahkum edilmesini engellemez*”. Alman ceza muhakemesinde de bu durumda aslında Türk hukukundakine benzer bir hükme yer verildiğini söyleyebiliriz. Çünkü burada öngörülen cezasızlık durumunun beraat kararı anlamında bir cezasızlık olmadığını görmekteyiz. Nitekim karşılıklı hakaretin yer aldığı düzenlemenin (Alm. CK § 199) beraat hükmü gerektiren bir karar olmayıp, cezada indirim imkanı sağlamayan ve fakat ceza

<sup>120</sup> **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 454.

<sup>121</sup> **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 584; **Uğur Ersoy**, Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları, Ankara, 2015, s. 218, 219; **Elif Bekar**, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış doktora tezi, 2016, s. 167.

<sup>122</sup> **Balcı**, s. 320.

<sup>123</sup> **Klaus Göbel**, Strafprozeß, Handbuch der Rechtspraxis (HRP), 5. Aufl., München, 1996, kn.217. Alm. CK § 199; “*Hakarete olay yerinde karşılık verildiği durumlarda, hakim hakaret fiilini işleyen kişinin veya bunlardan birinin cezasızlığına karar verebilir.*” **Yenisey, Feridun/Gottfried Plagemann**, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), 2. bs., İstanbul, 2015, s. 305.

verilmemesi ile sonuçlanabilen cezanın belirlenmesine dair bir karar olduğu belirtilmektedir<sup>124</sup>.

Diğer yandan bu düzenlemede öngörülen karşılıklı hakaret durumunda bir görüş tarafından “*sorumsuzluk kararı*” verilmesinin gerektiği belirtilmiştir ve bu görüşe göre sorumsuzluk kararı beraat kapsamında ele alınmalıdır<sup>125</sup>. Her ne kadar farklı görüşler ileri sürülmüş olsa dahi CMK m. 223/4-c’de açık şekilde ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte karşılıklı hakaretin hukuki niteliğinin şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmesi halinde CMK m. 223/4-b’de açık şekilde şahsi cezasızlık sebeplerine yer verildiği için burada ayrıca karşılıklı hakaret halini belirtmeye gerek olmadığı söylenebilir<sup>126</sup>.

#### **d. İşlenen Fiilin Haksızlık İçeriğinin Azlığı**

CMK m. 223/4-d bendi, “işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” dolayısıyla, sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebileceğine yer vermektedir. Haksızlık içeriğinin azlığı kavramı ETCK ve CMUK’ta yer almakta iken yürürlükteki TCK ve CMK ile ceza hukuku mevzuatına dahil olmuştur.

“Haksızlık içeriğinin azlığı” ifadesinin ne anlama geldiğini anlayabilmek için bu kavramın fiilin toplumsal uygunluğu kavramı ile birlikte incelenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, işlenen fiil, tipe uygundur ve fail kusur yeteneğine sahiptir. Bununla birlikte fiil toplumsal uygunluk arz ettiği için işlenen fiil suç olarak nitelendirilemeyecektir<sup>127</sup>. Ancak haksızlık içeriği az olsa dahi fiil suç niteliğindedir.

Diğer yandan bu kavramı anlayabilmek için haksızlık kavramının ne olduğunu ve hangi durumlarda haksızlık içeriğinin azlığının bu kapsamda değerlendirilebileceği belirlenmelidir. Haksızlık kavramına dair ileri sürülen görüşlerden biri tarafından haksızlığın aslında hukuka aykırılık olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>128</sup>. Oysaki hukuka aykırılık suçun bir unsuru olup, fiile atfedilen bir özelliktir. Hukuka aykırılık, fiilin tüm hukuk düzeni bakımından aykırılığı anlamına gelir ve tüm hukuk düzeni ile çelişkinsini ifade eder. Bu nedenle hukuka aykırılık bir derecelendirmeye tabi tutulmaz. Bununla birlikte hukuka aykırı fiili ifade eden haksızlık fiilin bir sıfatı, vasfı değil; bizzat kendisidir ve görüldüğü gibi derecelendirmeye tabi tutulması da mümkündür<sup>129</sup>. Diğer yandan bu ifade net olmadığı ve bu nedenle kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edilmesine elverişli olabilecek mahiyette olması sebebiyle eleştirilmektedir<sup>130</sup>.

Bu kapsamda TCK’da mevcut bazı suçlar tartışma konusu yapılmaktadır. Bunlardan biri TCK m. 145’te yer alan hırsızlık suçuna ilişkin düzenleme-

<sup>124</sup> **Jürgen Regge/Christian Pegel**, Münchener Kommentar StGB, Ed.Wolfgang Jo-  
ecks/Klaus Miebach, 2. Aufl., München, Bd. 4, 2012, kn.18, 19.

<sup>125</sup> **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 770.

<sup>126</sup> **Doğan**, Ceza Muhakemesinde Hüküm, s. 189.

<sup>127</sup> **Doğan**, Ceza Muhakemesinde Hüküm, s. 189.

<sup>128</sup> **Kurşun**, s. 156, 157.

<sup>129</sup> **Koca/Üzülmez**, s. 256, 257.

<sup>130</sup> **Kurşun**, s. 158.

dir. Bu düzenlemeye göre, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten vazgeçilebilir. CMK m. 223/4-d bendinde yer alan fiilin haksızlık içeriğinin azlığı ile hırsızlık suçu ile ilgili yer verilen “malın değerinin az olması” halinin ifade edilmek istendiği varsayımında madde metinlerinin uyumlu olması ve “fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” ifadesinin, “malın değerinin az olması nedeniyle fiilin haksızlık içeriği az ise” ifadesiyle değiştirilmesi önerilmektedir<sup>131</sup>. Çünkü bu düzenlemede haksızlık içeriğinin azlığı değil; hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olması ifadesi yer almaktadır<sup>132</sup>.

Benzer ifadeye yer veren diğer suç tipleri ise yağma ve zimmettir. TCK m. 150/2'ye göre; “Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir”. Diğer yandan TCK m. 249/1'e göre; “Zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir”. Ancak yağma ve zimmet suçlarına ilişkin bu hallerde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemeyecektir. Çünkü kanun koyucu, bu suçlarda malın değerinin azlığını sadece daha az ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlemiştir.

Haksızlığın içeriğinin azlığı ile ilgili bir dosya kâğıdının çalınması<sup>133</sup> ya da başkasına ait bir evin bahçe kapısının açık olması üzerine içeriye girerek bahçedeki musluktan su içen kişinin fiili örnek verilmektedir<sup>134</sup>. Yargıtay kararına konu olan diğer bir örnek ise, kasten yaralama suçuna ilişkindir. Bu suç ile ilgili karara konu fiilin haksızlık içeriğinin azlığı kabul edilmiş ve ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi uygun görülmüştür<sup>135</sup>.

Kanun'da yer alan belirli bazı suçlar ile ilgili olarak mı yoksa her suç bakımından mı haksızlık içeriğinin azlığı kavramının değerlendirilerek ceza verilmesine yer olmadığı kararının verileceği tartışmalıdır. TCK'da sadece değindiğimiz belirli suçlar bakımından malın değerinin azlığı ifadesine yer verilmiştir. Buradan yola çıkarak sadece belirtilen suç bakımından ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilebileceği, aksi uygulamanın suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlali anlamına geleceği ileri sürülmektedir. Buna göre, haksızlık içeriğinin azlığı kavramı her suç bakımından tartışılabilir; ancak bu durum, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi bağlamında dikkate alınmalıdır<sup>136</sup>.

Yukarıda belirttiğimiz üzere kanun koyucunun bazı kanun maddelerinde malın değerinin azlığı kavramına yer vermiş olması haksızlık içeriğinin azlığının tüm suçlar bakımından değerlendirilmesine engel teşkil etmemelidir. Çünkü kanun koyucunun malın değerinin azlığını zikrettiği yağma ve zimmet suçunda malın değerinin azlığı nedeniyle cezada indirim uygulanması söz konusu olacaktır ki bu hallerde belirttiğimiz üzere ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemeyecektir; cezaya hükmedilecek ve fakat belli bir oranda indirim uygula-

<sup>131</sup> **Metin Feyzioğlu**, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, (Çevrimiçi) <http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/5271-sayili-ceza-muhakemesi-kanunu-hakkinda.html>.

<sup>132</sup> **Doğan**, Ceza Muhakemesinde Hüküm, s. 189.

<sup>133</sup> **Donay**, s. 387.

<sup>134</sup> **Doğan**, Ceza Muhakemesinde Hüküm, s. 189.

<sup>135</sup> Yarg. 3. CD., 23.01.2013, 1644/2810 (**Deniz**, s. 120).

<sup>136</sup> **Deniz**, s. 120.



nacaktır. Diğer yandan hırsızlık suçu bakımından da öngörülen özel düzenleme ile indirim imkanı tanınmaktadır. Eğer bu düzenlemeye de yer verilmemiş olsaydı daha az ceza verilmesini gerektiren bu nitelikli hal uygulama alanı bulamayacaktı. Haksızlık içeriğinin azlığı, her suç bakımından incelenebilir bir husus olup, işlenen tipik ve hukuka aykırı fiilin varlığı nedeniyle beraat kararının verilmesine engel teşkil etmektedir. İşlenen fiilde haksızlık içeriği az da olsa mevcuttur ve bu nedenle kişi hakkında beraat kararı verilmeyecektir; ancak ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilecektir.

### C. Mahkumiyet Kararı

Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, sanık hakkında mahkumiyet kararı verilir (CMK m. 223/5). Sanığın yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde hakkında mahkumiyet kararının verilecek olması cezalandırılacağı anlamına gelmektedir<sup>137</sup>. CMK m. 230'a göre, mahkumiyet hükmünün gerekçesinde, "a) İddia ve savunmada ileri sürülen görüşler, b) Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükmü esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi, c) Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi; bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, Türk Ceza Kanununun 61 ve 62nci maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi; yine aynı Kanunun 53 ve devamı maddelerine göre, cezaya mahkumiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi, d) Cezanın ertelenmesine, hapis cezasının adli para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesine veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına veya bu hususlara ilişkin istemlerin kabul veya reddine ait dayanaklar" gösterilmelidir.

Sanığın suçu işlediğinin sabit olması, şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatlanmış olması anlamındadır<sup>138</sup>. Hakkında verilen mahkumiyet kararı kesinleşen kişi, infaz kurumuna alınır<sup>139</sup>.

Mahkumiyet hükmü, TCK m. 45'te yer verilen cezalardan birine hükmedilmesi anlamına gelir. Buna göre; suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır. Hapis cezaları şunlardır: Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası hükümlünün hayatı boyunca devam eder; ancak kanun ve tüzükte belirtilen sıkı güvenlik rejimine göre çektirilir. Müebbet hapis cezası, hükümlünün hayatı boyunca devam eder. Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hâllerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz. Alman hukukunda ise, Alm. CK § 38'e göre Kanun'da müebbet hapis cezası öngörülmemişse, hapis cezası sürelidir. Süreli hapis cezasının üst sınırı on beş yıl, alt sınırı ise, bir aydır. Alm. CK § 39'e göre; bir yılın altındaki hapis cezası tam hafta ve ay, daha uzun süren hapis cezası ise tam ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Hapis cezası, hafta veya ayın tamamı değil, bir kısmı esas alınarak belirlenebilecektir<sup>140</sup>.

<sup>137</sup> Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 454.

<sup>138</sup> Doğan, Ceza Muhakemesinde Hüküm, s. 189.

<sup>139</sup> Donay, s. 386.

<sup>140</sup> Göbel, kn. 213.

Kısa süreli hapis cezası, hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezasıdır. Kısa süreli hapis cezasının seçenек yaptırımıma çevrilmesinin hükmün niteliğini değıştirmediği ve bu halde hükmün mahkûmiyete ilişkin sonuçları doğuracağı belirtilmiştir<sup>141</sup>. Gerek kısa süreli hapis cezasının seçenек yaptırımıma çevrilmesinin gerek hapis cezasının ertelenmesi kararının hüküm çeşidi değil; infaz şekli olduğu ileri sürülmektedir<sup>142</sup>.

Kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımıma mahkûmiyet halinde; 1. Kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırım olarak, adli para cezasına mahkûmiyet veya güvenlik tedbiri uygulanması hükmü, 2. Kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırım olarak hükmedilen güvenlik tedbirinin gereklerinin yerine getirilmemesi dolayısıyla hapis cezasının infazına ilişkin karar, 3. Kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırım olarak hükmedilen güvenlik tedbirinin değıştirilmesine ilişkin karar adli sicile kaydedilir (Adli Sicil K. m. 4/1-d).

Kısa süreli hapis cezası mevcut olduğu anda aynı anda hem erteleme hem de seçenек yaptırımıma çevirmek mümkün olmayıp, bunlardan biri tercih edilmelidir. Erteleme kararının verilebilmesi için kişinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması gerekmektedir. Hapis cezasının seçenек yaptırımıma çevrilebilmesi için daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşulu sadece mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediğı tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiğı bir yıl veya daha az süreli hapis cezası seçenек yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunluluğu bakımından aranmaktadır. Bu koşullar mevcutsa öngörülen hapis cezası seçenек yaptırımıma çevrilecektir (TCK m. 50/3). Nitekim “kısa süreli hapis cezasının seçenек yaptırımıma çevrilmesi halinde uygulamada asıl mahkûmiyet, çevrilen adli para cezası veya tedbirdir (TCK m. 50/5)” düzenlemesi de bu durumu açıklar niteliktedir.

Bu nedenle kısa süreli hapis cezası seçenек yaptırımlardan birine çevrilmiş ve koşullar yerine getirilmiş ise, işlenecek diğer bir suç nedeniyle de hapis cezası yine seçenек yaptırımıma çevrilebilecektir. Kişinin daha önce işlediğı bir suçtan mahkûm olduğu kısa süreli hapis cezasının seçenек yaptırımıma çevrilmiş olması halinde işlediğı sonraki suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm olması ertelemeye engel teşkil etmeyecektir<sup>143</sup>. Kısa süreli hapis cezasının seçenек yaptırımıma çevrilmesi, uygulamadaki asıl mahkûmiyet, çevrilen adli para cezası veya tedbir olduğu için seçenек yaptırımıma çevrilme bir infaz şekli gibi değeriendirilip, hapis cezasına mahkûmiyetin sonuçlarını doğurduğu söylenemeyecektir.

Adli para cezasına ilişkin düzenleme ise, TCK m. 52’de yer almaktadır. Buna göre; adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesi’ne ödenmesinden ibarettir. En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurulularak takdir edilir. Kararda, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir<sup>144</sup>.

<sup>141</sup> **Balcı**, s. 326.

<sup>142</sup> **Doğan**, Ceza Muhakemesinde Hüküm, s. 189.

<sup>143</sup> **Mehmet Maden**, Hapis Cezasına Seçenек Yaptırımlar, Ankara, 2012, s. 182.

<sup>144</sup> Alm. CK § 40’da yer alan adli para cezası ile ilgili düzenleme şu şekildedir: “(1) Adli para cezası gün birimi şeklinde hükümlenir. Adli para cezası, en az beş ve kanun başka bir düzenleme getirmemişse, en fazla üç yüz altmış tam gün birimi sayısı şeklinde hük-

Hâkim, ekonomik ve şahsi hâllerini göz önünde bulundurarak, kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler hâlinde ödenmesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmesi hâlinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir<sup>145</sup>.

Sonuç olarak mahkûmiyet kararı, davanın esasına girilerek yapılan yarılama sonucunda verilen esasa ilişkin hüküm niteliğindedir<sup>146</sup>. Belirttiğimiz üzere yüklenen suç işlediği sabit olan sanık hakkında mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmedilebilir. Bu durumda mahkûmiyet hükmü varlığını koruyacaktır<sup>147</sup>.

#### D. Güvenlik Tedbirine Hükmedilmesi Kararı

Güvenlik tedbirleri işlenen suç ile bağlantılı olarak söz konusu fiili işleyen kişinin göstermiş olduğu tehlikelilik göz önünde bulundurularak suçun konusu ile ilgili veya suçun işlenişinde kullanılan araçla bağlantılı olarak uygulanan, eğitime, koruma altına alma, iyileştirme, tedavi etme, tehlikeliliği önleme amacı güden bir ceza hukuku yaptırımıdır<sup>148</sup>. Bu tedbirler ile kısaca kişinin iyileştirilmesi, ıslahı ve toplumun korunması amaçlanır<sup>149</sup>. Güvenlik tedbirleri, ancak işlenen suç nedeniyle uygulanabilecektir ve kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyecek ve güvenlik tedbirine hükmedilemeyecektir.

Yüklenen suç işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunur. Bu kararın verilme nedeni, kararın gerekçesinde gösterilmelidir (CMK m. 230/4).

---

*molunur. (2) Mahkeme bir gün karşılığı olan para miktarını failin kişisel ve iktisadî durumlarını göz önünde bulundurarak belirler. Bu belirlemeyi yaparken, kural olarak failin kazandığı veya kazanabileceği bir günlük ortalama net gelirini ölçü olarak alır. Bir gün karşılığı en az bir ve en fazla beş bin Euro olarak tayin edilir. (3) Bir gün biriminin, karşılığının belirlenmesi sırasında failin geliri, malvarlığı ve parasal durumunu etkileyen diğer hususlar takdir edilebilir. Mahkemenin kararında gün birimlerinin sayısı ve bir gün biriminin karşılığı olan miktar gösterilir” (Yenisey/Plagemann, s. 28, 29).*

<sup>145</sup> “Ödeme Kolaylığı” başlıklı benzer düzenleme Alm. CK § 42’de yer almaktadır: “(1) Hükümlünün kişisel veya iktisadî durumları göz önünde tutulduğunda, adli para cezasını derhal ödemesi kendisinden beklenemiyorsa, mahkeme ona ödeme için bir süre tanır veya cezayı belirli taksitler şeklinde ödemesine müsaade eder. Hükümlünün bir taksiti zamanında ödememesi halinde, mahkeme, cezanın belirli taksitler şeklinde ödenmesi kolaylığının kaldırılmasına karar verebilir. Ödeme kolaylığı sağlanmadığı takdirde, suçtan doğan zararın hükümlü tarafından giderilmesi tehlikeye düşecekse, bu halde de mahkeme ödeme kolaylığı sağlamalıdır; bu durumda hükümlüye zararın giderilmesinin belgelenmesi yükümlülüğü yüklenemez”

Alm. CK § 43; “(1) Tahsil edilemeyen bir adli para cezasının yerini, hapis cezası alır. Bir gün birimi, bir gün hapis cezasına karşılık teşkil eder. Adli para cezası yerine uygulanan hapis cezasının alt sınırı bir gündür” (Yenisey/Plagemann, s. 30, 31).

<sup>146</sup> Seiler, § 8, kn. 852.

<sup>147</sup> Balcı, s. 324.

<sup>148</sup> Özgenç, s. 802 vd.; Koca/Üzülmez, s. 597; Doğan, Ceza Muhakemesinde Hüküm, s. 190.

<sup>149</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 693.

Güvenlik tedbirin uygulanmasına hükmedilmesi, esasa ilişkin hüküm niteliğinde olup<sup>150</sup>, Alman ceza muhakemesinde de bu şekilde değerlendirilmektedir<sup>151</sup>.

İlgili düzenlemede cezalar için mahkûmiyet, fakat güvenlik tedbirleri için hükmolunma ifadelerini kullanıldığı ve aslında güvenlik tedbirlerinin bir mahkûmiyet olduğu ve bunlar bakımından da mahkûmiyet ifadesinin kullanılabileceği ileri sürülmektedir<sup>152</sup>. Güvenlik tedbirinin mahkûmiyet kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bu tedbirlerin yaptırım türü olmasından da yola çıkılarak belirtilmektedir. Bu görüş, aynı zamanda güvenlik tedbirine hükmedilmesi şeklinde ayrı bir hüküm çeşidine yer verilmesinin gereksiz olduğunu kabul etmektedir<sup>153</sup>. Buna göre; mahkûmiyet hükmünün, cezaya mahkûmiyet değil; ceza hukuku yaptırımına mahkûmiyet şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Yaptırım türleri, ceza ve güvenlik tedbirleridir. Bazı durumlarda örneğin kişinin kusur yeteneğinin bulunmaması halinde, sadece güvenliğe dayanarak hükmedilmesi söz konusu olacaktır. Bu nedenle özellikle güvenlik tedbirlerini ceza mahkûmiyetinden ve buna dair sonuçlardan ayırmak adına ayrı bir hüküm çeşidi olarak yer almasının makul olduğu söylenebilir.

Güvenlik tedbirleri, TCK m. 53 ve devamında düzenlenmiştir. Buna göre, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, müsadere, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, mükerrirlere ve özel tehlikeli suçlulara uygulanan güvenlik tedbirleri, sınır dışı edilme ve tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleridir.

Burada güvenlik tedbirleri ile ilgili bölümde belirttiğimiz üzere “sınır dışı edilme” de mevcuttur. Sınır dışı edilme, bir yabancı bulduğu ülke tarafından kamu düzeninin korunması gerekçesi ile ülkesel egemenliğe dayanarak isteği dışında ülke dışına çıkarılmasıdır<sup>154</sup>. Sınır dışı edilme ile ilgili düzenleme TCK m. 59/1’de düzenlenmiştir. Bu maddenin gerekçesinde açık şekilde sınır dışı edilmenin güvenlik tedbiri olduğu belirtilmiştir<sup>155</sup>. Bu maddenin 5328 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önceki hali şu şekildedir: “İşlediği suç nedeniyle iki yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkum edilen yabancının, cezasının infazından sonra derhal sınır dışı edilmesine de hükmolunur.”

Sınır dışı etme hususundaki kanuni zorunluluğun yarattığı endişeler nedeniyle yapılan değişiklik ile yabancının cezasının infazı tamamlandıktan sonra sınır dışı edilip edilmemesi İçişleri Bakanlığının takdirine bırakılmıştır. Yapılan değişiklik sonrası mevcut düzenleme ise şu şekildedir: “İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkum edilen yabancı, koşullu salıverilmeden yararlandıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirilir”. Bu nedenle sınır dışı edilmenin aslında ceza hukuku yaptırımı olarak güvenlik tedbiri değil, idari bir tedbir niteliğine sahip olduğu söylenebilir<sup>156</sup>.

<sup>150</sup> **Balcı**, s. 13.

<sup>151</sup> **Seiler**, § 8, kn. 856.

<sup>152</sup> **Soyaslan**, s. 426.

<sup>153</sup> **Doğan**, Ceza Muhakemesinde Hüküm, s. 198.

<sup>154</sup> **Balcı**, s. 337.

<sup>155</sup> “Madde metninde, bir güvenlik tedbiri olarak sınır dışı edilme düzenlenmiştir” Bkz. TCK m. 59 madde gerekçesi.

<sup>156</sup> **Özgenç**, s. 854.

Bununla birlikte bu bölümde sayılan güvenlik tedbirleri dışında yukarıda değindiğimiz kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar (TCK m. 50/1-b, c, d, e, f) da güvenlik tedbiri niteliğindedir.

Ayrıca yine bu kapsamda incelenen denetimli serbestlik tedbirine değinmek gerekir. Denetimli serbestlik tedbiri, hapis cezasının ya da belirli bir güvenlik tedbirinin infazı aşamasında öngörülen yaptırımları “tamamlayıcı” bir özelliğe sahiptir. Bu tedbirin, hapis cezasının infazı aşamasında ve infazı tamamlandıktan sonra belirli bir süreyle veya güvenlik tedbirinin infazı aşamasında kişinin topluma uyum sağlaması ve yükümlülüklerin gereklerine uygun davranması konusunda etkisinin olması amaçlanmaktadır<sup>157</sup>.

Denetimli serbestlik tedbiri, cezaya hükmedilmeden önce de uygulanabilecektir (TCK m. 221/5). Diğer yandan bu tedbir, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte uygulanabilecektir (CMK m. 231/8). Diğer bir uygulama alanı ise, hapis cezasının ertelenmesi halidir. Bu durumda denetim süresi içinde denetimli serbestlik tedbiri uygulama alanı bulacaktır (TCK m. 51/4). Koşullu salıvermede denetim süresinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına karar verilebilir. Hâkim, koşullu salıverilen hükümlünün kişiliğini ve topluma uyumdaki başarısını göz önünde bulundurarak; denetim süresinin, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmadan veya herhangi bir yükümlülük belirlenmeden geçirilmesine karar verebilecektir. Bununla birlikte denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasını veya belirlenen yükümlülükleri yine denetim süresi içinde kaldırabilecektir (CGTİHK m. 107/10)<sup>158</sup>.

#### a. Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma

Kasten işlenen suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak belirli haktan yoksun bırakılma söz konusu olabilir. Belirli haklardan yoksunluk, TCK m. 53'e göre; a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tâbi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten, b) Seçme ve seçilme ehliyetinden<sup>159</sup> c) Velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulun-

<sup>157</sup> Özgenç, s. 863.

<sup>158</sup> Özgenç, s. 864, 865.

<sup>159</sup> AYM'nin 8/10/2015 tarihli ve 140/85 sayılı Kararı ile; 53. maddenin birinci fıkrasında yer alan "...ve diğer siyasi hakları kullanmaktan" ibaresi ile aynı maddenin ikinci fıkrası, birinci fıkranın (b) bendinde yer alan "Seçme ve seçilme ehliyetinden..." ibaresi yönünden iptal edilmiştir.

"24.11.2015 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesi'nin 08.10.2015 gün, 2014/140-2015/85 Esas ve Karar sayılı kararı ile TCK'nun 53/1-b maddesinde yazılı, "seçme, seçilme ve diğer siyasi hakları kullanmaktan" ibaresinin iptal edilmiş olması ve sanığın kasten işlediği suç için hapis cezasıyla mahkûmiyetinin yasal sonucu olarak, TCK'nun 53/1. maddesinin uygulanması yönünden, (a, c, d ve e) bentleri ile (b) bendinde yazılı seçme, seçilme ve diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına; aynı Kanun'un 53/2. maddesinin uygulanması açısından, 53/1. maddesinin (a, c, d ve e) bentleri ile (b) bendinde yazılı seçme ve diğer siyasi hakları ve aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca, (c) bendinde yazılı kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkilerini mahkum olduğu hapis cezasından koşullu salıverilinceye kadar kullanamamasına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi..." Yarg. 6. CD., 6.2.2017, 4584/208.

maktan, d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasî parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan, e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tâbi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılma şeklinde gerçekleşecektir. Nitekim fail hakkında verilen hükümde hak yoksunluklarına ilişkin husus da belirtilmektedir<sup>160</sup>.

Belirli haklardan yoksunluk kural olarak kişinin işlediği suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam edecektir. TCK m. 53/6 taksirli suçlara ilişkin şu düzenlemeye yer vermektedir: “*Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet hâlinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar*”. Ayrıca bu noktada TCK m.53/1-c bendinin koşullu salıverme tarihine kadar, diğer bentlerin ise hapis cezasının infazının tamamlanmasına kadar sürmesi şeklindeki yanlış uygulama eleştiri konusu olmuştur<sup>161</sup>.

Bununla birlikte kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında belirli haklardan yoksunluğa dair TCK m. 53/1 hükmü uygulanmayacaktır (TCK m. 53/4)<sup>162</sup>.

## b. Müsadere

Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunur. Güvenlik tedbirine mahkûmiyet ile birlikte karar verilmesine müsadere örnek verilmektedir. Bununla birlikte müsadere ceza mahkûmiyetinin sonucu olduğu ileri sürülmektedir. Nitekim ETCK döneminde ceza mahkûmiyetinin müsadere için bir ön koşul olduğu veya bazı hallerde müsadere başlı başına bir ceza olarak yer aldığı belirtilmektedir<sup>163</sup>. Ancak eşya veya kazanç müsadere sine hükmedilebilmesi için kişinin cezaya mahkûm edilmesi değil; işlenmiş

Benzer yönde bkz. Yarg. 13. CD., 6.2.2017, 11680/794; Yarg. 7. CD., 25.1.2017, 32490/568; Yarg. 20. CD., 24.1.2017, 10460/666; Yarg. 18. CD., 18.1.2017, 19809/685 (www.kazanci.com).

<sup>160</sup> “*Kasıtlı suçtan hapis cezasına mahkûm edilen sanık hakkında 5237 Sayılı TCK’nin 53. maddesinde belirtilen hak yoksunluklarına hükmedilmesi gerektiğinin düşünülmemesi...*” Yarg. 3. CD., 24.1.2017, 3405/566.

“*Sanığın eylemini öz kızına karşı velâyet hakkını kötüye kullanarak gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında, hakkında 5237 Sayılı TCK’nin 53/5. maddesi gereğince cezasının infazından sonra işlemek üzere hükmolunan cezasının yarısından bir katına kadar velâyet hakkının kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...*” Yarg. 14. CD., 18.1.2017, 10250/227 (www.kazanci.com).

<sup>161</sup> Yargıtay da bu hususu bozma sebebi olarak değerlendirmiştir. Örnek karar için bkz. **Balcı**, s. 328, dn. 817.

<sup>162</sup> “*...Sanık hakkında verilen kısa süreli hapis cezasının ertelenmesi karşısında; 5237 Sayılı TCK’nin 53/1. maddesinin uygulanmasına karar verilmesi suretiyle aynı Kanun’un 53/4. maddesine aykırı davranılması...*” Yarg. 13. CD., 22.2.2017, 3507/1602 (www.kazanci.com).

<sup>163</sup> **Erdener Yurtcan**, CMUK Şerhi, 3. bs., İstanbul, 2000, s. 1057.

bir suçun varlığı aranmaktadır. ETCK döneminde her ne kadar müsadereye karar verilmesi için mahkumiyet kararı aranmakta olsa dahi mevcut TCK'da müsadereye ilişkin hükümler incelendiğinde böyle bir ön koşulun aranmadığı sonucuna ulaşılabilmektedir. Kaldı ki TCK'da sanığın ölümü ve davanın düşmesi halinde de davaya devam edilerek müsadereye tabi eşya ve maddi menfaatlerin müsadereyesine hükmedileceğine yer verilmektedir<sup>164</sup>. Diğer yandan objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçlar bakımından da benzer şekilde değerlendirme yapmak mümkündür. Objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmemiş olması halinde suç niteliğinde fiilin mevcut olduğu düşünüldüğünde güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Objektif cezalandırılabilme koşullarının failin cezalandırılması ile ilgili olduğu ve güvenlik tedbirinin ceza hukuku yaptırımının olması ile birlikte teknik anlamda ceza olmadığı da göz önünde bulundurulduğunda koşulun gerçekleşmemesinin ceza yaptırımının uygulanmasına engel bir durum olup, güvenlik tedbiri uygulanmasına engel teşkil etmediği söylenebilecektir<sup>165</sup>.

### c. Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri

TCK'nın yaş küçüğü ile ilgili düzenlemesine göre, 0-12 yaş arası çocukların ceza sorumluluğu yoktur. TCK m. 31/1' göre; "*Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir*". TCK m. 33/1 gereği, fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da bu hüküm uygulanacaktır. Buna göre, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanması zorunluluk arz etmeyip, hakim tarafından gerekli görüldüğü takdirde uygulanabilecektir.

Ancak ikinci grup yaş küçüklerinin yani fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki

<sup>164</sup> TCK m. 64/1; "*Sanığın ölümü halinde kamu davasının düşürülmesine karar verilir. Ancak, niteliği itibarıyla müsadereye tabi eşya ve maddi menfaatler hakkında davaya devam olunarak bunların müsadereyesine hükümlenilebilir.*"

"...6831 sayılı Kanununun 27. maddesinin son fıkrasına göre de, damgasız ve nakliye tezereresiz emvalin kaçak sayılması gerekir. Şoför olan sanığın yasanın bu hükmünü çok iyi bilmesi ve yakalandığında cezai sorumluluktan ayrı nakilde kullanılan kamyonun zorunlu cihetine gidileceği için de, emvalin kaçak olup olmadığını araştırıp soruşturmada özel bir çaba sarfetmesi gerekeceği de doğaldır.

Bu açıklamalar yapıldıktan sonra, ölen sanık şoförün kamyonu ile naklettiği emvalin, kaçak olduğunu bilecek durumda olup olmadığı üzerinde durulması gerekir. Ölen sanığın kamyonu ile naklettiği emvalin kaçak olduğunu bilerek naklettiğinin, 6831 sayılı Kanununun 82. maddesine uygun olarak düzenlenen ve doğruluğu imzası ile tasdik edilen 11.1.1976 günlü suç tesbit zabıt varakasındaki açık, duruşmadaki ben odunların kaçak olup olmadığını bilmiyorum, M.B'den sordum, kaçak olmadığını söyledi ve ancak gece olduğu için ben bu kağıda bakmadım yolundaki tevilli ikrarı ile emvalin kaçak olduğunu bilerek naklettiği anlaşılmıştır. Bu açıklamalara ve ölen sanığın suçu müstakilen değil, mahkumiyetine karar verilen diğer sanık M.B. ile müştereken işlendiğinin anlaşılmasına ve 6831 sayılı Yasanın 108/4. maddesinin açık hükmüne göre, kaçak orman emvalinin naklinde bilinerek kullanılan kamyonun zorunlu karar verilmesi gerekir. İfade ancak suçun sanık tarafından müstakilen işlenmesi ve soruşturma sırasında ölmesi nedeniyle hakkındaki kamu davasının ortadan kaldırılması haline münhasırdır." YCGK, 13.3.1978, 3-33/80 (www.kazanci.com) (Özgenç, s. 824).

<sup>165</sup> Bekar, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları, s. 167.

anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumlulukları yoktur ve bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Yaş küçüklüğüne ilişkin bu husus, onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulama alanı bulacaktır (TCK m. 31/2, m.33). Bu durumda çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.

Bu tedbirler koruyucu ve destekleyici tedbirlerdir. Koruyucu ve destekleyici tedbirler ÇKK'nın 5. maddesinde çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirler olarak yer almaktadır<sup>166</sup>.

İnceleme konumuz olan CMK m. 223'ün 3. fıkrasının a bendi gereği, yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğünün söz konusu olması halinde kişi hakkında kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir.

#### **d. Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri**

Akıl hastalarına ilişkin düzenleme TCK m. 32'de yer almaktadır. Buna göre; "(1) Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur". Akıl hastalarına ilişkin birinci durumda, akıl hastalığı nedeniyle kişinin işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olması aranmaktadır. Bu düzenlemeye göre, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunacaktır.

İlgili düzenlemeye göre ikinci durumda (TCK m. 32/2), kişinin işlediği fiille ilgili olarak TCK m. 32/1'de belirtildiği derecede olmamakla birlikte akıl hastalığı nedeniyle kişinin davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmıştır. Bu durumda ise, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilecektir. Diğer hâllerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilecektir. Diğer yandan mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilecektir. Bu ihtimal-

<sup>166</sup> Çocuklara yönelik bu tedbirler ÇKK m.5/1'e göre şu şekildedir: a) Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye,

b) Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine,

c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine,

d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına,

e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya yönelik tedbirdir.



de söz konusu kişiler hakkında mahkûm olunan cezanın akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanması zorunluluk arz etmemektedir.

Bununla birlikte TCK'nın akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri ile ilgili düzenlemesine göre (m. 57), fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmiş olan akıl hastası, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığına veya önemli ölçüde azaldığına belirtilmesi üzerine mahkeme veya hâkim kararıyla serbest bırakılabilir<sup>167</sup>. Bu düzenlemeye göre, işlediği fiille ilgili olarak hastalığı yüzünden davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişinin yerleştirildiği yüksek güvenlikli sağlık kuruluşunda düzenlenen kurul raporu üzerine mahkûm olduğu hapis cezası, süresi aynı kalmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, mahkeme kararıyla akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir (TCK m. 57/6).

Diğer bir husus ise, suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin durumudur. Bunlar hakkında güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtuldukları zamana kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hâkim kararıyla serbest bırakılabilir (TCK m. 57/7).

#### **e. Mükerrirlere ve Özel Tehlikeli Suçlulara Uygulanan Güvenlik Tedbiri**

Tekerrür, TCK m. 58'de yer almakta olup, önceden işlenen suçtan dolayı verilen mahkumiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra yeni bir suçun işlenmesi hâlidir. Tekerrür halinde kişinin suç işlemede kararlılık gösterdiği ve toplum açısından daha fazla tehlikeli olduğu kabul edilmektedir. ETCK döneminde tekerrür halinde ceza artırılmakta iken mevcut düzenlemede, tekerrür bir ceza artırımı nedeni olarak kabul edilmemektedir.

Kişinin önceden işlediği suç nedeniyle hapis veya adli para cezasına mahkûm edilmiş olması ve önceki mahkumiyet hükmünün infazından itibaren kanunda öngörülen belli süreler içinde yeni bir suçun işlenmesi halinde tekerrür hükümlerinin uygulanması gerekmektedir<sup>168</sup>. Tekerrüre ilişkin süreler,

<sup>167</sup> Bu çerçevede sağlık kurulu raporu, tıbbi kontrol ve takibe ilişkin düzenlemeler, TCK m. 57'de devam eden fıkralarda düzenlenmiştir: "(3) Sağlık kurulu raporunda, akıl hastalığının ve işlenen fiilin niteliğine göre, güvenlik bakımından kişinin tıbbi kontrol ve takibinin gerekçesi gerekmediği, gerekiyor ise, bunun süre ve aralıkları belirtilir. (4) Tıbbi kontrol ve takip, raporda gösterilen süre ve aralıklarla, Cumhuriyet savcılığınca bu kişilerin teknik donanımı ve yetkili uzmanı olan sağlık kuruluşuna gönderilmeleri ile sağlanır. (5) Tıbbi kontrol ve takipte, kişinin akıl hastalığı itibarıyla toplum açısından tehlikeliliğinin arttığı anlaşıldığında, hazırlanan rapora dayanılarak, yeniden koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Bu durumda, bir ve devamı fıkralarda belirlenen işlemler tekrarlanır".

<sup>168</sup> TCK m. 58/2; "Tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı; a) Beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl, b) Beş yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezasına mahkûmiyet hâlinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl, geçtikten sonra işlenen suçlar dolaşısıyla uygulanmaz".

önceki mahkumiyetin infaz edilmiş olması ile işlemeye başlayacaktır<sup>169</sup>. Tekerrür hükümlerinin uygulanması için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez.

Fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar dolayısıyla tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir (TCK m. 58/5). Bunun dışında hangi hallerde tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağına tekerrüre ilişkin düzenlemede yer verilmiş olup<sup>170</sup>, mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin, itiyadi suçlu, suçlu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçlu hakkında da tekerrüre ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği belirtilmiştir (TCK m. 58/9).

Mevcut düzenlemeye göre, tekerrür hâlinde sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunacaktır. Ayrıca hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilecek olup, mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanacaktır (TCK m. 58/7). CGTİHK'de yer alan "mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbir" başlıklı düzenleme (m. 108) gereği hakim tarafından mükerrir hakkında cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirlenecektir. Tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır.

#### f. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri

Anayasanın 38. maddesine göre; "Ceza sorumluluğu şahsidir". Benzer düzenleme TCK m.20/1'de yer almaktadır: "Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fülinden dolayı sorumlu tutulamaz". Bunun bir sonucu olarak TCK m. 20/2'de tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı belirtilmektedir. Buradan yola çıkarak tüzel kişilerin suç faili olamayacağı ve belli bir amaca yönelik hareket edemeyeceği, hareket yeteneğinin bulunmadığı kabul edilmektedir<sup>171</sup>.

Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamamasına rağmen suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulama alanı bulacaktır. Bu güvenlik tedbirleri, TCK m. 60'da şu şekilde düzenlenmektedir: "1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararna işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir. 2) Müsadere hükümleri, yararna işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır..."

<sup>169</sup> Özgenç, s. 841.

<sup>170</sup> TCK m. 58/4; "Kasıtlı suçlarla taksirli suçlar ve sırf askerî suçlarla diğer suçlar arasında da tekerrür hükümleri uygulanmaz. Kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçları hariç olmak üzere; yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler tekerrüre esas olmaz".

<sup>171</sup> Buradaki fiil ehliyeti cezai fiil ehliyeti anlamındadır. Medeni hukukta tüzel kişilerin fiil ehliyeti, hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme anlamına gelmektedir (Mustafa Dural/Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2016, kn. 1152. Nitekim tüzel kişilerin fiil ehliyetine dair düzenleme, Türk Medeni Kanunu m. 49'da yer almaktadır. Buna göre; "Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fül ehliyetini kazanırlar".

Ancak TCK m. 60/3 gereği, bu hükümlerin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbir- lere hükmetmeyebilir. TCK m. 60'da yer alan güvenlik tedbirleri ancak Ka- nun'da belirtilen hâllerde uygulama alanı bulacaktır.

Tüzel kişinin yararına olarak veya faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde ise tüzel kişi hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri uygulanabi- lecektir. Bu durumda tüzel kişi organlarında görev yapan, temsilcisi sıfatını taşıyan veya faaliyetleri çerçevesinde görev almış gerçek kişi suçun faili olmakla birlikte belirli suçların tüzel kişinin yararına işlenmesi durumunda tüzel kişi hakkında Kabahatler Kanunu m. 43/A gereği, idari para cezasına hükmedile- cektir<sup>172</sup>.

### E. Davanın Reddi

Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir. Aynı fiilden dolayı bir kez yargılanma “*ne (non) bis in idem*” kuralı geçerli olmalı ve dava reddedilmeli- dir<sup>173</sup>. Hüküm, Türkiye’de verilmiş olabileceği gibi yabancı ülkede de verilmiş olabilir. TCK’daki mevcut düzenlemeler incelendiğinde, yargılama yapılabilmesi için “yabancı ülkede hakkında hüküm verilmemiş olması” koşulunun açık şe- kilde belirtilmediği durumlar tartışma konusu yapılabilecektir. Bu kapsamda birinci ihtimal, yabancı ülkede suç işleyip de orada yargılandıktan sonra Türki- ye’ye gelen Türk vatandaşının Türkiye’de yeniden yargılanmasıdır (TCK m. 9). Bu arada açık düzenleme gereği, yeniden yargılanma yapılması mümkündür. İkinci ihtimal ise, bir yabancı TCK m. 13’de yazılı suçlar dışında, Türk ka- nunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu ya- bancı ülkede Türkiye’nin zararına işlemesi ve Türkiye’de bulunması halidir (TCK m. 12)<sup>174</sup>. Diğer bir ihtimal ise, TCK m. 13’de belirtilen suçların vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi durumudur.

Davanın reddi, uyuşmazlığı çözmeyen ve uyuşmazlığın çözülemeyecek türden olduğuna dair bir karar olarak tanımlanmaktadır. Davanın reddi kararı,

<sup>172</sup> **Özgenç**, s. 858. KK m. 43/A’da mevcut katalog suçların tüzel kişi yararına işlenmesi halinde tüzel kişiye idari para cezası uygulanmasına dair düzenlemenin milletlerarası hukuktan doğan zorunluluk nedeni ile getirilmiş olduğu belirtilmektedir ve bununla birlikte Türk ceza hukuku yaptırım sistemi ile uyumu noktasında eleştirilmektedir. Karşılığında idari para cezası öngörülen fiil, kabahat olarak nitelendirilmektedir. Ancak bu maddede sayılan suçların karşılığında idari para cezası uygulanmaktadır. Bu ne- denle aynı fiil, gerçek kişiler söz konusu olduğunda suç; tüzel kişi çerçevesinde işlendi- ğinde kabahat sayılacaktır. Ortaya çıkan bu duruma ceza sorumluluğun şahsiliği ilke- sinin gereklerine uyma çabasının neden olduğu ileri sürülmektedir (**Selman Dursun**, “Türk Ceza Hukuku Reformunun Ekonomi Ceza Hukukuna Etkileri”, Dünyada ve Tür- kiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi 26 Mayıs – 4 Haziran 2010, C. II, İstanbul, 2013, s. 2246, 2247).

<sup>173</sup> **Roxin/Schünemann**, § 52, kn. 6.

<sup>174</sup> Yabancı tarafından işlenen suçu düzenleyen TCK m. 12’nin 2. fıkrası; “Yukarıdaki fıkra da belirtilen suçun bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi ve failin Türkiye’de bulunması halinde, bu suçtan dolayı *yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşulu* ile suçtan zarar görenin şikayeti üzerine fail, Türk kanunlarına göre cezalandırılır” şeklinde olup, TCK m. 12/1’den farklı olarak açık şekilde kişi hakkında hüküm verilmemiş olması koşuluna yer vermektedir.

gerçek anlamda son karar veya hüküm olarak adlandırılmaz. Belirttiğimiz üzere aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm ya da açılmış bir dava mevcut olduğu takdirde davanın reddi söz konusu olacaktır. Bu kararın verilmesi için yargılamanın sonuna kadar beklenmesine gerek yoktur. Bu nedenle davanın reddine dair kararın esasen “görünüşte son karar” olduğu ileri sürülmektedir<sup>175</sup>.

Aslında CMK m. 223/7’de kesin hükmün önleme etkisinden dolayı bir biçimde söz edildiği söylenebilecektir. Kesin hükmün olumsuz etkisi, diğer bir deyişle önleme etkisi yukarıda değindiğimiz “*ne (non) bis in idem*” ilkesi ile ilgilidir. Bu ilkenin özünü ceza muhakemesinde tekrarlama yasağı oluşturmaktadır. Bu yasağın koşullarını, kişinin ve fiilin aynılığı oluşturmaktadır. Kişinin aynılığı koşulu, belirli bir fiilden dolayı yargılanan kişi hakkında aynı fiilden dolayı ikinci bir yargılamanın yapılmamasını gerektirecektir. Ceza muhakemesinde kesin hükmün önleme etkisi yargılanan ve hakkında kesin hüküm verilen kişi bakımından söz konusu olabilecektir. Böylece kesin hükmün önleme etkisinin ancak yargılanan kişi hakkında geçerli olduğu söylenebilecektir<sup>176</sup>. Diğer yandan fiilin aynılığı meselesi değerlendirilmelidir. Kesin hükme konu teşkil eden fiilin ne zaman aynı olduğu sonucuna ulaşılabacağı da tartışmalıdır. Fiil kavramının ne olduğunun veya fiilin aynılığı ile ne anlaşılması gerektiğinin kanuni dayanağı bulunmamaktadır. Fiilin aynılığı meselesi ceza muhakemesinde dava konusu ile ilgilidir. Bir fiil, ceza davasının konusunu oluşturuyor ise, hüküm verilmiş olması durumunda aynı fiil başka bir ceza davasının konusu olamayacaktır<sup>177</sup>.

### F. Davanın Düşmesi

Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Dolayısıyla davanın düşmesine karar verilmesinin esasen iki şekilde mümkün olduğu söylenebilir. Bunlarda birincisi TCK’da öngörülen düşme sebeplerinin varlığıdır. Diğer ihtimal ise, belirttiğimiz üzere soruşturma veya kovuşturma diğer bir deyişle ceza muhakemesi şartının gerçekleşmemesi halidir.

<sup>175</sup> Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 455.

<sup>176</sup> Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 541 vd. Bu noktada maddi anlamdaki kesin hükmün aynı olayla ilgili bir başka şahıs hakkında tespit etkisine sahip olduğundan söz edilebilir. Somut olayda A hırsızlık suçundan beraat etmiş böylece davanın kesin hükümle sonuçlanmış olması halinde bu husus, B bakımından mahkumiyet konusu olabilir. Aynı şekilde A’nın mahkum olması ihtimalinde de aynı durum B bakımından beraate sebep olabilir (Roxin/Schünemann, § 52, kn. 10).

Bir görüşe göre, bu kuralın istisnası mevcuttur. Buna göre, söz konusu fiile ilişkin yargılanan kişiye isnat edilen fiilin maddi varlığının bulunmaması halinde veya objektif sebeplerin varlığı gerekçesiyle düşme kararı verilmiş ise, hükmün lehe olması halinde diğer sanıklara etki edebilecektir. Bu durum kesin hükmün önleyici etkisi için kişinin aynı olması koşuluna bir istisna niteliğindedir (Bu görüş için bkz. Kunter, kn. 150).

<sup>177</sup> Yurtcan, Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, s. 34. Burada kastedilenin aynı eylem, aynı kişi ve aynı konu hakkında açılan birden fazla dava olduğu ifade edilmektedir. Ancak maddi ceza hukuku anlamındaki fiil ile ceza muhakemesi hukukunda fiil aynı anlama gelmemektedir. Ceza muhakemesi anlamında fiil, failin suçun işlenmesinden önceki davranışları da dahil olmak üzere iddianamede mevcut fiil ile bağlantılı olan davranışların tamamıdır (Yenisey/Nuhoğlu, s. 777).

Düşme kararı için mutlaka yargılamanın sonu beklenmeyecek ve düşme nedeni ortaya çıktığı takdirde verilecektir. Bu karar, gerçek anlamda son karar veya hüküm olarak adlandırılmamakta olup, “görünüşte son karar” olarak nitelendirilmektedir<sup>178</sup>. Diğer yandan usule ilişkin özellik arz eden düşme kararı, Alman ceza muhakemesinde de yapılan esasa ilişkin ve usule ilişkin hüküm ayırımında usule ilişkin hüküm olarak değerlendirilmektedir<sup>179</sup>.

TCK'da yer verilen düşme sebepleri, sanığın ölümü (m. 64), af (m. 65), dava zaman aşımı (m. 66), şikayetten vazgeçme (m. 73/4)<sup>180</sup> ve önödemedir (m. 75). Gerek TCK'da gerek diğer kanunlarda olumlu/olumsuz soruşturma ve kovuşturma koşulları mevcut olabilir. Nitelikleri tartışmalı olmakla birlikte örneğin şikayet, izin, talep, önödeme, uzlaşma, yasama dokunulmazlığı, suç işlendikten sonra akıl hastalığı bu kapsamda incelenmektedir. Ceza muhakemesi koşulları gerçekleşmeden kamu davası açılmış ve fakat koşulun gerçekleşmeyeceği anlaşılıyorsa mahkeme düşme kararı verecektir. Bu kapsamda kamu görevlisinin görevi ile ilgili bir suç hakkında yetkili merciden izin alınmaksızın dava açılması durumu örnek verilebilir. Kamu görevlisi olan failin görevi sebebiyle işlemiş olduğu suçun soruşturma ve kovuşturmasına istisna getirilmemiş ise, soruşturma yapmak izne tabidir<sup>181</sup>. Soruşturma izni vermeye yetkili merciler ise, ilgili Kanun'da gösterilmiştir<sup>182</sup>. Bu durumda muhakeme koşulu olan yetkili merciden soruşturma izni alınması gerekirken koşul yerine getirilmemiş ve izin alınmamıştır. Bu hususun duruşma sırasında fark edilmesi halinde durma kararı, soruşturma izninin verilmemesi ihtimalinde de düşme kararı verilecektir. Durma kararı, düşme kararı ile ilgili olması nedeniyle kanun maddesinde birlikte yer almaktadır<sup>183</sup>. Belirttiğimiz üzere soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir. Durma kararı teknik anlamda bir hüküm olmayıp, bu karara itiraz edilebilir.

Durma kararından sonra yargılama durmaya sebep olan muhakeme engelinin ortadan kalkması ile devam edecektir<sup>184</sup>. Yerine getirilebilir bir muhakeme engeline dayalı olarak verilen kararın ardından söz konusu engel giderildikten sonra muhakemenin yeniden yürütülmesi mümkün olacaktır<sup>185</sup>. Ancak

<sup>178</sup> **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 455.

<sup>179</sup> Bu düzenlemede yer verilen düşme kararının usule ilişkin şekli bir kesin hüküm olduğu ile ilgili bkz. **Ranft**, § 65, kn. 1868.

<sup>180</sup> “*Vicdani kanunun olduğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede başkaca nedenler yerinde görülmemiştir. Ancak; sanığın mağdur polis memuruna yönelik sövme suçunun görev nedeniyle olmayıp görev sırasında işlenmesi nedeniyle 5237 sayılı TCY.nın 131/1. maddesi uyarınca takibi yakınlığa bağlı suçlardan olması ve mağdurun yakınlığını geri alması karşısında, 5237 sayılı TCY.nın 73/4 ve CYY.nın 223/8. Maddeleri uyarınca kamu davasının düşürülmesi gerekirken yargılamaya devamla yazılı biçimde hükümlülük kararı verilmesi...*” Yarg. 4. CD., 21.01.2009, 2007/5527, 2009/421 (www.kazanci.com.tr) (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.674).

<sup>181</sup> **Turhan**, s. 430 vd.

<sup>182</sup> Bu kapsamdaki yetkili merciler, 4483 sayılı Kanun'un “*İzin Vermeye Yetkili Merciler*” başlıklı 3. maddesinde yer almaktadır.

<sup>183</sup> **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 455.

<sup>184</sup> **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 674.

<sup>185</sup> **Hellmann**, T.IV, § 5, kn. 3.

sebebin ortadan kalkmasından sonra muhakemeye nasıl devam edileceğine dair bir düzenleme mevcut değildir. Böyle bir durumda sebebin ortadan kalktığına öğrenilmesinden sonra “muhakemeye devam kararı” verilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>186</sup>.

Alman CMK § 260/3’te benzer şekilde bir muhakeme engelinin varlığı halinde düşme kararı verileceği belirtilmektedir. Nitekim muhakeme engelinin mevcut olması halinde düşme kararı verilmesi aleyhine değerlendirme, masumiyet karinesinin ihlali sonucunu doğurabilecektir<sup>187</sup>.

### G. Hüküm Sayılan Diğer Haller

CMK m. 223’e göre, adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı kanun yolu bakımından hüküm sayılır. Görevsizlik kararı aslında hüküm niteliğinde değildir. Ancak CMK’da mevcut bu düzenleme nedeniyle adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararının kanun yolu bakımından hüküm sayıldığı ifade edilmektedir. Bu karar esasa ilişkin olmayıp, şekli bir karar niteliğindedir<sup>188</sup>.

Bununla birlikte adli yargı içerisindeki mahkemeler bakımından görevsizlik kararı verilmesi hüküm değildir ve bunlar aleyhine itiraz kanun yolu uygulama alanı bulur. Nitekim CMK m. 5/2; “*Adli yargı içerisindeki mahkemeler bakımından verilen görevsizlik kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir*” şeklindedir.

Görevsizlik kararının biri adli yargı olmak üzere iki farklı yargı koluna ilişkin olması gerektiği belirtilmektedir. Diğer bir deyişle aynı yargı yolu kapsamında yer alan mahkemeler arasındaki görevsizlik kararı hüküm olarak kabul edilemeyecektir. Söz konusu görevsizlik kararının farklı iki yargı koluna ilişkin olması gerekmektedir<sup>189</sup>.

Bu düzenleme ile aslında işbölümü yönünden yetkisizlik kararına yönelik kanun yoluna yer verilmektedir. İş bölümü, aynı görevi gören değişik yargı organları içindeki yetki meselesidir. Görev, mahkemenin hangi uyumsuzluğu çöze yetkisine sahip olduğu ile ilgili bir meseledir ve örneğin asliye ve ağır ceza mahkemeleri arasındaki ilişki buna örnek verilebilir. Bununla birlikte söz konusu fıkra da yer verilen husus, davanın adliye dışındaki bir yargı organında görülecek olması durumuna ilişkindir<sup>190</sup>. Örneğin söz konusu olayın idari yaptırım gerektiren bir kabahate ilişkin olması ve idari yargıda görülmesi gerektiğine karar verilmesi halinde adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı verilecektir.

Kanun’da anılan düzenleme ile söz konusu kararın hüküm sayılmasının sonucu, bu karara karşı istinaf (BAM faaliyete geçene kadar “temyiz”) yolunun açık olmasıdır<sup>191</sup>. Ancak bu kararın uyumsuzluk çözen bir mahiyette olmaması

<sup>186</sup> **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 782.

<sup>187</sup> **Kindhäuser**, Strafprozessrecht, § 24, kn. 6.

<sup>188</sup> **Seiler**, § 8, kn. 863.

<sup>189</sup> **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 675.

<sup>190</sup> **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 458, 459.

<sup>191</sup> YCGK’nun vermiş olduğu bir kararda bu husus şu şekilde izah edilmiştir: “...5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY’nun 305. maddesinde hükümlerin temyiz yasa yoluna tabi oldukları belirtilmiş, 5271 sayılı CYY’nun 223. maddesinde ise hükümler; Beraat, Ceza verilmesine yer olmadığı, Mahku-

ve istinaf kanun yoluna imkan tanınması eleştirilmektedir<sup>192</sup>. Öte yandan adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararının istinafa tabi olması için hüküm olarak kabul edildiği belirtilmektedir<sup>193</sup>. Böylece kanun koyununun uyuşmazlığı çözen bir mahiyette olmadığı için hüküm olarak kabul edilemeyecek bu görevsizlik kararını, kanun yolu bakımından hüküm olarak kabul ettiği ve bu karar aleyhine itiraz değil; istinaf yoluna başvurulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>194</sup>.

Diğer yandan Anayasa m. 158'de, “*Uyuşmazlık Mahkemesi adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlenmeye yetkilidir*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararının istinafa tabi olmasının, uyuşmazlık yargısını ve Uyuşmazlık Mahkemesi'ni etkisiz ve işlevsiz hale getireceği eleştiri konusu yapılmaktadır<sup>195</sup>. Diğer yandan adliye içindeki bir yargı organı tarafından verilen kararda uyuşmazlığın adliye dışında bir mahkeme tarafından çözüleceği belirtildiğinde Anayasa'nın bu hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buradan yola çıkılarak CMK m. 223'ün son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmektedir<sup>196</sup>. Esasen bu düzenlemenin (m. 223/10), kararın kesinleşebilmesi bakımından yerinde olduğu söylenebilir. Bundan sonra ise, AY m. 158'nin uygulanması söz konusu olacaktır.

### Sonuç

Çalışmada hüküm kavramına değinildikten sonra CMK m. 223'te yer alan hüküm çeşitleri incelenmiştir. Beraat hükmü verilecek hallerden biri, suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmamasıdır Ancak böyle bir durumda beraat hükmü delil yetersizliğinden değil; yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması nedeniyle verilmelidir. Çünkü sanığın fiili işlediği kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde ispatlanmadığı takdirde, sanığın fiili işlediği ve fakat yeterli delil bulunmadığı şeklinde aleyhine yorum yapılmamalıdır.

Beraat hükmü verilmesi gereken hallerden failin kast ve taksirinin bulunmamasına yer verilmiştir. Ancak bazı suçlar bakımından manevi unsurlar bağlamında kast ve taksir dışında aranan maksat, amaç, saik gibi kasttan ayrı sübjektif hallerin bulunmaması halinde ne şekilde karar verileceğine dair bir açıklık yoktur. Sadece suçun manevi unsurları olan kast ve taksir ile hukuka aykırılık unsurunun bulunmaması halinde beraat hükmünün verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu durumda suçun unsurları gerçekleşmemiş sayılacağı için beraat hükmünün verilmesi gerekmekte olup, bu husus tek başlık altında

---

*müyet, Güvenlik tedbirine hükmedilmesi, Davanın reddi, Davanın düşmesi şeklinde sınırlı bir şekilde sayılmış, maddenin son fıkrasında ise “Adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararları'nın yasayolu açısında hüküm sayılacağı açıkça belirtilmiştir. ...Yasa koyucu bu nedenle, gerçekte itiraza tabi olan görevsizlik kararlarını sırf bu hele münhasır olmak üzere, hüküm saymak suretiyle, temyiz yasayoluna tabi kılmıştır. Burada temyize konu olacak karar önemle vurgulamak gerekir ki, yalnızca görevsizlik karardır.” (Balcı, s. 356 vd.).*

<sup>192</sup> **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 458, 459.

<sup>193</sup> **Balcı**, s. 14.

<sup>194</sup> **Kurşun**, s. 166.

<sup>195</sup> **Doğan**, Ceza Muhakemesinde Hüküm, s. 182; Balcı, s. 355.

<sup>196</sup> **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 459.

ifade edilebilir. Ancak bu maddenin ceza hukuku kurumlarına dair doktrindeki tartışmalara açıklık getirecek bir biçimde düzenlendiğini görmekteyiz. Aynı yaklaşımın ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi gereken hallerde de mevcut olduğu söylenebilir. Burada da ceza hukuku kurumlarının hukuki nitelendirmelerine açıklık getirecek şekilde verilecek hüküm belirtilmiştir. Bu kapsamda kusurun bulunmaması ve fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesi şeklinde ayırım yapılmaktadır. Ancak kusurun bulunmadığı hallerde de fiil suç olma özelliğini devam ettirmektedir. Sadece diğer hallerde fiil suç olma özelliğini devam ettirmekle birlikte kusur da mevcuttur.

CMK'da (m. 223/3) yapılan bu ayrıma göre kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecek hallerden birinci grup yaş küçükleri ve yapılan yollama ile yine birinci grup sağır-dilsizler hakkında TCK'daki düzenlemeye göre ceza kovuşturması yapılamayacağı, ancak çocuklara özgü güvenlik tedbirinin uygulanabileceği; CMK'daki düzenlemeye göre ise, ceza kovuşturmasının yapılabileceği ve ceza verilmesine yer olmadığı kararının verileceği yer almaktadır. Bu şekilde ifade farklılıklarının mevcut olmamasının yerinde olacağı söylenebilir.

CMK m. 223/3-a'da sadece "geçici nedenler" belirtilmek suretiyle irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işlenmesi haline yer verilmemiştir. Bu durumda da gerek geçici bir nedenle gerek irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. CMK m. 223/3-b'de yer alan hallerden hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi ve zorunluluk halinde kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği belirtilmektedir. TCK'da mevcut bu müesselerin hukuki nitelikleri hakkında farklı görüşler ileri sürülmektedir. Ancak CMK'nın bu maddesi dikkate alındığında bu kurumların kusurluluğu kaldıran hal oldukları tespit edilmelidir.

CMK m. 223/4-b'de ise, açık şekilde şahsi cezasızlık sebeplerinin mevcut olması halinde ceza verilmesine yer olmadığı kararının verileceği belirtilmiştir. Objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçlar bakımından bu koşulun yokluğu halinde ne yönde hüküm verileceği ise belirtilmemiştir. Bu koşullar, kişi hakkında verilecek hüküm noktasında ceza muhakemesinde kıyasın yasak olmaması nedeniyle şahsi cezasızlık sebeplerine benzetilerek bir değerlendirme yapılabilecektir. Dolayısıyla objektif cezalandırılabilme koşulunun mevcut olmaması durumunda beraat değil; ceza verilmesine yer olmadığı kararı (CMK m. 223/3, 4) verilecektir.

CMK m. 223/4-d kapsamında haksızlık içeriğinin azlığı kavramı değerlendirilmelidir. Haksızlık içeriğinin azlığı, her suç bakımından incelenebilir bir husus olup, işlenen tipik ve hukuka aykırı fiilin varlığı nedeniyle beraat hükmünün verilmesine engel teşkil etmektedir. İşlenen fiilde haksızlık içeriği az da olsa mevcuttur ve bu nedenle kişi hakkında beraat kararı verilmeyecektir; ancak ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilecektir.

Davanın reddi, usule ilişkin ve yargılamayı sonuçlandıran bir karardır. Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilecektir. Burada fiil kavramının ne olduğunun veya fiilin aynılığı ile ne anlaşılması gerektiğinin kanuni dayanağı bulunmamaktadır. Fiilin aynılığı meselesi ceza muhakemesinde dava konusu ile ilgili bir durum olup, fiilin ne zaman aynı kabul edileceği belirlenmelidir. Bu-



nunla birlikte düşme kararı ve adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı da usuli hüküm olarak nitelendirilebilecektir.

### **Kısaltmalar**

Alm. CK	: Alman Ceza Kanunu (StGB)
Alm. CMK	: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO)
Art.	: Article
Aufl.	: Auflage
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemeleri
Bd.	: Band
bs.	: Bası
C.	: Cilt
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
dn.	: dipnot
Ed.	: Editör
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
f.	: fıkra
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
K.	: Kanun
KK	: Kabahatler Kanunu
kn.	: Kenar numarası
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Teil
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
Yarg.	: Yargıtay

**KAYNAKÇA**

- Akbulut, Berrin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015.
- Artuk, Mehmet Emin/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. bs., Ankara, 2013.
- Balcı, Murat**, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, Ankara, 2013.
- Bekar, Elif**, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış doktora tezi, 2016.
- Bekar, Elif**, Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali, Ankara, 2013.
- Beulke, Werner**, Strafprozessrecht, 12. Aufl., Heidelberg, 2012.
- Centel, Nur/Hamide Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. bs., İstanbul, 2016.
- Centel, Nur/Hamide Zafer/Özlem Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. bs., İstanbul, 2016.
- Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. bs., Ankara, 2014.
- Deniz, İsmail**, Ceza Muhakemesinde Hüküm, Ankara, 2014.
- Doğan, Koray**, Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi "in dubio pro reo", Ankara, 2016.
- Doğan, Koray**, "Ceza Muhakemesinde Hüküm", CHD, Y. 3, S. 7, 2008.
- Donay, Süheyl**, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, 2015.
- Dönmezer, Sulhi/Sahir Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II, 10. bs., İstanbul, 1994.
- Dural, Mustafa/Tufan Öğüz**, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2016.
- Dursun, Selman**, "Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", GÜHFD, C. XVIII, S. 2, 2014.
- Dursun, Selman**, "Türk Ceza Hukuku Reformunun Ekonomi Ceza Hukukuna Etkileri", Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi 26 Mayıs - 4 Haziran 2010, C. II, İstanbul, 2013.
- Erem, Faruk/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. bs., Ankara, 1997.
- Ersoy, Uğur**, Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları, Ankara, 2015.
- Feyzioğlu, Metin**, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", (Çevrimiçi) <http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/5271-sayili-ceza-muhakemesi-kanunu-hakkinda.html>
- Fuchs, Helmut**, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 7. Aufl., Wien, 2008.
- Göbel, Klaus**, Strafprozeß, Handbuch der Rechtspraxis (HRP), 5. Aufl., München, 1996.
- Hafizoğulları, Zeki/Muharrem Özen**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. bs., Ankara, 2010.

- Hakeri, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. bs., Ankara, 2012.
- Hellmann, Uwe**, Strafprozessrecht, Berlin, 1998.
- İçel, Kayıhan/A. Hakan Evik**, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. bs., 2007.
- İçel, Kayıhan/Füsün Sokullu-Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver**, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul, 2000.
- İyilikli, Ahmet Cahit**, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Ankara, 2016.
- Karakehya, Hakan**, Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti, Ankara, 2016.
- Karakehya, Hakan**, “Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine”, TAAD, Y. 7, S. 27, 2016.
- Kartal, Melik**, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Kamu Davasının Açılmasında Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi, İstanbul, 2015.
- Kindhäuser, Urs**, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Baden-Baden, 2013.
- Kindhäuser, Urs**, Strafprozessrecht, 3. Aufl., Baden-Baden, 2013.
- Koca, Mahmut/İlhan Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. bs., Ankara, 2016.
- Kunter, Nurullah**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. bs., İstanbul, 1989.
- Kunter, Nurullah/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, 17. bs., İstanbul, 2009.
- Kurşun, Günal**, Ceza Muhakemesinde Hüküm, Ankara, 2016.
- Maden, Mehmet**, Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, Ankara, 2012.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/Serra Karadeniz**, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, İstanbul, 2017.
- Mayer, Hellmuth**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Stuttgart, 1967.
- Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-III, İstanbul, 1992.
- Özbek, Veli Özer/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. bs., Ankara, 2016.
- Özbek, Veli Özer/M. Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. bs., Ankara, 2011.
- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. bs., Ankara, 2016.
- Öztürk, Bahri/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin Saygılar Kırıt/Özdem Özaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erden Tütüncü**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. bs., Ankara, 2016.
- Öztürk, Bahri/Mustafa Ruhan Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 15. bs., Ankara, 2015.
- Ranft, Otfried**, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Stuttgart, 2005.
- Regge, Jürgen/Christian Pegel**, Münchener Kommentar StGB, Ed. Wolfgang Joecks/Klaus Miebach, 2. Aufl., München, Bd. 4, 2012.
- Roxin, Claus/Bernd Schünemann**, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., München, 2009.

- Seiler, Stefan**, Strafprozessrecht, 9. Aufl., Wien, 2008.
- Soyaslan, Doğan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. bs., Ankara, 2010.
- Sözüer, Adem**, “Türk Ceza Hukuku’nda Öngörülen Mazaret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.6.
- Şahin, Cumhur/Neslihan Göktürk**, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. bs., Ankara, 2013.
- Şenses, Erkan**, “Ceza Muhakemesinde “Beraat” Hükmü Verilen Haller”, TBB Dergisi, 2012 (98).
- Taner, M. Tahir**, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. bs., İstanbul, 1955.
- Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, 13. bs., Ankara, 2009.
- Turhan, Faruk**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006.
- Ünver, Yener/Hakan Hakeri**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. bs., Ankara, 2016.
- Weigend, Thomas**, Çev. Ali Emrah Bozbayındır, “Ceza Muhakemesi Gerçeği mi Arıyor? Bir Alman Perspektifi”, CHD, Y. 1, S. 2, 2006.
- Wessels, Johannes/Werner Beulke/Helmut Satzger**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl., Heidelberg, 2013.
- Wolter, Jürgen**, Wahlfeststellung und In Dubio Pro Reo, Berlin, 1987.
- Yenisey, Feridun/Ayşe Nuhoglu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. bs., Ankara, 2016.
- Yenisey, Feridun/Gottfried Plagemann**, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), 2. bs., İstanbul, 2015.
- Yerdelen, Erdal**, Ceza Muhakemesinde Hükmün Gerekçesi, Ankara, 2015.
- Yurtcan, Erdener**, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. bs., İstanbul, 2007.
- Yurtcan, Erdener**, CMUK Şerhi, 3. bs., İstanbul, 2000.
- Yurtcan, Erdener**, Ceza Yargılamasında Kesin Hükmü, İstanbul, 1987.
- Zafer, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), 6. bs., İstanbul, 2016.

# HABERMAS'IN SÖYLEM ETİĞİNDE AHLAK VE HUKUK\*

(MORAL AND LAW IN THE HABERMAS'S DISCOURSE ETHICS)

**Dr. Muhammet Sait Duran\*\***

## Öz

Habermas metafiziğin, tabiat ve hatta aklın ortak bir yaşam alanı oluşturmaya namzet olarak görülmediği gelenek sonrası dönemde, hakikat ve meşruiyetin tespiti için insanlığın son dayanak noktası olarak iletişimsel aklı görür. Anlaşma amacına dayalı bir iletişimde ulaşılabilecek bir uzlaşmada, birey-ötesi bir meşruiyetin temelini tesis etmeye çalışır. Habermas, söylem etiğinin bu temel fikrini ahlak ve hukuk alanında verimli hale getirmeye gayret eder. O, söylem etiği kuramında, tabii hukuk ve hukuki pozitivizm teorilerinden farklı olarak, ahlak ve hukuku birbirini tamamlayıcı bir ilişki içerisinde yeniden yapılandırmaya çalışmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** İletişimsel Akıl, Meşruiyet, Tabii Hukuk, Pozitif Hukuk, Deontoloji

## ABSTRACT

Habermas thinks of communicative reason as the last staging post of the humanity for truth and legitimacy in the post-traditional era. The main characteristic of this era is that metaphysics, nature and even reason are not considered as a candidate which can build a common area of life. Habermas tries to construct the basis of an intersubjective legitimacy which is to be found in a communication based on the aim of consensus. He attempts to make this central idea of Discourse Ethics fruitful in the spheres of moral and law. In contrast to the theories of natural law and legal positivism Habermas attempts to reconstruct moral and law in a complementary relationship.

**Keywords:** communicative reason, legitimacy, natural law, legal positivism, deontology

\*\*\*

## Giriş

Batı hukuk düşüncesinin başlangıcından, yani Sofistler ile Platon arasında cereyan eden tartışmadan itibaren hukuk ve adaletin yapısı konusunda mütemadiyen şu soru tekrarlı gelmiştir: Pozitif hukuk, metafizik hukuki esaslara, her şeyden önce de ahlakilik ve adalet fikrine bağlı ve muhtaç mıdır? Hukuk felsefesinde bu temel sorun, hukuk ve ahlak ilişkisi başlığı altında ince-

---

\* Bu makale, 2.5.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 21.5.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 23.5.2017 tarihinde geçmiştir.

\*\* saيتدuran@gmail.com

lenmiştir.<sup>1</sup> Bu problemin alt başlıklarıysa, hukukun ne olduğu, toplumun pozitif hukuka neden ihtiyaç duyduğu ve nihayetinde, hukuk düzeninin hangi normatif ölçülere dayandırıldığı şeklindedir. Zira hukuk kendi kendini taşıyıp temellendiremez. Aksine o, lehinde ve aleyhinde gerekçelendirilebilecek sebeplere ihtiyaç duyar. Başka bir ifadeyle, kendi mevcudiyetine dair sistem-içi sebepler üretmez. Bu gerekçelendirilme ihtiyacı veya zorunluluğunun, temel itibarıyla hukukun cebri bağlayıcılığından kaynaklandığı söylenebilir. Bu mesele, neden belirli davranışların yapılmasına zorlanıldığının, diğerlerinin ise yasaklandığının izahıyla alakalıdır.<sup>2</sup> Bu yüzden de hukuk felsefesinin en temel sorununu, hukuk düzeninin meşruiyetinin temellendirilmesi problemi teşkil eder. Bu temellendirmeye sadece hukukun değil, aynı zamanda onu meşrulaştıran doktrinlerin temellendirilmesini de kapsar.<sup>3</sup>

Hukuk ve ahlakın bu temel sorun alanında, tabii hukuk ve hukuki pozitivizm olarak adlandırılan iki ana pozisyon birbiriyle rekabet eder. Tabii hukuk, hukukun mutabık olması gereken, genel ve zorunlu bağlayıcılığı olan temel ahlaki esaslar bulunduğunu kabul eder. Tabii hukuka göre bu temel esaslar, genellikle özünü insan aklından alır ve bu yüzden de ussal ahlak olarak da nitelendirilir. Mutlak geçerliliği olan bu esaslar, aklın doğal kabiliyetleri sayesinde bilinebilir. Bu görüşe göre, hukuk ve ahlak arasında doğrudan bir ilişki vardır ve bu ilişkinin tabiatı da ahlakın hukuk karşısında üstünlüğü şeklinde yapılandırılmıştır. Bu ön kabullerin sonucu olarak da tabii hukuka göre, sadece ahlaki esaslara uygun olan pozitif hukuk yasaları adil ve kabul edilmeye uygundur.<sup>4</sup>

Bu pozisyonun karşısında yer alan hukuki pozitivizm ise, pozitif hukukun aşkın ahlaki temel esaslarla olan bağımlı reddeder. Bu görüşü savunanlar, hukuk normlarının spesifik bir norm çeşidi oluşturduğu ve bu yüzden diğer norm çeşitlerinden ayrı tutulması gerektiği görüşündedirler. Bu görüş, özellikle de hukuk normlarının, etkisi ve uygulanışı bakımından ahlak normlarından ayrı tutulması gerektiğinin altını çizer. “Hukuk normları ve onların bağlamı, hukuk düzeni, sosyal gerçeklikte sadece tecrübeye dayanan bir olgu olarak geçerlidir, [yani] devlet yapısı temeli ve çerçevesinde fiilen (*de facto*) geçerli olan normlar olarak. Bunun sonucunda da hukuk ahlaktan tamamen farklı ve aynı zamanda da bağımsız bir norm düzenidir.”<sup>5</sup>

Her iki pozisyon da hukuk ve ahlak olarak, menşei birbirinden farklı iki grup yükümlülüğün olduğunu kabul eder. Aralarındaki fikir ayrılığının temeli, iki farklı sınıf yükümlülüğün birbirinden tamamen ayrılıp ayrılmaması veya en azından kısmen bir ilişki içinde değerlendirilmesinin gerekip gerekmediği noktasındadır. Tabii hukuk ve hukuki pozitivizm arasındaki temel çatışmanın, hukukun geçerliliğinin ahlaki metafizik bir temelinin olup olmadığı sorusuna dayandığı söylenebilir. Bu iki düşünce akımının tutumu pratikte bazı problem-

<sup>1</sup> Otfried Höffe, “Recht und Moral: ein kantischer Problemaufriß”, Neue Hefte für Philosophie, Cilt 17, 1979, s. 1.

<sup>2</sup> Krş. Katrin Gierhake, “Rechtsphilosophie”, Julian Krüper (ed.), Grundlagen des Rechts, Baden-Baden, 2013, s. 21.

<sup>3</sup> Krş. Martin Kriele, Recht und praktische Vernunft, Göttingen, 1979, s. 12.

<sup>4</sup> Krş. Otfried Höffe, “Recht und Moral”, s. 2; Raymond Wacks, Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş, çev. Engin Arkan, İstanbul, 2013, s. 1-2; Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, Ankara, 2015, s. 141-142.

<sup>5</sup> Otfried Höffe, “Recht und Moral”, s. 3.

lere yol açmaktadır. Hukukun ahlaki muvafakate bağlanmasının, meri hukukun geçerliliğini ve bağlayıcılığını zayıflattığı söylenebilir. Bu da dolaylı olarak devlet otoritesini zayıflatabilme ihtimalini içinde barındırmaktadır. Sorun, vatandaş olarak tanımlanan hukuk toplumuna ait bireylerin farklı ahlak sistemlerine tabi olmasından kaynaklandığı gibi; aynı ahlaki geleneğe ait farklı yorumların mevcut olmasından da neşet etmektedir. Son yüzyıllardaki toplumların heterojenleşmesi ve bireyselleşmesi süreci, bu problemin farklı bir boyut kazanması sonucunu doğurmuştur. Neticede birbiriyle kısmen de olsa çatışan ahlak anlayışlarından hangisinin hukukun temelini oluşturması gerektiği sorusu, tabii hukuk anlayışının en önemli problemlerinden birini oluşturur. Zira bu tür bir anlayış, mesela bir grup veya çoğunluğun kendi ahlaki anlayışını, hukuk vasıtasıyla toplumun diğer kesimlerine dayatmasına sebebiyet verebilir. Bundan başka, hukukun ahlakla yakın bir bağının olduğu ön kabulü, farklı norm sistemlerinin çatışması halinde hukuki düzene karşı bir tavrın meşruiyetine de ortam hazırlayabilmektedir.

Diğer yandan hukukun ahlaki bağlamdan koparılmasının da ciddi sorunlara yol açacağı aşikardır. Hukukun meşruiyetini fiili duruma indirgeyen pozitif hukuk anlayışı, hukukun araçsallaşmasına ve dramatik toplumsal sonuçların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilmektedir. Bu anlayışın, bir taraftan devlete karşı birey ve azınlıkların haklarını savunmak için ihtiyaç duyulan gerekçelerin zayıflamasına, diğer taraftan hukukun toplum tarafından içselleştirilmesini engelleyen bir yabancılaşmaya yol açtığı öne sürülebilir.

Habermas, tabii hukukla pozitif hukuk arasındaki problemi, hukuk felsefesine dair ana kitabının başlığında “gerçeklik ve geçerlilik” olarak ifade eder ve sorunu hukukun fiili yürürlüğü ve ideal meşruiyeti bağlamında inceler.<sup>6</sup> O, bu sorunun hukuki eksendeki tezahürünü ulusal egemenlik ve insan hakları arasındaki çatışmada görür ve bu çatışmanın sebebinin, tabii hukuk ve hukuki pozitivizm tarafından ahlak ve hukuk arasındaki ilişkinin yanlış şekillendirilmesine dayandırır. Onun hukuk felsefesi kapsamında yeniden yapılandırılmaya çalıştığı bu ilişkiye geçmeden önce, bu ilişkiye temel teşkil eden söylem etiğini ana hatlarıyla tasvir etmeye çalışacağız.

### **Söylem Etiği (Diskursethik)<sup>7</sup>**

Geleneksel ahlakın ve Hristiyan tabii hukukunun, evvelimde Aristoteles ve Thomas von Aquin'e dayanan klasik öğretilerinin, ahlak ve hukuk ilişkisinin belirlenmesi konusunda Avrupa'da 19. yüzyıla kadar etkili olduğu söylenebilir. Fakat bu klasik öğretiler, Batı'daki modern dünyanın gelişim sürecinde,

<sup>6</sup> Krş. **Lukas Elsler**, “Die Wurzeln der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas. Faktizität und Geltung als Abschluss einer kritischen Gesellschaftstheorie”, *Helikon. A Multidisciplinary Online Journal*, Cilt 3, 2014, s. 84.

<sup>7</sup> *Diskursethik* kavramı Türkçe'ye tartışma ve iletişim etiği şeklinde çevrilmişse de ekseriyetle söylem etiği olarak tercüme edilmiştir. *Diskurs* kavramı felsefi bağlamda temel olarak karşılıklılığı/müşareketi içerir. Nitekim Latince kökeni “bir o tarafa bir bu tarafa gitme” olan bu kelime, temel itibarıyla konuşmanın muhataplar arasında gidip gelmesi anlamını taşır. Krş. **Seyit Coşkun**, “Ahlaki Etik Olanaklılığı Olarak Söylem Etiği”, *UÜFD. Kaygı*, Cilt 18, 2012, s. 187. Söylem kavramı, alternatif çevirilerine nazaran malesef bu anlamı pek yansıtmamaktadır. Bununla beraber Türkçe'de yaşanan felsefi kavramlardaki uzlaşma sorunu ciddi anlaşılma sıkıntılarına yol açmaktadır. Bundan dolayı söylem etiği kavramında karar kılmakla beraber, bu haşiyeyi yazma ihtiyacı doğmuştur.

yaşam dünyasının rasyonelleştirilmesi temayülüyle birlikte, temellendirme gücünü önemli ölçüde yitirmiştir. Bu da ahlak ve hukukun sadece ilahi bir otoriteye veya hükümdarın kararlarına artık dayandırılmayacağı anlamına gelmektedir. Habermas, ahlaki ve hukuki kuralların, “metafizik sonrası dönem” olarak nitelendirdiği temellendirme düzeyinde eşzamanlı olarak geleneksel ahlak anlayışından ayrılmış olduğunu tespit eder.<sup>8</sup> Bunun neticesinde de Batı’da, ahlak ve hukuku yeni ve rasyonel bir zemin üzerinde temellendirme ihtiyacı doğmuştur.

Habermas’ın, Karl-Otto Apel ile beraber geliştirdiği söylem etiği, ahlak ve hukuku rasyonel temellendirme geleneğinin bir örneğini teşkil eder. O, bu temeli iletişimsel rasyonellikte (*kommunikative Rationalität*) bulmuştur. Habermas rasyonellik anlayışını, Peirce tarafından şekillendirilen, Austin ve Searle’ün söz edim kuramı altında geliştirdikleri pragmatik felsefenin etkisinde geliştirmiş ve bireyin ötesinde, iletişimsel eylemin öznelarası bağlamında tanımlamıştır.<sup>9</sup> Habermas rasyonelliğin kıstaslarını, eleştirilebilirlik (*Kritisierbarkeit*) ve temellendirilebilirlik (*Begründungsfähigkeit*) olarak belirler.<sup>10</sup> Gerekçelendirmenin gücü, tartışmadaki katılımcıları ikna edebilmesi ve geçerliliği iddia edilen sözün kabul edilmesiyle alakalıdır. Bu bağlamda bireyin rasyonelliği de tartışmada sunduğu gerekçelendirmeye değerlendirilir.<sup>11</sup> Habermas, iletişimsel rasyonelliğe, kendi içinde toplumsal mutabakat ve bireyselliği aşır öznelarası bir bilgi oluşturabilme gücü atfeder.<sup>12</sup> O, iletişim içindeki bireylere kişisel düşünme kabiliyetinin ötesinde bir nitelik yükleyerek bireyselliği aşmaya çalışır.

Habermas’ın söylem etiğinin Kant’ın ahlak felsefesiyle yakın bağları vardır. Bu yüzden Kant’ın etik anlayışıyla benzer özellikler sergiler. Bu anlamda iki etik öğretisi de **deontolojik** ahlak anlayışına aittir. Habermas, Kant’ın öncülüğüyle başlayan bu düşünce akımının temel karakteristiğini şu şekilde izah eder: “Klasik etik anlayışları «iyi hayatın» bütün sorularıyla ilgilenmiştir; Kant etiği ise sadece doğru ve adil eylemin problemleriyle ilgilenmiştir.”<sup>13</sup> Bu da ahlaki doğrunun yalnızca iyinin bir parçası olarak anlaşılacak, örneğin refahı azami derece artıran eylemlerin her zaman ahlaken doğru eylem olarak kabul edilemeyeceği manasına gelir. Bu anlamda deontolojik ahlak anlayışlarının en tipik özelliği, adalet prensibini iyilik prensibinden önde tutma şeklinde tebarüz eder ve adalet prensibini, kültürel ve bireysel bakış açısıyla malul iyi prensibinden farklı olarak genel geçer bir ahlak anlayışıyla belirlemeye çalışır.<sup>14</sup> Habermas’a göre, ahlaki yargılar, eylem çatışmalarının rasyonel motive olmuş rıza temelinde nasıl yatıştırılabileceğini açıklar. En geniş anlamda ahlaki yargılar, eylemleri, geçerli normlar ışığında ya da normların geçerliliğini, kabule değer prensipler ışığında gerekçelendirmeye hizmet eder. Habermas bu tespitten yola çıkarak, ahlak teorisi açısından izaha muhtaç temel olguyu, ahlaki emirlerin ve eylem normlarının gereklilik kipinin (*Sollgeltung*) geçerliliği olarak belirler.

<sup>8</sup> **Jürgen Habermas**, Faktizität und Geltung, Frankfurt, 1998 s. 135.

<sup>9</sup> Krş. **Peter Koller/Christian Hiebaum**, “Einführung”, **Peter Koller/Christian Hiebaum** (ed.), Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung, Berlin/Bosten, 2016, s. 5-6.

<sup>10</sup> **Jürgen Habermas**, Theorie des kommunikativen Handelns, Cilt 1, Frankfurt, 1981, s. 27.

<sup>11</sup> **Jürgen Habermas**, Theorie des kommunikativen Handelns, Cilt 1, s. 38.

<sup>12</sup> A.g.e., s. 28; **Habermas, Jürgen**, İnsan Doğasının Geleceği, çev. Kaan H. Ökten, İstanbul, 2003, s. 17.

<sup>13</sup> **Jürgen Habermas**, Erläuterungen zur Diskursethik, Frankfurt, 1991, s. 11

<sup>14</sup> Krş. **Jürgen Habermas**, Die Einbeziehung des Anderen, Frankfurt, 1999, s. 42-46; **Dietmar Hübner**, Einführung in die philosophische Ethik, Göttingen, 2014, s. 205-206.



Söylem etiği, Kant'ın öğretilerinden ayrıca **bilişselciliği** (*Kognitivismus*) de miras almıştır. Bu da söylem etiğinin, doğruluk iddialarının tartışılarak, lehte ve aleyhteki gerekçelerin rasyonel değerlendirilmesi suretiyle karar verilebileceği tezine dayandığı anlamına gelir.<sup>15</sup> Habermas'a göre ahlaki yargılar, sadece halihazırda konuşan veya eylemi yerine getiren kişinin rastlantısal hissi tutum, tercih ve kararlarını dile getirmez. Onlar daha çok bir olgu veya tecrübenin nesnesi statüsüne sahiptirler.<sup>16</sup> Söylem etiği, normların ve ahlaki emirlerin doğruluğunu, asserterik önermenin hakikatine benzer şekilde, yani doğrulanabilir ve yanlışlanabilir bilgi olarak görür. Ahlak yargılarının doğru ve yanlış olarak ayrımı, söylem etiğinin imkânının şartını oluşturur ve bu anlamda bu düşünce sisteminin en temel öncüllerinden biridir. Söylem etiği, ahlaki doğru ve yanlış yargıların akıl tarafından tefrik edilmesi ve doğru yargının akıl marifetiyle temellendirilmesinin mümkün olmaması halinde bu konuda konuşmanın anlamsız olduğu tezinden yola çıkar. Habermas, bu bilişselci yaklaşımla ahlaksal şüphecilğe karşı bir tavır almıştır: "Tabii ki emir kipi cümlesinin ahlaki doğruluğu, -sezgicilik (*Intuitionismus*) veya değer etiğinde olduğu gibi- önerme cümlelerinin asserterik geçerliliğiyle karıştırılmamalıdır. Kant teorik ve pratik akli birbiriyle karıştırmamıştır. Normatif doğruluğu, doğruluk benzeri geçerlilik iddiası olarak anlıyorum. Bu anlamda da bilişselci bir etikten bahsediyoruz."<sup>17</sup> Bu açıklamadan da anlaşılacağı gibi, Habermas, ahlaki yargıları olgusal önermelerden ayırır. Bir davranışın iyi veya doğru olduğu iddiası, bir arabanın kırmızı olma iddiasından farklıdır. Normatif cümleler bu anlamda doğrulanıp yanlışlanamazlar.<sup>18</sup> Bununla beraber, Habermas onların da bireysel istek ve eğilimlerin ötesinde rasyonel olarak değerlendirilebilecek sebeplere dayandığı kanaatini taşır ve Kant'ın bilişselciliğinden farklı olarak bu rasyonelliği iletişimsel eyleme dayalı toplumsal bir bağlamda tanımlar.

Söylem etiğinin bu bilişselciliğinin doğru anlaşılması için altı çizilmesi gereken önemli bir nokta vardır. Söylem etiği ne insanların rasyonel davranması gerektiğini ne de kendi kanaat ve inançlarını pratik tartışma içerisinde oluşturmaları gerektiği tezini dayatır. Bu teoride amaçlanan, kendi kanaatlerinin doğru olup olmadığını anlamaya çalışan insan için bunun ne anlama geldiğinin izahıdır.<sup>19</sup> Başka bir ifadeyle söylem etiği, kişisel kanaatlerin doğruluğunun geçerliliğinin bireylerarası (veya birey-ötesi) bir bağlamda tespit ve tesisinin imkanını temellendirir. Dolayısıyla bu tür bir geçerlilik iddiası, normlar üzerine

<sup>15</sup> **Gabriele de Angelis**, *Die Vernunft der Kommunikation und das Problem einer diskursiven Ethik*, Heidelberg, 1999, s. 118.

<sup>16</sup> **Jürgen Habermas**, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt, 1983, s. 131. Krş. **Jürgen Habermas**, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Cilt 1, s. 39-40.

<sup>17</sup> **Jürgen Habermas**, *Erläuterungen zur Diskursethik*, s. 11.

Burada şunu da belirtmek gerekir ki, Habermas iletişimsel aklın değerlendirme kriteri olarak belirlediği geçerlilik iddiası ve eleştirilebilirlik kıstaslarının sadece önermesel ve ahlaki doğruyu değil, terapötik değerlendirmeler ve hatta kişisel estetik değerlendirmeleri de kapsadığı görüşünü savunur. Genel olarak geçerlilik iddiasını üç kategori altında toplamıştır: Önermesel hakikat (*propositionale Wahrheit*), normatif doğruluk (*normative Richtigkeit*) ve bireysel samimiyet (*subjektive Wahrhaftigkeit*). Krş. **Jürgen Habermas**, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Cilt 1, s. 34-40; 149; **Jürgen Habermas**, *Faktizität und Geltung*, s. 19.

<sup>18</sup> Krş. **Alessandro Pinzani**, *Jürgen Habermas*, München, 2007, s. 141.

<sup>19</sup> Krş. **Niels Gottschalk-Mazouz**, *Diskursethik. Theorien, Entwicklungen, Perspektiven*, Berlin, 2000, s. 16.

gerçekleşen tartışmanın ön şartıdır. Nitekim Habermas bu bağlamda, bireyin kişisel hayatı ve kimliğiyle bağlantılı olan etik sorunları, alışılmış ahlaki anlayıştan ve kişisel kontekstten bağımsız değerlendirilmesi gereken ahlak (*Moral*) sorunlarından ayrılmıştır.<sup>20</sup>

Söylem etiğinin Kant'ın ahlak felsefesiyle bir diğer ortak noktası, **formalist** bir prensip etiği anlayışına sahip olmasıdır. Bu tarz etik anlayışlarının temel vazifesi, ana ahlak prensiplerini formüle etme ve temellendirme olarak tanımlanır. Habermas teorisinin bu karakterini şu şekilde tanımlar: “Söylem etiği, içeriksel bir yönlendirme sunmaz, daha çok yargı oluşumunun tarafsızlığını garantilemeyi amaçlayan, ön şartları olan bir prosedür sunar. Pratik tartışma, gerekçeli normları meydana getirmek için değil, bilakis varsayımsal olarak incelenen normların geçerliliğini denetlemek için kullanılan bir metottur.”<sup>21</sup>

Kant'ın mutlak emrinin işlevine benzer olarak, söylem etiği çerçevesindeki pratik tartışmalarda norm üretme amacı güdülmez. Aksine bu süreçte, yaşam dünyası bağlamından getirilen ahlaki iddialar ve varsayımsal normlar tahkik edilir.<sup>22</sup> Bu anlamda söylem etiği, münferit hadiselerde ya da belirli türdeki durumlarda nasıl davranılması gerektiğini doğrudan bildiren müşahhas norm ve davranış kuralları sunmaz; o daha ziyade, ahlaki olarak doğru olan davranış şekillerinin, normların ve ilkelerin nasıl belirlenmesi gerektiğini açıklayan, aşkın bir norm ve yönetsel kuraldır. Bu bağlamda da ahlakiliğin yönetsel kısıtasını belirlemeyi hedefler. Söylem etiği bağlamındaki tartışma yöntemi, varsayımsal normatif önermelerin temellendirilmesini mümkün kılar. Habermas, Kant'ın ahlak prensibini ve ahlak formalizmini nasıl yorumladığını şu şekilde izah etmiştir:

“Kant, emir kipini seçmiş olmasına rağmen (‘Öyle eyle ki, senin istemenin ilkesi, hep aynı zamanda genel bir yasamanın prensibi olarak da geçerli olabilsin!’), mutlak emir, genelleştirilebilme potansiyeline sahip davranış normlarını geçerli olarak tanımlayan bir gerekçelendirme ilkesi rolünü üstlenir: Ahlaki anlamda meşru olanı, bütün akıllı varlıkların isteyebilir olması gerekir. Bu açıdan formalist bir etik anlayışından bahsediyoruz. Söylem etiğinde Kant'ın mutlak emrinin yerini, ahlaki delillendirme yönteminin emri almıştır.”<sup>23</sup>

Habermas, ahlaki meşruiyetin kaynağını oluşturan, söylem etiğinin ana prensibini şu şekilde ifade etmiştir: “Sadece pratik tartışmanın katılımcıları olarak bütün ilgili kişilerin onayını kazanabilen normaler geçerlilik iddiasında bulunabilir.”<sup>24</sup>

Habermas bu prensibi destekleyici olarak ayrıca evrenselleştirme prensibini geliştirmiştir: “geçerli normlarda, her bir kişinin ilgilerinin tatmini için, onlara umumi uyulmasından meydana gelecek muhtemel sonuç ve yan etkile-

<sup>20</sup> **Jürgen Habermas**, *Erläuterungen zur Diskursethik*, s. 112-113. Burada şunu da belirtmek gerekir ki, Habermas'ın kendi teorisini söylem etiği olarak nitelendirdikten sonra, “etik” kavramını, kısıtlayıcı bir anlamda bireyin ve belirli bir toplumun norm anlayışı bağlamında kullanması ciddi bir kavram kargaşasına neden olmaktadır.

<sup>21</sup> **Jürgen Habermas**, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, s. 132.

<sup>22</sup> **De Angelis, Gabriele**, *Die Vernunft der Kommunikation und das Problem einer diskursiven Ethik*, s. 117.

<sup>23</sup> **Jürgen Habermas**, *Erläuterungen zur Diskursethik*, s. 12.

<sup>24</sup> Aynı yer.

rin, herkes tarafından baskısız kabul edilebilir olması gerekir.”<sup>25</sup> Evrenselleştirme prensibi, söylem etiği prensibinde ifade edilen onayın nasıl gerçekleşeceğini yani gerekçelendirilmenin kurallarını belirler. Bu prensip, tartışmadaki uzlaşmanın, katılımcıların bireysel saikleri aşarak müşterek ilgiyi göz önünde bulundurmaları halinde mümkün olacağını öngörür. Habermas, evrenselleştirme prensibinde, normların geçerliliğini onların sonuçlarına bağlayarak temelde Kant'ın salt deontolojik anlayışından ayrılır.<sup>26</sup> Onun bu tavrı, Kant'ın teorisine karşı geliştirilen mücerretlik eleştirisini aşıp, tecrübi bakış açısını kendi kuramına ekleme çabası olarak değerlendirilebilir.

Bütün ilkesel ahlak anlayışlarında olduğu gibi, söylem etiğinde de teorinin merkezinde olan ahlak prensibinin temellendirilmesi büyük önem taşır. Söylem etiğinin temel prensibini temellendirme konusunda, bu etiğin kurucuları olan Habermas ve Apel arasında fikir ayrılığı doğmuştur. Habermas evrensel pragmatik ahlak prensibini, gerekçelendirme yani rasyonel tartışma pratiğinin içinde yatan normatif bir içeriğe dayandırır. “Kamuya açıklığı, eşit katılım hakkını, katılımcıların samimiyetini, tavır almanın baskısızlığını vb. garantileyen konuşma şartlarını prensipte önkoşul olarak kabul etmediği takdirde, hiç kimse gerekçelendirmeye girişemez.”<sup>27</sup> Bu şartların yani tartışmanın kurallarının zorunluluğu, rasyonel delillendirme ortamında bu şartların gerekliliğine karşı geliştirilecek bütün argümanların kendi kendisiyle performatif bir çelişkiye düşmesinden kaynaklanır. Yani “Hiçbir hakikat yoktur” cümlesini dile getiren kimsede olduğu gibi, söylediği ve davranışı ile iddia ettiği şey arasında tenakuz oluşur. Bu şartlar, argümentasyonun tabiatında yatar; Kantçı ifadeyle, imkanının şartlarını oluşturur ve dolayısıyla bu kuralları inkâr ederek tartışmak mümkün değildir. Habermas, söylem etiğini beraber geliştirdiği Apel'den bu noktada ayrılır ve bu kurallara, normatif bir karakter atfetmekle beraber ahlakilik tevdi etmez ve Apel'in, tartışma pratiğinin transandantal şartlarından nihai ahlaki temellendirme çabasını sorunlu bulur. Habermas bu şartlara daha çok epistemik-transandantal bir zorunluluk izafe eder, yani tartışmaya giren herkes bu kuralları doğası itibarıyla kabul etmek zorundadır. Habermas evrenselleştirme prensibini bu kurallardan çıkarır. Bu çıkarım diğer bir öncüle daha ihtiyaç duyar. Habermas bu öncülü de rasyonel tartışmanın olgusal gerçekliğinden çıkarır. Bütün kültürlerde var olan ve problem çözmede alternatifsiz olan gerekçelendirmenin amacı, geçerlilik iddialarının haklılığını ikna etmek ve onları itirazlara karşı savunmaktır. Habermas, sezgisel olarak öğrenilen rasyonel tartışma kültürünün, dahi iyi gerekçenin ortaya çıkması için yapılan müşterek bir yarışma olduğu ve ortak amacın da anlaşma olduğu ön kabulünden yola çıkar.<sup>28</sup> Bu amacın gerçekleşmesi için gerekli olan ideal şartlar ise, yukarı-

<sup>25</sup> Aynı yer.

<sup>26</sup> Krş. **Marcel Niquet**, “Diskursethik”, Hans Jörg Sandkühler (ed.), Enzyklopädie Philosophie, Hamburg, 2010, s. 442.

<sup>27</sup> **Jürgen Habermas**, Erläuterungen zur Diskursethik, s. 132.

<sup>28</sup> Habermas'ın temellendirmesinin en zayıf halkasını bu son öncülün oluşturduğu söylenebilir. Zira tartışmanın amacı kendi fikrinin kabulünü sağlamak olarak görülebilirse de kabulün rasyonel olması şartı insan doğası hakkında oldukça pozitif bir bakış açısını gerektirir. Tartışmada kendi görüşünün kabulünü rasyonel olarak gerçekleştirme fikri sadece iyi niyetle izah edilebilir ve dolayısıyla bizatihi kendisi ahlaki bir tutumdan başka bir şey değildir.

da kısaca değinilen tartışma kuralları sayesinde gerçekleştirilebilir. Bu kurallar da zımnî olarak evrenselleştirme prensibiyle eşdeğerdir.<sup>29</sup>

Söylem etiği prensibi, yukarıda da bahsedildiği gibi, davranış normları hakkındaki yargılarımızın belirli rasyonel sebeplere dayandığı ön koşulundan yola çıkmaktadır. Yani insanların belirli davranışları iyi, diğerlerini kötü olarak tanımlaması belirli rasyonel nedenlere matuftur. Ahlaki yargıların doğruluğu, bu makul sebeplerin tartışmadaki diğer gerekçe ve itirazlara baskın gelmesiyle gerçekleşir. Habermas bu olguyu, “daha iyi olan gerekçenin zorlamasız zorunluluğu” (*der zwanglose Zwang des besseren Arguments*)<sup>30</sup> olarak formüle etmiştir ve gerekçelerin inandırıcılık etkisinin tespitini, tartışmanın kendisine bırakır.<sup>31</sup> Bu kabul, normlar üzerine gerçekleştirilen tartışmanın temel itibarıyla aslında hiçbir zaman bitmeyeceği anlamını da taşımaktadır; zira şartların değişmesine ve gelecek nesillerin hangi argümanları öne süreceğine bağlı olarak, getirilen gerekçenin ikna gücü değişebilir. Fakat bir iddia belirli bir zaman dilimi içerisinde, diğer gerekçe ve itirazlara karşı yukarıda bahsedilen anlamda baskın sebep olarak tebarüz edebilir.<sup>32</sup> Bu anlamda, normlar hakkında gerçekleşen tartışmanın, devam eden bir süreci ve ulaşılan sonuçların da potansiyel olarak değişebilecek ara sonuçları ifade ettiği söylenebilir. Başka bir ifadeyle normların geçerliliği, onlar için öne sürülen gerekçelerin “baskınlığını”, yani ikna etme gücünü korumasına bağlı kılınmış olur.

Söylem etiğinin prensibi, Kant’ın mutlak emrinin bir transformasyonu ya da yeni bir yorumu olarak görülebilir. Kant’ın ödev ahlakında, hangi ilkelerin davranışları genel olarak yönlendirmesinin istenebileceği hakkında düşünürken, “ben”den “biz”e doğru doğal olarak bir geçişin gerçekleştiği kabul edilir. Zira Kant’ın ödev ahlakından çıkan sonuç, akıllı bir varlık olarak insanın, eğer samimi olarak mülâhaza ederse, ahlakın diğer tüm öznelerinin de yasa olarak isteyebileceği ahlaki ilkeyi tespit edebileceğidir. Habermas kişisel alandaki bu ahlaki mülâhazayı sosyal alana taşır ve Kant’ın mutlak emirdeki tündengelimci tavrını tümevarımcı yöntemle değiştirir. Böylece pratik aklın yerini, iletişimsel akıl (*kommunikative Vernunft*) almış olur. “İletişimsel [akıl] pratik akıldan, onun artık bireysel bir aktöre veya devletsel-toplumsal ahlak öznesine atfedilmemesi suretiyle ayrılır. Daha ziyade bu [ahlak öznesi], sayesinde etkileşim ağlarının kurulduğu, yaşam formlarının yapılandırıldığı ve iletişimsel aklı mümkün kılan dilsel araçtır. Bu rasyonellik, uzlaşmanın dilsel amacına atfedilir”.<sup>33</sup> Habermas, herkes için kabul edilebilir olanın sadece müşterek rasyonel tartışma çerçevesinde keşif ve teyit edilebileceğini savunur. Buna uygun olarak da söylem eti-

<sup>29</sup> **Jürgen Habermas**, *Die Einbeziehung des Anderen*, s. 60-63; **Jürgen Habermas**, *Erläuterungen zur Diskursethik*, s. 132-135.

Bu makale çerçevesinde Habermas’ın temellendirme programını ve ona dair tartışmaları mufassal bir şekilde incelemek mümkün değildir. Bir yandan süre gelen temellendirme tartışmalarında söylem etiğinin iki farklı cepheye ayrılması ve tartışmanın iki grup tarafından yürütülmesi, diğer yandan Habermas’ın eleştiriler zaviyesinden teoride revizyonlara gitmesi geniş bir tartışma alanı oluşturmuştur: **Niels Gottschalk-Mazouz**, *Diskursethik. Theorien, Entwicklungen, Perspektiven*, s. 27-109; **Micha Werner**, “Diskursethik”, Marcus Düwell vd. (ed.), *Ethik Handbuch*, Stuttgart, 2011, s. 141 vd.

<sup>30</sup> **Jürgen Habermas**, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Cilt 1, s. 52-53

<sup>31</sup> **Jürgen Habermas**, *Die Einbeziehung des Anderen*, s. 61-62.

<sup>32</sup> Krş. **Niels Gottschalk-Mazouz**, *Diskursethik. Theorien, Entwicklungen, Perspektiven*, s. 15.

<sup>33</sup> **Jürgen Habermas**, *Faktizität und Geltung*, s. 17-18

ğinde, Kant'ın mutlak emrindeki ahlakın genelleşebilirliğini denetleyen bireyin yerini, tartışmaya katılan toplumun kendisi alır ve davranış tarzlarının ahlaki doğruluğu, bütün potansiyel tartışma katılımcılarının onaylamasının imkânına bağlanır. Kısaca Habermas ana prensibini birey yerine bütün katılımcılara dayandırarak, teorisine öznelarası/birey-ötesi bir bağlam kazandırmaya çalışır. Şüphesiz o da Kant gibi, ahlaki bireyselciliği ve rölativizmi aşmaya çalışır; fakat bu amacın birey-ötesi bir kıstas olarak iletişimsel akıl bağlamında gerçekleştirilmesinin daha isabetli olduğu kanaatinde dir.<sup>34</sup>

Brandt, Habermas'ın, mutlak emrin, bir normun herkesin görüşüne göre istenebilir olduğunu denetlemek için diğer herkesin perspektiflerini kapsamaması gerektiği şeklindeki yorumunu eleştirir ve önemli bir noktanın altını çizer. Habermas'ın, bu yorumuyla mutlak emrin içinde barındırdığı evrenselleştirme tuzağına düştüğünü öner sürer. Brandt, Kant'ın mutlak emrindeki temel esasın, eylemin bireysel ilkesinin genelleşmesi ve diğer herkes tarafından kabul edilebilirliğinin denetlenmesi şeklinde kabul edilmesinin yanlış olduğu fikrini dile getirir. Ona göre mutlak emir ile amaçlanan şey, “ben”den “biz”e doğru, yani bireyden mevzuya müteallik kişilerin tamamına doğru atılan adımın mümkün olup olmadığının kontrolü değildir. “Kant'ın özgürlük felsefesindeki önemli nokta, (sonuç olarak uygun içeriklerin) genelliği değil, (formun) zorunluluğudur.”<sup>35</sup> Brandt'ın bu eleştirisi, Kant ile Habermas'ın genelleştirilebilme ilkesindeki temel farkı ortaya koyması açısından önem arz eder. Kant'ın ahlak felsefesine göre, bir davranış biçiminin bütün insanlık tarafından kabul edilmesi, ahlakiliği için yeterli olmadığı gibi, konu dışıdır. Farzımuhal bütün insanlık yalanın meşruiyeti üzerine anlaşmış olsa bile, Kant'ın etik düşüncesinde bu onun ahlakiliği için bir gerekçe olamaz. Onun felsefesindeki genelleşme, kuralın kendi içindeki tutarlılık ile alakalı bir sorundur. Yalanı ahlaka mugayir ad-deder, zira yalanın genel bir yasa olması halinde onu biçimsel olarak imkânsız hale getirir. Başka bir ifadeyle, yalan eyleminin formu genelleşmeye elvermez; çünkü yalanın gerçekleştirilmesi için doğruluk ihtimalinin yani beklentisinin olması zorunludur. Ahlakı kıstas olarak genelleştirilebilme, Habermas'da tamamen farklı bir hüviyet kazanır ve toplumsal kabule dayandırılır. Bu farklılığa rağmen, iki düşünce tarzının biçimsellik bağlamındaki ortak noktasının, altın kural olarak ilkeleşen ve ferdi tecrübeyi ahlaki kıstas olarak belirleyen bireysel yargıyı aşmak olduğu söylenebilir.

Habermas, söylem etiğinin formalist yapısında, Kant'ın ahlak prensibine yapılan içeriksiz biçimsellik iddiasını aşmaya çalışır. Habermas'ın prensibi, Kant'inkinden farklı olarak, sadece eylemlerin ilkelerinin değil, aynı zamanda normun kendisinin ve sonuçlarının da göz önünde bulundurulmasına imkân tanır.<sup>36</sup> Bu şekilde of, prensibini daha müşahhas bir bağlama oturtmaya çalışır.

Söylem etiği son olarak Kant'ın etik anlayışıyla **evrenselleştirilebilme** ortak özelliğini taşır. Söylem etiği, evrenselleştirilebilme bağlamında şu tezi savunur: “Ciddi olarak bir tartışmaya katılmaya teşebbüs eden her birey, normatif bir içeriğe sahip, genel pragmatik önkoşulları zımni olarak kabul eder; ahlak prensibi, ancak davranış normunu gerekçelendirmenin ne olduğunun bilinmesi

<sup>34</sup> Krş. **Jürgen Habermas**, Erläuterungen zur Diskursethik, s. 152-157.

<sup>35</sup> **Reinhard Brandt**, “Habermas und Kant”, Deutsche Zeitschrift für Philosophie, Cilt 50, 2002, s. 54.

<sup>36</sup> Krş. **Niels Gottschalk-Mazouz**, Diskursethik. Theorien, Entwicklungen, Perspektiven, s. 16.

şartıyla, daha sonra tartışma önkoşullarının içeriğinden çıkarılabilir.”<sup>37</sup> Evrenselleştirme ilkesinin temellendirilmesinde ifade edildiği gibi, söylem etiğinin evrenselliliği, rasyonel tartışma geleneğinin, kurallarının ve onun uzlaştırma işlevinin bütün kültürlerin ortak özelliği olduğu kabulüne dayanır. Evrenselciliğin bu iddialı formuyla söylem etiği, ahlaki rölativizmin temel kabulü olan, ahlak yargılarının geçerliliğinin içinde yaşadığı kültür ve yaşam şeklinin rasyonalitesi ve değer standartlarına dayandığı yargısını reddetmektedir.<sup>38</sup> Buna göre ahlak prensibi, sadece Avrupa kültürü gibi belirli bir yaşam havzasında ya da hâlihazırdaki zaman dilimi içerisinde değil; bilakis genel geçer bir geçerliliğe sahiptir.

Kısaca söylem etiğinin deontolojik, bilişselci, formalist ve evrenselci temel özelliklerini ve bunların Kant’ın etik anlayışından ayıran, nevi şahsına münhasır taraflarını izah etmeye çalıştık. Söylem etiği, ciddi bir entelektüel ilginin adresi olmuştur ve kendi ilkesel ruhuna uygun olarak kamusal bir tartışma ortamında canlı ve yaratıcı bir teorik gelişim gösterir. Bunun neticesinde de söylem etiği taraftarları arasında dahili münazaralar ve harici eleştiriler ile bu teori üzerine çok yönlü tartışmalar süregelmektedir. Söylem etiğinin “temellendirilmesi” ve “pratik uygulanabilirliği” ana başlıkları altında toplanabilecek olan tartışmalara dair eserlerin uzun bir liste oluşturabilecek mahiyette olduğu söylenebilir.<sup>39</sup> Bu tartışmaların detayına burada girilmeyecektir. Fakat söylem etiğinin iddiaları ve teori hakkında süren tartışmaların seyrinin tuhaf bir çelişki oluşturduğunu belirtmek gerekir. Zira teorinin temelinde yatan “tartışmada uzlaşmayla hakikate ulaşılabilirlik” savıyla, teoriye dair uzun senelerdir süren tartışmanın uzlaşmadan daha çok ihtilaf doğurduğu gerçeği arasındaki çelişki, teorinin kendi kendisiyle tenakuzu olarak görülebilir.

### Söylem Etiği ve Hukuk

Hukuk, Habermas’ın eserlerinde oldukça geç bir dönemde kendi müstakil yerini kazanır.<sup>40</sup> Bunun ötesinde Habermas’ın eseri, kendisinin mensubu addedildiği Frankfurt eleştirel teori ekolünün de hukuk felsefesiyle ilgili ilk çalışması hüviyetini taşır.<sup>41</sup> Habermas, kitabının başlığı olarak seçtiği “gerçeklik ve geçerlilik” kavramlarını çok katmanlı ilişkileri analiz etmek için velut bir şekilde kullanır. Öncelikle bu iki kavram, temelde, pozitif hukukun fiililiği ve tabii hukukun meşruiyet fikri arasındaki ilişkiyi dile getirir. Fakat bunun ötesinde, Habermas bu kavramları hukuk teorisi üzerine farklı disiplinlerde yapılan araştırmaların içindeki ilişkiyi anlatmak için de kullanır. Ona göre, bir tarafta meşruiyet idealine yoğunlaşmış hukuk felsefesi vardır. Hukuk felsefesinin pratik akıl kavramı, hukukun geçerliliği için gerekli olan meşruiyet düşüncesinin gerekleri açısından ikna etme kabiliyetini yitirmiştir; zira hukuku sosyal bir

<sup>37</sup> Jürgen Habermas, Erläuterungen zur Diskursethik, s. 12-13

<sup>38</sup> Jürgen Habermas, Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln, s. 132

<sup>39</sup> Söylem etiğine dair tartışmaların genel değerlendirmesi için: Rainer Forst, “Diskursethik der Moral”, Hauke Brunkhorst vd. (ed.), Habermas-Handbuch, Stuttgart, 2011, s. 237-240; Niels Gottschalk-Mazouz, Diskursethik. Theorien, Entwicklungen, Perspektiven, s. 27vd.

<sup>40</sup> Christoph Möllers, “Recht und Demokratie”, Hauke Brunkhorst vd. (ed.), Habermas-Handbuch, Stuttgart, 2009, s. 257.

<sup>41</sup> Ralf Dreier, “Rechtsphilosophie und Diskurstheorie. Bemerkungen zu Habermas’ Faktizität und Geltung”, Zeitschrift für Philosophische Forschung, Cilt 48, Sayı 1, 1994, s. 90.

gerçeklik olarak ele alabilme ve dolayısıyla toplumsal gelişmelerin kendine has seyrine cevap verebilme noktasında yetersizdir. Diğer taraftan hukukun meşruiyet tarafını ihmal edip, onu sadece sosyal bir gerçeklik olarak ele alan sosyolojik bakış açısının yetersizliği söz konusudur. İşte gerçeklik ve geçerlilik aynı zamanda, hukuku inceleyen bilim dallarının farklı bakış açıları arasındaki bu ilişkiyi ifade etmek için de kullanılır.<sup>42</sup> Habermas, araştırmasında bir taraftan hukuki pozitivizm ve tabii hukuk, diğer yandan da felsefi ve sosyolojik bakış açıları arasında tezahür eden gerçeklik ve geçerlilik noktasındaki tek taraflılığı izale edip, ikisi arasındaki dengeyi sağlamaya çalışır.

Habermas, modern dönemde sosyal entegrasyonun daha önce görülme-  
yen bir durumla karşı karşıya olduğu tespitinden yola çıkar. Toplumsal gelişim sürecinin ilk dönemlerinde ortak inanç ve kanaatlerden oluşan ve sorgulanmaya açık olmayan yaşam dünyasının, toplumsal entegrasyon konusunda önemli rol oynadığını vurgular. Ayrıca arkaik toplumlardaki, tartışılmaz otoriteye sahip kabile reisi gibi kurumları da gerçeklik ve geçerlilik arasındaki çatışmayı önleyen önemli birer amil olarak görür. Ne var ki toplum yapısının kompleksleşmesiyle beraber bu etkenler önem ve tesirini yitirmiştir. Her ne kadar modern dönem öncesindeki devletleşmiş toplumlarda ihtilafların giderilmesi için hukuk devreye girmişse de bu toplumlarda hukukun otoritesi kutsal bir arka plana sahiptir ve metafizik bir temele dayandırılmıştır. Habermas'a göre, metafizik sonrası modern dünyada sosyal entegrasyonu sağlama işlevi iletişimsel aklın yetilerine yüklenmiştir. O, kişisel menfaatlerin ön planda olduğu ve ihtilafları körükleyen stratejik eylemin karşısına yerleştirdiği iletişimsel eylemin, gerçeklik ve geçerlilik arasındaki çatışmayı ortadan kaldıracak ve toplumsal uzlaşmayı tesis edebilecek bir olgu olduğu kanaatindedir. Bireysel haklar temelinde gelişmiş olan modern hukuk zaviyesinden bakıldığı zaman, gerçeklik ve geçerlilik arasındaki çatışmayı, cebri imkanlarla teçhiz edilmiş hukukun fiililiği ile hukukun meşruiyetinin kaynağı olarak görülen özgürlük ve irade arasında konumlandırır. Habermas, Rousseau ve Kant'ın demokrasi düşüncesindeki gibi, bu çatışmayı, "kanunların muhataplarının aynı zamanda bu normların rasyonel yazarları" olarak görüldüğü takdirde aşmanın mümkün olduğu kanaatindedir.<sup>43</sup>

Habermas hukuk düzenini söylem teorisi bağlamında yeniden yapılandırırken, vatandaşların, ortak yaşamlarını pozitif hukuk aracılığıyla meşru olarak düzenlemek istedikleri takdirde, birbirlerine tanımları gereken haklardan yola çıkar.<sup>44</sup> Bu ön şart, Habermas'ın çok önemseydiği, hukuk devletin radikal demokrasiden bağımsız olarak gerçekleştirilemeyeceği tezinin bir tezahürüdür.<sup>45</sup> Habermas, hukuk düzenini, Hobbes veya Rousseau'nun teorilerinde olduğu gibi, toplumsal sözleşmeye dayandırmaz; bunun yerine onu, tartışma zemininde ulaşılmış bir muvafakat temeline oturtur. Böylece Habermas, toplum sözleşmesi modeli yerine tartışma veya danışma modelini önerir. "Hukuk teorisi zaviyesinden bakıldığında, modern hukuk düzenleri meşruiyetlerini ancak

<sup>42</sup> **Jürgen Habermas**, Faktizität und Geltung, s. 15-21; **Peter Koller**, "Recht als Kategorie der Vermittlung zwischen Faktizität und Geltung", **Peter Koller/Christian Hiebaum** (ed.), Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Berlin/Boston, 2016, s. 22.

<sup>43</sup> Krş. **Jürgen Habermas**, Faktizität und Geltung, s. 37-52.

<sup>44</sup> **Jürgen Habermas**, Faktizität und Geltung, s. 109.

<sup>45</sup> **Detlef Horster**, Postchristliche Moral. Eine sozialphilosophische Begründung, Hamburg, 1999, s. 203.

kendi kendini belirleme (*Selbstbestimmung*) fikrinden çıkarabilirler: Vatandaşların kendilerini her zaman, muhatabı olarak tâbi oldukları hukukun, aynı zamanda yazarları olarak görebilmeleri gerekir.”<sup>46</sup> Habermas’ın söylem teorisi, bu şartı yerine getirmenin yollarını arar. Buna göre, yasaların muhatabı olan kişilerin katılımıyla gerçekleşen rasyonel tartışmalarda onaylanmış yasalar geçerliliğe sahiptir. Hukuk düzenine meşruiyet kazandıracak olan güç bu yön-temde saklıdır. Habermas’a göre bu demokratik prosedür, ideolojik veya dini metafizik bir temele dayanmadan yasaların meşruiyetini sağlayabilmenin tek yoludur.

Habermas, söylem teorisi yöntemiyle hukuka, onun hukuk felsefesinin esasını oluşturan tarafsızlık hususiyeti kazandırma imkânını sağlamaya çalışır. “Tartışma pratiğine katılan herkesin, bütün muhtemel [yasaya muhatap] ilgili bireylerin, prensipte özgür ve eşit olarak, sadece daha iyi olan argümanın icbarının aktif rol oynayabildiği, müşterek hakikat arayışına katılabilmesini pragmatik ön şart olarak benimsemesi gerekir.”<sup>47</sup> Söylem teorisinin hukuk anlayışı, “fiili kabul” ve “rasyonel kabul edilebilirlik” arasında tezahür eden ihtilafı telif etmeye çalışır. Zira yasayla ilgili her bireyin, ideal tartışma ortamında özgür ve eşit vatandaş olarak yasama sürecine katılması öngörülerek bu ihtilaf ortadan kaldırılmak istenmektedir. “Çünkü hukuk sadece vazedilmiş olduğu için geçerli değil, aynı zamanda vazedilişi, vatandaşların özerkliğinin öznelerarası şekilde ifade edildiği demokratik bir yöntemle meydana geldiği için geçerlidir.”<sup>48</sup> Habermas, hukuk sistemi içerisinde ortaya çıkan özel ve kamusal özerklik veya insan hakları ve ulusal egemenlik arasındaki çatışmayı önlemeyi hedefler. Habermas’a göre, modern hukukun ancak özel ve kamusal özerklik kavramları ışığında temellendirilebilmesi tesadüfi değildir; zira bu iki kavram, metafizik sonrası dönemde hukukun meşruiyetinin gerekçelendirilebileceği düşünceyi temsil eder.<sup>49</sup> Bu yüzden de bu iki kavramın ilişkisi, hukuk sistemi açısından temel bir önemi haizdir.

Habermas, bu bağlamda modern hukuk anlayışının kendini algılama şeklini ve onun temelinde yatan unsurları inceler. Bu anlamda en öne çıkan kavram, bireysel özgürlüklere tekabül eden sübjektif hukuktur. Modern hukukta bireysel özgürlüğü kullanma hakkının, toplum bireyleri tarafından karşılıklı olarak birbirine tanıdığı varsayılır. Fakat bireysel özgürlüğün eşit olarak tesisi için, objektif hukukun pozitifliğine, diğer bir ifadeyle siyasi iradeye ihtiyaç duyulur. Modern hukuk anlayışında objektif hukukun pozitifliği, doğrudan doğruya kanun koyan egemen otorite ve bu otoritenin meşruiyeti mefhumlarıyla bağlantılıdır. Demokratik hukuk devletinde hukuk, meşruiyetini ulusal egemenlik prensibine dayanan hukuk vazetme yöntemine dayandırır. Böylece hukuk, meşruiyetini yasallıktan çıkarır. Hukukun, bireysel özgürlük ve siyasi-kamusal özerkliği aynı anda güvence altına alması gerekir. Habermas, bu ilişkinin hukuk içerisinde çatışma potansiyeli ortaya çıkardığının altını çizer. O,

<sup>46</sup> Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, s. 663.

<sup>47</sup> Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, s. 564-565.

<sup>48</sup> Marcelo Neves, Zwischen Themis und Leviathan, eine schwierige Beziehung: eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas, Baden-Baden, 2000, s. 93.

<sup>49</sup> Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, s. 129.



bu iki mefhumun birbirini şart koştuğu ve karşılıklı olarak birbirini tamamladığı fikrine sahiptir ve aralarında temel bir uyum tesis etmeye çalışır.<sup>50</sup>

Habermas, bu problemin tezahürlerini hukuk dogmatikliğinde sübjektif ve objektif hukuk ilişkisi bağlamında analiz eder ve Alman hukuk anlayışı içerisinde göstermeye çalışır. Modern hukuk teorisinin başlangıcında, akıl ahlakı (*Vernunftmoral*) tesirinde tanımlanan hukuk anlayışında, kendi başına meşruiyet atfedilen bireysel özgürlüğü temsil eden sübjektif hukuk, objektif hukuk karşısında üstünlük kazanırken; hukuk anlayışında pozitif bakış açısının üstünlük kazanmasıyla birlikte bu ilişki tersine doğru evrilmiştir. Hukukun meşruiyeti ve fonksiyonelliği için gerekli olan bu iki olgunun birbiriyle sağlıklı bir ilişki içinde olması gerekir.<sup>51</sup> Bireysel ve kamusal özerklik arasındaki çatışmanın hukuk sistemi içindeki diğer bir tezahürü, insan hakları ve ulusal egemenlik arasındaki rekabet ilişkisinde gözlemlenebilir. Habermas bu problemi incelediğinde, ABD'de süregelen liberaller ve komüniteryanlar arasındaki tartışmayı göz önünde bulundurur ve problemi müşahhaslaştırırken de bu tartışmadan istifade eder. Habermas, kendi düşünce tarzında sıkça rastlandığı gibi, pozisyonunu iki karşıt pozisyonu eleştirerek belirler ve genellikle de orta yol olarak tanımlar.<sup>52</sup> Liberaller insan haklarını, ahlaki olarak kendini belirlemenin ifadesi olarak görürken, komüniteryanlar ulusal egemenlik prensibini etik olarak kendini gerçekleştirmenin ifadesi olarak algıladılar.<sup>53</sup> Liberaller, politika öncesi özgürlüğü çoğunluk kararlarına tabi kılmazlar ve çoğunluğun diktatörlüğünden kaçınabilmek için insan haklarına öncelik verilmesini talep ederler. Buna karşı komüniteryan model, vatandaşların siyasi özerkliğini koruma adına ulusal egemenlik prensibini ön plana çıkarmaktadır. Her iki durumda da insan hakları ve ulusal egemenlik rekabet ilişkisi içerisinde bulunmaktadır.

Habermas bu tezadı temelde Kant ve Rousseau'nun özerklik anlayışı arasındaki düşünce ayrılığına dayandırır.<sup>54</sup> Ona göre, Rousseau ve Kant, gerçi ulusal egemenlik ve insan hakları kavramlarının karşılıklı olarak birbirini açıklayabilmesi için, hukuk bireyi özerkliği kavramında egemen iradeyi ve pratik akıl birbirine bağdaşık olarak düşünme amacını gütmüşlerdir.<sup>55</sup> Fakat Kant'ın hukuk sisteminde, bireyin özel özerkliğini koruyan ahlaki haklar, egemen yasa koyucunun iradesinden önce gelmektedir. Rousseau ise ulusal egemenliğin etik bir yorumuyla bireysel özerkliği, siyasi özerkliğin altında değerlendirir. Bu yüzden her iki filozof da bu kavramlar arasında muvazene kurmayı başaramamıştır.<sup>56</sup> Habermas bu sorunun kaynağını, akıl hukukunun, tabii hukuktan tevârüs ettiği, pozitif hukuku tabii hukukun yani hukuka temel teşkil eden ahlakın altına yerleştirme itiyadında görür.<sup>57</sup> Bu yüzden Habermas, söylem teorisi bağ-

<sup>50</sup> Krş. a.g.e., s. 109-111; s. 661-663; **Klaus Günther**, "Zur Rekonstruktion des Rechts: Das System der Rechte", **Peter Koller/Christian Hiebaum** (ed.), **Jürgen Habermas**, Faktizität und Geltung, Berlin/Bosten, 2016, s. 51-53.

<sup>51</sup> Krş. **Jürgen Habermas**, Faktizität und Geltung, s. 112-123.

<sup>52</sup> **Christoph Möllers**, "Recht und Demokratie", s. 255-256.

<sup>53</sup> **Jürgen Habermas**, Faktizität und Geltung, s. 129.

<sup>54</sup> **Marcelo Neves**, Zwischen Themis und Leviathan, s. 94.

<sup>55</sup> **Jürgen Habermas**, Die Einbeziehung des Anderen, s. 299.

<sup>56</sup> Möllers, aslen bu eğilimin Kant'ın hukuk teorisinde bulunduğunu vurgular: **Christoph Möllers**, "Recht und Demokratie", s. 258-259.

<sup>57</sup> **Jürgen Habermas**, Faktizität und Geltung, s. 111.

lamında, Kant'ın yerleştirmiş olduğu ahlakın hukuka üstünlüğünü fikrini kaldırıp, ahlak ve hukuk arasında uyumlu bir ilişki tesis etmeyi hedefler.

### Ahlak ve Pozitif Hukuk Ayrımı

Habermas, ahlak ve hukuk ilişkisi konusunda, bu kavramların metafizik dönem sonrası temellendirilmesi çerçevesinde, “hukuki ve ahlaki kuralların geleneksel ahlakilikten ayrılması ve farklı, fakat birbirini tamamlayan davranış normları olarak yan yana durmaları” gerektiği görüşünü savunur.<sup>58</sup> Habermas'ın hukuk teorisi, ahlak felsefesinde olduğu gibi, Kant'ın felsefiyle oldukça bağlantılıdır ve onun fikirleriyle hesaplaşarak geliştirilmiştir.<sup>59</sup> Habermas, Kant'ın hukuk teorisini, ahlakın üç boyutunun kısıtlayarak oluşturduğunu belirtir. Buna göre, hukuk özgür irade (*freier Wille*) yerine isteğe (*Willkür*) dayanır. İkinci olarak, hukuk içsel ilişkilerle değil, dışsal ilişkilerle alakalıdır. Son olarak, ahlak alanında içsel baskı söz konusuysa, hukuk dışsal baskıyla veya zorunlulukla ilişkilidir. Böylelikle hukuk ahlakın bir sureti şeklinde anlaşıl-maktadır ki, Habermas bu ilişkinin Platon'un idealist düşüncesinden kaynak-landığı kanaatindedir. Başka bir ifadeyle Habermas, Kant'ın hukuk ve ahlak arasındaki farklılığı lâyiği veçhile derinleştirmedeğini düşünür.<sup>60</sup> Ona göre, Kant'ın nazariyesinde pratik akıldan apriori olarak çıkarılan, hukuka esas olan ahlak o kadar üstünlük kazanır ki, hukuk ahlakın içinde kaybolma tehlikesi taşır. Bu bakış açısında hukuk, bir nevi ahlakın eksik bir biçimi olarak aşağı bir kategoriye indirgenir.<sup>61</sup> Habermas, hukukun ahlakla yakın ilişkisini red-detmez. Nitekim hukuk sistemi, ancak temel ahlak ilkelerine karşı olmadığı takdirde meşrudur.<sup>62</sup> Onun karşı çıktığı, hukukun ahlak altına yerleştirilmesidir. Habermas, ahlak ve hukuk ilişkisinin neden hiyerarşik olmaması gerektiği veya olamayacağını, hukukun ahlaktan bağımsız unsurlarına işaret ederek temellendirir.

Hukukun pozitifliği, özerklik olgusunda ahlaki alanda karşılığı olmayan bir bölünmeye neden olur. Özerklik, ahlak sahasında bütüncül bir yapıya sahipken, hukuk alanında, hukukun pozitifliği nedeniyle özel ve kamusal olarak iki farklı şekle bürünür. Hukuki özerklik, ahlaki anlamdaki özgürlükle örtüşmez. O, fazladan iki farklı amili içinde barındırır: rasyonel karar veren aktörün keyfi özgürlüğü ve etik karar veren bireyin özgürlüğü.<sup>63</sup> Bu olgular, hukukun ahlaki bakış açısıyla değerlendirilemeyecek bir içeriğe sahip olduğunu gösterir. Buna göre, hukuki özerklik, ahlaki özerkliğin içeriğinden daha fazla öğeler içerdiğinden dolayı pozitif hukuk, ahlakın spesifik bir alanı olarak algılanamaz veya algılanmaması gerekir.

Tabii ve pozitif hukuk arasında hiyerarşik bir ilişkinin yanlış olduğunu gösteren diğer bir sebep de iki olgunun muhatapları ve düzenlediği konulardaki

<sup>58</sup> A.g.e., s. 135.

<sup>59</sup> İki teörinin karşılaştırmalı analizi için bkz. **Ingeborg Maus**, “Recht und Kant” Hauke Brunkhorst vd. (ed.), Habermas-Handbuch, Stuttgart, 2009, s. 49vd.

<sup>60</sup> Maus, Habermas'ın, Kant'ın hukuk felsefesiyle alakalı bu yargısını eleştirir. Bu yanlış anlaşılmayı, Habermas'ın Kant'ın kullandığı kavramsal çerçevenin tarihsel arka planını göz önünde bulundurmasına dayandırır. **Ingeborg Maus**, “Recht und Kant”, s. 52-53.

<sup>61</sup> **Jürgen Habermas**, Faktizität und Geltung, s. 591.

<sup>62</sup> **Jürgen Habermas**, Faktizität und Geltung, s. 137.

<sup>63</sup> A.g.e., s. 665.

farklılıkta yatmaktadır. Bu noktada söylem etiği teorisinin evrenselci yaklaşımı ön plana çıkar. Ahlaki yasalar mekânsal ve zamansal sınırın ötesinde bütün bireyleri kapsarken, hukuk normları sadece zamansal ve mekânsal olarak sınırlandırılmış bir hukuk topluluğuna mütealliktir. Ahlak ve hukuk arasındaki konu açısından farklılık ise, hukukun içerik olarak bir taraftan ahlaktan daha sınırlı bir alana sahipken, diğer taraftan daha kapsayıcı olmasıdır. Hukuk, sadece dışsal ilişkileri göz önünde bulundurması hasebiyle ahlaktan kısıtlıdır. Fakat diğer taraftan hukukun resmi kurumsal yapısı vardır ve bu yüzden toplumsal müşterek amaç koyma özelliğine sahiptir; ki bu özelliğiyle de ahlaktan daha kapsayıcıdır. Zira Habermas'a göre, hukukun düzenlemesi gereken konular katien sadece ahlaki sorularla sınırlı değil, bilakis "ampirik, pragmatik ve etik noktalar" ile de ilişkilidir.<sup>64</sup> Habermas'ın terminolojisinde pragmatik tartışmalar, davranışın amaçsallığını ön plana çıkarır ve müşterek bağlayıcı kararların veya normların amaçlanan hedef doğrultusundaki etkinliğinin müzakere edilmesini içerir. Etik tartışmalar ise, evrensel ve kategorik bağlayıcılığı olan ve adalet fikrini ön plana çıkaran ahlaki bakış açısının dışında, bireyin ve toplumun mutluluğuna, iyilik anlayışına ve kültürel tecrübesine müteallik konuların tümünü kapsar.<sup>65</sup>

Habermas, yukarıda serdedilen gerekçelerle, ahlak ve hukuk arasındaki tabii hukuk düşüncesinden tevarüs eden norm hiyerarşisini reddeder. O, bu kavramlar arasında rekabet ilişkisi yerine, birbirini tamamlayan bir ilişkinin tesis edilmesi gerektiğini savunur. Başka bir ifadeyle onun, ahlak ve hukuk arasındaki rekabetin kaynağının bu hiyerarşik ilişki anlayışında yattığını düşündüğü söylenebilir. Habermas'a göre, ahlak ve hukukun ikisi de bireylerarası anlaşmazlıkları çözmeyi hedefler. Buna rağmen, gelenek sonrası ahlak sadece kültürel bilginin bir formunu temsil ederken, hukuk aynı zamanda kurumsal alanda bağlayıcılık kazanmıştır ve bu bakımından da birbirinden ayrılır. Habermas, ahlaki ve siyasi özerkliği içinde barındıran ve ahlak veya hukuka öncelik tanımayan bir söylem etiği prensibi ortaya atmıştır. Söylem etiği prensibi, ahlak ve hukuk kuralları olarak ikiye ayrılan genel davranış normları bakımından duruma göre farklı bir şekil alır. Tarafsız söylem etiği prensibi şu şekilde ifade edilmiştir: "Geçerli olan davranış normları, tam olarak bütün muhtemel ilgili şahısların rasyonel tartışmada katılımcı olarak onaylayabilme imkânı olan normlardır."<sup>66</sup>

### **Demokrasi ve Ahlak Prensibi Arasındaki Ayrım**

Ahlak prensibi ve demokrasi prensibi, soyut bırakılan söylem teorisi prensibinden husule gelir. Bu prensipler, öncelikle kişisel ve kamusal davranış ayırımına dayanan bir içeriksel alan farkıyla birbirinden ayrılmazlar. İki prensip arasındaki ayrım daha çok gerekçelendirme sahası arasındaki farkta yatmaktadır. Ahlak prensibi, tam olarak, *sadece* bireylerin ilgilerinin eşit olarak gözetilmesi noktainazarından gerekçelendirilebilen davranış normları için geçerlidir.

<sup>64</sup> A.g.e., s. 666-667.

<sup>65</sup> Krş. **Peter Koller/Christian Hiebaum**, "Einführung", s. 11. Habermas bu farklılıkları bir makalesinde incelemiştir: **Jürgen Habermas**, Erläuterungen zur Diskursethik, s. 110-118.

<sup>66</sup> **Jürgen Habermas**, Faktizität und Geltung, s. 138.

Buna karşın demokrasi prensibi tartışmalarında gerekçelendirme sadece ahlaki delillerle sınırlı olmayıp, pragmatik ve etik-siyasi delilleri de kapsamaktadır.<sup>67</sup>

Habermas'a göre, normların temellendirilme tarzının, ilgili normun çözmeye çalıştığı sorunun mantığına göre şekil alması gerekir. Buna göre, ahlaki sorunlarda normların temellendirilmesi, dünyada yaşayan bütün insanların ilgi ve çıkarlarında yattığı için, belirleyici delillerin, kültürel farklılıklardan bağımsız olarak, prensipte bütün insanlar tarafından kabule şayan olabilmesi gerekir. "Etik-siyasi sorularda, bilinçli kolektif bir kendini anlamının ifadesi olarak addedilen kuralların temellendirilmesi için ilişki sistemini (*Bezugssystem*), «her defasında bizim» [olarak kabul edilen] siyasi toplumun yaşam tarzı oluşturur."<sup>68</sup> Bu yüzden normların etik-siyasi temellendirmesi, evrensel temellendirmenin zorunluluklarından bağımsızlaşır; zira burada normları onaylama yetkisi, gelenek ve müsterek değerlerle bağlanmış belirli bir kültür havzasına ait insanlarla tahdit edilmiştir.

Habermas daha sonra ahlak ve demokrasi prensibi arasında katı bir ayrıma gitmiştir ve demokrasi prensibiyle, meşruiyet yöntemini oluşturmayı hedefler. Demokrasi prensibini şu şekilde tanımlar: "sadece, kendisi de hukuki olarak kaleme alınan tartışmalı (*diskursiv*) hukuk yönteminde, [aynı hukuk düzenine bağlı] bütün hukuk yoldaşlarının onayını alabilmiş hukuk yasaları meşru geçerlilik iddiasında bulunabilir."<sup>69</sup> Buna göre demokrasi prensibi, ahlak prensibinden farklı bir ilgi alanına sahip olmuş olur. Ahlak prensibi, ahlaki sorulara rasyonel karar vermenin imkânını arar. Demokrasi prensibi ise, pratik sorunlara rasyonel karar verme ön şartına dayanarak, haklar sistemi sayesinde akılcı bir siyasi düşünce ve irade oluşturmayı hedefler. Habermas bu ilişkiyi şu şekilde özetler: "Ahlak prensibi, belirli bir gerekçelendirme oyununun içsel şartları düzleminde işlerken; demokrasi prensibi, kendisi de hukuki olarak güvence altına alınmış iletişim formlarında gerçekleştirilen, düşünce ve irade oluşturma tartışmalarına eşit katılımın dışsal, yani davranışları etkileyen kurumsallaşması düzlemine dayanır."<sup>70</sup>

Demokrasi ve ahlak prensibi arasındaki ikinci fark, hukuk normu ve ahlaki davranış normu arasındaki ayrıma dayanır. Hukuk normları, ahlak normlarından farklı olarak, ahlaki bakış açısıyla değerlendirilebilecek tabii bir etkileşimin kurallarına dayanmaz. Bu normlar yapay bir yapıya sahiptir; çünkü onlar mevcut yapısını, toplumsal gelişimin seyri içerisinde tedricen kazanmıştır. Hukuk normları, uluslararası oluşturulan ve reflektif yani kendisine uygulanabilen davranış normları katmanını oluştururlar. Bu yüzden, demokrasi prensibi kanun koymanın meşru yöntemini belirlemek zorunda olduğu gibi, hukuk aracının oluşumunu da yönlendirmek durumundadır.<sup>71</sup> Bir taraftan hukuk düzenine bağlı topluluğun kurulmasını mümkün kılacak, diğer taraftan bu topluluğun kendisini organize etme aracı olma işlevini yerine getirecek hukukun sahip olması gereken şartların, söylem etiği prensibi vasıtasıyla tesis edilmesi gerekir. "Bu yüzden de hukuk sistemi ile aynı zamanda, topluluğun kendisini özgür ve

<sup>67</sup> A.g.e., s. 139.

<sup>68</sup> Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, s. 139.

<sup>69</sup> A.g.e., s. 141.

<sup>70</sup> A.g.e., s. 142.

<sup>71</sup> Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, s. 142.

eşit hukuk yoldaşlarının gönüllü birliği olarak addedebileceği bir dilin oluşturulması gerekir.<sup>72</sup>

### **Ahlak ve Hukukun Birbirini Tamamlayıcı İlişkisi**

Habermas ahlak ve demokrasi prensipleri arasındaki farkı inceledikten sonra, ahlak ve hukuk arasındaki uygun ilişkinin nasıl şekillendirilmesi gerektiği sorusunu cevaplandırır. O, tabii hukukun, hukuku ahlaka tabi kılan sorunlu ilişkisine alternatif olarak, pozitif hukukun, ahlakın işlevsel bir mütemimi olarak kabul edilmesini gerektiğini iddia eder. Ona göre hukuk, ahlakın sadece bir bilgi sistemi olmasından doğan işlevsel eksikliklerini giderme vazifesi görür. Ahlakın bu yetersizliği, toplumsal alanda sık sık bilişsel belirsizliğe ve motivasyonla ilgi güvencesi olmayan sonuçlara götürür. Habermas, hukukun bireysel vicdana dayanan ahlaki tamamlama işlevini üç ana başlık altında toplar. Buna göre hukuk, bilişsel, motivasyonel ve pozitif ödevler için sıkça gerekli olan iş dağılımının organizasyonun zorunluluklarını yerine getirmesi açısından, karar veren ve eyleyen bireye kolaylıklar sağlar.<sup>73</sup>

#### **a) Bilişsel Belirsizlik (*Die kognitive Unbestimmtheit*)**

Akıl ahlakı, bireye ahlaka müteallik konularda tarafsız yargıya ulaşma imkânı sunar ve bireyden tartışmalı konularda kendi yargısını oluşturmasını bekler. Bireylerin, adalet, sadakat ve ihlas gibi soyut ilkeleri her meselede ayrı ayrı yorumlayıp tatbik etmesi gerekir. Çok yönlü yöntemlerle ele alınması gereken karmaşık sorunlarda ahlaki yargı oluşturup temellendirmek çoğu kez bireyin kabiliyetini aşar. “Bilişsel belirsizlik, hukuk koymanın realitesiyle giderilir. Siyasi kanun koyucu, hangi normların hukuk normu olarak geçerli olduğuna karar verir ve mahkemeler, geçerli fakat yoruma muhtaç normların tatbiki konusundaki yorum tartışmalarını bütün taraflar için açıklayıcı ve belirleyici şekilde düzenler.”<sup>74</sup> Bu şekilde birey, ahlaki yargı oluşturmanın verdiği yükten kurtulmuş olur.<sup>75</sup>

#### **b) Motivasyonel Belirsizlik (*Die motivationale Ungewissheit*)**

Habermas'a göre akıl ahlakı, bireye sadece ihtilafı konularda zor kararlar vermenin sorumluluğunu yüklemeyi, ondan aynı zamanda irade kuvveti göstermesini bekler.<sup>76</sup> Bilgi düzeyinde konumlanmış olan akıl ahlakı, bireyi bu bilgileri hayata geçirme sorumluluğu konusunda tek başına bırakır. Dolayısıyla bu davranışların bilgidan kuvveye geçmesi ancak kişisel motiflere bağlıdır. Bu da içselleştirilmiş özerk ahlakın özel alana sıkışmasına sebep olur. Bireyden gerektiği zaman kendi çıkarlarına ters hareket etmesi beklenir. Gündelik müşahhas ahlakiliğin dışında kalan ahlak anlayışları, bireyi başka bir şeye ihtiyaç

<sup>72</sup> A.g.e., s. 142.

<sup>73</sup> A.g.e., s. 667.

<sup>74</sup> **Jürgen Habermas**, Faktizität und Geltung, s. 147.

<sup>75</sup> Burada şunu belirtmek gerekir ki, Habermas'ın bu tespiti aslında söylem etiğinin temel esaslarıyla çatıştığı izlenimi doğuruyor. Zira bir taraftan söylem etiğinde bireye iletişimsel tartışmada bütün ahlaki konularda argüman geliştirme keyfiyeti ve vazifesi yüklenirken ve bunun ötesinde ondan bu konularda icma oluşturması beklenirken, diğer taraftan normatif alandaki bireyin bilişsel yetersizliğinden bahsetmek bir tenakuz oluşturur.

<sup>76</sup> **Jürgen Habermas**, Faktizität und Geltung, s. 148.

duymadan hayata geçirilmek için motive etme gücünü kendi içinde barındırmamaktadır. Sorun, temelde bilgi ve amel arasındaki ilişkiden, yani ahlaki bilginin zorunlu olarak doğrudan eyleme dönüşmemesinden kaynaklanmaktadır. Ahlaki davranışın “doğru sebepleri”, eylemlerin pratikte hayata geçirilmeleri için zayıf bir saik teşkil etmelerinden dolayı kişisel eğilimlerin desteğine ihtiyaç duyarlar ki, bu da sıkıntılı bir durum oluşturur. Bu bağlamda, söylem etiğinin prensibine dayanarak, rasyonel bir tartışmayla oluşturulacak ahlakın, davranışları doğrudan doğruya yönlendirecek normatif güce sahip olmadığı anlamına gelir.<sup>77</sup> Bu şekilde kültürel sistem içinde sıkışmış bir ahlakın eylemlerle olan ilişkisi, ahlaki eylemi yerine getiren kişinin kendi motivasyonu ile hayata geçirilene kadar sanal bir gerçekliğe sahiptir. İşte bireyin şahsi güdüsüyle sınırlanmasından kaynaklanan motivasyonel belirsizlik yüzünden, Habermas’a göre ahlak, modern toplumsal bilgi sisteminden öte bir eylem sistemine sahip ve davranışları yönlendirebilme imkânını haiz bir hukuk sistemine ihtiyaç duyar. Hukuk, bireysel motif ve duyarlılığın yetersiz kaldığı durumlarda, normlara muvafık şekilde hareket edilmesini sağlar.<sup>78</sup>

Habermas, ahlakın cebri hukukla tamamlanmasının ahlaki olarak gereklendirilebileceği kanaatindedir.<sup>79</sup> Normlar, herkesin gerçekten onlara uyması şartıyla geçerlidir; çünkü normların geçerliliği, herkesin onları uyguladığı ön koşulu çerçevesinde tahkik edilir. Bu şart eğer yerine getirilmiyorsa, kimse nin bu normlara uyması beklenemez. “Her bireyin, herkesten geçerli normlara uymasını bekleme hakkına sahip olması gerekir. Geçerli normlara, ancak onlara aykırı hareket tarzlarına karşı pratikte kendilerini ispatlayabildikleri müddetçe uyulması beklenebilir.”<sup>80</sup> Ahlakın, normların yerine getirilmesi için gereken pratik herhangi bir yaptırımı olmadığı için, normların geçerliliği için gerekli olan bu beklentisellik ön şartını ahlak tek başına yerine getiremez. Dolayısıyla bu problemi çözebilmek için hukukun bağlayıcılığına ihtiyaç vardır.

### c) Organizasyonla İlgili Gereklilikler (*Die organisatorischen Anforderungen*)

Hukukun, ahlaki ikmal etmesi gereken üçüncü alan, akıl ahlakının evrensel karakterinden kaynaklanmaktadır. Özellikle pozitif ödevlerin getirmiş olduğu sorumluluk, toplumun kompleks bir yapı kazanmasına paralel olarak, teşkilatlı bir yapının başa çıkabileceği sorunlarla alakalı hale gelmiştir. Ortak bir çaba gerektiren tartışmasız vazifelerin başında dünyadaki açlık sorunu gelmektedir. Hâlihazırdaki küresel yapı göz önünde bulundurulduğunda, bu tür sorunların bireylerin kudretini aştığı ve müşterek bir çalışmanın neticesinde çözülebileceği aşikârdır. Habermas’a göre, bu tür iş birliği ve organizasyon gerektiren problemlerin çözümü ancak kendi kendisini düzenleyebilen bir kurallar sistemi içinde gerçekleştirilebilir. Bu tür bir ön şartı da hukuktan başka bir yapı yerine getiremez. “Sadece hukuk, tabiatı itibariyle reflektiftir; o, davranışları yönlendiren esas kuralların ihdas edilmesine hizmet eden tali kurallar içerir. O, yetkileri belirleyebilir ve teşkilatları temellendirebilir; kısaca sadece

<sup>77</sup> Krş. **Guido Palazzo**, *Die Mitte der Demokratie*, Baden-Baden, 2002, s. 53.

<sup>78</sup> **Jürgen Habermas**, *Faktizität und Geltung*, s. 148.

<sup>79</sup> A.g.e., s. 566.

<sup>80</sup> A.g.e., s. 148.

tabii hukuk bireyini değil, bunun ötesinde kurum ve kuruluşlar gibi yapay tüzel kişiliklere dayanan sorumluluklar sisteminin teşkilini de içerir.”<sup>81</sup>

Hukukun, ahlakı, onun pratikte etkinlik kazanması için, bu üç boyutta işlevsel olarak tamamlaması ve dengelemesi gerekir. Fakat Habermas'ın tasavvuruna göre, ahlak ve hukuk arasındaki ilişki kesinlikle hukukun ahlaki tarafsızlığını gerektirmez. Nitekim ahlaki gerekçeler de söylem etiği prensibi çerçevesinde oluşturulan yasa koyma sürecinde hukukun içine dâhil olurlar.<sup>82</sup> Habermas'ın temelde altını çizdiği nokta, ahlak ve hukukun birbirine indirgenmesinin yanlışlığıdır.

### Sonuç

Habermas, özelde Kant'ın genelde ise tabii hukuk anlayışının, hukuku başından itibaren ahlak felsefesi çerçevesinde geliştirmiş olmasını eleştirir. Kant hukuk prensibini, nihai ahlak prensibi olan mutlak emirden çıkarmıştır. Bu şekilde hukuk, ahlakın kısıtlanmasıyla meydana gelmekte ve ahlakilik hukuki yasa koymada kendini yansıtmaktadır. Habermas'ın eleştirisinde altını çizdiği nokta, ahlakiliğin hukuk alanında çok fazla ağırlık kazanıp, hukukun sanki ahlakın bir dalı olarak algılanmasına neden olmasıdır. Bu tür bir yapılanmada vatandaşların özerkliği, ahlaki bireyin özgür iradesine tekabül etmiş olur. Hukukun ahlakın altına yerleştirilmesi, insan hakları ve ulusal egemenlik arasında bir rekabet ilişkisinin ortaya çıkmasına sebebiyet verir.

Habermas bu problemi ortadan kaldırmak için tarafsız bir söylem teorisi prensibi teklif eder. Bu prensip, ahlak ve hukuka karşı tarafsızdır; fakat hem ahlaki hem de hukuki özerkliği içinde barındıracak şekilde belirlenmiştir. Buna göre, rasyonel tartışmada muhtemel bütün ilgili şahısların onayını alabilecek davranış normları geçerlilik kazanırlar. Habermas, ahlak ve demokrasi prensibini, öncelikle soyut olarak tanımlanan söylem teorisi prensibinden, özellikle gerekçelendirme boyutunda özelleştirerek birbirinden ayırıştırır. Buna göre ahlak prensibi, sadece eşit olarak ilgi ve çıkarların gözetilmesi noktainazarından gerekçelendirilebilen davranış normları için geçerlidir. Hukuk normları her zaman kendine yeten amaç olmadıkları ve siyasi hedeflere ulaşmak için araç olarak da işlev gördüğü için, demokrasi prensibi, sadece ahlaki değil, pragmatik ve etik-politik sebeplerle de gerekçelendirilebilir. Bu şekilde hukuk, hukuki tartışmalarda, temellendiren ahlaki gerekçeler ile amaç belirleyen siyasi gerekçeleri telif ederek ahlak ve siyaset arasında aracı rolü oynar.

Habermas, söylem teorisiyle tabii hukuk ve pozitif hukuk arasındaki ihtilafı ortadan kaldırmaya çalışır. Onun teorisinde hukuk, meşruiyetini evlemerde ahlaki olarak tarafsız, demokratik tartışma yöntemi sayesinde kazanır; tabii hukuk düşüncesinde olduğu gibi ahlaki ana ilkedden kazanmaz. Bu bağlamda söylem etiği, tabii hukuk nazariyelerinden farklılık gösterir. Ahlakın, tabii hukukta olduğu gibi hukukun temelini oluşturmaması, onun ahlak karşısında nötr olması anlamına gelmez. Habermas'ın tasavvurunda, ahlaki bakış açısı, söylem teorisinin hukuk tartışmaları yönteminde gözetilir ve böylece ahlaki gerekçelendirme hukuk içerisinde yer bulur. Ahlak ve hukuk arasında ne tabii hukukta olduğu gibi, ahlakın hukuka mutlak kaynaklık etmesi ve onun üzerinde bir belirleme yetkisine sahip olması, ne de pozitif hukukta olduğu

<sup>81</sup> Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, s. 148-149.

<sup>82</sup> Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, s. 667.

gibi, hukukun ahlaktan bağımsızlığı türünden bir ilişki ön görür. Onun tutumu bu ikisi arasında bir yerdedir. O, ahlakın otoritesini hukukun ne olacağını değil de ne olmayacağını belirleme yetkisine indirgemştir. Hukuk düzeninin ahlaki ilkelerle çatışmaması her ne kadar hukukun meşruyetinin yeter şartı değilse de zorunlu bir şartını oluşturur. Söylem etiği, ahlak ve hukuk arasında bu türden gerekçelendirmeye dayalı bir ilişki kurmak suretiyle pozitif hukuk teorilerinden ayrışır. Öte yandan söylem etiğinde, hukukun içinde – ahlaka karşıt olmamak kaydıyla – ahlakın belirleyici olmadığı, başka bir ifadeyle ahlak ötesi bir alan açılmış olur. Ayrıca hukukun, bireysel ahlakın sahip olmadığı ve modern toplumun muhtaç olduğu üstün unsur ve işlevleri haiz olduğu teslim edilmektedir. Her şeyden önemlisi de hukukun meşruyeti doğrudan ahlaka değil, vazedildiği iletişimsel demokratik yöneme isnat edilmektedir. Bu özellikler, söylem etiğini tabii hukuk kuramlarından ayıran temel noktaları teşkil eder.

Habermas, ahlakın sadece bir bilgi sistemi, hukukun ise bilginin yanında aynı zamanda bir davranış sistemi oluşturduğuna vurgu yapar. O, metafizik arka planını yitirmiş ahlaki normların, kompleks toplumlarda sadece bilgi kaynaklı olarak gerçekleştirilmelerinin mümkün olmadığı, onların hayata geçirilebilmesi için kurumsal bir tamamlayıcıya ihtiyaç duydukları kanaatindedir. Toplumsal bütünlüğün ve entegrasyonun sağlanması, yani ihtilafların izalesi için, modern toplumun, bilgi sisteminden öte bir olguya ihtiyacı vardır. Bu yüzden de hukukun, ahlaki, davranışları etkileyecek şekilde ikmal etmesi gerekir. Böylece ahlak ve hukuk hiyerarşik bir ilişkiden ziyade birbirini tamamlayıcı bir ilişki içerisinde olur.

Habermas metafiziğin, tabiat ve hatta aklın ortak bir yaşam alanı oluşturmaya namzet olarak görülmediği gelenek sonrası dönemde, hakikat ve meşruyetin belirlenmesi için insanlığın son dayanak noktası olarak iletişimsel aklı görür. Anlaşma amacına dayalı bir iletişimde ulaşılabilecek bir mutabakatta, birey-ötesi bir meşruyetin temelini tesis etmeye çalışır. Ne var ki bu bireyselliği aşma çabasında ahlak teorisi ciddi bir alan kaybına uğramıştır. Her şeyden önce ahlak, sadece sosyal alanda tanımlanmak zorunda kalmıştır. Ahlak, söylem etiğinde, ihtilafları ortadan kaldırma ve birlikte yaşama problemlerini çözme gibi amaçlara matuf kısıtlı bir sosyal olgu olarak ortaya çıkar. Bu tür bir ahlak anlayışı, bireyin iç dünyasından soyutlanmış bir ahlak düşüncesi ortaya çıkarır; ki bu da birey-ötesilik için ödenmiş ağır bir bedel anlamına gelmektedir. Ayrıca deontolojik bir etik anlayışı olarak söylem etiğinde adalet ilkesinin önceleniyor olması, sosyal alanda savunulabilirse de bireysel ahlak alanında kısıtlayıcı bir değer teşkil ettiği aşıkardır.

Söylem etiğinin, bu bağlam itibarıyla tam bir ahlak teorisi hüviyeti taşıdığı söylenemez. Başta etik ve ahlak normları arasında yaptığı ayırım ile, ahlaki tartışmalarda ortak bir uzlaşmanın sağlanamayacağı bir alanı kendisi belirlemektedir. Bu da teorinin ahlakiliğin kısmi bir alanına tekabül ettiği ve yalnızca bu alanla ilgilendiği anlamına gelir. Bunun ötesinde, epistemik alana sıkışmış bir kuram olarak, ahlakiliği tescillenmiş bir norma uymaya motive etmek üzere, kendi kendisiyle çatışmama kaygısı dışında bir saik sunma imkânı da pek görünmemektedir. Bunun ise, kendi çıkarlarıyla çatışmasına rağmen norma uymayı sağlayabilecek bir saik olduğu şüphelidir. Nitekim Habermas da teorisindeki bu açığın farkındadır ve bunu hukukun pozitifliği ile kapatmaya çalışmaktadır. Öte yandan söylem etiği tartışmalarına insanları yönlendirecek motifi de teorinin kendi içerisinde çıkararak güçtür. Örneğin elinde kendi istediği normu vaz edebilecek güce sahip bir insanın, hangi harici ve batini saik ile tartış-



maya yönlendirilebileceği açık değildir. Bu da söylem etiğinin kendisinin bilfiil ahlakiliğe teşvik etme gücüne sahip olmadığı ve ancak ahlaki olarak davranmaya karar vermiş bir insan için bir anlam ifade ettiği anlamına gelir. Neden ahlaki davranmak gerektiğiyle alakalı bir katkı sunmaktan çok, ahlaki olarak davranmaya yönelmiş insana bu normu belirleme fırsatı tanır. Başka bir ifadeyle söylem etiği, anlaşma temelli iletişime geçen bir kişi için bir anlam ifade eder; fakat bireyin neden bu davranış formunu seçmesi gerektiğini izah edemez. Kısaca söylem etiği ne ahlaklı davranmaya ne de bu yöntemle belirlenmiş normlara uygun hareket etmeye motive etme kabiliyetine sahip görünmektedir. Bu eksikleriyle söylem etiği aslında bir ahlak teorisinden ziyade bir siyaset ve hukuk teorisi olmaya daha uygun görünmektedir. Zira bu takdirde onun alanı, herkesi ilgilendiren ortak yaşam alanına müteallik normlarla kayıtlandırılabilir. Nitekim daha önce belirtildiği gibi, teorinin zaten özel hayatı yönlendirme gibi bir iddiası bulunmamaktadır. Söylem etiği yöntemiyle uzlaşmış normların hayata geçirilmesi, yani motivasyon problemi konusu da hukuk sahasında bir sorun teşkil etmemektedir. En önemlisi de söylem etiğinin uygulanabilmesi için gerekli olan bağımsız ve eşitlikçi ortamın, hukuktan bağımsız bir biçimde gerçekleştirilmesi ütopyik bir beklenti olacaktır.<sup>83</sup>

Ahlak alanındaki yetersizliğine rağmen söylem etiği, hukukun vazedilmesi ve hukukun altyapısını oluşturacak ahlakın belirlenmesi konusunda verimli olabilecek bir teori sunar. Söylem etiğinin ön gördüğü metot, bir taraftan hukukun siyasi aktörlerin ve hukuk uzmanlarının mutlak egemenliğinden bağımsızlaştırılmasına; diğer yandan da ahlakın hukuka etkisini uzlaşma zemini-ne oturtarak sağlıklı bir ahlak-hukuk ilişkisinin tesis edilmesine katkı sağlayabilir. Burada söylem teorisinin, hukuk anlayışına önemli bir katkısı da uzlaşma temeline dayalı adalet anlayışını, bireysel ve grupsal bağlamda belirlenmiş iyilik anlayışına takaddüm ettirme prensibidir. Zira bu tür bir yaklaşım, hukuku araçsallaştırmaya yönelik temayülleri engelleme vazifesi gerecektir. Diğer taraftan söylem teorisinde öngörülen tartışmalar çerçevesinde, farklı ahlak sistemlerine müntesip olan kişilerin ortak alanda kendi ahlaki görüşlerini ifade ve ikna etme çabalarının, ahlaki anlayışların reflektif bir yapı kazanmasına büyük katkı sağlayacağı açıktır. Hukuk alanına kaydırılmış bir söylem teorisi, tartışmanın objektifliğini ortaya koyacak şartların ve tartışmadan çıkacak sonuçların hayata geçirilmesinin hukuki yöntemlere bağlanması ile kendi uygulanabilirliğini de makulleştirir.

Bu yönetsel teklifin ötesinde, hukuk felsefesi bağlamında, Habermas fikriyatında ahlak ve hukuk ilişkisi açısından vurgulanan mühim nokta, ahlak ve hukukun yakın ilişkisine rağmen, hukukun ahlaktan farklı bir olgu olduğunun altının çizilmesidir. Ona göre, modern toplum yapısının kompleksliği, ahlak ve hukuka farklı yapı ve fonksiyonlar kazandırmıştır ve bundan dolayı da hukuk, ahlaktan farklı işlevleri ve argümanları içinde barındırır. Her ne kadar hukukun ahlakla göbek bağı bulunsa da içerik, hedef, imkân ve öncelikler bakımından hukuk ahlaktan ayrılıklar serdedir. Ahlak ve hukuk ilişkisi tesis edilirken, aralarındaki yakın ilişkiye rağmen, birbirinin yerini dolduramayacak iki ayrı olguyla karşı karşıya olunduğunun farkında olarak meseleye yaklaşmak gerekliliği, Habermas'ın düşüncesinde ön plana çıkar. Söylem etiği kap-

<sup>83</sup> Söylem etiğinin şartlarının oluşmasının geleceğe yönelik optimist bir temenni olduğu, Habermas'ın kendi ifadelerinden de anlaşılabilir. Krş. **Jürgen Habermas**, *Die Einbeziehung des Anderen*, s. 56-58.

samında, bu iki olgu arasındaki ilişkinin hiyerarşik olarak teşekkülünün ortaya çıkardığı sorunlar derinlemesine incelenmiştir. Bununla beraber şunu da belirtmek gerekir ki, ahlak ve hukuk arasındaki hiyerarşik ilişkinin yanlış olduğu tespiti kısmi olarak doğru gözükmemektedir. Habermas, hukukun kategorik olarak ahlakın altına yerleştirilmemesi gerektiğini temellendirirken, hukukun ahlaka mugayir olmaması gerektiğinin de altını çizer. İş bu zorunluluk, temel itibariyle bir hiyerarşinin varlığını kabul etmiş olmayı gerektirir. Bu anlamda, hukuk ve ahlak arasında mutlak bir hiyerarşinin olmadığı tespiti ne kadar doğruysa, belirli bir hiyerarşinin olduğu tespiti de o kadar doğrudur. Bu ilişki, ahlakın kendi yetki ve ilgi alanındaki üstünlüğünü ifade eden yatay hiyerarşik kavramıyla ifade edilebilir. Nitekim iki olgunun birbirini tamamladığı düşünceyi, ikisinin kısmi de olsa birbirinden üstün olduğu alanlar bulunduğunu teslim etme ön kabulüne dayanır.

### KAYNAKÇA

Brandt, Reinhard, "Habermas und Kant", *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, Cilt 50, 2002, s. 53-68.

Coşkun, Seyit, "Ahlaki Etik Olanaklılığı Olarak Söylem Etiği", *UÜFD. Kaygı*, Cilt 18, 2012, s. 187-195.

De Angelis, Gabriele, *Die Vernunft der Kommunikation und das Problem einer diskursiven Ethik*, (Doktora Tezi) Heidelberg Üniversitesi Felsefe Fakültesi, 1999.

Dreier, Ralf, "Rechtsphilosophie und Diskurstheorie. Bemerkungen zu Habermas' Faktizität und Geltung", *Zeitschrift für Philosophische Forschung*, Cilt 48, Sayı 1, 1994, s. 90-103.

Elsler, Lukas, "Die Wurzeln der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas. Faktizität und Geltung als Abschluss einer kritischen Gesellschaftstheorie", *Helikon. A Multidisciplinary Online Journal*, Cilt 3, 2014, s. 83-98.

Forst, Rainer, "Diskursethik der Moral", Hauke Brunkhorst vd. (ed.), *Habermas-Handbuch*, Stuttgart, 2009, s. 234-240.

Gottschalk-Mazouz, Niels, *Diskursethik. Theorien, Entwicklungen, Perspektiven*, Berlin, 2000.

Habermas, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Cilt 1, Frankfurt, 1981.

Habermas, Jürgen, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt, 1983.

Habermas, Jürgen, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt, 1991.

Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, 1998.

Habermas, Jürgen, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt, 1999.

Habermas, Jürgen, *İnsan Doğasının Geleceği*, çev. Kaan H. Ökten, İstanbul, 2003.

Horster, Detlef, *Postchristliche Moral. Eine sozialphilosophische Begründung*, Hamburg, 1999.

Höffe, Otfried, "Recht und Moral: ein kantischer Problemaufriss", *Neue Hefte für Philosophie*, Cilt 17, 1979, s. 1-36.

Hübner, Dietmar, *Einführung in die philosophische Ethik*, Göttingen, 2014

Gierhake, Katrin, "Rechtsphilosophie", Julian Krüper (ed.), *Grundlagen des Rechts*, Baden-Baden, 2013, s. 21-45.

Günther, Klaus, "Zur Rekonstruktion des Rechts: Das System der Rechte", Peter Koller/Christian Hiebaum (ed.), *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung*, Berlin/Bosten, 2016.

Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara, 2015.

Koller, Peter/Hiebaum, Christian, "Einführung", Peter Koller ve Christian Hiebaum (ed.), *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung*, Berlin/Bosten, 2016.

Koller, Peter, "Recht als Kategorie der Vermittlung zwischen Faktizität und Geltung", Peter Koller/Christian Hiebaum (ed.), *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung*, Berlin/Bosten, 2016, s. 21-37.

Kriele, Martin, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979.

Maus, Ingeborg, "Recht und Kant" Hauke Brunkhorst vd. (ed.), *Habermas-Handbuch*, Stuttgart, 2009, s. 47-58.

Möllers, Christoph, "Recht und Demokratie", Hauke Brunkhorst vd. (ed.), *Habermas-Handbuch*, Stuttgart, 2009, s. 254-263.

Neves, Marcelo, *Zwischen Themis und Leviathan, eine schwierige Beziehung: eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas*, Baden-Baden, 2000.

Niquet, Marcel, "Diskursethik", Hans Jörg Sandkühler (ed.), *Enzyklopädie Philosophie*, Hamburg, 2010, s. 439-443.

Palazzo, Guido, *Die Mitte der Demokratie*, Baden-Baden, 2002.

Pinzani, Alessandro, *Jürgen Habermas*, München, 2007.

Wacks, Raymond, *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş*, çev. Engin Arıkan, İstanbul, 2013.

Werner, Micha, "Diskursethik", Marcus Düwell vd. (ed.), *Ethik Handbuch*, J.B. Metzler, Stuttgart, 2011, s. 140-152.



# **SINIR DIŞI ETME KARARI İLE İLGİLİ İDARE MAHKEMESİ KARARLARININ KESİNLİĞİ\***

*(THE FINALITY OF THE DECISIONS OF ADMINISTRATIVE COURT RELATING TO  
THE DEPORTATION DECISION)*

**Yard. Doç. Dr./Asst. Prof. Dr. Cemil Güner\*\***

## **Öz**

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu md. 53/3 uyarınca, yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Sınır dışı etme kararının iptali amacıyla açılan bu davalarda idare mahkemelerince verilen kararlar kesindir. Bu şekilde, sınır dışı etme kararıyla ilgili olarak açılan davada mahkemece verilen karara karşı bir üst yargı makamına başvuru yolu kapatılmıştır. Bir başka ifadeyle, sınır dışı etme kararına karşı açılan davalarda idare mahkemesi tarafından verilen kararların kanun yollarına götürülebilmesi imkânı tanınmamıştır. Bununla birlikte, İdarî Yargılama Usulü Kanunu md. 45'de 2014 yılında yapılan bir değişiklik ile Türk idarî yargılama hukukuna istinaf kanun yolu dâhil edilmiştir. Bu bağlamda, İdarî Yargılama Usulü Kanunu md. 45/1'de idare mahkemesi kararlarına başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi istinaf yoluna başvurulabileceği öngörülmektedir. Çalışmamızda istinafa ilişkin bu düzenlemenin sınır dışı etme kararına ilişkin açılan davalara etkisi konusu ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Sınır dışı etme, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, İdarî Yargılama Usulü Kanunu, istinaf, hak arama hürriyeti.

## **ABSTRACT**

*Article 53/3 of the Law on Foreigners and International Protection provides that foreigner, legal representative or lawyer may appeal against the deportation decision to the administrative court within fifteen days as of the date of notification. Such appeals shall be decided upon within fifteen days. The decisions of the administrative courts made in deportation cases are final. Thus the recourse to the superior courts against the decision relating to deportation of the administrative court has been prevented. However, through the amendment made in 2014 to Article 45 of the Law on Procedure of Administrative Justice, the intermediate appeal system has been introduced into the Turkish administrative justice law. In this context, according to Article 45/1 of the Law on Procedure of*

---

\* Bu makale, 4.5.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşmış olup birinci hakem onayından 10.5.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 23.5.2017 tarihinde geçmiştir.

\*\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, cguner@selcuk.edu.tr.

*Administrative Justice, the decisions of the administrative court may be appealed, notwithstanding any contrary provisions in the other Laws. In this article, it will be analyse the effect of this regulation about the intermediate appeal to the cases relating to the deportation decision.*

**Keywords:** *Deportation, the Law on Foreigners and International Protection, the Law on Procedure of Administrative Justice, intermediate appeal, right to a fair trial.*

\*\*\*

## GİRİŞ

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu<sup>1</sup> (YUKK), yabancıların ülkeye girişi, ülkede ikameti, ülkeden sınır dışı edilmesi ve uluslararası koruma gibi konularda düzenleme getirmektedir. Bu bağlamda, sınır dışı, YUKK'un yürürlüğü öncesinde çeşitli kanunlarda dağınık bir şekilde düzenlenmekte iken, kanun koyucu tarafından YUKK'da özel olarak hüküm altına alınmıştır.

Sınır dışı, yabancılar için özgü bir idarî yaptırım olarak kişi hürriyeti ve dokunulmazlığı ile yerleşme ve seyahat hürriyetini sınırlandıran bir özelliği haizdir. Bu açıdan, hakkında sınır dışı etme kararı alınan bir yabancı için birçok ağır sonuçları ve etkileri söz konusu olacaktır. Bu sebeple, sınır dışı etme kararının hukuka uygunluğunun denetimi, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu gibi hak arama hürriyetinin temini açısından da zaruridir.

YUKK md. 53/3'de sınır dışı etme kararı hakkında yargı yolu konusu özel olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple, sınır dışı etme kararına karşı açılan davalarda idarî yargılama hukukunun dayanağını oluşturan İdarî Yargılama Usulü Kanunu<sup>2</sup> (İYUK) değil, YUKK hükümleri esas alınacaktır. Ancak YUKK'da düzenleme getirilmeyen idarî yargılama hukukuna ilişkin diğer konularda genel düzenleme olması sebebiyle İYUK hükümleri uygulanmaya devam edecektir.

YUKK md. 53/3 uyarınca, sınır dışı etme kararına karşı açılan davalarda verilen mahkeme kararları kesindir. Böylece idare mahkemesinin vermiş olduğu kararların bir üst mahkeme denetiminden geçirilmesi imkânı kapatılmıştır. Çalışmamızda, idare mahkemesinin vermiş olduğu kararın kesin olduğunu öngören bu düzenlemenin hak arama hürriyetine etkisi, Anayasaya uygun olup olmadığı konusu üzerinde durulacak, özellikle de istinaf mahkemelerinin kurulmasıyla Türk idarî yargılama hukukunda oluşan üç dereceli yargılama sisteminde sınır dışı etme kararlarına karşı yargı yolu konusu ele alınacaktır.

## A. YABANCILARIN TÜRKİYE'DEN SINIR DIŞI EDİLMESİ

### 1. Genel Olarak Sınır Dışı

Yabancıların ülkeye girişi, ülkede bulunması ve ülkeden çıkarılması hususlarında devletlerin ülkesel egemenlik ilkesi çerçevesinde sahip olduğu yetkiye bağlı olarak, yabancıların sınır dışı edilmesi de kabul edilmektedir<sup>3</sup>. Bunun-

<sup>1</sup> RG. 11.04.2013-28615.

<sup>2</sup> RG. 20.01.1982-17580.

<sup>3</sup> **Rona Aybay/Esra Dardağan Kibar**, Yabancılar Hukuku, İstanbul 2010, s. 225-227.

la birlikte, her devlet, yabancıların sınır dışı edilmesi bakımından var olan bu yetkisini milletlerarası hukuka uygun olarak kullanabilir<sup>4</sup>.

Türk hukukunda Anayasa md. 19'da herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu kural olarak hükme bağlanmış, ancak hakkında sınır dışı etme kararı verilen bir kişinin yakalanarak veya tutuklanarak hürriyetinden yoksun bırakılabileceği ifade edilmiştir. Böylece sınır dışı, yabancıların kişi hürriyeti ve güvenliğinin bir istisnası olarak görülmüştür<sup>5</sup>. Bunun yanında, sınır dışının, kişinin yerleşme ve seyahat hürriyeti ile de yakından ilgisi vardır. Zira Anayasa md. 23/6 uyarınca, vatandaşların aksine yabancıların sınır dışı edilmesi mümkün görüldüğünden, sınır dışının Türkiye'de yerleşme ve seyahat hürriyetine de etkisi söz konusudur<sup>6</sup>.

Yabancıların Türkiye'den sınır dışı edilmesine ilişkin düzenlemeler, YUKK'un yürürlüğü öncesinde Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun (YİSHK)<sup>7</sup>, Pasaport Kanunu<sup>8</sup>, Türk Ceza Kanunu (TCK)<sup>9</sup> ile Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte<sup>10</sup> hüküm altına alındığından, sınır dışı konusu, dağınık ve güncellenmeye muhtaç bir içeriği olan mevzuata tabi idi<sup>11</sup>. Buna ilave olarak, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler de yabancıların sınır dışı edilmesi konusuna çerçeve çizmekte idi. YUKK ile birlikte YİSHK'nın tamamen, Pasaport Kanununun da bazı maddelerinin ilga edilmesiyle mevzuat dağınıklığı giderildiği gibi güncel sorunlar ve gelişmeler karşısındaki yetersizliği de göz önüne alınarak konuya ilişkin yeni bir hukukî rejim uygulama bulmuştur<sup>12</sup>. YUKK yanında, Türkiye'nin iç hukukuna yansıttığı milletlerarası sözleşmeler kapsamında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>13</sup> (AİHS) ve Ek Protokoller<sup>14</sup>, Avrupa İkamet Sözleşmesi<sup>15</sup>, Avrupa Sosyal Şartı<sup>16</sup>,

<sup>4</sup> **Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik**, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 108, 2013, s. 212.

<sup>5</sup> **Aysel Çelikel/Günseli Öztekin Gelgel**, Yabancılar Hukuku, İstanbul 2012, s. 108; **Gülören Tekinalp**, Türk Yabancılar Hukuku, İstanbul 2003, s. 94; **Vahit Doğan**, Türk Yabancılar Hukuku, Ankara 2016, s. 118.

<sup>6</sup> **Aybay/Dardağan Kibar**, s. 228.

<sup>7</sup> RG. 24.07.1950-7564.

<sup>8</sup> RG. 24.07.1950-7564.

<sup>9</sup> RG. 12.10.2004-25611.

<sup>10</sup> RG. 30.11.1994-22127.

<sup>11</sup> **Esra Dardağan Kibar**, "Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında Ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 11, No. 2, 2012, s. 56.

<sup>12</sup> **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 214.

<sup>13</sup> RG. 19.3.1954-8662.

<sup>14</sup> Sınır dışı edilmeye kanunî güvenceler konusunda hükümler getiren AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol, 28.03.2016 tarihli ve 2016/8717 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG. 08.04.2016-29678) ile onaylanarak yürürlüğe konmuştur. Sınır dışı etme yasağı konusunda hükümler getiren AİHS'ye Ek 4 No'lu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun ise Resmi Gazete'de yayımlanmış olmakla birlikte (RG.

Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi<sup>17</sup>, Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Sözleşme<sup>18</sup> de sınır dışı konusunda dikkate alınacak düzenlemelerdir<sup>19</sup>. Öyle ki Anayasa md. 90/5 uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası sözleşmeler ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası sözleşme hükümlerinin esas alınacağına hükme bağlanması, temel hak ve hürriyetler kapsamında kişi hürriyeti ve dokunulmazlığı ile seyahat hürriyeti bakımından doğrudan bağlantısı bulunan sınır dışı ile ilgili milletlerarası sözleşmeleri daha da önemli kılmaktadır<sup>20</sup>.

## 2. Sınır Dışı Etme İşlemine Konu Yabancılar

YUKK uyarınca bir kimse hakkında sınır dışı etme kararı alınabilmesi için öncelikle bu kişinin yabancı statüsünde olması gerekir. Bu anlamda, kişinin yabancı olması, sınır dışı etme kararı alınabilmesinin bir ön şartıdır<sup>21</sup>. Zira YUKK md. 52'de yabancıların, sınır dışı etme kararıyla, menşe ülkesine veya transit gideceği ülkeye ya da üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilebileceği düzenlenmek suretiyle yalnızca yabancıların sınır dışı etme işlemine tâbi tutulabileceğine işaret edilmiş olmaktadır. Böylece Anayasa md. 23/son'da da vurgulanan Türk vatandaşlarının sınır dışı edilemeyeceği ilkesine uygun bir düzenleme yapılmıştır. Bu gerekçeyle, sınır dışı, yabancılar için uygulanan bir idarî yaptırım olduğundan, Türk hukukunda yabancı kavramının tespiti önemlidir<sup>22</sup>.

YUKK md. 3/1-(ü), "Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi"yi yabancı olarak tanımladığına göre, "yabancı" kapsamına, yabancı devlet vatandaşları yanında hiçbir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı bulunmayan vatansızlar (YUKK md. 3/1-(ş)), uluslararası koruma statüsü kapsamında yer alan mülteciler, şartlı mülteciler ve ikincil korumadan yararlananlar (YUKK md. 3/1-(r)), geçici korumadan yararlananlar (YUKK md. 91/1) ve göçmenler (İskan Kanunu<sup>23</sup> md.1/(d)) dâhil edilebileceğinden, söz konusu kişiler sınır dışı etme işlemine tâbi tutulabilecektir. Çok vatandaşlığa sahip olanların durumu ise Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun<sup>24</sup>

---

26.02.1994-21861), onay belgesi Türkiye tarafından Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine henüz tevdi edilmediğinden, söz konusu Protokol, Türkiye bakımından yürürlüğe girmemiştir.

<sup>15</sup> RG. 17.09.1989-20285.

<sup>16</sup> RG. 04.07.1989-20215.

<sup>17</sup> RG. 05.09.1961-10898.

<sup>18</sup> RG. 08.07.2004-25516.

<sup>19</sup> Milletlerarası sözleşmelerde sınır dışı konusu hakkında bkz. **K. Sedat Sirmen**, "Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2009, s. 35 vd.

<sup>20</sup> **Sirmen**, s. 30.

<sup>21</sup> **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 215.

<sup>22</sup> **Nuray Ekşi**, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, İstanbul 2015, s. 107 (Yabancılar).

<sup>23</sup> RG. 26.09.2006-26301.

<sup>24</sup> RG. 12.12.2007-26728.



(MÖHUK) md. 4/1-(b) ve (c) düzenlemesine uygun olarak değerlendirilecektir. Buna göre, birden fazla devlet vatandaşlığı olan bir kişinin vatandaşlıklarından birinin Türk vatandaşlığı olması durumunda, kişi Türk vatandaş kabul edileceğinden sınır dışı edilemeyecek olmakla birlikte<sup>25</sup>; kişinin sahip olduğu vatandaşlıklarından hiç birinin Türk vatandaşlığı olmaması durumunda, kişi yabancı sayılacağından sınır dışı edilmesinde de bir engel bulunmamaktadır.

### 3. Sınır Dışı Etme Sebepleri

Kanun koyucu sınır dışı etme sebeplerini ikili bir ayrıma göre belirlemiştir. YUKK md. 54 uyarınca bazı yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınması zorunlu iken; bazı yabancılar hakkında öngörülen sebeplerin tespiti hâlinde dahi sınır dışı etme kararı alınıp alınmaması idarenin takdirine bırakılmıştır.

YUKK md. 54/1 gereğince hakkında sınır dışı etme kararı alınması gerekli yabancılar on üç bent hâlinde sayılmıştır. Buna göre, hakkında sınır dışı etme kararı alınması gereken yabancılar şunlardır:

-5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) 59. maddesi kapsamında sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler (md. 54/1-(a))<sup>26</sup>,

-Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar (md. 54/1-(b)),

-Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar (md. 54/1-(c)),

-Türkiye'de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar (md. 54/1-(ç)),

-Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar (md. 54/1-(d)),

-Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler (md. 54/1-(e)),

-İkamet izinleri iptal edilenler (md. 54/1-(f)),

-İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenler (md. 54/1-(g)),

-Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler (md. 54/1-(ğ)),

-Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler (md. 54/1-(h)),

-Hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiği tespit edilenler (md. 54/1-(ı)),

-Uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüsü sona eren veya iptal edilen kişilerden haklarında verilen son karardan sonra bu

<sup>25</sup> **Eksi**, Yabancılar, s. 115.

<sup>26</sup> TCK md. 59, işlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancının, koşullu salıverilmeden yararlandıktan ve herhâlde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumunun, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirileceğini düzenlemektedir.

Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye’de kalma hakkı bulunmayanlar (md. 54/1-(i)),

-İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye’den çıkış yapmayanlar (md. 54/1-(j)),

-(Ek: 03/10/2016-KHK-676/36 md.) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler (md. 54/1-(k)).

YUKK md. 54/2’de (Değişik: 03/10/2016-KHK-676/36 md.) ise, idarenin takdirine bağlı tutulan bir sınır dışı sebebi daha öngörülmiştir. Buna göre, yukarıda açıklanan YUKK md. 54/1’in (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilir<sup>27</sup>.

Kanun koyucu, bazı hâllerde YUKK md. 54 kapsamında olsalar dahi yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınamayacağını öngörmektedir (YUKK md. 55/1). Bu bağlamda, sınır dışı edilecek yabancılar kapsamında olsalar bile, sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar, ciddi sağlık sorunları, yaş ve hamilelik durumu nedeniyle seyahat etmesi riskli görülenler, hayati tehlike arz eden hastalıkları için tedavisi devam etmekte iken sınır dışı edileceği ülkede tedavi imkânı bulunmayanlar, mağdur destek sürecinden yararlanmakta olan insan ticareti mağdurları, tedavileri tamamlanuncaya kadar, psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet mağdurları hakkında sınır dışı etme kararı alınmaz. Aynı şekilde, YUKK md. 51/1-(b)’de kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehdit oluşturmadıkları sürece vatansızların sınır dışı edilemeyecekleri hükme bağlanmak suretiyle sınır dışı edilemeyecek yabancılar konusunda başka bir istisna getirilmiştir.

## **B. SINIR DIŞI ETME KARARLARINA KARŞI AÇILAN DAVALARDA MAHKEME KARARLARININ KESİNLİĞİ**

### **1. Genel Olarak Sınır Dışı Etme Kararlarına Karşı Yargı Yolu**

İdari makamların YUKK çerçevesinde çeşitli konularda karar alabilme yetkisi vardır. Sınır dışı etme kararı da YUKK md. 53/1 uyarınca Valiliklerin re’sen veya Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’nün talimatı üzerine verebileceği idarî kararlardan biridir. Sınır dışı etme kararı, mahiyeti itibarıyla belli bir yabancıya uygulanan ve yalnız onun için geçerli bir durum yaratan işlem olduğundan birel işlem özelliği göstermektedir<sup>28</sup>.

İdarenin her türlü eylem ve işlemine Anayasa md. 125 gereğince yargı yolu açık olduğundan, YUKK kapsamında alınan idarî kararların da dava konusu edilmesi imkân dâhilindedir. Açılacak davalarda idarî yargılama hukuku

<sup>27</sup> YUUK md. 54/2’nin 03.10.2016 tarihinde 676 sayılı KHK’nın 36. maddesi ile yapılan değişiklikten önceki hâlinde ise, uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında sadece ülke güvenliği için tehlike oluşturduklarına dair ciddi emareler bulunduğu veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturmuş bir suçtan kesin hüküm giymeleri durumunda sınır dışı etme kararı alınabileceği hüküm altına alınmıştı.

<sup>28</sup> Birel işlemler hakkında bkz. **A. Şeref Gözübüyük**, Yönetim Hukuku, Ankara 1998, s. 253.

ile ilgili esasların dikkate alınacağı şüphesizdir. Bu kural, sınır dışı etme kararları için de aynen geçerlidir.

İdarî davalarda kural olarak idarî yargılama hukuku bakımından genel kanun niteliğindeki İYUK hükümleri geçerli olacaktır. Nitekim YUKK'un yürürlüğe girmesine kadarki süreçte de sınır dışı etme kararına karşı açılan iptal davalarında İYUK hükümleri dikkate alınmıştır. Buna karşın, YUKK'un yürürlüğe girmesiyle beraber, sınır dışı etme konusunda yargı yoluna ilişkin özel düzenlemeler getirmesi sebebiyle YUKK hükümleri uygulama bulmuştur.

#### **a. YUKK'un Yürürlüğü Öncesi**

YUKK'un yürürlüğe girmesine kadarki süreçte, yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin kararlara karşı yargı yoluna başvurulması konusunda Türk yabancılar hukuku mevzuatında özel bir düzenleme yoktu. Sınır dışı etme kararları da Anayasa md. 125 gereğince idarî işlemlerin yargısal denetimine ilişkin genel kurallar çerçevesinde dava konusu yapılabilmekteydi. Bu çerçevede, sınır dışı kararlarına karşı açılacak davalarda İYUK md. 32/1 uyarınca, dava konusu idarî işlemi yapan sıfatıyla sınır dışı kararını alan idarî merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi yetkili kabul edilmekteydi. İdare mahkemesine başvuru süresi ise, İYUK md. 7/1-2'ye göre, sınır dışı etme kararının ilgili yabancıya yazılı bildirim tarihini izleyen günden itibaren 60 gündü.

Sınır dışı etme kararlarının yürütülmesinin durdurulması ise, İYUK md. 27 uyarınca mahkemenin bu yönde vereceği karara bağlıydı. Zira dava açılması, dava edilen idarî işlemin yürütülmesini durdurmamakta; mahkemece ancak idarî işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği hükme bağlanmaktaydı (İYUK md. 27/2).

#### **b. YUKK'un Yürürlüğü Sonrası**

YUKK'un yürürlüğe girmesiyle birlikte sınır dışı etme kararlarına karşı yargı yolu konusunda mevzuatta önemli farklılıklar doğmuştur. Zira YUKK md. 53/3'de yabancılar hakkında verilen sınır dışı etme kararlarına karşı yargı yolu konusu ayrıca düzenlenmiştir. Bu yönüyle, YUKK md. 53/3, İYUK'daki yargı yoluna ilişkin genel hükümlerden ayrılarak sınır dışı etme kararına karşı yargı yolu konusunda özel düzenleme niteliği arz etmektedir.

Gerek İYUK'ta gerek YUKK'ta yargı yoluna ilişkin iki kanunî düzenlemenin yer alması, bir çatışmayı da beraberinde getirmiştir. Yazılı kurallar hiyerarşisinde aynı seviyede yer alan iki düzenlemeden hangisinin tercih edileceği, daha açık ifadeyle, sınır dışı etme kararına karşı yargı yolu konusunda İYUK ve YUKK'tan hangisinin esas alınması gerektiği izaha muhtaçtır. Konuya ilişkin açık bir düzenleme olmadıktan, önceki genel kanun-sonraki özel kanun çatışmasında kabul edilen çözüm gereğince sonuca varılmıştır. Buna göre, daha önce yürürlüğe giren kanun genel, sonraki tarihli kanun özel nitelikte ise sonraki tarihli özel kanun esas alınır. Nitekim önceki genel kanun niteliğindeki İYUK hükümleri yerine sonraki özel kanun niteliğindeki YUKK hükümlerinin uygulanmasında uygulamada bir tereddüt yaşanmamıştır.

Sınır dışı etme kararına karşı yargı yolu konusunu düzenleyen YUKK md. 53/3'e göre, yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkeme-

sine başvurabilir<sup>29</sup>. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancı rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilemez.

Görüldüğü üzere, kanun koyucu YUKK md. 53/3'te dava açma süresi, davanın mahkemece sonuçlandırılma süresi, mahkeme kararına karşı kanun yollarının açık olup olmadığı, yürütmenin durdurulması konularında İYUK'daki genel hükümlerden ayrılmak suretiyle sınır dışı müessesesine özgü özel hükümler getirmiştir. Buna karşın, idarî yargılama hukuku kapsamındaki diğer hususlarda İYUK hükümleri genel hükümler çerçevesinde uygulanmaya devam edecektir. Örneğin, davanın açılacağı yetkili idare mahkemesi YUKK'da gösterilmemiştir. Bu hâlde, İYUK md. 32<sup>30</sup> uyarınca sınır dışı etme kararını veren Valiliğin bulunduğu ildeki idare mahkemesinin yetkili olacağına bir şüphe yoktur<sup>31</sup>.

İYUK'tan farklı olarak özel düzenlenen konulardan ilki, dava açma süresine ilişkindir. Sınır dışı etme kararına karşı idare mahkemelerinde dava açma süresi İYUK md. 7/1 gereğince altmış gün olarak dikkate alınıyorken; bu süre, YUKK'un yürürlüğü ile birlikte on beş güne indirilmiştir. Doktrinde de vurgulandığı üzere, kanun koyucunun hakkında sınır dışı kararı alınan yabancıya dava açma süresini altmış günden on beş güne indirmesi, hak arama hürriyeti bakımından bir kısıtlamaya yol açmakla birlikte<sup>32</sup>, İYUK md. 7/1'de "özel kanunlarda ayrı süre gösterilmesi" istisnasına yer verilmiş olması sebebiyle, YUKK md. 53/3'deki on beş günlük dava açma süresinin esas alınmasında hiçbir tereddüt yaşanmamaktadır.

Konuya ilişkin bir diğer özel düzenleme ise, sınır dışı etme kararına karşı açılan davalarda yetkili idare mahkemesinin başvuruyu sonuçlandırma süresine ilişkindir. YUKK md. 53/3'de sınır dışı etme kararına karşı dava açma süresine uygun olarak davanın sonuçlandırma süresi bakımından da yine on beş günlük bir süre öngörülmüştür. İYUK'ta ise idarî yargılamada dava dosyalarının tekemmül ettikleri sıraya göre ve tekemmül tarihinden itibaren en geç altı

<sup>29</sup> Sınır dışı etme kararının iptali için açılacak davalara bakacak idare mahkemesi, YUKK md. 101 uyarınca HSYK tarafından belirlenmiştir. Buna göre, HSYK 1. Dairesinin 21.01.2014 tarihli ve 160 sayılı kararı gereğince, bir yerde birden fazla idare mahkemesinin bulunması hâlinde 1 No'lu İdare Mahkemesi görevli olacaktır.

<sup>30</sup> İYUK m. 32'ye göre, göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla, bu Kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması hâlinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idarî işlemi veya idarî sözleşmeyi yapan idarî merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir.

<sup>31</sup> **Doğan**, s. 127.

<sup>32</sup> Dava açma süresinin on beş gün ile sınırlandırılmış olmasının ilgiliye tanınmış hak arama hürriyeti dikkate alındığında eleştiriye açık olduğuna ilişkin tespitler için bkz. **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 244; **Dardağan Kibar**, s. 71; **Doğan**, s. 127. Kanaatimizce de her ne kadar on beş günlük dava açma süresi, sınır dışı etme kararının yerine getirilmesi sürecini hızlandıracak olsa da, yabancıların haklarında alınan bu kararı inceleyerek dava açıp açmama konusunda nihai kararı vermelerini belirlemede makul bir süre değildir. Zira idarî yargıda dava açma süresi öngörülmesinin temel sebebi, kişilere haklarında verilmiş olan idarî kararın hukuka uygun olup olmadığını, dava açmanın gerekip gerekmediğini düşünme ve inceleme imkânı vermektir: **Gözübüyük**, s. 382.

ay içinde sonuçlandırılması kural olarak öngörülmekle birlikte, bu süre, ivedi yargılama usulünün geçerli olduğu sınırlı sayıda davalarda İYUK md. 20/A-2-(f) uyarınca bir ay olarak belirlenmiştir<sup>33</sup>. Ancak bu şekilde davanın sonuçlandırılmasının bir aylık süreye bağlı tutulduğu davalar, ivedi yargılama usulünün geçerli olduğu, yani davanın hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasının hedeflendiği uyuşmazlıklardır. Bu açıdan bakıldığında, ivedi yargılama usulünün geçerli olduğu davalarda dahi davanın sonuçlandırılması için gerekli azamî süre bir ay olarak belirlenmişken, İYUK md. 1/2'deki genel kural gereğince yazılı yargılama usulünün geçerli olduğu sınır dışı etme kararının iptali için açılan davalarda bu sürenin on beş gün olarak öngörülmesi, hak arama hürriyetinin kısıtlanması sorununun gündeme getirecektir<sup>34</sup>. YUKK md. 53/3'ün mahkemeye davayı belli bir sürede sonuçlandırma yükümlülüğü getirmesi ve kanun koyucunun bu sürenin aşılması hâlinde belli bir yaptırım öngörmemiş olması, on beş günlük süreye düzenleyici süre özelliği vermektedir<sup>35</sup>. Gerçekten de aşılması hâlinde hak düşürücü sürenin aksine herhangi bir yaptırıma tabi tutulmamış, dolayısıyla da mahkemeler için ihlal edilmeye müsait bir düzenleme olsa da<sup>36</sup> YUKK md. 53/3'teki mevcudiyeti dahi, hak arama hürriyetine ilişkin bir kısıtlamanın varlığını tespit açısından yeterlidir. Bununla birlikte, özel düzenleme niteliği arz etmesi sebebiyle YUKK md. 53/3'e uygun olarak mahkemelerin söz konusu süreyi dikkate alarak karara varmaları esastır<sup>37</sup>.

Sınır dışı etme kararına karşı yargı yolu konusunda YUKK'un getirdiği önemli bir diğer düzenleme ise, yürütmenin durdurulmasına ilişkindir. Buna göre, YUKK'un yürürlüğünden önce, idare mahkemelerinde dava açılması dava konusu idarî işlemin yürütülmesini kendiliğinden durdurmamakta; İYUK md. 27/2 gereğince ancak mahkemece idarî işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmekteydi<sup>38</sup>. Buna karşın, YUKK'la

<sup>33</sup> **Sevda Yılmaz**, "6545 ve 6552 Sayılı Kanunlar Çerçevesinde İdari Yargılama Usulü Değişiklikleri", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 28, Ekim 2016, s. 420.

<sup>34</sup> Mahkemenin karar vermesi için gerekli sürenin on beş gün ile sınırlandırılmış olmasının ilgiliye tanınmış hak arama hürriyeti dikkate alındığında eleştiriye açık olduğuna ilişkin tespitler için bkz. **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 244; **Dardağan Kibar**, s. 71.

<sup>35</sup> Düzenleyici süreler hakkında bkz. **Turgut Candan**, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara 2005, s. 479-480.

<sup>36</sup> Uygulamada idare mahkemelerinin kendilerine tanınan on beş günlük süreye riayet edemediklerine ilişkin bir tespit için ayrıca bkz. **Bülent Çiçekli**, Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Ankara 2016, s. 175.

<sup>37</sup> Sınır dışı etme kararının özelliği sebebiyle sürenin kısa tutulmasının bir zorunluluk olarak görülmesi hususundaki görüş için ayrıca bkz. **Doğan**, s. 128.

<sup>38</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de çeşitli kararlarında, sınır dışı etme kararlarının iptali amacıyla açılan davaların, söz konusu kararın uygulanmasını kendiliğinden durdurmaması ve mahkemelerin mutlaka bu yönde verdiği bir kararın olması şartı sebebiyle, sınır dışı etme kararları bakımından Türk hukukundaki yargısal denetimin etkili bir başvuru yolu olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle AİHS md. 13'ün ihlal edildiği sonucuna varmıştı. AİHM'in 22.09.2009 tarihli örnek bir kararı için bkz. Abdolkhani ve Karimnia v. Turkey (Başvuru No. 30471/08); <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-120402&filename=CASE%20OF%20ABDOLKHAN%u0130%20AND%20KAR%u0130MN%u0130A%20v.%20TURKEY%20-%20%20%5BTurkish%20Translation%5D%20summary%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs.pdf> (Erişim tarihi 10.03.2017).

birlikte dava açma süresinin kısaltılması ve davanın sonuçlandırılması için süre öngörülmesi durumlarının aksine, hak arama hürriyeti bakımından olumlu yönde bir adım atılmak suretiyle, yabancının rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancının sınır dışı edilemeyeceği hüküm altına alınarak sınır dışı etme işleminin yürütülmesinin kendiliğinden duracağına işaret edilmiştir<sup>39</sup>.

## 2. Sınır Dışı Etme Kararlarına Karşı Açılan Davalarda Kanun Yollarına Başvuru

### a. YUKK'un Yürürlüğü Öncesi

YUKK'un yürürlüğü öncesinde sınır dışı etme kararına karşı dava açılması hâlinde, idare mahkemelerinin vereceği kararın temyizi konusunda Türk yabancılar hukuku mevzuatında özel bir düzenleme yoktu. Ancak sınır dışı etme kararının iptali amacıyla açılan bu davalarda idare mahkemelerinin vermiş olduğu kararların Danıştay'da temyiz edilebilmesi, İYUK m. 46/1 gereğince idarî yargılama hukukundaki genel esaslar çerçevesinde mümkündür<sup>40</sup>. Bu bakımdan, sınır dışı etme kararına karşı açılan davalar sonunda verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurmayı engelleyici bir düzenleme yabancıların sınır dışı edilmesi konusunda düzenleme getiren mevzuatta yer almadığından, idare mahkemelerinin kararları temyize götürülebilmekteydi<sup>41</sup>.

### b. YUKK'un Yürürlüğü Sonrası

YUKK md. 53/3 ile sınır dışı etme kararlarına karşı yargı yolu konusunda getirilen hükümlerden biri de, sınır dışı etme kararına karşı idare mahkemelerinde açılan davalarda mahkemelerin vermiş olduğu kararın kesin olmasıdır<sup>42</sup>. Sınır dışı etme kararının iptali için açılan davalarda idare mahkemelerinin vermiş olduğu karara karşı bir üst mahkemeye başvuru imkânı, YUKK'daki özel hüküm gereğince kapanmıştır. Böylece YUKK'un yürürlüğü öncesi dönemde sınır dışı etmede yargı yolu konusunda esas alınan İYUK'un ilgililere temyiz hakkı veren düzenlemesinden daha geri bir düzenleme yürürlüğe konmak sure-

<sup>39</sup> Bayraktaroğlu Özçelik, s. 245.

<sup>40</sup> İYUK md. 46 düzenlemesi ile kastedilen, YUKK'un yürürlüğe girdiği 11.04.2014 tarihinden önceki konuya ilişkin hükümlerdir. Zira İYUK md. 46'da dönem içinde birçok kez değişikliğe gidilmiş olup, son değişiklik istinaf kanun yoluna ilişkin hükümlerin de olduğu 6545 sayılı Kanunla yapılan 18.06.2014 tarihli değişikliktir.

<sup>41</sup> 2012 yılında verilen bir sınır dışı etme kararının iptali amacıyla açılan davada idare mahkemesince verilen karara ilişkin Danıştay'a yapılan örnek bir temyiz başvurusu için bkz. Danıştay 10. Daire Başkanlığı, 17.03.2016, 2013/4955 E., 2016/1463 K. sayılı karar: <http://emsal.danistay.gov.tr/VeriBankasilstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> (Erişim tarihi: 02.03.2017).

<sup>42</sup> YUKK md. 53/3 çerçevesinde sınır dışı etme kararına karşı açılan davada idare mahkemesinin vereceği kararın kesinliği, YUKK md. 80/1-(d) gereğince kabul edilemez başvuru ve hızlandırılmış değerlendirme kararları için de geçerlidir. YUKK md. 80/1-(d) bağlamında yapılan ayrıntılı açıklama için bkz. **Aslı Bayata Canyaş**, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Kabul Edilemez Başvuru ve Hızlandırılmış Değerlendirme Kararlarının Kesinliği", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 22, Temmuz 2015, s. 140 vd.

tiyle<sup>43</sup>, sınır dışı etme kararına karşı kanun yollarının kapatılması şeklinde hak arama hürriyetini kısıtlayan bir süreç başlamıştır.

Bu noktada vurgulanmalıdır ki, YUKK'un sınır dışı etmeye ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girmesinden<sup>44</sup> sonraki süreçte ikili bir ayrıma gidilmelidir. Zira sınır dışı etme kararına karşı yargı yolunu düzenleyen YUKK md. 53/3'ün yürürlüğe girdiği 11.04.2014 tarihi itibarıyla Türk idarî yargılama hukukunda ilk derece mahkemesi yargılaması-temyiz şeklinde iki aşamalı bir yargılama sistemi varken; istinaf mahkemelerinin faaliyete geçtiği 20.07.2016 tarihinden itibaren ilk derece mahkemesi yargılaması-istinaf-temyiz şeklinde üç aşamalı bir yargılama sistemi devreye girmiştir. Hâl böyle olunca, istinaf mahkemelerinin faaliyete geçtiği tarihe kadar sınır dışı etme kararına karşı açılan davalarda idare mahkemelerinin vereceği kararın temyizi, söz konusu tarihten bugüne kadar açılan davalarda mahkemelerin vereceği kararın ise istinafi ve temyizi sorunu gündeme gelecektir.

YUKK'un yürürlükte olduğu ancak istinaf mahkemelerinin faaliyete geçtiği 20.07.2016 tarihinden önce, sınır dışı etme kararının iptali için açılan davalarda idare mahkemelerinin vereceği kararın temyizi hususunda İYUK ve YUKK'taki hükümlerden hangisinin esas alınacağı sorunu, sonraki tarihli özel kanun YUKK'un esas alınması yönünde çözüm bulmuştur<sup>45</sup>. Nitekim uygulamada da YUKK hükümlerinin uygulanmasında bir tereddüt yaşanmamış, başka bir deyişle, sınır dışı etme kararına karşı idare mahkemelerinde açılan bir dava sonucunda verilen kararın Danıştay'ta temyizine ilişkin bir içtihat tespit edilememiştir. Buna karşın YUKK, sonraki tarihli özel kanun niteliği sebebiyle esas alınmakla birlikte, İYUK md. 46/1'in idare mahkemesi kararlarının Danıştay'da temyiz edilebilmesinin "başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi" mümkün olacağını öngören içeriği, kanaatimizce YUKK md. 53/3 ile sınır dışı etme kararının iptali amacıyla açılan bir davada verilen mahkeme kararının kesinliğine ilişkin hükmü işlevsiz kılmakta idi. Bu sebeple, önceki genel kanun-sonraki özel kanun çatışmasında özel kanunun tercihi, ancak önceki kanunda İYUK md. 46/1'de öngörüldüğü şekilde genel bir kanun hükmünün sonradan yürürlüğe giren özel bir kanun hükmüyle değiştirilemeyeceğine işaret eden bir ibarenin bulunmaması hâlinde geçerli olabilmeliydi. Gerçekten de kanun koyucu İYUK md. 46/1'e bu şekilde "başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi" ibaresi koymamış olsa idi, sonraki özel kanun niteliği göz önüne alınarak YUKK md. 53/3'ün uygulanmasında hiçbir tereddüt olmayacak ve sınır dışı etme kararlarına karşı açılan davada verilen mahkeme kararları da kesin olduğundan temyiz imkânından yararlanılamayacaktı. Örneğin İYUK md. 46/2'de "dava açma süresine ilişkin olarak özel kanunlarda ayrı süre gösterilmeyen hâllerde idare mahkemesinin nihai kararının tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde temyiz yoluna başvurulabileceği" hükme bağlanmak suretiyle İYUK dışındaki başka kanunlarda özel süreler öngörülebilmesine imkân verilmekte iken, İYUK md. 46/1'de temyiz yolunun başkaca kanunlarla kapanmasının

<sup>43</sup> Bayraktaroğlu Özçelik, s. 247.

<sup>44</sup> YUKK md. 125 uyarınca, kural olarak Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne ilişkin hükümleri YUKK'un Resmi Gazete yayımlandığı 11.04.2013 tarihinde yürürlüğe girmiş olmakla beraber, diğer hükümler bir yıl sonra yani 11.04.2014 tarihinde yürürlüğe konmuştur.

<sup>45</sup> Yazılı kurallar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alan önceki tarihli genel kanun ile sonraki tarihli özel kanun çatışmasında genel çözümün, özel kanunun uygulanması yönünde olacağına ilişkin bkz. **Kemal Gözler**, Hukuka Giriş, Bursa 2012, s. 350.

mümkün olmadığına açıkça işaret edilmektedir. Kaldı ki, İYUK md. 46/1'in "başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi" temyiz imkânı veren düzenlemesinin, genel kanun-özel kanun çatışması çerçevesinde istisnai bir düzenleme ile bertaraf edilmesinin önüne geçilmesi saiki ile konulduğunu söylemek de mümkündür<sup>46</sup>. Bu gerekçelerle, her ne kadar uygulamada YUKK md. 53/3 hükmü doğrultusunda idare mahkemelerinin sınır dışı etme kararının iptali ile ilgili davalarda verdiği kararın kesin olduğu dikkate alınarak temyiz yolu kapalı görülse de kanaatimizce İYUK md. 46/1 gereğince, hakkında sınır dışı etme kararı alınan bir yabancıya açtığı dava sonunda mahkemece verilen kararın temyiz götürebilmesi mümkün görülmeliydi<sup>47</sup>. Böyle bir sonuç, yabancıya ülkeden çıkarılması, yeniden ülkeye girişi ve ülkede ikamet konularında son derece ağır hukuki sonuçları olan sınır dışı etme kararı bakımından aşağıda açıklanacak olan hak arama hürriyetinin etkin surette temini açısından daha makul olurdu<sup>48</sup>.

YUKK'un yürürlüğü ile birlikte sınır dışı etme kararına karşı idare mahkemelerinde açılan davada verilen kararın kesin olduğunun öngörülmesi dolayısıyla temyiz kanun yolunun kapatıldığı kabul görmeye birlikte, İYUK'da yapılan değişiklikle idari yargılama hukukuna dâhil edilen istinaf kanun yolu, konuya yeni bir tartışma daha katmıştır. Zira istinaf mahkemelerinin kurulmasını öngören kanunî düzenleme ile sınır dışı etme kararına karşı açılan davalarda idare mahkemelerinin vermiş olduğu kararların istinaf başvurusuna konu edilip edilemeyeceği hususunda tereddüt doğmuştur. Her ne kadar YUKK md. 53/3'de açıkça idare mahkemelerinin vermiş olduğu kararın kesin olduğu hükme bağlanmak suretiyle temyiz gibi istinaf kanun yolunun da kapalı olduğu sonucuna varılabilmekle birlikte, 18.06.2014 tarihli değişiklikle istinaf idari yargılama hukukuna dâhil eden İYUK md. 45/1'in YUKK'daki düzenlemeye göre yeni tarihli olması ve bu düzenlemede idare mahkemelerinin kararlarına karşı "başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi" istinaf yoluna başvuru- labileceğinin hüküm altına alınması, YUKK md. 53/3'deki düzenlemeyi tartış- malı hâle getirmektedir.

Bu açıklamalardan hareketle, öncelikle YUKK md. 53/3 uyarınca, sınır dışı etme kararlarının iptali amacıyla açılan davalarda idare mahkemelerinin vermiş oldukları kararın kesin olduğunu öngören düzenlemenin hak arama hürriyeti bakımından ihlal niteliği taşıyıp taşımadığı sorunu üzerinde durulmalıdır. Akabinde, sınır dışı etme kararına karşı açılan davalarda verilen mahke-

<sup>46</sup> "Başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi" ibaresinin aynı konuda düzenleme getiren özel ve genel kanun hükümleri arasında doğacak norm çatışması olasılığını önlemek amacıyla konulduğuna yönelik bir tespit için bkz. **Bayata Canyaş**, s. 151-152.

<sup>47</sup> YUKK md. 53/3'ün sonraki özel kanun olarak İYUK md. 46/1'e tercihi sebebiyle uygulanması gerektiğine ilişkin aksi yönde bir tespit için bkz. **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 246.

<sup>48</sup> Olması gereken hukuk bağlamında yapılan benzer değerlendirmeler için bkz. **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 246; **Dardağan Kibar**, s. 71. Aynı şekilde, idare mahkemesi kararlarının kesin olmasına ilişkin YUKK md. 53/3 hükmü, sivil toplum kuruluşları ve uluslararası kuruluşlar tarafından da "göç alanında içtihat hukukunun oluşmasının mümkün olmayacağı, iç hukuk yollarının sadece bir hâkimin bir mahkemenin vereceği kararlarla sonuçlanmış olacağı, kişilerin elinde de hak aramak için sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitme seçeneği kalacağı" gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Tespitler için bkz. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve İçişleri Komisyonu Raporları, s. 25: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss310.pdf> (Erişim tarihi 10.01.2017).



me kararlarının istinafa tabi tutulup tutulamayacağı İYUK md. 45/1 bağlamında irdelenmelidir.

### 3. YUKK Md. 53/3 Uyarınca Kanun Yollarının Kapanmasının Hak Arama Hürriyetini İhlal Sorunu

YUKK md. 53/3'de sınır dışı etme kararına karşı açılan davalar sonunda verilen mahkeme kararlarının kesin olduğunun öngörülmesi suretiyle kanun yollarının kapanması, hak arama hürriyeti<sup>49</sup> kapsamında değerlendirilen mahkemeye erişim hakkı ile doğrudan ilgilidir. Zira kanun koyucunun idarenin bir işlemine karşı açılan davada mahkemenin kararının kesin olduğunu hükme bağlaması belli bir saike dayansa dahi, bunun temyiz ve istinaf hakkını da içeren<sup>50</sup> mahkemeye erişim hakkı açısından olumsuz yansımaları olacaktır<sup>51</sup>. Gerçekten de davanın taraflarına ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı bir üst mahkemede denetleme imkânının tanınmamasının hak arama hürriyetini kısıtladığında şüphe yoktur<sup>52</sup>. Öyle ki haklarında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ve ihtiyati tedbir talebinde bulunma hakkı ile AİHM'e bireysel başvuru ve ihtiyati tedbir talebinde bulunma hakkı bulunmakla beraber<sup>53</sup>, ilk derece mahkemelerinin vermiş olduğu bir kararla iç hukuk yolları tüketilmiş olacaktır<sup>54</sup>.

Türk hukukunda hak arama hürriyetinin temel dayanağı konumundaki Anayasa md. 36'da "herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu" hüküm altına alınmış olsa da, kanun yollarına başvuru hakkından açıkça bahsedilmemiştir. İlk derece mahkemesi kararının kesin olduğunu öngörmesi sebebiyle kanun yollarını kapatan bir düzenlemenin anayasa aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine yapılan birçok başvuruda ise, bu tür düzenlemeler anayasaya aykırı görülmemiştir<sup>55</sup>. Ancak her ne kadar

<sup>49</sup> Hak arama hürriyeti, pozitif hukukta tanınan bir hakkı ihlale uğrayan bir kimsenin bu ihlalin durdurulması ve menfi etkilerinin ortadan kaldırılması amacıyla yetkili mahkemelere ve idari makamlara müracaatta bulunma hakkını ifade etmektedir: **Cengiz Gül/Fatih Birtek**, "Hak Arama Özgürlüğü ve Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapanışları", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1-2, 2007, s. 7.

<sup>50</sup> Mahkemeye erişim hakkının, temelde bir kimsenin bir hakka ilişkin iddiasını mahkemeye götürebilmesi olarak tanımlanmakla birlikte, üst derece mahkemelere itiraz hakkını da kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin bir tespit için bkz. **Samuel P. Baumgartner**, "Does Access to Justice Improve Countries' Compliance with Human Rights Norm? - An Empirical Study", Cornell International Law Journal, Vol. 44, 2011, s. 458.

<sup>51</sup> **Bihter Aydın**, "Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 15, Ekim 2013, s. 272.

<sup>52</sup> **Bayata Canyaş**, s. 144.

<sup>53</sup> **Çiçekli**, s. 176.

<sup>54</sup> Bu hususta getirilen eleştiri için bkz. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve İçişleri Komisyonu Raporları, s. 25: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss310.pdf> (Erişim tarihi 19.02.2017).

<sup>55</sup> Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda genel olarak, bazı mahkeme kararlarının kesin sayılmasının hak arama hürriyetine kamu yararı amacıyla getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı gerekçesiyle anayasaya da aykırı olmadığına vurgu yapmıştır. Anayasa Mahkemesinin verdiği örnek bir karar için bkz. 23.05.2001 tarihli ve 2001/232 E., 2001/89 K. sayılı karar: RG. 19.01.2002-2464.

hak arama hürriyetinin ihlali olarak kabul edilmese de kanun yollarına başvurunun kapatıldığı bir düzenlemenin hak arama hürriyetine bir kısıtlama getirdiğinde şüphe yoktur. Dolayısıyla YUKK md. 53/3 ile kanun yollarına başvuru hakkına getirilen böyle bir kısıtlamanın hak arama hürriyeti bağlamında anayasaya uygun olup olmadığı sorunu izaha muhtaçtır.

Yabancıların temel hak ve hürriyetlerine getirilecek sınırlamalar Anayasa md. 16 gereğince milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla yapılmalıdır. Bu anlamda Anayasa md. 16, “yabancıların durumu” başlığıyla yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasında esas alınacak özel düzenleme konumundadır. Daha açık deyişle, genel olarak temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının sınırı mahiyetindeki Anayasa md. 13’ün öngördüğü güvenceler yabancılar için dikkate alınamayacağından<sup>56</sup>; md. 16 gereğince yabancıların temel hak ve hürriyetlerine getirilecek bir sınırlamanın, “kanuna dayanma”<sup>57</sup> ve “milletlerarası hukuka uygun olma”<sup>58</sup> kriterlerine uygunluğu yeterli olacaktır.

Bu açıklamalardan hareketle, yabancılar hakkında verilen sınır dışı etme kararına karşı açılan bir dava sonunda verilen karara kanun yollarına başvuru imkânını tamamen kaldıran bu düzenleme, YUKK md. 53/3 ile kanunî bir davanağa sahip olarak Anayasa md. 16’nın yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin ancak kanunla sınırlandırılabilmesine ilişkin hükme uygunluk sağlamış gözükmektedir. Ancak bir kanunî sınırlamanın milletlerarası hukuka uygun olması, Anayasa md. 16’nın aradığı diğer bir şarttır. Buna göre, yabancıların hak arama hürriyetini kanun yollarına başvuru imkânını kaldırmak suretiyle sınırlandıran YUKK md. 53/3, ancak milletlerarası hukuka aykırı ise Anayasa md. 16’yı ihlal etmiş olacaktır.

Temel hak ve hürriyetlere getirilecek bir sınırlamanın milletlerarası hukuka uygun olup olmadığının tespitinde, milletlerarası sözleşmelerin belirleyiciliği ön plana çıkmaktadır. Bu doğrultuda, milletlerarası hukuka uygunluk şartının sağlanması bakımından Türkiye’nin de taraf olduğu AİHS ve Ek Protokollere aykırılık arz etmeyen sınırlamalar getirilmesinde hiçbir engel yoktur. Hak arama hürriyeti kapsamında mahkemeye erişim hakkı, AİHS’de özel olarak güvence altına alınmış olmamakla birlikte, md. 6’da<sup>59</sup> düzenlenen medenî hak

<sup>56</sup> Tespit için bkz. **Kemal Gözler**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2010, s. 120 (Anayasa).

<sup>57</sup> Kanunla sınırlandırma ile kastedilenin yasama organı tarafından kanun adı altında çıkarılmış düzenleyici işlemler olduğuna ilişkin doktrindeki baskın kabul için bkz. **Doğan**, s. 22. Kanun koyucu dışındaki diğer organların yaptığı yönetmelik ve benzeri düzenleyici işlemlerin de kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine yönelik aksi yönde bir doktrinel görüş için bkz. **Aybay/Dardağan**, s. 83.

<sup>58</sup> Milletlerarası hukukun kaynaklarının milletlerarası sözleşmeler, milletlerarası teamüller, hukukun genel ilkeleri, milletlerarası mahkeme kararları ve doktrinden oluştuğuna ilişkin bir tespit için bkz. **Aslan Gündüz**, Milletlerarası Hukuk, Ankara 2013, s. 14 vd.

<sup>59</sup> AİHS md. 6/1 uyarınca, herkes davasının medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezaî alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. *Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlâk, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selâmetine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde,*

ve yükümlülüklerden doğan uyumsuzluklar ile ceza hukuku kapsamındaki suç isnatlarıyla ilgili davalarda adil yargılanma hakkının bir unsuru görülmektedir<sup>60</sup>. Bu bağlamda, ilk derece mahkemelerine etkili şekilde erişim hakkının sağlanması, AİHS md. 6 uyarınca adil yargılanma hakkı açısından yeterli kabul edilmektedir. AİHM kararlarında da adil yargılanma hakkının bir üst mahkemeye başvuru imkânı sağlama zorunluluğu içermediğine işaret edilmektedir<sup>61</sup>. Buna karşın medenî hak ve yükümlülüklerden doğan uyumsuzluklar ile ceza hukuku kapsamındaki suç isnatlarıyla ilgili davalarda kanun yollarına başvuru hakkının bertaraf edildiği bir kanunî düzenlemenin AİHS md. 6'yı ihlal ettiği söylenebilir. Nitekim AİHM'in çeşitli kararlarında da ilk derece mahkemeleri gibi kanun yollarına başvurunun tanınmadığı hâllerde md. 6'nın ihlali sonucuna varılmıştır<sup>62</sup>. Ancak AİHS md. 6'nın sağladığı bu güvence, medenî hak ve yükümlülüklerden doğan uyumsuzluklar ile ceza hukuku kapsamındaki suç isnatlarıyla ilgili davalarda geçerlidir<sup>63</sup>. Bu bakımdan kamu hukukuna özgü bir idarî işlem mahiyetindeki sınır dışı etme kararına karşı açılan davalar bakımından, adil yargılanma hakkını güvence altına alan AİHS md. 6'nın uygulama bulması mümkün olamayacağından<sup>64</sup>, kanun yollarını kapatan YUKK md. 53/3, AİHS md. 6'yı ihlal eden bir hüküm olarak nitelendirilemeyecektir<sup>65</sup>. AİHM'nin ve Komisyonun sınır dışı etme işlemiyle ilgili verdiği birçok kararda<sup>66</sup>

---

*duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.*

<sup>60</sup> **Aydın**, s. 273.

<sup>61</sup> AİHM kararlarında genel olarak, akit devletlerin temyiz ya da istinaf mahkemeleri kurma zorunluluğu bulunmadığına işaret edilmiş; ancak bu tür mahkemelerin mevcut olması durumunda bu mahkemelerin hukukuna tâbi olan kişilerin AİHS md. 6'da öngörülen güvencelerden faydalandırılması zorunluluğuna vurgu yapılmıştır. AİHM'nin bu hususta verdiği 17.01.1970 tarihli örnek bir karar için bkz. Delcourt v. Belgium (Başvuru No. 2689/65) kararı: <http://freecases.eu/Doc/CourtAct/4541018/11> (Erişim tarihi 10.03.2017)

<sup>62</sup> AİHM'nin temyiz kanun yoluna başvuruyu mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde ele alan kararları da buna işaret etmektedir. AİHM'nin örnek mahiyette 14.12.1999 tarihli Khalifaoui v. France (Başvuru No. 34791/97) kararı için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58374&filename=001-58374.pdf&TID=thkbhnlzk> (Erişim tarihi 10.03.2017).

<sup>63</sup> AİHS md. 6'nın kapsamının tayininde AİHM'nin milli hukuklardan bağımsız olarak AİHS'nin amacını ve koruduğu menfaatleri dikkate alarak Avrupa koruma standardı getirdiğine ilişkin tespit için bkz. **Sibel İnceoğlu**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2005, s. 12.

<sup>64</sup> **Nuray Eksi**, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S. 1-2, 2009, s. 123.

<sup>65</sup> **İnceoğlu**, s. 58-59. Buna karşın AİHM, kural olarak medenî hak ve yükümlülüklerden doğan uyumsuzluklarda mahkemeye erişim hakkını öngörmekle birlikte, idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan uyumsuzluklara karşı yalnızca idari itiraz imkânı tanıyan ancak mahkemeye erişim hakkı tanımayan hâlleri de kapsamına almaktadır: **Aydın**, s. 274.

<sup>66</sup> AİHM'nin genel kabulü, sınır dışı konusunda AİHS md. 6'nın güvence sağlamayacağı yönünde olmakla birlikte, sınır dışı edilecek yabancıların adil yargılanma ilkesinin açıkça ihlal edileceği bir ülkeye gönderilmesi ihtimalinde, sınır dışı etme kararının md. 6 kapsamında değerlendirilebileceğine de istisnai olarak imkân tanınması yönündedir. Ancak bu hâlde md. 6'nın uygulanmasına sebep olan husus, sınır dışı eden ülkenin değil, sınır dışı edilecek yabancıların gönderileceği ülkenin adil yargılanma ilkesini ihlal etme riskinin varlığıdır. Bu istisnaya ilişkin tespitler için bkz. **Eksi**, s. 129-136.

da AİHS md. 6'nın sınır dışı etme konusunda uygulanamayacağına işaret edilmiş<sup>67</sup> ve bu görüşünü sürdürme eğiliminden dönmemesinin de yakın zamanda mümkün olmadığına vurgu yapılmıştır<sup>68</sup>.

YUKK md. 53/3'ün anayasaya uygun olup olmadığı sorunsalı çerçevesinde mahkemeye erişim hakkı yanında bu hakla bağlantılı olan AİHS md. 13'ün<sup>69</sup> güvence altına aldığı etkili başvuru hakkı üzerinde de durulmalıdır<sup>70</sup>. Temel hak ve hürriyetlerinden biri ihlal edilen bir kimseye ulusal bir makama başvuru imkânının tanınması ve başvurusunun etkin bir şekilde değerlendirilmesi hakkını güvence altına alan AİHS md. 13'ün, YUKK md. 53/3'deki idare mahkemelerinin vermiş olduğu kararları kesin sayan düzenlemeyle ihlal edildiği sonucuna varılamaz. YUKK md. 53/3'de açıkça hükme bağlanmasa da İYUK md. 11'deki genel hüküm gereğince diğer idari işlemlerde olduğu gibi, sınır dışı etme kararının kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması amacıyla yetkili makamlara başvuru hakkından da yararlanılmasında bir engel bulunmamaktadır. O hâlde AİHS md. 6 uyarınca dahi idari işlemler açısından zorunlu görülmediği ortaya çıkan istinaf ve temyiz gibi kanun yollarına başvurunun engellenmesinin md. 13 çerçevesinde etkili başvuru hakkının ihlali olarak kabulü söz konusu olamaz<sup>71</sup>. Buna karşın, idarenin vereceği sınır dışı etme kararının kesin olduğunu öngören yani ilk derece mahkemesine başvuru hakkını kaldıran bir düzenlemenin AİHS md. 13 bakımından ihlal niteliği taşıdığı söylenebilirdi. Ancak YUKK md. 53/3'ün yalnızca kanun yollarına başvuru hakkını tanımayan içeriği dikkate alındığında, mevcut şartlarda AİHS md. 13'ün ihlalinden bahsedilemez.

Sonuç olarak, yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin karara karşı dava açılması hâlinde mahkemenin vereceği kararı kesin sayan YUKK md. 53/3'ün gerek AİHS md. 6'nın güvence altına aldığı adil yargılanma hakkı, gerekse md. 13'ün güvence altına aldığı etkili başvuru hakkı bakımından bir ihlal niteliği gösterdiği söylenemez. Dolayısıyla YUKK md. 53/3, kanunî dayanağını YUKK'tan alan milletlerarası hukuka uygun bir düzenlemedir<sup>72</sup>.

AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokolde de yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin usulü güvenceler başlığı altında bazı düzenlemeler getirilmiştir<sup>73</sup>. Bu dü-

<sup>67</sup> AİHM'nin 05.10.2000 tarihli Maaouia v. France (Başvuru No. 39652/98) kararı için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58847&filename=001-58847.pdf&TID=ihgdqbxnf> (Erişim tarihi 10.03.2017). Karar hakkında doktrinde getirilen eleştiriler için ayrıca bkz. **Ekşi**, s. 127-128.

<sup>68</sup> **Ekşi**, s. 137.

<sup>69</sup> AİHS md. 13 uyarınca, AİHS'de tanınmış olan hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili, resmî görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.

<sup>70</sup> Şikâyet hakkı olarak da anılan etkili başvuru hakkının hak arama hürriyeti ile olan bağlantısı hakkında bkz. **Şeref Ünal**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, Ankara 2001, s. 165.

<sup>71</sup> **Bayata Canyaş**, s. 150.

<sup>72</sup> Kabul edilemez başvuru ve hızlandırılmış değerlendirme kararları bağlamında yapılan aynı yönde bir tespit için ayrıca bkz. **Bayata Canyaş**, s. 151.

<sup>73</sup> AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol md. 1 uyarınca, yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usulü güvenceler,

1. Bir devlet ülkesinde kurallara uygun olarak ikamet eden bir yabancı, yasaya uygun şekilde verilmiş bir kararın uygulanması dışında sınır dışı edilemez ve

zenlemelerden biri de yabancının, sınır dışı edilmesine karşı gerekçeleri öne sürebilmesine, durumunu yeniden inceletmeye ve yetkili bir makam önünde veya bu makam tarafından tayin edilecek biri ya da birileri önünde temsil ettirmesine kural olarak izin verileceğine ilişkindir (md. 1/1). Böylece sınır dışı etme kararlarına karşı yetkili kişi veya makam huzurunda kişinin durumunu itiraz suretiyle yeniden inceletme hakkına sahip olduğuna işaret edilmek suretiyle, sınır dışı etme kararına özgü hak arama hürriyeti güvence altına alınmıştır. Ancak söz konusu düzenlemede yabancının itiraz edeceği kişi ya da makamın idarî ve/veya adli olması konusunda bir ayırım yapılmadığı gibi<sup>74</sup>, adli makam incelemesi kapsamında kanun yollarından da bahsedilmemiştir. Öyle ise AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokole taraf olan ülkelerdeki mevzuatta sınır dışı etme kararına karşı idarî itiraz yolu ya da ilk derece mahkemelerinde dava açma imkânı hatta bireysel başvuru yollarından birinin açık tutulması, söz konusu hakkın güvence altına alınması bağlamında yeterli olacaktır. Dahası, üst derece mahkemelere başvuruda bulunma hakkının öngörüldüğü AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokolün 2. maddesi<sup>75</sup> bu zorunluluğu salt cezaî konulara özgülediğinden<sup>76</sup>, idarî mahiyetteki sınır dışı etme kararlarına karşı, istinaf veya temyiz kanun yoluna başvuru hakkının tanınması zorunluluğu da yoktur. Sonuçta, AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokole YUKK md. 53/3'ün mevcut hâliyle bir aykırılığın da yine bahsedilemeyecektir.

### **C. İSTİNAF KANUN YOLUNUN YUKK MD. 53/3 KAPSAMINDA AÇILCAK DAVALARA ETKİSİ**

#### **1. Türk İdarî Yargılama Hukukunda İstinaf**

##### **a. Genel Olarak**

İstinaf, Türk idarî yargılama hukukuna, 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla<sup>77</sup> dâhil edilmiştir<sup>78</sup>.

- 
- a) sınır dışı edilmesine karşı gerekçeleri öne sürebilmesine,
  - b) durumunu yeniden inceletmeye,
  - c) yukarıdaki amaçlarla, yetkili bir merci önünde veya bu merci tarafından tayin edilecek biri ya da birileri önünde temsil ettirmesine, izin verilecektir.

2. Sınır dışı edilmenin kamu düzeni yararı ya da ulusal güvenlik nedenleri açısından gerektiği hallerde, bir yabancı, yukarıdaki 1. Maddenin (a), (b) ve (c) bentlerinde öngörülen haklarını kullanmadan sınır dışı edilebilir.

<sup>74</sup> Ünal, s. 345.

<sup>75</sup> AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol md. 2 uyarınca, cezaî konularda iki dereceli yargılanma hakkı,

1. Bir mahkeme tarafından cezaî bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dâhil olmak üzere, yasayla düzenlenir.

2. Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş hâliyle az önemli suçlar bakımından, ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargıldığı veya beraatını müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkumiyet hâllerinde istisnaya tabi tutulabilir.

<sup>76</sup> Ünal, s. 346.

<sup>77</sup> RG. 28.06.2014-29044.

Böylece Türk idarî yargılama hukukunda istinafa yer vermeyen İYUK'ta değişiklik getirilmek suretiyle hâli hazırdaki iki dereceli yargılama sisteminden üç dereceli yargılama sistemine geçişin kanunî dayanağı kabul edilmiş ve 20.07.2016 tarihi itibarıyla istinaf mahkemeleri faaliyete geçmiştir<sup>79</sup>.

Türk idarî yargılama hukukuna istinafin dâhil edilmesi bazı gerekçelere dayandırılmıştır. İstinaf mahkemelerinin kurulmasındaki sebeplerden biri, Danıştay ve ilk derece mahkemelerindeki iş yükü fazlalığıdır<sup>80</sup>. İstinaf mahkemelerinin kurulmasındaki gerekçelerden bir diğeri, istinaf ile birlikte yargılamanın hızlanacağı, dolayısıyla da uyuşmazlıkların karara bağlanma süresinin kısaltacağı düşüncesidir<sup>81</sup>. İstinaf mahkemelerinin kurulmasındaki gerekçelerden bir başkası ise, mahkemelerden daha isabetli kararlar verilmesi beklentisidir<sup>82</sup>. Danıştay'ın içtihat ve hukuk birliğini sağlama fonksiyonunu daha iyi yerine getirmesinin hedeflenmesi, istinaf mahkemelerinin kurulmasındaki dayanaklardan bir diğeri olarak kabul görmektedir<sup>83</sup>. Son olarak belirtilmelidir ki, kişilerin etkin hukukî korumadan yararlandırılması, özellikle de âdil yargılanma hakkının teminat altına alınması, istinafin kabulü noktasındaki temel dayanaklar arasında gösterilmektedir<sup>84</sup>.

İstinaf mahkemelerinin kurulmasına gerekçe teşkil eden söz konusu sebeplere doktrinde bazı eleştiriler getirilmektedir. Bu kapsamda, yargılamanın hızlandırılmasının her koşulda mümkün olamayacağı, zira istinafin bir tür temyiz yolu olduğu, dolayısıyla ilk derece mahkemelerince verilen kararların hem bölge idare mahkemelerinde hem de Danıştay'da iki kez incelenmesi söz konusu olacağından yine yargılama süresinin uzayarak zaman kaybına sebebiyet vereceği ileri sürülmüştür. Aynı şekilde, istinafin adalete erişim anlamında maliyetli olacağına ve istinafin içtihat farklılıklarına yol açabileceğine de doktrinde olumsuz anlamda vurgu yapılmıştır<sup>85</sup>.

Bu açıklamalardan hareketle, istinaf, ilk derece mahkemelerinin henüz kesinleşmemiş kararlarının maddi ve hukukî açıdan incelenmek suretiyle mev-

<sup>78</sup> İstinaf mahkemelerinin karşılaştırmalı hukuktaki tarihsel gelişimi hakkında ayrıca bkz. **Serkan Çınarlı**, İdari Yargılamada İstinaf, Ankara 2017, s. 33-58.

<sup>79</sup> İstinaf mahkemeleri, 20.07.2016 tarihi itibarıyla faaliyete geçtiği için, İYUK Geçici 8. maddede geçiş hükümleri öngörülmüştür. Buna göre, ivedi yargılama usulü hariç olmak üzere bu Kanunla idarî yargıda kanun yollarına ilişkin getirilen hükümler, İYUK'un, bu Kanunla değişik 3. maddesine göre kurulan bölge idare mahkemelerinin tüm yurtda göreve başlayacakları tarihten sonra verilen kararlar hakkında uygulanır. Bu tarihten önce verilmiş kararlar hakkında, kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan kanun yollarına ilişkin hükümler uygulanır (md. 8/1).

<sup>80</sup> **Mustafa Avcı**, "İdari Yargıda İstinaf", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 96, 2011, s. 181.

<sup>81</sup> **Engin Saygın**, "İdari Yargıda İstinaf Mahkemesi Tartışmaları Üzerine Bir Analiz", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 641; **Avcı**, s. 181.

<sup>82</sup> **Avcı**, s. 181.

<sup>83</sup> **İlhan Özay**, Günışığında Yönetim, Yargısal Koruma, İstanbul 2010, s. 44-45; **Avcı**, s. 181.

<sup>84</sup> **Saygın**, s. 641.

<sup>85</sup> İstinafin kabulünün dezavantajları hakkındaki tespitler için bkz. **Oğuz Sancakdar**, "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler", Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu (11 Mayıs 2012), Danıştay Yayınları No. 83, Ankara 2013, s. 22.

cut hukuka aykırılıkların giderilmesi amacıyla kabul edilmiş bir olağan kanun yoludur<sup>86</sup>. Buna göre, istinafin yer aldığı bir yargılama sistemi üç dereceden oluşmaktadır. Birinci derecede, ilk derece mahkemelerinin yargılaması söz konusudur. İkinci derecede, kural olarak ilk derece mahkemelerinin kararlarının maddî ve hukukî açıdan ele alındığı istinaf incelemesi gerçekleştirilmektedir. Üçüncü derecede ise, istinaf mahkemelerinin vermiş olduğu kararların üst mahkemece temyiz incelemesi yapılmaktadır<sup>87</sup>.

İstinaf, itiraz ve temyizden ayrı kendine özgü bir olağan kanun yoludur<sup>88</sup>. Bu sebeple istinafin işleyişi, itiraz<sup>89</sup> ve temyizden<sup>90</sup> farklı hükümlere tâbidir. Bu

<sup>86</sup> **Ali Rıza Çınar**, “İstinaf”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 8, Temmuz 2010, s. 15. Türk idari yargılama hukukunda, kanun yolları olağan ve olağanüstü olmak üzere iki grupta toplanmıştır. Bununla birlikte söz konusu ayırım, 6545 sayılı Kanunla İYUK'ta yapılan değişiklikten önce ve sonra farklı sınıflandırmalara tabi tutulmuştur. Buna göre, 6545 sayılı Kanunla İYUK'ta yapılan değişiklikten önce olağan kanun yolları itiraz, temyiz, kararın düzeltilmesi; olağanüstü kanun yolları ise yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına bozma şeklinde sınıflandırılmakta idi. 6545 sayılı Kanunla İYUK'ta yapılan değişiklikte birlikte, itiraz ve kararın düzeltilmesi, olağan kanun yolu olmaktan çıkarılmış; istinaf adıyla yeni bir kanun yolu kabul edilmiş; kanun yararına bozma ise kanun yararına temyiz şekliyle yeniden yapılandırılmıştır. Böylece hâli hazırda olağan kanun yolu olarak istinaf ve temyiz, olağan üstü kanun yolu olarak ise yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına temyiz kabul edilmektedir: **Züleyha Keskin**, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 126, 2016, s. 242-243; **Yılmaz**, s. 424.

<sup>87</sup> **Avcı**, s. 180.

<sup>88</sup> **Sait Güran**, “Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Bir Deneme”, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları, İstanbul 1977, s. 324; **Sancakdar**, s. 23.

<sup>89</sup> İstinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesinden önce Türk idari yargılama hukukunda olağan kanun yollarından biri olarak yer bulan mülga itiraz kanun yolunda, idare ve vergi mahkemelerinin İYUK md. 45'te belirtilen konulardan kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verdikleri kararlar ile tek hâkimle verilen kararları bölge idare mahkemesine götürülebilmekte idi. Yapılan itiraz başvurusu üzerine bölge idare mahkemesi, ya ilk derece mahkemesinin kararını esas hakkında yeni bir karar almaksızın onaylamakta ya da dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeksizin işin esası hakkında karar vermekte idi. Bu bağlamda, ilk derece mahkemesinin kararının hem maddî hem de hukukî açıdan denetlenmesi, itiraz ve istinaf arasındaki ortak nokta olsa da itiraz ve istinaf arasında bazı yönlerden farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin itiraz yolunda yapılacak söz konusu inceleme kural olarak ilk derece mahkemesinden gelen dosya üzerinden gerçekleştirilebilen sınırlı bir incelemedir. Buna karşın, istinaf yolunda yapılacak incelemede ilk derece mahkemesinden gelen dosya dışında diğer delillerden de yararlanılır. Başka bir ifadeyle, itirazdan farklı olarak istinafta deliller serbestçe değerlendirilir: **Güran**, s. 324-326. Aynı şekilde, itiraz yolunda herhangi bir soruşturma ve duruşma yapılamamakta iken; istinaf yolunda bu konularda herhangi bir engel bulunmamaktadır: **Ramazan Çağlayan**, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2014, s. 675. Yine, itiraz incelemesi sonucunda verilen kararlar kesin olduğunda diğer delillerden de yararlanılır. Başka bir ifadeyle, itirazdan farklı olarak istinafta deliller serbestçe değerlendirilir: **Güran**, s. 324-326. Aynı şekilde, itiraz yolunda herhangi bir soruşturma ve duruşma yapılamamakta iken; istinaf yolunda bu konularda herhangi bir engel bulunmamaktadır: **Ramazan Çağlayan**, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2014, s. 675. İstinafi itirazdan farklı kılan bir başka özellik ise, bölge idare mahkemesinin vereceği karara ilişkindir. Buna göre, bölge idare mahkemesi itiraz başvurusu sonucunda ilk derece mahkemesinin kararını yerinde bulursa onama kararı verebilmekte iken; istinaf başvurusu sonucunda ilk derece mahkemesinin kararı hukuka uygun bulunursa başvurunun reddine yönelik karar verilebilecektir. Bu açıdan bakıldığında istinaf yolunda itirazdan farklı şekilde onama ve bozma söz konusu değildir: **Sancakdar**, s. 30.

çerçeve, bir kimse, ilk derece mahkemesinin olaylara, delillere, hukukî sebeplere ilişkin değerlendirmesindeki hata veya eksikliklerden ötürü istinaf yoluna gidebileceği gibi, ilk derece mahkemesinin kararında yapılan usul hukuku veya maddi hukuka ilişkin bir hatadan dolayı da istinaf başvurusunda bulunulabilir<sup>91</sup>.

### b. İstinafa Tâbi Kararlar

İYUK md. 20/A'da sayılan davalar dışındaki tüm davalarda verilen mahkeme kararları bölge idare mahkemesinde istinaf incelemesine tâbi tutulmuştur. Böylece İYUK md. 46 kapsamında kalan davalar bakımından ilk derece yargılaması, istinaf ve temyiz şeklinde üç aşamalı bir sistem uygulama bulacakken; İYUK md. 20/A kapsamında kalan davalarda ilk derece yargılaması ve temyiz şeklinde iki aşamalı bir yargılama sistemi geçerli olacaktır<sup>92</sup>.

İYUK md. 45/1 uyarınca, idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idarî işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz. Görüldüğü gibi, idare ve vergi mahkemesi kararlarına karşı istinaf yolu kural olarak açık olmakla birlikte, bazı hâllerde istinaf yolu kapatılmıştır. Buna göre, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen tam yargı davaları ve konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen idarî işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlara karşı istinaf mahkemelerine başvuru hakkı tanınmamıştır<sup>93</sup>. Bunun yanında, İYUK md. 45/8'de ivedi yargılama usulüne ilişkin davalar<sup>94</sup> için de istinaf yoluna başvurulamayacağına işaret edilmiştir<sup>95</sup>.

<sup>90</sup> İstinafin temyiz kanun yoluna benzer özellikleri bulunmakla birlikte, itirazda olduğu gibi yine ondan ayrı bir olağan kanun yoludur. Bu bağlamda, temyizde ilk derece mahkemesi tarafından incelenen olaylar ve deliller tekrar değerlendirilmemekte, yani yeniden yargılama yapılmamakla birlikte, istinafta ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karar, hem hukuki hem de maddi açıdan denetimden geçirilmek suretiyle yeniden yargılama yapılmaktadır: **Avcı**, s. 187; **Sancakdar**, s. 23. Bu bakımdan temyiz aksine, ilk derece mahkemesi tarafından incelenen olaylar ve deliller istinafta yeniden değerlendirilir. Doğal olarak istinaf yolunda hâkim temyizden farklı olarak salt dava dosyasıyla sınırlı olarak incelemekle kalmaz, yeni bilgi ve belge araştırması da yapabilir: **Çağlayan**, s. 675. Nihayetinde istinaf mahkemesi, kararı hukuka uygun görürse onar; kararda bir hukuka aykırılık tespit eder ise temyiz mahkemesinin yaptığına aksine, yalnızca kararı bozmakla kalmaz, işin esasına girerek davayı kendisi karara bağlar: **Çağlayan**, s. 675.

<sup>91</sup> **Çağlayan**, s. 712.

<sup>92</sup> **Keskin**, s. 251.

<sup>93</sup> **Çağlayan**, s. 676.

<sup>94</sup> İYUK md. 20/A gereğince, hakkında 6545 sayılı Kanun ile idarî yargılama hukukuna dâhil edilmiş bir usul olan ivedi yargılama usulü uygulanan, ihaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri, acele kamulaştırma işlemleri, Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca yapılan satış, tahsis ve kiralama işlemleri, 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca, idarî yaptırım kararları hariç çevresel etki değerlendirmesi sonucu alınan kararlar, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların



### c. İstinaf Başvurusu ve İncelemesi

İYUK md. 45/1 uyarınca idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. İstinaf yoluna başvurabilecek olan kimseler ise, başvuruda bir menfaatinin bulunması şartıyla ilk derece mahkemesinde görülen davanın taraflarıdır<sup>96</sup>.

Kanun koyucu, İYUK md. 45/2'de istinafa başvuru şeklinin, temyizden önceki şekil ve usullerine tabi olduğunu, istinaf başvurusuna konu olacak kararlara karşı yapılan kanun yolu başvurularında dilekçelerdeki hitap ve istekle bağlı kalınmaksızın dosyaların bölge idare mahkemesine gönderileceğini öngörmektedir<sup>97</sup>. Buna göre, istinaf başvurusu bölge idare mahkemesi başkanlığına hitaben yazılmış bir dilekçe ile yapılacak olup; dilekçenin karşı tarafa tebliği, karşı tarafın cevap vermesi gibi hususlarda aynen temyize ilişkin İYUK md. 48/3 hükümleri geçerli olacaktır.

İstinaf incelemesi, İYUK md. 45/3, 4 ve 5'de düzenlenmiştir. İstinaf incelemesinde kural olarak ilk derece mahkemesince verilen kararlardaki mevcut maddî veya hukukî eksikliklerin istinaf mahkemesi tarafından tamamlanması suretiyle nihai karar verilmektedir. Bu konudaki istisna, İYUK md. 45/5 gereğince, ilk derece mahkemesinin İYUK md. 14 ve 15 uyarınca ilk inceleme üzerine vermiş olduğu bir karara karşı istinaf başvurusu yapılmışsa ve bu başvuru istinaf mahkemesince haklı görülmüşse, istinaf mahkemesinin bu kararı kaldırarak dosyayı kararı veren ilk derece mahkemesine geri gönderme yükümlülüğüdür. Bunun yanında, ilk derece mahkemesindeki davaya görevsiz ya da yetkisiz mahkeme tarafından yahut reddedilmiş ya da yasaklanmış bir hâkim tarafından bakılmış olması hâlinde de istinaf mahkemesi, kararı kaldırarak dosyayı ilk derece mahkemesine geri göndermekle yükümlüdür<sup>98</sup>.

Bölge idare mahkemesi, yaptığı istinaf incelemesi sonunda, ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun reddine karar verir. Eğer kararda maddî bir yanlış varsa ve bu yanlışlığın düzeltilmesi mümkünse gerekli düzeltmeyi de İYUK md. 45/3 gereğince aynı kararda yapar<sup>99</sup>. Bununla birlikte, bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmazsa istinaf başvurusunu kabul ederek ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına karar verir. Bu hâlde, bölge idare mahkemesi işin esası hakkında yeniden bir karar verir. İnceleme sırasında ihtiyaç duyulması hâlinde kararı veren mahkeme veya başka bir yer idare ya da vergi mahkemesi istinabe olunabilir. İstinabe olunan mahkeme gerekli işlemleri öncelikle ve ivedilikle yerine getirir (İYUK md. 45/4). Bölge idare mahkemesi, ilk inceleme

---

Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Bakanlar Kurulu kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulması mümkün değildir: **Çınarlı**, s. 7. İlave olarak, İYUK'a 6552 sayılı Kanun md. 94 ile 20/B maddesi eklenmiş, merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulünün "Millî Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezi ve ortak sınavlar, bu sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçları" hakkında da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

<sup>95</sup> **Çınarlı**, s. 7.

<sup>96</sup> **Çağlayan**, s. 677.

<sup>97</sup> **Çağlayan**, s. 677.

<sup>98</sup> **Çağlayan**, s. 681.

<sup>99</sup> **Çağlayan**, s. 679.

üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir (İYUK md. 45/5).

İstinafa başvurunun idarî kararların yürütülmesine engel teşkil edip etmediği, İYUK md. 52 uyarınca cevap bulacaktır. Buna göre, Türk idarî yargılama hukukunda istinaf yoluna başvurulmuş olması, mahkeme kararlarının yürütülmesini durdurmaz. İdarî kararın yürütmesi kendiliğinden durmayacağı için idare, söz konusu kararları yerine getirmekle yükümlüdür. Buna karşın, istinaf mahkemeleri talep üzerine söz konusu kararların yürütmesinin durdurulmasına karar verebilir<sup>100</sup>. Bu bağlamda, eğer bir davanın reddine ilişkin kararın istinaf incelemesine konu olması hâlinde, dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için açık hukuka aykırılık ve telafisi güç ve imkânsız zarar şartlarının bulunması İYUK md. 27 gereğince zorunludur.

#### **d. İstinaf Mahkemesi Kararlarının Temyizi**

İstinaf yargılaması sonucunda verilen karara ilk derece mahkemesinin uyması beklenmediği için, söz konusu karar, temyiz yoluna götürülebilir. İYUK md. 45/6'ya göre, bölge idare mahkemelerinin temyize açık olmayan kararları kesindir. Bu bakımdan, bölge idare mahkemelerinin istinaf yolunda verdiği bazı kararlar kesin olduğu hâlde, bazı kararları, kanun gereği temyize açıktır.

İYUK md. 46'da, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde Danıştay'da temyiz edilebilecek Danıştay dava dairelerinin nihaî kararları ile bölge idare mahkemelerinin kararları açıkça sayılmıştır<sup>101</sup>. Bunlardan biri de, konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idarî işlemler hakkında açılan davalardır.

<sup>100</sup> İstinaf mahkemelerinde yürütmenin durdurulması için kural olarak teminat yatırılması zorunda olmakla birlikte, iptal davalarında teminat istenip istenmemesi mahkemenin takdirindedir. Aynı şekilde, idareden ve adli yardımdan yararlananlardan da teminat alınmaz (İYUK md. 27/6).

<sup>101</sup> Bölge idare mahkemelerinin şu davalar hakkında verdikleri kararlar temyize tâbi tutulabilir: a) Düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davaları, b) Konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idarî işlemler hakkında açılan davalar, c) Belli bir meslekten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran işlemlere karşı açılan iptal davaları, d) Belli bir ticarî faaliyetin icrasını süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen işlemlere karşı açılan iptal davaları, e) Müşterek kararnameyle yapılan atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri ile daire başkanı ve daha üst düzey kamu görevlilerinin atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri hakkında açılan iptal davaları, f) İmar planları, parselasyon işlemlerinden kaynaklanan davalar, g) Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonu ve Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunca itiraz üzerine verilen kararlar ile 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanununun uygulanmasından doğan davalar, h) Maden, taşocakları, orman, jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular ile ilgili mevzuatın uygulanmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davalar, ı) Ülke çapında uygulanan öğrenim ya da bir meslek veya sanatın icrası veyahut kamu hizmetine giriş amacıyla yapılan sınavlar hakkında açılan davalar, i) Liman, kruvaziyer limanı, yat limanı, marina, iskele, rıhtım, akaryakıt ve sıvılaştırılmış petrol gazı boru hattı gibi kıyı tesislerine işletme izni verilmesine ilişkin mevzuatın uygulanmasından doğan davalar, j) 8/6/1994 tarihli ve

## 2. İstinaf Kanun Yoluna İlişkin İYUK Düzenlemesinin YUKK Md. 53/3 Karşısında Uygulanabilirliği

İstinaf kanun yolunun Türk idari yargı sistemine dâhil edilmesi, idare mahkemesi kararlarının kural olarak istinafa tâbi tutulmasına vesile olmuştur. İstinaf mahkemeleri 20.07.2016 tarihi itibarıyla faaliyete geçmekle birlikte, sınır dışı etme kararına karşı açılan davalarda verilen kararlar bakımından da istinaf kanun yolunun açık olup olmadığı konusunda yeni bir tartışma doğmuştur. Zira daha önce de açıklandığı gibi, İYUK md. 45/1'de konusu beş bin Türk lirasını aşmayan idari işlemlere karşı açılan iptal davaları, tam yargı davaları ve vergi davaları hariç idari davalarda istinaf yolunun açık olduğu hükme bağlanmış olmakla beraber, YUKK md. 53/3 gereğince sınır dışı etme kararlarına karşı açılan davalarda idare mahkemelerinin vereceği kararın kesinliğinin hüküm altına alınması, istinafa başvuru yolunun bu davalarda kapalı olduğu sonucuna vardırılmaktadır.

YUKK md. 53/3'ün sınır dışı etme kararlarına karşı dava açılması durumunda idare mahkemelerinin vereceği kararı kesin kabul etmesi sebebiyle bir üst mahkemeye kanun yolları bağlamında başvuruda bulunma imkânını kapatması, yukarıda vurgulandığı üzere, anayasaya ve milletlerarası hukuka uygun olmakla birlikte, hak arama hürriyetinin kısıtlanmasına yol açmaktadır. Zira mahkeme kararlarının kesin olması, hızlı işleyecek bir prosedürü de beraberinde getirdiğinden, yabancıların kendilerine tanınan güvencelerden tam olarak yararlanamaması sonucunu doğurabilecektir<sup>102</sup>. Oysa Anayasa md. 36'nın öngördüğü adil yargılanma hakkının bir unsuru da üst derece mahkemesinin yapacağı kontroldür<sup>103</sup>. Bu doğrultuda hak arama hürriyetinin mutlak şekilde tanınması, hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir<sup>104</sup>.

Mevcut YUKK md. 53/3 hükmü dikkate alındığında, sınır dışı kararlarına karşı açılan davalarda idare mahkemelerinin vermiş olduğu kararın kesin olduğu hükme bağlandığından istinaf kanun yoluna başvuru imkânının kapatıldığı sonucu çıkmaktadır. Bununla birlikte, 20.07.2016 tarihinde yürürlüğe giren istinaf düzenlemesinin kaynağını teşkil eden İYUK md. 45/1'de başka kanunlarda aksinin öngörülmüş olmasının yani idare mahkemesince verilen kararların kesin olduğunun belirtilmesinin bir anlam ifade etmeyeceği, bilakis bu hâlde dahi istinafa başvurunun mümkün olduğuna ortaya koyan içeriği, sınır dışı etme kararına karşı açılan davalarda idare mahkemelerinin verdikleri kararın istinaf mahkemelerine götürülebileceği düşüncesinin doğmasına sebe-

---

3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanununun uygulanmasından ve 16/7/1997 tarihli ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanununun uygulanmasından doğan davalar, k) 6/6/1985 tarihli ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun uygulanmasından doğan davalar, l) 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun uygulanmasından doğan davalar, m) Düzenleyici ve denetleyici kurullar tarafından görevli oldukları piyasa veya sektörle ilgili olarak alınan kararlara karşı açılan davalar.

<sup>102</sup> **Dardağan Kibar**, s. 71.

<sup>103</sup> **Yavuz Alangoya**, "Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK md. 427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s. 31.

<sup>104</sup> **Aydın**, s. 272.

biyet vermektedir<sup>105</sup>. Ancak YUKK'un yürürlüğü ile birlikte sonraki özel kanun niteliği de göz önüne alınarak, İYUK'ta temyiz yoluna başvuru imkânının bertaraf edilemeyeceğine ilişkin hükme rağmen, sınır dışı etme kararına karşı açılan davalarda verilen kararların kesin kabul edilmesi anlayışının istinaf mahkemelerinin faaliyete geçtiği andan itibaren bugün için de geçerli olduğu söylenebilir. Zira hâli hazırda, sınır dışı etme kararıyla ilgili istinaf mahkemelerine götürülmüş bir idare mahkemesi kararı tespit edilememiştir. Böyle bir anlayışta YUKK'un sınır dışına ilişkin özel kanun niteliği göz önüne alınarak İYUK'a tercih edilmesinin etkili olduğunu ifade etmek zor olmayacaktır.

Kanaatimizce sınır dışı etme kararlarına karşı dava açılması ihtimalinde, idare mahkemelerinin vermiş olduğu kararı kesin sayan YUKK md. 53/3 hükmü, İYUK md. 45/1'in başka kanunlarda idare mahkemesi kararlarına karşı istinaf yoluna başvurmayı engelleyici düzenlemeler yapılamayacağını öngörmesi nedeniyle işlevsiz hâle gelmiştir<sup>106</sup>. Her ne kadar sonraki genel kanun niteliğindeki İYUK md. 45/1 ile önceki özel kanun özelliği gösteren YUKK md. 53/3'ün bertaraf edilemeyeceği savunulabilecek olsa da sınır dışına ilişkin idare mahkemesi kararlarına karşı da istinaf yoluna başvurulabilmesi mümkün olmalıdır. Önceki özel kanunla sonraki genel kanunun bir konuda çatışan hükümlerinin bulunması ihtimalinde, genel kabul gören çözüm, özel kanun hükmünün esas alınmasıdır. YUKK ile İYUK arasındaki konuya ilişkin mevcut çatışma da, bu şekilde çapraz çatışma mahiyetinde olup, çözümü en çok tartışma gören türdür<sup>107</sup>. Her ikisi de kanun niteliği taşıdığından aynı düzeyde yer alan önceki özel kanun ile sonraki genel kanun arasındaki bu çatışmanın hangi ilkeye göre çözüleceği konusunda kesin bir kural bulunmamaktadır. Sonraki genel kanunun uygulanması gerektiğini savunanlar kadar önceki özel kanunun uygulanması gerektiğini savunanlar da vardır. Konunun çözümüne ilişkin pozitif hukuk düzenlemesi bulunmamakla birlikte, doktrindeki baskın görüş, önceki tarihli özel kanunun sonraki tarihli genel kanun ile yürürlükten kaldırılamayacağı yönündedir<sup>108</sup>. Bu mantıktan hareketle, eski tarihli YUKK düzenlemesinin, İYUK'ta yapılan yeni tarihli bir düzenlemeyle zımnen ilga edilemeyeceği sonucuna varılabilir. Ancak yukarıda da vurgulandığı üzere, İYUK'daki temyize ilişkin düzenlemede olduğu gibi, istinaf düzenlemesinde de idare mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf yolunun açık olduğu belirtilmesine ilave olarak, başka kanunlarda aksinin düzenlenmesine, yani idare mahkemelerinin kararlarının kesin olduğuna vurgu yapılmasına izin vermemiştir. Başka bir deyişle, bu tür bir önceki kanun-sonraki kanun çatışması ile istinaf yoluna başvurmanın önüne geçilmesini engelleyici bir hükme yer verilmiştir<sup>109</sup>. Bu gerekçeyle, özel

<sup>105</sup> Kabul edilemez başvuru ve hızlandırılmış değerlendirme kararları bağlamında yapılan aynı yönde bir tespit için ayrıca bkz. **Bayata Canyaş**, s. 152.

<sup>106</sup> İstinafa ilişkin İYUK değişikliği ile birlikte YUKK gibi özel kanunlarda kesin oldukları ifade edilen idare mahkemesi kararlarına karşı istinaf yolunun açılmış olduğuna ilişkin aynı yönde bir görüş için bkz. **Nuray Ekşi**, "2014 Yılında Kabul Edilen İdari Yargıda İstinaf Müessesesinin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında Açılacak İdari Davalara Etkisi", Göç Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 1, Ocak-Haziran 2015, s. 36, 40 (İstinaf). YUKK md. 80/1-(d) bağlamında yapılan benzer bir görüş için ayrıca bkz. **Bayata Canyaş**, s. 152.

<sup>107</sup> **Gözler**, s. 348.

<sup>108</sup> **Yaşar Karayalçın**, Hukukta Öğretim, Kaynaklar, Metod, Ankara 1994, s. 115.

<sup>109</sup> **Bayata Canyaş**, s. 152.

olarak istinaf yoluna başvurunun engellenemeyeceğini öngören bir düzenleme karşısında YUKK'un idare mahkemesi kararlarının kesinliğini öngören md. 53/3 bir hüküm ifade etmemeli, aksine sınır dışı kararlarına karşı açılan davada idare mahkemesi kararlarının istinaf mahkemelerine götürülmesi mümkün sayılmalıdır. Böyle bir tercihin, hak arama hürriyetiyle daha çok bağdaşacağı açıktır. Buna karşın doktrinde, böyle bir tercihin yabancıya gerçek anlamda bir yargısal güvence sağlayacak olmakla birlikte, mevcut durumda önceki özel kanun-sonraki genel kanun ölçütünden yararlanmak suretiyle bir sonuca varılabileceğine işaret edilmektedir. Görüşe göre, önceki özel kanun mahiyetindeki YUKK'un sınır dışına ilişkin mahkeme kararlarına karşı kanun yolunu kapatan düzenlemesinin sonraki genel kanun özelliği gösteren İYUK'la etkisiz bırakılması söz konusu olamayacağından istinafa başvuru mümkün değildir<sup>110</sup>. Ancak idarî yargılama hukukunda değişiklik getiren istinaf kanun yolunun devreye girmesi ile birlikte, sınır dışı ile ilgili ilk derece mahkemelerinin vermiş olduğu söz konusu kararların istinaf kanun yoluna götürülebileceği hususunda bir dayanak ortaya çıkmıştır. Zira İYUK md. 45/1'de başka kanunlarda aksine hüküm olsa dahi idare mahkemesi kararlarının kural olarak bölge idare mahkemelerine istinaf kanun yolu çerçevesinde götürülebileceğine işaret edilmiştir. Bu bakımdan her ne kadar YUKK md. 53/3'de aksi öngörülse de İYUK md. 45/1 gereğince sınır dışı ile ilgili idare mahkemelerinin vermiş olduğu söz konusu kararların istinaf mahkemelerine götürülebilmesinde bir engel kalmamıştır<sup>111</sup>.

Sonuç olarak, sınır dışı etme kararı, konusu belli bir para içeren karar niteliği taşımadığından, iptali amacıyla idare mahkemelerinde açılan dava sonucunda verilen karara karşı istinaf yolu açıktır. Zira İYUK md. 45/1'de istinafa tâbi kararların belirlenmesi noktasında dava konusunun değeri dışında başka bir sebep belirleyici olarak görülmemiştir. İYUK md. 45/1, bu düzenlemenin aksini öngören özel kanun hükümlerinin dahi istisna olarak dikkate alınmasını ifade eden bir içerikli haizdir. Ancak uygulamanın YUKK md. 53/3'e uygun şekilde devam ettirdiği aksi yöndeki kanaati dikkate alındığında, sınır dışı etme kararlarına karşı açılan davalarda verilen mahkeme kararlarının istinafa konu edilmesi yakın zamanda mümkün gözükmemektedir.

Sınır dışı etme kararının iptali amacıyla açılan dava sonucunda verilen kararların istinafi sonrasında temyiz mümkün olup olmadığı hususu ise, İYUK md. 46 çerçevesinde tespit edilebilir. Buna göre, yukarıda da açıklandığı üzere, kanun koyucu hangi kararların temyize götürülebileceğini sınırlı sayıda saymak suretiyle, temyize tâbi kararlar yanında temyiz kapalı olduğu kararları da belirlemiş olmaktadır. Bu bağlamda, sınır dışı etme kararı, bir idarî işlem mahiyetinde olduğundan yalnızca İYUK md. 46/1-(b) esas alınmak suretiyle, bölge idare mahkemesinin kararlarının temyize götürülüp götürülemeyeceği tespit edilebilecektir<sup>112</sup>. Bölge idare mahkemelerinin konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idarî işlemler hakkında açılan davalar hakkında verdikleri kararlar, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi, Danıştay'da kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde temyiz edilebilir. Dolayısıyla, istinafa başvurunun mümkün olduğu sınır dışı etme kararlarının iptali amacıyla açılmış davalarda verilen kararların istinafa tabi tutulma-

<sup>110</sup> Bayraktaroğlu Özçelik, s. 246.

<sup>111</sup> Ekşi, İstinaf, s. 36.

<sup>112</sup> Ekşi, İstinaf, s. 38.

sından sonra bölge idare mahkemelerinin vereceği kararların temyize götürülebilmesi, konu itibarıyla parasal bir değer taşımayan iptal davaları bakımından mümkün değildir<sup>113</sup>.

### SONUÇ

YUKK md. 53/3'de sınır dışı etme kararlarına karşı açılan davalarda verilen mahkeme kararlarının kesin olduğu hüküm altına alınmıştır. Böylece idare mahkemesinin vermiş olduğu kararın bir üst mahkeme denetiminden geçirilmesi, yani kanun yollarına başvuru imkânı kapatılmıştır.

YUKK md. 53/3 ile sınır dışı etme kararına karşı idare mahkemelerinde dava açma hakkının aksine, istinaf ve temyiz gibi kanun yollarına başvuru hakkının tanınmaması hak arama hürriyeti bağlamında anayasaya aykırılık arz etmez. Zira Anayasa md. 16 gereğince yabancıların temel hak ve hürriyetleri milletlerarası hukuka uygun şekilde ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu bakımdan kaynağını YUKK'tan alan bu düzenleme, kanunî bir dayanağa sahiptir. Aynı şekilde, söz konusu düzenleme milletlerarası hukuka da uygunluk arz etmektedir. Gerçekten de mahkemeye erişim hakkı, AİHS'de özel olarak güvence altına alınmış olmamakla birlikte, AİHS md. 6/1'in koruma altına aldığı adil yargılanma hakkı, salt medenî hak ve yükümlülüklerden doğan uyumsuzluklar ile ceza hukuku kapsamındaki suç isnatlarıyla ilgili davalarda geçerlidir. Bu bakımdan kamu hukukuna özgü bir idarî işlem mahiyetindeki sınır dışı etme kararına karşı açılan davalar bakımından, adil yargılanma hakkını güvence altına alan AİHS md. 6'nın uygulama bulması mümkün olmadığından, kanun yollarını kapatan YUKK md. 53/3, AİHS md. 6'yı ihlal eden bir hüküm olarak nitelendirilemeyecektir. Aynı şekilde, AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol md. 2 gereğince temyiz hakkı yalnızca ceza davaları için koruma altına alındığından, idarî dava kapsamında kalan sınır dışı etme kararına ilk derece mahkemesinde dava açma hakkının tanınması yeterli görülmektedir. Bunun yanında, AİHS md. 13'de düzenlenen etkili başvuru hakkı kapsamında kanun yollarına başvuru zorunlu kılınmadığından, YUKK md. 53/3'ün idarî başvuruyu, ilk derece mahkemelerinde dava açmayı ve bireysel başvuruda bulunmayı engellemeyen içeriği de bu anlamda AİHS md. 13'deki güvenceye uygun bir düzenleme özelliği göstermektedir.

Sınır dışı etme kararlarına karşı açılan davalarda idare mahkemelerinin vermiş olduğu kararı bir üst mahkemeye götürebilmenin önünü kapatan YUKK md. 53/3 düzenlemesi, her ne kadar Anayasa md. 16'ya uygunluk arz etse de, hak arama hürriyetini kısıtlamaktadır. Söz konusu düzenlemenin İYUK md. 45/1'in idare mahkemesi kararlarının başka kanunlarda aksi öngörülmüş olsa da kural olarak istinafa tâbi olduğuna ilişkin hükmü karşısında işlevsiz hâle geldiği kanısındayız. Bu bağlamda, istinaf kanun yoluna ilişkin düzenlemelerin sonraki tarihli bir genel kanun konumundaki İYUK'ta yer alması sebebiyle önceki tarihli özel kanun özelliği taşıyan YUKK karşısında bir hüküm ifade etmediği söylenebilir de, İYUK md. 45/1'in başka kanunlarda aksine hüküm olsa dahi istinaf mahkemelerine başvuru hakkının bertaraf edilemeyeceğine ilişkin içeriği, sınır dışı etme kararına karşı açılan davalarda verilen kararların da

<sup>113</sup> YUKK uyarınca yapılan idarî işlemlere ilişkin bölge idare mahkemesi kararlarının temyiz edilmesinin mümkün gözükmediğine ilişkin benzer bir tespit için ayrıca bkz. **Ekşi**, İstinaf, s. 38.

istinaf kanun yoluna tâbi olduğu sonucuna vordırmaktadır. Uygulamadaki genel kabul aksi yönde olsa da, böyle bir çözüm, hak arama hürriyetinin etkin surette sağlanması açısından daha makul görünmektedir.

Son olarak belirtmelidir ki, YUKK md. 53/3'ün mevcut hükümleri dikkate alındığında, idare mahkemelerinin kararlarının kesin sayılması sebebiyle istinaf gibi temyiz kanun yolu da kapatılmıştır. Bununla birlikte, İYUK md. 45/1 çerçevesindeki değerlendirmelerimiz ışığında istinaf mahkemelerine başvurunun mümkün olabileceğine ilişkin görüşümüzün aksine, temyiz açısından aynı sonuca varılamayacaktır. Zira kanun koyucu hangi kararların temyize götürülebileceğini sınırlı sayıda saymıştır. Sınır dışı etme kararı, bir idarî işlem olduğundan yalnızca İYUK md. 46/1-(b) esas alınmak suretiyle, bölge idare mahkemesinin kararının temyize götürülüp götürülemeyeceği tespit edilebilir. Dolayısıyla, bölge idare mahkemelerinin konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idarî işlemler hakkında açılan davalar hakkında verdikleri kararlar temyiz edilebileceğinden, istinafa başvurunun mümkün olduğu sınır dışı etme kararlarının iptali amacıyla açılmış davalarda verilen kararların istinafa tabi tutulmasından sonra bölge idare mahkemelerinin vereceği kararların temyize götürülebilmesi, konu itibariyle parasal bir değer taşımayan iptal davaları bakımından mümkün değildir.

#### KAYNAKÇA

**Alangoya, Yavuz**, “Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK md. 427 Hükümü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s. 17-48.

**Avcı, Mustafa**, “İdari Yargıda İstinaf”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 96, 2011, s. 179-204.

**Aybay, Rona/Dardağan Kibar, Esra**, Yabancılar Hukuku, İstanbul 2010.

**Aydın, Bihter**, “Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 15, Ekim 2013, s. 271-296.

**Baumgartner, Samuel P.**, “Does Access to Justice Improve Countries' Compliance with Human Rights Norm? - An Empirical Study”, Cornell International Law Journal, Vol. 44, 2011, s. 441-491.

**Bayata Canyaş, Aslı**, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Kabul Edilemez Başvuru ve Hızlandırılmış Değerlendirme Kararlarının Kesinliği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 6, S. 22, Temmuz 2015, s. 133-167.

**Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm**, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 108, 2013, s. 211-258.

**Candan, Turgut**, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara 2005.

**Çağlayan, Ramazan**, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2014.

**Çelikel, Aysel/Öztekin Gelgel, Günseli**, Yabancılar Hukuku, İstanbul 2012.

**Çınar, Ali Rıza**, “İstinaf”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, S. 8, 2010, s. 14-25.

**Çınarlı, Serkan**, İdari Yargılamada İstinaf, Ankara 2017.

- Çiçekli, Bülent**, Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Ankara 2016.
- Dardağan Kibar, Esra**, “Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında Ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 11, No. 2, 2012, s. 53-74.
- Doğan, Vahit**, Türk Yabancılar Hukuku, Ankara 2016.
- Ekşi, Nuray**, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S. 1-2, 2009, s. 119-139.
- Ekşi, Nuray**, “2014 Yılında Kabul Edilen İdari Yargıda İstinaf Müessesesinin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında Açılacak İdari Davalara Etkisi”, Göç Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 1, Ocak-Haziran 2015, s. 12-43 (İstinaf).
- Ekşi, Nuray**, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, İstanbul 2015 (Yabancı).
- Gözler, Kemal**, Hukuka Giriş, Bursa 2012.
- Gözler, Kemal**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2010 (Anayasa).
- Gözübüyük, A. Şeref**, Yönetim Hukuku, Ankara 1998.
- Gül, Cengiz/Birtek, Fatih**, “Hak Arama Özgürlüğü ve Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapalı İşlemler”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S.1-2, 2007, s. 3-41.
- Gündüz, Aslan**, Milletlerarası Hukuk, Ankara 2013.
- Güran, Sait**, “Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Bir Deneme”, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları, İstanbul 1977.
- İnceoğlu, Sibel**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2005.
- Karayalçın, Yaşar**, Hukukta Öğretim, Kaynaklar, Metod, Ankara 1994.
- Keskin, Züleyha**, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 126, 2016, s. 235-262.
- Özay, İlhan**, Günışığında Yönetim, Yargısal Koruma, İstanbul 2010.
- Sancakdar, Oğuz**, “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu (11 Mayıs 2012), Danıştay Yayınları No. 83, Ankara 2013, s. 13-95.
- Saygın, Engin**, “İdari Yargıda İstinaf Mahkemesi Tartışmaları Üzerine Bir Analiz”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 635-648.
- Sirmen, K. Sedat**, “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2009, s. 29-45.
- Tekinalp, Gülören**, Türk Yabancılar Hukuku, İstanbul 2003.
- Ünal, Şeref**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, Ankara 2001.
- Yılmaz, Sevda**, “6545 ve 6552 Sayılı Kanunlar Çerçevesinde İdari Yargılama Usulü Değişiklikleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 28, Ekim 2016, s. 415-446.



<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/117.htm> (Erişim tarihi 20.03.2017).

<http://emsal.danistay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> (Erişim tarihi 02.03.2017).

<http://freecases.eu/Doc/CourtAct/4541018/11> (Erişim tarihi 10.03.2017)

<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-120402&filename=CASE%20OF%20ABDOLKHAN%u0130%20AND%20KAR%u0130MN%u0130A%20v.%20TURKEY%20-%20%20%5BTurkish%20Translation%5D%20summary%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs.pdf> (Erişim tarihi 10.03.2017)

<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58847&filename=001-58847.pdf&TID=ihgdqbxnfi> (Erişim tarihi 10.03.2017).

<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58374&filename=001-58374.pdf&TID=thkbhnilzk> (Erişim tarihi 10.03.2017).

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi /donem24/ yil01 /ss310.pdf> (Erişim tarihi 10.01.2017).

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss310.pdf> (Erişim tarihi 19.02.2017).



# TERÖRLE MÜCADELEDE DEVLETİN GÖZETLEMESİ KARŞISINDA BİREYİN ÖZEL HAYATININ GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI HAKKININ KARŞILAŞTIRMALI BİR DEĞERLENDİRMESİ (BİRLEŞİK KRALLIK VE TÜRKİYE)\*

(A COMPARATIVE ASSESSMENT ON THE PROTECTION OF INDIVIDUAL RIGHTS  
AND PRIVACY IN FACE OF COUNTER-TERRORISM RELATED STATE  
SURVEILLANCE (UNITED KINGDOM AND TURKEY))

**Araş. Gör./ Res. Asst. Feyzan Özbay\*\***

## ÖZ

Giderek artan terör olaylarının önlenmesi amacıyla Birleşik Krallık ve Türkiye’de, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, internet bağlantı kayıtlarının saklanması, kamusal alanlara kameraların yerleştirilmesi gibi yaygın bir biçimde gözetleme faaliyetleri yürütülmektedir. Gözetlemenin dayandığı hukuki rejimin, özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının normatif alanını sınırlandırırken sunduğu güvencelerin hukuk devleti ilkesine uygun olarak keyfiliği önlemesi ve ölçülü olması gerekmektedir. Bu anlamda gözetleyen kurumları denetleyen mekanizmaların da demokratik ve etkili bir şekilde işletilmesi şarttır. Birleşik Krallık ve Türkiye’de gözetlemenin hukuksal çerçevesinin benzer, farklı ve eksik yönlerinin vurgulanacağı bu çalışma, terörle mücadele ve özel hayatın gizliliğinin korunması arasındaki kırılğan dengeyi sergilemektedir.

**Anahtar Kelimeler:** terörle mücadele, özel hayatın gizliliği, gözetleme, iletişimin denetlenmesi, mobese

## ABSTRACT

*The main purpose of conducting widespread surveillance activities such as monitoring main communications via telecommunications, retaining internet connection records, and placing cameras in public areas is to prevent increasing terrorist incidents in the United Kingdom and Turkey both. The safeguards for the right to respect for private life which are stipulated by surveillance laws should be pro-*

---

\* Bu makale 16.06.2015 tarihinde Prof. Dr. Yavuz Abadan Anayasa Hukuku Ödülü’nü kazanmıştır. Bu eserin tamamlanması sırasında misafir araştırmacı olarak akademik çalışmalarımı yürüttüğüm Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ndeki Danışmanım Sayın Dekan Prof. Dr. Bertil Emrah Oder’e, tüm bilgeliğiyle sorularıma berrak yanıtlar sunduğu, daha iyisi için beni daima yüreklendirdiği ve tüm emeği ve şefkati için kalpten teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

\*\* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. feyzanozbay@gmail.com. (Bu makale, 23.1.2017 tarihinde Editörler Kurulu’na ulaşıp olup birinci hakem onayından 20.2.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 23.3.2017 tarihinde geçmiştir.)

*portionate and should prevent arbitrariness in accordance with the rule of law. In this sense, it is essential that the oversight mechanisms for security services should also be operated in a democratic and effective manner. This study, which will emphasise the similar, different and incomplete aspects of surveillance regimes in the UK and Turkey, aims to present the fragile balance between the fight against terror and the protection of private life.*

**Keywords:** *fight against terrorism, the right to respect for private life, surveillance, interception of communications, cctv*

\*\*\*

## GİRİŞ

Terör, liberal, kısmi liberal ya da liberal olmayan rejimleri, bu niteliklerinden arı olarak, şiddet yöntemleriyle yıkmayı amaçlayan, insanların güvenliğini tehdit eden bir tehlike olarak modern devletlerin gündeminde hemen her zaman öncelikli sırada yer almıştır.<sup>1</sup> 'Terör' tanımı üzerinde henüz genelgeçer bir uzlaşmaya varılamamış olsa da, devletler, demokratik yöntemlerle seçilmiş hükümeti ve kamu düzenini ortadan kaldırmayı amaçlayan şiddet olaylarını önlemeye ve bastırmaya yönelik yasal düzenlemeleri terörle mücadele mevzuatı kapsamında kabul etmektedirler. Eski çağlardan beri terör tehlikesi devletlerin politik gündeminde öncelikli sıralarda yer aldığı halde, özellikle 11 Eylül 2001 New York ve 7 Temmuz 2005 Londra saldırılarından sonra küresel ve yerel ölçekte giderek artan terör saldırılarının önlenmesi gerekçesiyle Birleşik Krallık ve Türkiye'nin terörle mücadele mevzuatında oldukça katı düzenlemeler kabul edilmiştir.<sup>2</sup> Bunlara ek olarak, kamusal alanlara kameraların yerleştirilerek anlık görüntü kayıtlarının alınması, biyometrik kimlik doğrulaması<sup>3</sup>, DNA ve

<sup>1</sup> *Freedom House*, siyasi haklardan sivil özgürlüklere, adil seçim kanunlarının varlığından siyasi çoğulculuk ve katılıma, hükümetin denetlenmesine, akademik, dini ve basın özgürlüklerinin etkin korunmasına uzanan çoklu sorulardan oluşan bir puanlandırma yöntemiyle devletleri, liberal, kısmi liberal ve liberal olmayan şeklinde üçlü bir kategoriye tabi tutmaktadır. Buna göre 2016' raporunda Türkiye kısmi liberal bir ülke statüsündeyken, Birleşik Krallık liberal bir ülke olarak sınıflandırılmıştır. **Freedom House**, Methodology, (Çevrimiçi) <https://freedomhouse.org/report/freedom-world-2016/methodology>, 16 Ekim 2016.

<sup>2</sup> 11 Eylül saldırılarından önce İngiltere'de kapsamlı bir Terrorism Act 2000 uygulanmaktaydı. Ancak bu saldırılardan sonra, hükümet artan terör tehlikesine karşı yeni kanunlarla mücadele etme amacı doğrultusunda yeni önlemler içeren kanunlar kabul etti. Bunlar, 2001 Terörle Mücadele, Suç ve Güvenlik Kanunu (*Anti-Terrorism, Crime and Security Act*), 2005 Terörizmin Önlenmesi Kanunu (*Prevention of Terrorism Act*), 2006 Terörizm Kanunu (*Terrorism Act*), 2008 Terörle Mücadele Kanunu (*Counter-Terrorism Act*) ve 2010 Teröristlerin Malvarlığının Dondurulmasına İlişkin Geçici Hükümler İçeren Kanun [The Terrorist Asset-Freezing (Temporary Provisions)] ile 2015 tarihli Terörle Mücadele ve Güvenlik Kanunu (*Counter-Terrorism and Security Act*)'dur.

<sup>3</sup> Genel sağlık sigortalıları ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetinden yararlanabilmeleri için kimliklerinin biyometrik yöntemle doğrulanmasını ön koşul olarak öngören hükmün, bu hüküm uyarınca elde edilen kişisel verilerin terör örgütlerinin eline geçebileceği riskini de içeren gerekçelerle özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği iddiasıyla açılan bir davayı, Anayasa Mahkemesi (AYM), kişilerin başkalarının yerine geçerek sağlık hizmetinin suiistimal etmelerini ve Sosyal Güvenlik Kurumu'na yönelik yolsuzluğu önleme amacıyla getirilen kuralda kamu yararı bulunduğu gerekçesiyle

parmakizi örneklerinin alınması, internet üzerinden yapılan her türlü işlemin ve alışverişin takip edilmesi gibi önleyici tedbirler de kabul edilmiştir. Tüm bunlar, kişinin ismi, yaşı, cinsiyeti, kan grubu, kimlerle iletişim kurup görüştüğü, yurtdışına ne zamanlar çıktığı, alışveriş alışkanlıkları gibi kişisel veri sayılan bilgiler üzerinde devletin terörle mücadele kapsamında erişimine ve kontrolüne izin vermektedir.<sup>4</sup>

Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi, kişisel kararlarını alabilmesi ve duygusal rahatlaması gibi değerlerin korunması için devletin ya da diğer özel kişilerin karışık müdahale edemeyeceği özerk bir kişisel alanı bulunmalı ve bu alana müdahale edilmemelidir.<sup>5</sup> Oysa kim tarafından gözetlendiğini bilemeyen insanın modern zamandaki konumu, Bentham'ın Panopticon ismiyle tasvir ettiği hapishanedekine benzer biçimde, iktidarın kişinin tüm hareket ve seçimlerini gözetlemesine olanak vermekte ve izlendiğinin bilincinde davranan insanın mahremiyet alanı kısıtlanmaktadır.<sup>6</sup>

Türkiye'de ve Birleşik Krallık'ta bireylerin terörle mücadele kapsamında gözetlenmesi sırasında, iletişimlerinin usulsüz dinlenmesi ve kaydedilmesine ilişkin bu makalenin ilerleyen bölümlerinde detaylandırılacak bazı skandallar yaşanmıştır. Vatandaşlarının güvenliğini sağlamak bugün, II. Dünya Savaşı'ndan sonra daha yaygın bir biçimde tartışılan insan haklarını garanti altına alan rejimlerin iç hukukta pekiştirilmesi meselesinden daha önemli bir hale gelmiştir. Terör olgusunun kendisi, belirli temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını engellerken, devletler de benzer hakları sınırlandırarak bazen de kullanımını durdurarak terörle mücadele etmektedirler. Bu da terörün bir paradoksu olarak, devletlere ikili bir sorumluluk yüklemektedir. Bunlardan birincisi, terör kaynaklı insan hakları ihlallerini önlemek ve diğeri de terörle mücadele sırasında insan haklarını devlet kurumlarının ve görevlilerinin işlediği ihlallerden korumaktır.

Bu dengenin sağlanması noktasında, bu makalenin ortaya çıkış amacını oluşturan belirli hukuki sorunlar gündeme gelmektedir, zira makalenin temel meselesini terörle mücadelede istihbarat kurumlarının gözetlemesi karşısında bireyin özel hayatının gizliliğinin korunmasının sağlanmasında anayasal kuramların ve güvencelerin etkinliğinin saptanması oluşturmaktadır. Birleşik Krallık ve Türkiye'nin karşılaştırmalı bu çalışmaya konu edilmesi, aşağıdaki nedenlerden kaynaklanmaktadır. Birleşik Krallık'ın terörle mücadele konusundaki mevzuat ve politikaları, 11 Eylül öncesi ve sonrasında diğer ülkeler üzerinde önemli etkiye sahiptir.<sup>7</sup> Özellikle Birleşik Krallık'ın bu konuda Kuzey İr-

---

le reddetmiştir. Bkz. AYM, E. 2014/180, K. 2015/30, K.t. 19.3.2015, R.G. Tarih: 3.4.2015, Sayı: 29315.

<sup>4</sup> **Merris Amos**, "The Impact of Human Rights Law on Measures of Mass Surveillance in the United Kingdom", *Surveillance, Counter-Terrorism and Comparative Constitutionalism*, Ed. Fergal Davis, Nicola McGarrrity and George Williams, New York, 2014, s.152., **Michel Foucault**, *Hapishanenin Doğuşu*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara, 2006, s. 296 vd.

<sup>5</sup> **Ergun Özbudun**, *Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. I, Ankara, 1977, s. 265.

<sup>6</sup> **Foucault**, *Hapishanenin Doğuşu*, s. 296 vd.

<sup>7</sup> **Cian C. Murphy**, "Transnational Counter-Terrorism Law: Law, Power and Legitimacy in the 'Wars on Terror'", *Transnational Legal Theory*, King's College London Law School

landa ile olan tarihsel çatışmaları neticesinde tecrübe ettiği terör olaylarının niceliksel yoğunluğu ve bunlara karşı izlediği hukuki ve siyasi politikalar, onu terörle mücadele alanında adeta bir rol model konumuna getirmektedir. Keza yapılan literatür taramasında Türkiye ve Birleşik Krallık'ın güncel terörle mücadele mevzuatının ve ilgili mahkeme kararlarının bu çalışmaya esas teşkil eden sorun bakımından detaylı bir analizine rastlanmamıştır. Bu nedenle, makalede, bir terörle mücadele yöntemi olarak gözetlemenin özel hayatın gizliliğinin korunmasındaki etki ve sonuçlarının Birleşik Krallık ve Türkiye'nin ülkesel düzleminde tartışılması planlanmıştır.

Gözetlemenin modern toplum yapısının kurumsal boyutunun kaçınılmaz bir yönü olduğu kabul edilmektedir.<sup>8</sup> Özellikle terör tehlikesinin bertaraf edilmesi amacıyla liberal demokratik devletlerin gittikçe yoğunlaşan kitle gözetlemesinde bulunmaları özel hayatın gizliliği hususu ile ilgili ciddi endişelere sebep olmaktadır.<sup>9</sup> Buna rağmen, milli güvenliği ve kamu düzenini yıkıcı ve yıldırıcı unsurların tehlike ve tehditlerini etkin bir şekilde savurmak amacıyla gizlice gözetleme yetkisinin, devletin egemenliğinin içkin ve zorunlu bir unsuru olduğu algısı, anılan endişelerin uluslararası yargı mercilerine yöneltildiği daha ilk zamanlardan başlayarak kabul edilegelmiştir.<sup>10</sup> Bu makale temel olarak üç esastan oluşmaktadır. Öncelikle, terörün kavramsal ve hukuksal bir analizi yapılarak, özel hayatın gizliliği hakkının terörle mücadelede gözetlemeyle kesişen normatif alanı belirtilecektir. Daha sonra istihbarat kurumlarını ve faaliyetlerini düzenleyen kanunların bu normatif alanı sınırlandırarak sunduğu güvencelerin eşiği saptanacaktır. Son olarak da gözetleme faaliyetlerine ilişkin öngörülen demokratik mekanizmaların etkinliği karşılaştırılarak değerlendirilecektir.

### I. Terörün Kavramsallaştırılması (Sisifos'un Meydan Okuması)

İyi bir araştırma yapmak için kavramların düzgün bir şekilde tanımlanması ve kullanılması elzemdir.<sup>11</sup> Karşılaştırmalı analizlerdeki en mühim meselerden biri, Sartori'nin belirttiği üzere, bir disipline ait terimlerin evrensel bir anlam ifade etmesini sağlamak amacıyla belirsiz, muğlak ve müphem olarak kavramsallaştırılması tehlikesidir.<sup>12</sup> Zira bir araştırmacı artık internetteki gelişmelerle birlikte, görgül ve teorik veriler -kimi zaman da yanlış bilgiler- denizde bilinçsizce yüzmekte ve bunun neticesinde de, yaptığı karşılaştırmalı analiz doğruluktan ve kesinlikten uzak olma tehlikesiyle karşı karşıya kalmak-

---

Research Paper No. 2015-14., C. 16, No:1, 2015, s.6. (Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=2570929>, 12.08.2015.

<sup>8</sup> Modern toplumların, kapitalizm, sanayileşme, gözetleme ve şiddet araçlarının kontrolü olmak üzere dört kurumsal boyutu olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Anthony Giddens**, *Modernliğin Sonuçları*, Çev. Ersin Kuşdili, İstanbul, 2004, s. 74-75.

<sup>9</sup> **Paul Anderson**, "Fighting 'Terrorism', Repressing Democracy: Surveillance and Resistance in the UK", Warwick Law School Legal Studies Research Paper, S.1, 2016, s. 5.

<sup>10</sup> AİHM, *Klass ve diğerleri/Almanya*, Başvuru No: 5029/71, K.t. 6.9.1978, para. 48.

<sup>11</sup> **Andrea Locatelli**, "What is terrorism? Concepts, definitions and classifications", *Understanding Terrorism*, Ed. Raul Caruso/Andrea Locatelli, s.2. (Çevrimiçi) [http://dx.doi.org/10.1108/S1572-8323\(2014\)0000022001](http://dx.doi.org/10.1108/S1572-8323(2014)0000022001), 14.08.2015.

<sup>12</sup> **Giovanni Sartori**, "Concept Misformation in Comparative Politics", *The American Political Science Review*, C. 64, No. 4, 1970, s. 1035.

tadır.<sup>13</sup> Terör ve terörle mücadele kavramlarının temeli üzerine kurulacak bu makalede, kavramların kullanımının müphem sonuçlar yaratması tehlikesini bertaraf etme düşüncesiyle, Sartori'nin önerdiği soyutlandırma merdiveni sisteminde adeta manevralarla, kesin ve makro düzeydeki teorileri ve görgül testleri göz önüne alarak, benzerlik ve farklılıklara dayanan bir tasnif yapılması hedeflenmektedir.<sup>14</sup>

Terörle ilgili siyaset bilimi alanındaki çalışmalar incelendiğinde, günümüze dek ulaşılan tanımların çeşitliliğinin ve niceliksel fazlalığının araştırmanın başlangıcı için biraz yıldırıcı olduğunu belirtmek gerekir.<sup>15</sup> Bu zorluğun bilincinde yazılan makalenin bu bölümünde, "terör" ve "terörle mücadele" kavramlarının küresel düzeyde geçerli olacak bir tanımının belirlenmesi amaçlanması, bu bölüme adını veren Sisyphos mitinde olduğu gibi tekrar aşağı yuvarlanacağını bildiği halde bir kayayı yeniden tepeye çıkarma mücadelesine benzetilmektedir.<sup>16</sup> Evrensel bir kavram oluşturmak için doktrinde oldukça fazla sayıda bulunan tanımların bir analizi yapıldıktan sonra, Birleşik Krallık ve Türkiye'nin terörle mücadele mevzuatlarındaki tanımlar karşılaştırılacaktır.

### **A. Terör ve Terörizm Kavramları**

Terör kavramının ilk kullanımının tespit edildiği kaynak, hükümetler tarafından yürütülen bir faaliyet anlamıyla 1795'te *Oxford İngilizce Sözlük*'te Burke'un bir alıntısıdır.<sup>17</sup> Akademik çalışmalarda terör ve terörizm kavramlarının bazen birbirleri yerine kullanıldığı, bazen de aralarındaki teknik farkın vurgulandığı dikkat çekmektedir. Gerçekten de bu kadar tartışmalı bir terim olan terörün kavramsallaştırılmasında belki de ilk ve en kolay yol, terör ve terörizm arasındaki farkın saptanmasıyla başlamaktadır.<sup>18</sup> Bir görüşe göre, terörizm, dehşet yaratarak siyasi bir amacı gerçekleştirmeye yönelmiş bir araç iken, her terör eylemi, terörizm içerisinde değerlendirilemez, zira şahsi ve cezai amaçlara

<sup>13</sup> **Sartori**, *Concept Misformation in Comparative Politics*, 1053.

<sup>14</sup> Soyutlandırma merdiveninde aşağı inildikçe daha kesin özellikler belirlenmekte, ancak bu özellikler nicelik bakımından daha az olaya ya da olguya atfedilebilmektedir. Oysa yukarı çıkıldıkça kavramların karakteristik özelliklerinin kesinliği belirsizleşmekte ve daha çok olguya ya da olaya atfedilmektedir. Dolayısıyla yukarı çıkıldıkça tüm olguları tanımlayabilecek kavramsal esnetme adeta engellenmektedir. Bu anlamda terör tanımlanırken de geniş ve kapsayıcı bir metod seçildiğinde, bazı terör faaliyetlerinin –özellikle insancıl hukuka uygun olan ve silahlı çatışma sırasında işlenen faaliyetler- meşrulaştırılması mümkün olurken, daha dar anlamda terörün özünü oluşturan bir tanımda yer alan örneğin masumlara saldırılmasının hiçbir şekilde meşrulaştırılmayacağı açıktır. Bkz. **Ben Saul**, "Defining Terrorism in International Law", New York, 2008, s. 69.

<sup>15</sup> **Anna Oehmichen**, *Terrorism and Anti-terror Legislation: The Terrorised Legislator?: A Comparison of Counter-terror Legislation and Its Implications on Human Rights in the Legal Systems of the United Kingdom, Spain, Germany and France*, Oxford, 2009, s.3.

<sup>16</sup> **Homeros**, *Odysseia*, Çev. Azra Erhat, A. Kadir, 21.bs., İstanbul, 2008, s. 212. Bu girişimin anlamsız olacağı yönündeki eleştirilere yanıt olarak Camus'un "Sisifos Söyleni" kitabındaki tespiti ileri sürülebilir. "*Tepelere doğru tek başına didinmek bile bir insan yüreğini doldurmaya yeter.*" Bkz. **Albert Camus**, *Sisifos Söyleni*, 33. bs., İstanbul, 2016, s. 141.

<sup>17</sup> **Jenny Teichman**, "How to Define Terrorism", *Terrorism*, Ed. Conor Gearty, England, 1996, s.5., **Walter Laqueur**, *A History of Terrorism*, 7.bs, London, 2012, s.6.

<sup>18</sup> **Grant Wardlaw**, *Political Terrorism*, 2. bs, Cambridge, 1984, s. 9.

yönelik terör faaliyeti de yürütülebilir.<sup>19</sup> Oysa terörizm her zaman siyasi bir amaca yönelmiştir. Doktrindeki yaygın görüşe göre, terör, vatandaşlar arasında sürekliliği bir korku, tehdit ve yığınlık yaratan ve araç olarak kullanılan eylemleri ifade etmektedir.<sup>20</sup> Terörizm ise, siyasi amaçlarla istediklerini elde etmek ve korkutmak amaçlarıyla terörün sistemli bir şekilde uygulanmasını içeren bir taktik ve strateji biçimidir.<sup>21</sup> Yine terör ve terörizm arasındaki bir diğer fark, devlet ve sivililer arası terör ayırımından kaynaklanmaktadır. Buna göre devlet destekli yıldırıncı faaliyetlerden bahsedilirken terör, devletin altındaki sivililerin oluşturduğu hizipler arasındaki terörden bahsedilirken de terörizm ifadesinin kullanıldığı tespit edilmiştir.<sup>22</sup> Ancak bu ayırımın literatürde artık ortadan kalktığını belirtmek gerekir. Bir diğer görüşe göre, sonundaki “-izm” eki, terörizm, diğer siyasi ve felsefi sistemler gibi bir dizge çağrıştırmaktadır. Ancak ‘terörizmin’ bir ideoloji, doktrin ya da bir sistem olarak tanımlanması doğru değildir.<sup>23</sup> Bu makalede bu son görüşe itibar edilerek terör kavramı bilinçli olarak seçilmiştir, zira terörizmin bir ideoloji olmadığı değerlendirilmektedir. Gerçekten de terör, bir felsefe ya da devrim hareketi değildir, bir taktik ve yöntemdir.<sup>24</sup>

Aslında terör bir taktik olduğu için, terörle mücadele (*anti-terrorism*) ya da teröre karşı savaş (*war on terror*) kavramı ile hükümetlerin neyi kast ettiği de belirsizleşmektedir. O nedenle ‘siyasi saiklerden kaynaklanan, önceden tasarlanmış şiddet’ tanımlaması kabul edilmektedir. Bir eylemin terör faaliyeti sayılabilmesi için, olayın doğrudan etkilenen mağdurlarının ötesinde, daha geniş kapsamlı bir kitleyi korkutmak ve etkilemek amacı bulunmalıdır.<sup>25</sup> ‘Terörle mücadele’ kavramı ile ilgili olarak, hukuk kurallarını ihlal ederek yaptıkları eylemler nedeniyle teröristlere hukuk devleti sınırları içerisinde kalınarak karşılık verilmesi kimi zaman tartışmalı hale gelmektedir. Ancak terörle mücadele yöntemleri sırasında güvenlik güçlerinin hukuk dışında kalan her türlü faaliyetinin, teröristlerin devletin meşruluğunun ortadan kalktığı yönündeki propagandalarında kullanmaları muhtemeldir. Dolayısıyla terörle mücadele, halkın desteğini alma yönünde terörist ve güvenlik güçleri arasında gerçekleştirilen bir strateji ve adımlar bütünü olarak hukuk devleti sınırları içerisinde kalmalıdır.<sup>26</sup>

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> **Mesut Hakkı Çaşın**, Uluslararası Terörizm, Ankara, Nobel, 2008, s. 37.

<sup>21</sup> Ibid., **Sulhi Dönmezer**, “Tedhişçilik Üzerine”, Devir Dergisi, C. 6, 1972, s.20 aktaran **Atilla Yayla**, “Terörizm: Kavramsal Bir Çerçeve”, AÜSBFD, C. 45, No:1, 1980, s. 339 (Çevrimiçi) <http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/45/1/atillayayla.pdf>, 1 Kasım 2015.

<sup>22</sup> **Paul Wilkinson**, Terrorism Versus Democracy: The Liberal State Response, London, Frank Cass, 2001, s. 19., **Emre Öktem**, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, İstanbul, Derin Yayınları, 2007, s. 254.

<sup>23</sup> **Hamide Zafer**, Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, İstanbul, 1999, s.3., **Mehmet Ali Bal**, Savaş Stratejilerinde Terör, İstanbul, 2003, s.30-31. **Dönmezer**, Tedhişçilik Üzerine, s.20. aktaran **Faruk Turinay**, “Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı”, TBB Dergisi, Sayı:116, 2015, s.46., **Omar Malik**, Enough of the Definition of Terrorism, London, 2000, s.50.

<sup>24</sup> **Wilkinson**, Terrorism Versus Democracy, s. 13.

<sup>25</sup> **Alan Krueger**, What Makes a Terrorist: Economics and the Roots of Terrorism, Oxford, 2007, s.13.

<sup>26</sup> **İhsan Bal**, “Türkiye’de Terörle Mücadele: PKK Örneği”, Dünyadan Örneklerle Terörle Mücadele, Ed., İhsan Bal, Süleyman Özeren, Ankara, 2010, s. 36.



Terörün tanımlanmasına yönelik çalışmalarda şu iki yaklaşım dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki, terörün sübjektif bir biçimde tanımlanarak, iktidarın çıkarlarına ters düşen tek bir düşman olarak nitelendiriliği propagandacı yaklaşımdır. Diğerisi ise, terörü oluşturan nedenlerin ve önemli terör olaylarının nesnel bir şekilde ele alındığı gerçekçi bir yaklaşımdır.<sup>27</sup> Bu çalışmada da gerçekçi bir yaklaşım izlenerek, terör kavramı amaçsal, görgül ve tarihsel açılarından tanımlanacaktır.<sup>28</sup> Amaçsal yönetime göre terör sırasıyla maddi, mistik ve dini, düşmanı yok etme veya siyasi olmasına göre cezai, psişik, savaş terörü ve siyasi terör olarak tasnif edilebilir.<sup>29</sup> Amaçsal bakımdan terörün basit ve ikili bir yapısı olduğu söylenebilir. Buna göre terörün doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki hedefi vardır, dolaylı hedef öldürme, zarar verme ya da korkutma gibi yıldırıcı faaliyetlerle iktidara kendi istediklerini yaptırmalarıdır.<sup>30</sup> Görgül yönetime, eylemlerin bütünü dikkate alınarak terörle ilişkilendirilen bir tanım yapılmaktadır.<sup>31</sup> Buna göre terör, adam kaçırma, adam öldürme, mala zarar verme vs. gibi geniş bir yelpazedeki suçların toplumu sindirmek ve halka dehşet saçmak amacıyla işlenmesidir.<sup>32</sup> Modern terörün tipik yöntemleri patlayıcı ve yakıcı bombalar, ateş edici saldırılar ve adam öldürme, rehin alma, adam kaçırma ve uçak ya da araç kaçırmadır.<sup>33</sup> Tarihçilerin açıklamaları dikkate alındığında, terörün orijinal anlamının iktidar tarafından yapılan eylemler olarak ortaya çıktığı, ancak zamanla iktidara karşı yönelen eylem anlamına kaydığı gözlemlenmektedir. Tarihsel açıdan terörün tek bir tanımının, tarihteki tüm tanımları kapsamaması mümkün değildir.<sup>34</sup>

Bu anlatılanlar ışığında bir eyleme terör niteliğini veren beş şartın terörün tanımlanmasında yaygın kabul gördüğü anlaşılmaktadır. Bunlar, (1) şiddet içermesi, (2) siyasi bir amacının veya etkisinin olması, (3) insanları doğrudan öldürmekten ziyade onlara korku salacak şekilde bırakarak dolaylı bir yaklaşım sergilemesi, (4) normları ihlal etmesi, (5) savunmadan ziyade saldırı odaklı olmasıdır.<sup>35</sup> İzleyen bölümde Birleşik Krallık ve Türkiye’de terörün hukuki tanımındaki ortak ve ayrımlı unsurlar değerlendirilecektir.

## B. İngiliz Hukukunda Terör

Birleşik Krallık’ın terörle mücadele mevzuatında ilk olarak 1973 tarihli Kuzey İrlanda Olağanüstü Hal Hükümleri Kanunu (*Northern Ireland Emergency Provisions Act*)<sup>36</sup> ile terör, şiddetin siyasi amaçlarla kullanılması ve halkı herhangi bir şekilde dehşete ve korkuya düşürme amacıyla şiddetin her türlü kul-

<sup>27</sup> **Noam Chomsky**, Terör ne?: Terörist kim?: Avrupa, Asya ve Ortadoğu, Ankara, 2000, s. 11.

<sup>28</sup> **Wardlaw**, Political Terrorism, s. 12., **Zafer**, Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, s.6-9.

<sup>29</sup> **Wardlaw**, Political Terrorism, s. 12.

<sup>30</sup> **Igor Primoratz**, “What is Terrorism?”, Terrorism, Ed. Conor Gearty, England, 1996, s.19.

<sup>31</sup> **Zafer**, Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, s. 6.

<sup>32</sup> **Doğu Ergil**, Türkiye’de Terör ve Şiddet, Ankara, 1980, s.1.

<sup>33</sup> **Wilkinson**, Terrorism Versus Democracy, s. 13.

<sup>34</sup> **Zafer**, Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, s. 8.

<sup>35</sup> **Locatelli**, What is terrorism?, s. 8 vd., **Caşın**, Uluslararası Terörizm, s.116.

<sup>36</sup> Benzer bir tanımlama 1989 tarihli Terörün Önlenmesi Kanunu (*Prevention of Terrorism Act*) ile 1996 tarihli Kuzey İrlanda Olağanüstü Hal Hükümleri Kanunu’nda (*Northern Ireland Emergency Provisions Act*) yer almaktadır.

lanımını kapsayacak biçimde tanımlanmıştır. Bu kanuni tanım belirli sembolik amaçları hedeflemekle birlikte, polise verdiği yetkilerin olağan suçlarda kullanılmasa ölçüsüz olarak nitelendirilebilecekken, terör kapsamına giren suçlarda bu yetkilerin kullanılmasına zemin hazırlayan yasal bir araç olarak değerlendirilmiştir.<sup>37</sup>

2000 tarihli Terörizm Kanunu (*Terrorism Act*)<sup>38</sup> ise, terör tanımını önceki kanunlardan farklı olarak üç temel unsur daha ekleyerek genişletmiştir. Bunlar, (1) insanların hayatlarına ve mallarına yönelik ciddi bir şiddet ya da tehlike veya elektronik sistemleri bozacak veya ciddi bir müdahale edecek davranış ya da tehdidin varlığı, (2) politik, dini, etnik veya ideolojik bir olayı gerçekleştirme amaçlanması, (3) bu davranış ya da tehditlerin silah ve patlayıcı kullanarak hükümeti veya hükümetlerarası bir örgütü etkilemeyi amaçlaması ya da halkı ya da halkın bir bölümünü korkutarak sindirmeyi hedeflemesidir. Birleşik Krallık dışında bir devlete veya hükümete karşı işlenen terörist eylemler de bu kanun kapsamında terör faaliyeti sayılacaktır.<sup>39</sup>

Doktrinde bu tanımın fazla geniş olduğunu ve örneğin bilişim sistemine basit bir giriş yapmak olarak adlandırılabilir korsanlığın (*hacking*)<sup>40</sup> ya da doğal yaşamın korunmasına dikkat çekmek amacıyla çevrecilerin kendilerini ağaçlara zincirleyerek protesto etmelerinin terör eylemi olarak değerlendirilebileceği örneği verilmiştir. İngiliz Yüksek Mahkemesi, 2006 tarihli Terör Kanunu (*Terrorism Act*) uyarınca terör ile ilgili yayınları internet üzerinden dağıtan bir hukuk fakültesi öğrencisinin suç teşkil eden eylemleri nedeniyle açılan davada “terör” tanımını da incelemiştir. İngiliz Yüksek Mahkemesi, kanundaki terör tanımının geniş olduğuna karar vermiş, ancak dar yorumlamak için de bir dayanak bulunmadığını ileri sürmüştür.<sup>41</sup> Zira uluslararası hukukta üzerinde anlaşmaya varılmış bir tanım olmadığı gibi, faşist bir rejime ya da sömürge egemenliğine karşı ayaklanan ve kimilerine göre özgürlük savaşçıları olarak adlandırılan kişilerin, terörist olarak nitelendirileceğine ilişkin bir uluslararası anlaşma bulunmamaktadır.<sup>42</sup>

Birleşik Krallık'ta bir kişinin ya da örgütün 2000 ve 2006 tarihli Terörizm Kanunları'na dayanarak terörist ya da terör örgütü olarak nitelendirilmesine karar verme yetkisi İçişleri Bakanlığı'na aittir.<sup>43</sup> İçişleri Bakanlığı'nın bu

<sup>37</sup> **Ian Loveland**, *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights: A Critical Introduction*, 7.bs., New York, 2015, s. 733.

<sup>38</sup> **İbrahim Kaya**, *Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk*, Ankara, 2006, s.14.

<sup>39</sup> Terörün tanımlanmasına yönelik son yasal düzenleme olan 2015 tarihli Terörle Mücadele ve Güvenlik Kanunu'nda (*Counter-Terrorism and Security Act*) bu tanımın halen geçerli olduğu öngörülmektedir.

<sup>40</sup> **Jean-Claude Paye**, *Hukuk Devletin Sonu: Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele*, Ankara, İmge, 2009, s. 151., **John Alder**, *Constitutional and Administrative Law*, 10. bs., London, Palgrave, 2015, s. 578.

<sup>41</sup> R v Gul [2013] UKSC 64.

<sup>42</sup> **Antonio Coco**, “The Crime of Terrorism in Times of Armed Conflict as Interpreted by the Court of Appeal of England and Wales in R v. Mohammed Gul” *Journal of International Criminal Justice*, C. 11 S. 2, 2013, s. 430.

<sup>43</sup> Bkz. 2000 tarihli Terörizm Kanunu'nun 3. bölümü ile 2006 tarihli Terörizm Kanunu'nun 21. bölümü. **Helen Fenwick/Gavin Phillipson**, “Legislative Over-Breadth, Democratic Failure and the Judicial Response: Fundamental Rights and the UK's Anti-

kararı vermesi için örgütün terörle ilgili olduğuna kani olması yeterli olup, bu inancını haklı gösterecek makul gerekçeleri göstermesi aranmamaktadır.<sup>44</sup> Terörle ilgili olmak, terör eylemlerini işlemek, bunlara katılmak, bu eylemlerin işlenmesini kolaylaştırmak, desteklemek ya da kanuna aykırı bir şekilde terörü övmek ya da diğer yönlerden terörle ilgili olmak anlamına gelecek şekilde oldukça geniş kaleme alınmıştır.<sup>45</sup> Terörist olduğu saptanan örgütlerin İçişleri Bakanlığı'na, görüşmeleri kapalı yargılamaya tabi olan Yasaklı Örgütler İtiraz Komisyonu'na ya da Temyiz Mahkemesi'ne başvurularak, isimlerinin yasaklı örgütler listesinden çıkarılmasını talep etme hakkı bulunmaktadır.

### C. Türk Hukukunda Terör

Türkiye'de terörü önlemek ve terör kapsamında işlenen suçları etkin bir şekilde cezalandırmak amacıyla 1991'de Terörle Mücadele Kanunu kabul edilmiştir.<sup>46</sup> 1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda (TMK) terör,

*“cebir ve şiddet kullanarak, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girilecek her türlü suç teşkil eden eylemler”*

olarak ifade edilmiştir.<sup>47</sup> Görüldüğü üzere, bir eylemin terör olarak nitelendirilebilmesi için üç koşul aranmaktadır. Bunlar, (1) eyleme baskı, korkutma ve yıldırma gibi sayılan yöntemlerden biriyle girişilmiş olması, (2) eylemin amacı maddede anılan temel hak ve özgürlükleri yok etmek gibi nedenlerden biri olması ve (3) bir örgütle bağlantısı olan kişilerce işlenmelidir. TMK'deki bu tanımın belirsiz olduğu, suçun unsurlarının kesin olarak belirtilmediği, birden fazla yoruma yol açtığı ve bu nedenle de suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla açılan bir davada, Anayasa Mahkemesi (AYM), bu iddiaları reddetmiş ve anılan terör tanımının suçların kanuniliği ilkesine uygun olduğuna hükmetmiştir.<sup>48</sup> AYM'ye göre, hükümde geçen baskı, korkutma gibi ifadeler, cebir, şiddet, tehdit kavramları ile yakından ilişkili olup benzer anlamlara gelmektedir. Keza anılan düzenlemede belirttiği şekliyle terör eylemlerinin amaçları ve örgüt terimi, yürürlükteki Ceza Kanunu'nun ilgili maddeleriyle somut ve açık olarak belirlenebilmektedir.

AYM, daha yakın tarihli diğer bir kararında, mevzuatta tanımı yapılmış, uygulamada yerleşmiş, uygulama ve öğretinin yardımıyla açıklık kazanmış 'terör' kavramının belirsizliğinden söz edilemeyeceği sonucuna ulaşarak, terör

---

Terrorist Legal Policy”, Global Anti-Terrorism Law and Policy, Ed. Victor V. Ramraj/Michael Hor/Kent Roach, Cambridge, 2005, s. 460.

<sup>44</sup> Alder, Constitutional and Administrative Law, s. 578.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> **Bülent Tanör**, “Terörle Mücadele Kanunu Üzerine İlk Düşünceler”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 1-2, 1990, s. 165.

<sup>47</sup> 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu, R.G. Tarihi: 12.04.1991, Sayı: 20843.

<sup>48</sup> AYM, E. 1991/18, K. 1992/20, K.t. 31.3.1992, R.G. Tarihi: 27.01.1993, Sayı: 21478.

kavramının Türk mevzuatındaki yerleşik anlamına bakış açısını bir kez daha pekiştirmiştir.<sup>49</sup> Anılan kararda AYM, terör tanımının açık olduğunu saptadıktan sonra, uluslararası sözleşmelerde de terör tanımını yerine terör suçu niteliğinde sayılan suçların listelendiğine işaret etmesi mantıksal olarak bir çelişme niteliğindedir. Keza, Türkiye'nin de taraf olduğu 1977 tarihli Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 1. maddesinde adam kaçırmaya, rehine alma, bombalı saldırı gibi suçlar liste halinde terör suçu olarak sayılmaktadır. Nitekim TMK'de olduğu gibi eylemin niteliği ve amacından hareketle bir tanım verilmesi yerine tek tek hangi suçların terörle mücadele kategorisine girdiğini belirtmenin uluslararası standartlarla iç hukuku uyumlaştıracağı da ifade edilmiştir.<sup>50</sup> Avrupa Komisyonu'nun "Türkiye'nin Vize Serbestisi Yol Haritasına İlişkin Yükümlülükleri Yerine Getirmesine İlişkin Süreç Hakkında Raporu"nda da Türkiye'nin terörle mücadele mevzuatında terörün tanımının geniş ve muğlak olarak belirlendiği ve ölçülülük ilkesi doğrultusunda 13 Haziran 2002 tarih ve 2002/475/JHA sayılı Avrupa Konseyi Çerçeve Kararıyla uyumlu hale getirelerek değiştirilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>51</sup> Bu talebe karşı Adalet Bakanlığı'nun basına haber olarak yansıyan ancak yazarın içeriğine erişemediği çalışmasında, AB ülkelerindeki 'terör', 'terörist' ve 'terör suçuna' ilişkin düzenleme ve cezaları araştırarak, ortak bir tanım bulunmadığı ve kavramların ülkelerin ihtiyaçlarına göre şekillendiği ifade edilerek, pozitif tanımın yasal bir değişikliklikle daraltılması talebi reddedilmiştir.<sup>52</sup>

Türk hukukunda bir oluşumu ya da eylemi terör olarak saptama yetkisinin Bakanlar Kurulu veya mahkemeler tarafından kullanılacağı yönünde yargısal bir içtihat gelişmiştir.<sup>53</sup> 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Uygulanması Hakkında Kanun'un 5. maddesi uyarınca, Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi'nin 1267 (1999), 1988 (2011) ve 1989 (2011) sayılı kararlarıyla listelenen kişi, kuruluş ya da organizasyonların tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulması kararlarının uygulanması noktasında Bakanlar Kurulu'nun yetkilendirildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla aslında BM'nin terörist olarak belirlediği kişi ya da kuruluşların malvarlıklarının dondurulmasına ilişkin kararları, Bakanlar Kurulu tarafından Resmi Gazete'de yayımlanmaktadır.

Birleşik Krallık'ta ve Türkiye'de terörün yasal tanımları arasında şu üç ortak unsurun varlığı tespit edilmiştir, (1) şiddetin araç olarak kullanılması, (2)

<sup>49</sup> AYM, E. 2010/40, K. 2012/8, K.t. 19.1.2012, R.G. Tarihi: 06.03.2013, Sayı: 28579.

<sup>50</sup> **Turgut Kazan**, "İfade Özgürlüğü ve Terörle Mücadele Yasası", İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, İstanbul, 2003, s.186.

<sup>51</sup> "Third Report on Progress by Turkey in Fulfilling the Requirements of its Visa Liberalisation Map", European Commission, COM(2016)-278, s. 8.

<sup>52</sup> Bkz. "Adalet Bakanlığı: AB Ülkelerinde Ortak Terör Tanımı Yok" (Çevrimiçi) [www.turkiyegazetesi.com.tr/gundem/367871.aspx](http://www.turkiyegazetesi.com.tr/gundem/367871.aspx) 8 Mayıs 2016.

<sup>53</sup> "PKK, Türk yargı erki tarafından silahlı terör örgütü olarak kabul edildiği gibi, Emniyet Genel Müdürlüğü'nün yayınladığı "Türkiye'de hâlen faaliyetlerine devam eden başlıca terör örgütleri" listesinde "PKK/KONGRA-GEL" adıyla yer almaktadır" hükmü verilmiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/9343, K.t. 04.06.2015, para. 60., "bir yapılanmanın silahlı terör örgütü olarak ilan edilmesinin Bakanlar Kurulu veya Yargıtay'ın yerleşik nitelik kazanan ve istikrar arz eden kararlarıyla gerçekleşeceği" yönündeki karar için bkz. İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi, Dosya No: 2015/234 Karar No: 2015/362, 05.11.2015 tarihli kararı, (Çevrimiçi) <https://anayasagundemi.files.wordpress.com/2016/03/istanbul-14-acm1.pdf> 20 Eylül 2016

siyasi amaçlar, (3) hedeflenen bir kitle üzerine korku salma niyeti.<sup>54</sup> Ancak bu yasal benzerliklere ve akademideki benzer yaklaşımlara rağmen, bu özelliklerin fazla geniş niteliği, onları elverişli bir tanım yapmak için yetersiz kılmaktadır.<sup>55</sup>

## II. Gözetlemenin Toplum Sözleşmesinin Yeniden Yorumlanmasına Etkisi

Türkçe karşılığını gözetleme olarak çevirmenin daha uygun olduğu *surveillance* kelimesinin kökeni aslen Fransızcadan gelmektedir.<sup>56</sup> 1789 Fransız Devrimi'nin kazanımlarının pekiştirildiği dönemi niteleyen Terör Çağ'ında, muhaliflerin hareket ve eylemlerinin izlenmesi amacıyla kurulan Gözetleme Komiteleri (*comite de surveillance*) günümüzde farklılaşarak anlam değiştiren 'terör' olaylarını engellemek amacıyla devletin gözetlemesinin etimolojik kökenini oluşturmaktadır.<sup>57</sup> Etkileme, yönetme, koruma, yönlendirme ve kontrol etme gibi amaçlarla kişisel bilgilerin izleme, kaydetme, depolama, işleme ve erişme faaliyetleri sonucunda sistematik ve düzenli bir şekilde bir araya getirilmesi gözetleme kavramını ifade etmektedir.<sup>58</sup> Gözetleme, kişinin gözetlendiğinin farkında olmaksızın kendisi hakkında istihbarat toplama faaliyeti anlamına gelmektedir.<sup>59</sup>

Egemenin siyasi ve sosyal gözetlemesi, daha yerel düzeyde ve düzensiz bir şekilde tutulmalarına rağmen, M.S. 2. yy'da Çin'deki nüfus kayıtlarına kadar uzanan, Mısır'da, Roma'da ve 1086'da İngiliz 'Kıyamet Günü Kitabı' (*The Doomsday Book*) ile örneklenen oldukça köklü bir birikimdir.<sup>60</sup> Batı'da sanayileşmenin yeni şehir alanlarında göçe neden olması, iletişim ve ulaşımındaki önemli gelişmeleri, yoğun işgücünün artışı gibi etkileri doğurması ve bunların düzgün bir şekilde işlenmesini kontrol amacıyla özellikle Birleşik Krallık'ta daha

<sup>54</sup> **Ariel Merari**, "Terrorism as a Strategy of Insurgency", *The History of Terrorism: From Antiquity to Al Qada*, Ed. Gerard Chaliand, Arnaud Blin, Berkeley, 2007, s. 14-15.

<sup>55</sup> **Merari**, *Terrorism as a Strategy*, s. 14-15 aktaran **Brooke Barnett/Amy Reynolds**, *Terrorism and the Press: An Uneasy Relationship*, New York, 2009, s. 15.

<sup>56</sup> İngilizce ve Fransızca ortak karşılığı *surveillance* olan gözetleme, üzerinde anlamına gelen *sur* ve izleme anlamında kullanılan *veiller* kelimelerinin birleşmesinden oluşmuştur. Bkz. **T. F. Hoad**, "The Concise Oxford Dictionary of English Etymology", Oxford, OUP, 2003 (Çevrimiçi) <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780192830982.001.0001/acref-9780192830982-e-15039?rskey=Cth5kb&result=1> 11 Eylül 2016. Bu makalenin esasını oluşturan 'gözetleme' yerine akademik çalışmalarda sıklıkla 'gözetim' kelimesinin kullanıldığı dikkat çekmektedir. 'Gözetim' terimi hukuki anlamıyla, devletin kişileri aleni yollarla denetim altında tutmasına işaret etmektedir. Ancak bu makalede bütünlük ve açıklık sağlamak amacıyla, bireyler hakkında onlardan habersiz ve gizli bir şekilde yürütüldüğü vurgusu taşıyan 'gözetleme' kavramının kullanılmasına uygun görülmüştür.

<sup>57</sup> **Douglas Harper**, "surveillance", *Online Etymology Dictionary*, (Çevrimiçi), [http://www.etymonline.com/index.php?allowed\\_in\\_frame=0&search=surveillance](http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=surveillance), 11 Eylül 2016.

<sup>58</sup> **David Lyon**, *Surveillance Studies: An Overview*, Cambridge, 2007, s. 14.

<sup>59</sup> [2014] 2 All ER 576 para. 12.

<sup>60</sup> **Toni Weller**, "The Information State: A Historical Perspective on Surveillance", *Routledge Handbook of Surveillance Studies*, Ed. Kirstie Ball/Kevin D. Haggerty/David Lyon, New York, 2012, s. 57.

merkezleşmiş ve denetim amaçlı bilgi toplanması gerekmiştir.<sup>61</sup> Toplumsal refahı ve selameti sağlamak amaçlarıyla devlet tarafından tarihsel olarak kişilerin mali statüleri, işleri ve ailevi durumları hakkında bilgi toplama faaliyeti aileni bir şekilde yürütülmekteyken, 19. ve 20. yy'da istihbarat alanındaki teknolojik gelişmeler ve tekniklerin etkisiyle bu faaliyetler gizli, saklı ve örtülü yöntemlerle devam ettirilmiştir.

Günümüzde gözetleme, bireylerin internet üzerinden yaptığı her türlü işlemin, girdiği sayfaların kaydedilmesi, banka hesaplarının ve alışverişlerinin takip edilerek alışkanlıklarının belirlenmesi, sosyal medya üzerindeki mesajlaşmalarının takip edilmesi, e-mail yazışmalarının, telefon görüşmelerinin ya da sinyal bilgilerinin tespit edilerek irtibatlı olduğu kişilerin belirlenmesi, her bir vatandaşa kimlik numarası verilmesi, güvenlik kameraları ile dışarıda izlenerek kişisel verilerinin elde edilmesi ve işlenmesi faaliyetidir.<sup>62</sup>

Toplum sözleşmesi kavramı siyasal felsefede iktidarın ortaya çıkmasının ve kullanılmasının meşruiyetini açıklayan bir devlet teorisidir. Toplum sözleşmesi kavramını kurduğu hukuki ve felsefi sisteme göre açıklayan Thomas Hobbes'a göre, insanlar iktidarın ortaya çıkmasından önce doğal yaşam döneminde sürekli bir karmaşa, savaş ve düşmanlık içerisinde yaşıyorlardı.<sup>63</sup> İnsanlar, istedikleri her şeyi yapabilmelerine olanak veren doğal haklarını akıllarını kullanarak barışın tesisi amacıyla bir canavara devrettiler.<sup>64</sup> İncil'de bir deniz yaratığı olarak tasvir edilen Leviathan'dan esinlenerek adlandırılan bu canavar, güvenliğin sağlanması için özgürlüğün devredildiği anlayışına dayanan modern devletin ortaya çıkışını sembolize etmektedir.<sup>65</sup> 18. ve 19. yy'da özgürlük ve demokrasi alanında yaşanan gelişmelerle uluslararası insan hakları rejimi kurulmuş ve egemenin otoritesi insan hakları güvencesi sınırlarının berisinde kalarak zayıflamıştır. Ancak günümüzde hükümetlerin kesin olarak tanımlanmamış ve soyut bir düşmana karşı giriştikleri terörle mücadelelerinde, egemenliğin tek elde toplanarak toplumun kontrol ve organize edilebilmesinin ötesine geçilmektedir.<sup>66</sup> Dolayısıyla terörle mücadelenin yürütüldüğü bu dijital çağda toplum sözleşmesi, egemenin klasik vergilendirme ya da kuvvet kullanımı gibi tekelinde olan meşru iktidarı yerine gözetleme yapabilmesi önermesine dayanmaktadır. Kitlelerin gözetlenmesiyle bilgilere veya kişisel verilere erişen egemen, karşılığında bireylere yüksek bir güvenlik içerisinde yaşamının faydasını sağlamaktadır.<sup>67</sup> Toplum sözleşmesinin bu yönde yeniden yapılanmasında, istihbarata yüksek meblağlarda yatırımlar yapılması, kamusal alanlara kameralar yerleştirilmesi, yabancı devletlere giriş yaparken parmak izlerinin alınması gibi durumları toplumun zımni bir anlayışla benimsediği yönündeki argüman ileri

<sup>61</sup> **James Beniger**, Control Revolution: Technological and Economic Origins of the Information Society, London, 1986, s. 220.

<sup>62</sup> **Ufuk Taşçı**, "Güvenlik Amaçlı Gözetim Faaliyeti Olarak Türkiye'de Mobese ve Eleştiriler", CBÜ Sosyal Bilimler Dergisi, C.14, S.2, s. 163-164.

<sup>63</sup> **Mehmet Akad/Bihterin Vural Dinçkol/Nihat Bulut**, Genel Kamu Hukuku, 2014, s.106.

<sup>64</sup> **Thomas Hobbes**, Leviathan, çev. Semih Lim, İstanbul, 1993, s.130.

<sup>65</sup> **Natan Sznajder**, "Terrorism and the Social Contract", Irish Journal of Sociology, C.15, S.1, 2006, s.8.

<sup>66</sup> **Paye**, Hukuk Devletin Sonu, s. 219., **Simon Chesterman**, "Privacy and Surveillance in the Age of Terror", Survival, 2010, C. 52, No. 5, s. 33.

<sup>67</sup> **Chesterman**, Privacy and Surveillance, s.33.

sürülebilir.<sup>68</sup> Ancak toplum sözleşmesinin bu şekilde evrildiği kabul edildiğinde, özel sektörün de istihbarat ve gözetim faaliyetlerini yürüttüğü olgusu<sup>69</sup>, modern-ulus devletin rolünün giderek küçülmesine ve gözetleme faaliyetlerinin kötüye kullanılmasına yol açabilecektir.<sup>70</sup>

### **III. Gözetleme ve Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması Hakkının Tarihsel ve Yasal Çerçevesi**

Mahremiyet hakkı kavramıyla ortaya çıkan ve günümüze kişisel verilerin korunması, haberleşme hürriyeti, konut dokunulmazlığı gibi ilintili hakları da kapsayarak gelen özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı uluslararası sözleşmelerde yeknesak bir terim altında düzenlenmemektedir.<sup>71</sup> Hakkın tanımlanması kültürlerarası farklılıklar nedeniyle zor olsa da, kapsadığı hukuki değerler üzerinden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) dinamik yapısına uygun bir yöntemle çıkarım yapılması mümkün gözükmemektedir. Bu hukuksal çıkarlar, bireyin ruhsal veya fiziksel bütünlüğünün korunması, kendine ve geleceğine ilişkin kişisel kararlar alabilme özerkliği, kendisi hakkındaki bilgiyi kontrol edebilme ve mahremiyet hakkı olarak ifade edilebilir.<sup>72</sup>

Kökleri 1215 tarihli Magna Carta'ya dayanan, uzun soluklu bir insan hakları ve demokrasi geleneği olan Birleşik Krallık'ta, 1361 yılında Huzur Hakimleri Kanunu (*Justices of Peace Act*)<sup>73</sup> ile başkalarını gözetleyen ve gizlice dinleyen kişiler hakkında tutuklama emri verilmesini öngören hüküm, özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin bilinen en eski düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu erken girişime rağmen, 'özel hayatın gizliliğinin korunması' İngiliz hukukuna doğrudan bir hak olarak oldukça geç yerleşmiştir.<sup>74</sup>

---

<sup>68</sup> Gözetim faaliyetleri çerçevesinde İngiltere'de 1970'lerden beri kapalı-devre televizyon sistemi (CCTV) ile kamusal alanda insanların görüntüleri kaydedilmekte, DNA örnekleri ve parmak izleri alınmaktadır. Bu örneklerin alınması ve CCTV'lerin varlığının özel yaşamın gizliliğini ihlal ettiği iddiasıyla ilgili İngiltere'de bugüne kadar açılmış bir dava olmaması ilginçtir. Bkz. **Amos**, *Surveillance in the United Kingdom*, s. 156.

<sup>69</sup> **Elif Küzeci**, *Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara, 2010, s. 303.

<sup>70</sup> **Chesterman**, *Privacy and Surveillance*, s.38.

<sup>71</sup> **Samuel D Warren/Louis D Brandeis**, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, C. 4, S.5, 1890, s. 193-200., **Tarık Gümüş**, *Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı: AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme*, Ankara, 2015, s. 148 Bunlar arasında "özel hayatın korunması", "özel hayata saygı hakkı" gibi terimsel farklılıklar bulunmaktadır.

<sup>72</sup> **David Harris/Michael O'Boyle/Colin Warbrick**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çev. Ulaş Karan ve Mehveş Bingöllü, Oxford, 2009, s. 432., **Saadet Yüksel**, "İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesinin Anayasal Boyutu ve Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", *Anayasa Hukuku Araştırmalarında Genç Yaklaşımlar: Kuramsal ve Uygulamalı Yeni Çalışmalar*, Ed. Bertil Emrah Oder, İstanbul, 2013, s. 254., **Gümüş**, *Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, s. 150.

<sup>73</sup> **Michael James**, *Privacy And Human Rights: An International and Comparative Study, with Special Reference to Development in Information Technology*, Paris, 1994, s.15 Aktaran **Yaşar Salihpaşaoğlu**, "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S.3, 2013, s.229

<sup>74</sup> Polisin, hakim kararı olmadan eve izinsiz girip kişisel bilgi ve belgeleri aradığı hallerin konut dokunulmazlığının ihlalini oluşturduğu kabul edilmekteydi. Dolayısıyla özel ha-

Özel hayatın gizliliğinin tabii ve temel bir hak olduğu yargı kararlarında ifade edilmekle birlikte, İngiliz hukukunda bağımsız ve doğrudan bir pozitif hak biçiminde henüz benimsenmediğine dikkat çekilmekteydi.<sup>75</sup> Türk anayasalarında da özel hayatın gizliliği ile bağlantılı hükümler geçmişten günümüze yer almasına rağmen, kavramsal olarak ilk kez 1961 Anayasası'nda açıkça kullanılmıştır.<sup>76</sup>

Birleşik Krallık'ta genel insan hakları dizgesi bakiye özgürlük (*residual liberty*)<sup>77</sup> anlayışı üzerine temellendirilmiştir. Buna göre bireysel özgürlükler, kanunla açıkça yasaklanmadığı ölçüde, geniş bir şekilde korunacaktır. Oligarşiden demokratik bir yönetim ortaya çıkarırken, bakiye özgürlüğün kavramsallaştırılmasında Hobbes'un "*özgürlük, kanunların sessizliğinde yatmaktadır*" anlayışından esinlenilmiştir.<sup>78</sup> 18. yy ortalarındaki simgesel *Entick* davasında, bir bakanın emriyle siyasi bir muhalifin evine zorla girilerek kitaplarının ve hususi eşyalarının karıştırılmasına ilişkin davada, hükümet 'zorunluluk hali' (*state of necessity*) bulunduğu iddia etmiştir. Mahkeme ise, ortak hukukta zorunluluk halinin tanınmadığını ve mevcut yasalarla veya önceki mahkeme kararlarıyla bakanın böyle bir emir verme yetkisi bulunmadığını ifade ettikten sonra, bu kanunsuz emri meşrulaştıran bir karar vermesi halinde, Mahkeme'nin, yasamanın bir uzantısı haline geleceğine ilişkin yorumu mühimdir.<sup>79</sup>

AİHS iç hukuka yerleşene kadar, bakiye özgürlük yaklaşımı, kanunla açıkça yetkilendirilmediği hallerde bile kamu kurumlarının, kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşımayan her türlü eylem ve işlemi yapabilecekleri şeklinde anlaşılmaktaydı. Bu yaklaşım özellikle şu noktalar açısından sıkıntılı ve yetersiz olduğu yönünde eleştirilere maruz kalmıştır. İlk olarak, henüz normatif alanı çizilmemiş özgürlüklerin, bir yasaya dayanmayan işlem ve eylemlerle ihlal edildiği örneklerle karşılaşmıştır. Örneğin, kanunla polise dinleme yetkisi verilmediği halde, polislin kişilerin telefonlarını dinlediğinin anlaşıldığı bir davada, davacının usulsüz dinlendiğine ilişkin bir tespit talep etmesine rağmen, Mahkeme, 'özel hayatın gizliliğinin korunmasının' devletin müdahalesini yasaklayan bir hak olarak ortak hukukta tanınmadığı gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir.<sup>80</sup> Diğer eleştiri, ortak hukukun, yasamanın sınırlayıcı düzen-

---

yat, diğer haklarla bağlantılı bir şekilde yorumlanmaktaydı. Bkz. **Bernard Keenan**, "Going 'Below the Waterline': the Paradoxical Regulation of Secret Surveillance in the UK", LSE Law Policy Briefing, No: 9, 2015, s.2.

<sup>75</sup> *Morris v Beardmore* [1981] AC 446, para. 464. *Kaye v Robertson* ([1991] FSR 62).

<sup>76</sup> 1876 Anayasası'nda 1909 değişikliği ile postaneyeye verilmiş evrakın mahkeme kararı olmaksızın açılmayacağı güvence altına alınmıştır. Benzer bir hüküm 1924 Anayasası'nın 81. maddesinde yer almış ve o zamanki teknolojik gelişmelerin bir yansıması olarak buna telgraf ve telefonla yapılan haberleşmenin gizliliğinin korunması da eklenmiştir. 1961 anayasasında özel hayatın gizliliği başlığı altında konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti düzenlenirken 1982 Anayasası'nda aile hayatını da kapsayacak şekilde biraz daha genişletilmiştir

<sup>77</sup> **A. W. Bradley, K. D. Ewing,, C. J. S. Knight**, *Constitutional and Administrative Law*, 16. bs., Harlow, 2015, s. 420.

<sup>78</sup> **Conor Gearty**, "State Surveillance in an Age of Security", *Surveillance, Counter-Terrorism and Comparative Constitutionalism*, Ed. Fergal Davis, Nicola McGarrrity, George Williams, Oxon, 2014, 280., **Alder**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 465.

<sup>79</sup> *Entick v Carrington* (1765) 19 St Tr 1030.

<sup>80</sup> *Malone/Metropolitan Police Commissioner* [1979] Ch 344., *Malone/Metropolitan Police Commissioner* (No.2) [1979] 2 All ER 620, Anılan davanın açıldığı tarihlerde telefon dinlemelerine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktaydı. O dönemde postaların denet-



lemeler yapmasını engellemede yetersiz kalmasıdır. Şöyle ki, ortak hukukta mahkemeler bireysel hakları sınırlayan ve sonraki olaylara da örnek teşkil ederek uygulanabilecek nitelikte kararlar vermektedir.<sup>81</sup> Örneğin, *Spycatcher* davasında, devlet sırlarının yayımlanmasını yasaklama yetkisi Mahkeme kararıyla savcıya verilmiştir.<sup>82</sup> Ayrıca, ortak hukukun temel ilkelerinin, 'kanunilik ilkesi' gereği ancak açıkça ifade edilen yasal düzenlemelerle ortadan kaldırılabilen niteliği, oldukça zayıf bir koruma sağlamaktadır. Ortak hukukun sadece yasal bir düzenlemenin açıkça ifade edilmiş lafzına dayanarak bir hakkı ortadan kaldırabilen bu yaklaşımı, AİHS'in bir hakkın sınırlandırılması için kanunilik ilkesi yanında diğer meşru sınırlama sebeplerinin varlığını gerektiren uygulamasından ayrılır.<sup>83</sup> Nitekim 20. yüzyılın sonlarına dek konumunu sürdüren bakiye özgürlük yaklaşımı savunucuları, 1998'de İnsan Hakları Kanunu (*Human Rights Act-HRA*) kabul edilene kadar, ortak hukukun herkesi eşit kabul eden liberal demokrat bir toplumda aynı derecede koruma sağladığı gerekçesiyle, AİHS'in iç hukuka yerleşmesine direnmişlerdir.<sup>84</sup> Ancak bu yaklaşımın, ticari birlikler, sosyalistler, oy arayışında olan kadınlar, İrlandalı milliyetçiler gibi daha azınlıkta kalan ve bu yaklaşımı formüle eden Dicey'in çevresinde bulunduğu ileri sürülen kategorideki toplulukların hak ve özgürlüklerini güvence altına almada etkisiz kaldığı ifade edilmiştir.<sup>85</sup>

1998 tarihli HRA'ya kadar gözetlemeyle perdesi kaldırılan gizliliğin yamalı korunmasının kapsamı AİHS ve AİHM kararlarına dayanarak gelişmiştir.<sup>86</sup> İstihbarat kurumlarının, telefonları dinleme, böcekle dinleme aletleri kullanmaları gibi gözetlemeye ilişkin bu davaların tamamına yakınında AİHS'in 8. maddesinin ihlal edildiği, istihbarat kurumlarının yetkilerinin sınırlandırılması ve bu yetkilerin bağımsız bir mahkeme tarafından denetlenmesi gerektiği tespit edilmiştir.<sup>87</sup> Birleşik Krallık'ta kişilerin iletişiminin denetlenmesine ilişkin yasal güvencelerin belirsiz ve birden fazla şekilde yorumu açık olması sebebiyle AİHS m. 8'de düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğine ilişkin AİHM kararının bir sonucu olarak, İngiliz Hükümeti 1985 tarihli İletişimin Denetlenmesi Kanunu'nu (*Interception of Communications Act 1985*)<sup>88</sup> kabul etmiştir. Ancak anılan bu kanunun telsiz telefona uygulanamaması gibi teknolojik gelişmeler karşısında yetersiz kalması ve hükümlerinin uygulanması aleyhine verilen

---

lenmesini mümkün kılan bir kraliyet imtiyazı telefon dinlemelerini de kapsayacak şekilde genişletilerek ortak hukuka dahil edilmişti. Daha sonra bu durum AİHS m. 8 ile değişmiştir. **Alder**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 568.

<sup>81</sup> **Bradley/Ewing/Knight**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 358.

<sup>82</sup> *Spycatcher: A-G v Guardian Newspapers Ltd* [1987] 1 WLR 1248.

<sup>83</sup> **Alder**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 465-466.

<sup>84</sup> *Brind/Secretary of State for Home Dept* [1991], A-G *Guardian Newspapers* (No 2) [1990] AC 109, 660.

<sup>85</sup> **A. V. Dicey**, *Lectures Introductory to a Study of the Law of the Constitution*, 2. bs., London, 1885 aktaran **Gearty**, *State Surveillance*, s. 281.

<sup>86</sup> **Bradley/Ewing/Knight**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 419.

<sup>87</sup> *Malone/ Birleşik Krallık* (1985) 7 EHRR 14, *Khan/ Birleşik Krallık* (2001) 31 EHRR 1016, *Armstrong / Birleşik Krallık* (2003) 36 EHRR 515, *Peck/ Birleşik Krallık* (2003) 36 EHRR 719., Bkz. **Alder**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 568.

<sup>88</sup> **Hilarie Barnett**, *Constitutional and Administrative Law*, 10. bs., London, 2013, s. 534.

AIHM kararları neticesinde yeni bir kanun ihtiyacı doğmuştur.<sup>89</sup> Bunun üzerine 2000 yılında ‘Soruşturma Yetkilerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’ (*Regulation of Investigatory Powers Act-RIPA*)<sup>90</sup> kabul edilmiştir.

RIPA güvenlik hizmetlerine ilişkin kanunları yenileyerek telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi hakkında hükümler getirmiştir. RIPA iletişimin denetlenmesi yöntem ve yetkilerini, bu yetkilerin kim tarafından, hangi hallerde verileceğini, hangi amaçlarla kullanılacağını saptadıktan sonra, iletişimin denetlenmesiyle elde edilen materyalin kullanımına ve buna ilişkin denetimin bağımsız bir mahkeme tarafından yerine getirileceğini, zarar gören bireylere tazminat ödenmesi için hangi başvuru yollarının tüketileceğini belirlemiştir. Buna karşın, RIPA’nın sınırlı ve belirli bir dinlemeden ziyade, Birleşik Krallık sınırları dışında “küresel bir gizli dinleme sistemini kurumsallaştırdığı” ifade edilmiştir.<sup>91</sup>

*Digital Rights Ireland* davasında 2006/24/EC sayılı Veri Saklama Direktifi’nin iptal edilmesiyle, Meclis’te yeterli demokratik katılım ve tartışma sağlanmadan, 31 Aralık 2016’da yürürlükten kalkacağına ilişkin bir hüküm de içeren Veri Saklama ve Soruşturma Yetkileri Kanunu’nu (*Data Retention and Investigatory Powers Act*)<sup>92</sup> kabul etmiştir. Birleşik Krallık’ta istihbarat ve güvenlik hizmetlerinin varlığı ve işleyişi I. Dünya Savaşı öncesine dayanmasına rağmen, gözetlemeye ilişkin yasal düzenleme ve mekanizmalar oldukça yeni ve sayıca fazlalığı nedeniyle de bir hayli karışıktır.<sup>93</sup> Bu eleştiriler ve yeni bir yasal düzenleme yapma ihtiyacı neticesinde 29 Kasım 2016’da kraliyet onayı alan Soruşturma Yetkileri Kanunu (*Investigatory Powers Act-IPA*) yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla izleyen bölümlerde istihbarat kurumlarının terörle mücadele kapsamındaki gözetleme yetkileri değerlendirilirken IPA esas alınacaktır.

1982 Anayasası’nda özel hayatın gizliliği, kişisel eşyaların aranmaması ve bunlara el konulamaması ile konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliğinin korunması olmak üzere üç ayrı hükümden ve birbiriyle bağlantılı olarak düzenlenmiştir.<sup>94</sup> Oysa AIHS’in özel hayatın gizliliğini düzenleyen 8. maddesinde, “özel hayat”, “aile hayatı”, “haberleşme”, ve “konut dokunulmazlığı” unsurlarını birbiriyle ilişkilendirerek kapsayan bütüncül ve tek bir düzenleme yer almaktadır.<sup>95</sup> Gözetlemeye ilişkin tartışmalar Türk hukukunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejiminin şekillenmesinde de etkili olmuştur. 1982 Anayasası’nın hazırlanması sırasında Danışma Meclisi’ndeki görüşmeler incelendiğinde, bir sınırlama sebebi olarak ‘hakkın özüne dokunma yasağının haberleşmenin gizliliğini sınırlamada yetersiz kaldığı ve bunun yerine daha belir-

<sup>89</sup> AIHM, Khan/UK, 35394/97, 12.05.2000. Lewis / UK, 1303/02, 25.11.2003. **Barnett**, Constitutional and Administrative Law, s.534.

<sup>90</sup> **Oehmichen**, Terrorism and Anti-Terror, s. 161., **Paye**, Hukuk Devletin Sonu, s. 152.

<sup>91</sup> **Paye**, Hukuk Devletin Sonu, s. 152.

<sup>92</sup> Digital Rights Ireland /Minister for Communications et al, Case C-293/12, 08.04.2014.

<sup>93</sup> Intelligence and Security Committee of Parliament, “Privacy and Security: a Modern and Transparent Legal Framework” 12 Mart 2015, s. 86 Çevrimiçi <http://isc.independent.gov.uk/news-archive/12march2015> 14 Mayıs 2015., **Amos**, Surveillance in the United Kingdom, s. 153.

<sup>94</sup> **Özbudun**, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, s. 265.

<sup>95</sup> **Sultan Üzeltürk**, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004, s. 63., **Gümüş**, Devletin Pozitif Yükümlülükleri, s. 149-150.

gin olan demokratik toplum düzeninin gerekleri kıstasının uygulanmasının kolaylık sağlayacağı yönünde bir yaklaşım sergilendiği anlaşılmaktadır.<sup>96</sup> Nitekim 1982 Anayasası'nın ilk metninde temel hak ve özgürlükleri sınırlama sebepleri arasında yer almayan 'hakkın özüne dokunma yasağı' 2001 Anayasa değişikliğiyle tekrar yürürlüğe girmiştir.

1982 Anayasası'nın 20. maddesinde özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine ancak milli güvenlik, kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı ile müdahale edilebileceği düzenlenmektedir. Lafzi bir yorumla bu sınırlama sebeplerinin kişilerin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyalarının aranmasına özgü olduğu anlaşılrsa da, AYM aksi yönde bir tutum sergilemiştir. Milli İstihbarat Teşkilatı'na (MİT) tüm kamu ve özel kuruluşlardan istihbarata ilişkin bilgi toplama yetkisi veren kanun değişikliğinin iptaline ilişkin davada,

*“özel hayatın düzenlendiği maddede dava konusu kuralda belirtilen bilgi toplama yetkisi yönünden özel sınırlama sebeplerine yer verilmediğinin kabulü halinde bile bu hakkın Anayasanın diğer maddelerinde devlete bir görev olarak yüklenen milli güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması ile suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarıyla sınırlandırılmasının mümkün olduğu”*

yönünde sistematik bir yorum benimsemiştir.<sup>97</sup> AYM, özellikle 2001 değişikliğinden sonra sınırlama sebebi içermeyen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin içtihatlarında, sistematik yorumu uygulayarak, anayasal hükümlerin aynı etki ve değerde olduğunu, aralarında bir hiyerarşi bulunmadığını ifade ederek bu kuralların birbirinin zorunlu dış sınırını oluşturabileceği görüşüne ulaşmıştır.<sup>98</sup> AYM'nin, sistematik yorumu uyguladığı diğer benzer içtihatlarında, sınırlama sebebi içermeyen hükümlerin dış sınırını oluşturan anayasal maddeleri açıkça sıraladığı dikkate alınrsa, MİT'in yetkilerine ilişkin anılan kararda özel hayatın gizliliğinin anayasanın diğer maddeleri ile sınırlandırılabilceği şeklinde geniş bir ifade yerine, başvurduğu anayasa içi referansları daha etkili bir biçimde somutlaştırması uygun olurdu. Keza özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı ile sınırlama ilkeleri arasındaki ilişki ancak bu sayede tüm boyutlarıyla sergilenebilirdi.

İstihbarat kurumlarının, terörle mücadele kapsamında gözetleme sonucu elde ettiği bilgi, belge ve materyaller ilgili oldukları kişilerin kimliğinin belirlenmesine yol açan kişisel veri niteliğini taşıyabilir. Burada kısaca karşılaştırmalı hukukta kişisel verilerin korunması hakkı ile özel hayatın gizliliği arasındaki bağlantının içkin ve ayrık değerlendirilmesine ilişkin farklılığı vurgulamak gerekmektedir. Birleşik Krallık mahkemeleri önceleri kişisel verilerin korunması hakkını bağımsız bir yasal değeri bulunmayan ve özel hayatın gizliliği hakkına içkin bir alt parçayarak yorumlarken, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartıyla uyumlu olarak artık ayrı bir hak olarak değerlendirmektedir.<sup>99</sup> 1982 Anayasa-

<sup>96</sup> **Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu**, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 12. bs., İstanbul, 2012, s. 151.

<sup>97</sup> AYM, E. 2014/122, K. 2015/123, K.t.: 30.12.2015, R.G. Tarihi: 01.03.2016, Sayı: 29640., para. 18.

<sup>98</sup> **Bertil Emrah Oder**, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, İstanbul, 2010, s. 57.

<sup>99</sup> [2015] EWCA Civ 1185., **Orla Lynskey**, “Beyond privacy: the data protection implications of the IP Bill”, Lse Law Policy Briefing Series, No:15, 2015, s. 2.

sı'nın özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesinde 2010'da yapılan değişiklikle mevzuata yerleşen kişisel verilerin korunması hakkı ise, özel hayatın gizliliğine ilişkin yorumlanmaktadır. Kişisel verilerin elde edilmesi, işlenmesi, saklanması ve yok edilmesine ilişkin güvenceleri düzenleyen Kişisel Verilerin Korunması Kanunu da oldukça yenidir.<sup>100</sup> Kanun'da kişisel verilerin milli savunmayı, milli güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görevli ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi istisna tutulmuştur. Buna göre, MİT ve diğer istihbarat birimlerinin terörle mücadele kapsamında işlediği verilerin korunması kanun kapsamı dışında bırakılmıştır. Özellikle istihbari amaçlı toplanan bilgilerde, gizliliğin sağlanması amacıyla bu kişisel veriler üzerinde vatandaşlar bireysel özerkliklerini kullanamayacaklardır. Bunun uygulamada yaratacağı hukuki sorunlar, ilerleyen bölümlerde "bağımsız denetim" başlığı altında daha detaylı olarak incelenmiştir.

1982 Anayasası'nın 22. maddesinde haberleşme hürriyeti ve gizliliği, özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddedekine benzer sebeplerle ve ancak hakim kararıyla sınırlandırılabilir. Bu sınırlama güvencelerinden istisna tutulacak kamu kurum ve kuruluşlarının kanunla belirlenebileceği öngörülmüştür. Bu istisna 6532 Sayılı Kanun'la şekillenmiş ve MİT Müsteşarı veya yardımcısına Devlet İstihbarat Hizmetleri ve MİT Kanunu ile diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın, yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin denetlenmesine onay verme yetkisi tanınmıştır. MİT Müsteşarı'nın veya yardımcısının kanundaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın iletişimi denetleyebilmelerinin, yasama yetkisinin devri anlamına geldiği ve kuvvetler ayrılığı prensibine uygun olmadığı ileri sürülmüştür. AYM ise bu düzenleme ile MİT'in bu yetkiyi dilediği şekilde değil, "iletişimin denetlenmesiyle ilgili mevzuatta bulunan diğer hükümlere bağlı olmaksızın ve fakat MİT'in yetkilerinin listelendiği fıkrada yer alan kurallara bağlı kalarak kullanılabilceğini belirtmek için" olduğunu ileri sürmüştür.<sup>101</sup> AYM'ye göre bu istisnai ibare, aynı hukuki kurumla ilgili farklı düzenlemeler yapılırken esas alınacak kuralların birbirine karıştırılmaması için uygulanan zaruri bir kanun yapma tekniğidir.<sup>102</sup> Yapılan değişikliklerle açıkça "*Devlet İstihbarat Hizmetleri ve MİT Kanunu'ndaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın*" ibaresinin geçmesine rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin uygulayıcının yine de ilgili madde hükümlerini uygulamak durumunda olduğuna ilişkin yorumunun uygulamada ikirciklere sebep olacağı yönünde endişe yaratmaktadır.

#### IV. Gözetlemenin Kurumsal ve Yasal Boyutunun Değerlendirilmesi

Birleşik Krallık ve Türkiye'deki istihbarat kurumlara terörle mücadele amacıyla gözetleme, iletişimin denetlenmesi ve bilgi ve belge toplanması husus-

<sup>100</sup> 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, RG Tarih: 07.04.2016, Sayı: 29677.

<sup>101</sup> AYM, E. 2014/122, K. 2015/123, K.t.: 30.12.2015, R.G. Tarihi: 01.03.2016, Sayı: 29640., para. 68.

<sup>102</sup> Ibid, para. 69.

larında yetki veren yasal düzenlemeler kabul edilmiştir.<sup>103</sup> Milli güvenliğin sağlanması amacıyla iletişimin denetlenmesine veya kamera kaydıyla izlenmesine ilişkin tedbirlerin terörle mücadele mevzuatlarında kaçınılmaz bir yaygınlıkla yer aldığı olgusunu değerlendiren AİHM, belirli standartlara uyulması ve somut güvencelerin sağlanması koşuluyla, gözetlemenin özel hayatın gizliliğine meşru bir müdahale teşkil ettiği sonucuna varmıştır.<sup>104</sup> AİHS'in 8. maddesine göre bu standartlar, kanunla öngörülmüş olma ya da kanunilik, milli güvenliğin ya da suç işlenmesinin önlenmesi gibi bir meşru amacın bulunması ile demokratik toplumda gereklilik unsurlarını içermektedir. AİHM içtihatlarına yansıyan somut güvenceler arasında; istihbarat kurumlarının gözetleme faaliyetlerini düzenleyen kanunların açık, ulaşılabilir ve öngörülebilir olması şartı bulunmaktadır.<sup>105</sup> Diğer güvenceler, şüphelinin suç işlediğine yönelik somut belirtilerin varlığı, başka türlü bilgi ve delil elde etmenin imkânsızlığı sebebiyle gözetlemeye son çare olarak başvurulması, gözetlemenin belirli bir şüpheliye ve onun bağlantılı olduğu kişilere yönelik ve onlarla sınırlı kalarak gerçekleştirilmesi, genel bir kitle gözetlemesine yol açmaması, elde edilen kayıtların kullanımının ve denetiminin sıkı koşullara bağlanması gibi ölçütlerdir.<sup>106</sup> Bu bölümde Birleşik Krallık ve Türkiye'de gözetlemeye ilişkin yasal düzenlemelerin bu güvencele ri karşılama yetisi karşılaştırılarak değerlendirilecektir.

### **A. Kanunilik**

Gözetleme faaliyetleri kapsamında iletişimin denetlenmesine ilişkin işlemlerin, AİHS'in 8. maddesinin 2. fıkrası kapsamında "kanunen öngörülmüş olma" ya da "kanunilik" şartını karşılayabilmesi için AİHM belirli standartlar geliştirmiştir.<sup>107</sup> Bunların başında, kanunun sadece yazılı değil ve fakat yazılı olmayan hukuku da kapsamı, niteliğinin salt iç hukukla değil, fakat geniş bir biçimde AİHS'in Başlangıç kısmında yer alan hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağlaşıklık olması gelmektedir.<sup>108</sup> Buna ek olarak, gözetleme tekniğindeki ilerlemelerden kaynaklanan karmaşık ifadeler yerine kamu gücünün keyifliğini önleyecek açık ve ayrıntılı hükümlerin bu düzenlemelerde yer alması gerekmektedir.<sup>109</sup> AİHM'e göre öngörülebilirlik, kişilerin ne zaman gizlice gözetleneceklerinden önceden haberdar olmaları şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira öngörülebilirlik, özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğine nasıl müdahale edileceğinin açık terimlerle yasada ifade edilmesi anlamına gelmektedir.<sup>110</sup> İlerleyen paragraflarda, kanunen öngörülmüş olmaya ilişkin bu standartların, çalışmaya konu olan devletlerdeki uygulanma biçimi irdelenecektir.

Birleşik Krallık'ta istihbarat ve güvenlik kurumları, devleti korumak ve yurtiçi ve yurtdışında istihbarat faaliyetlerini yürütmek üzere, yurtiçinde Gizli

<sup>103</sup> Keenan, Going 'Below the Waterline', s.1.

<sup>104</sup> Klass ve Diğerleri/Almanya, para. 60.

<sup>105</sup> Kennedy / Birleşik Krallık, AİHM, Malone / Birleşik Krallık, Başvuru No: 8691/79, K.t. 2.08.1984.

<sup>106</sup> Klass ve Diğerleri/Almanya, para.51, 52, 53.

<sup>107</sup> Öktem, Terörizm, s. 358-359.

<sup>108</sup> Malone/ Birleşik Krallık, para. 66.

<sup>109</sup> AİHM, Huvig/Fransa, Başvuru No:11105/84, K.t. 24.04.1990, para. 32.

<sup>110</sup> Malone/Birleşik Krallık, para. 67.

Servis (*Military Intelligence- MI5*), yurtdışında Gizli İstihbarat Servisi (*Secret Intelligence Service- MI6*), Polis ve istihbarata ilişkin sinyallerin toplanması amacıyla da İngiliz Hükümeti İletişim Karargâhı (*Government Communications Headquarter-GCHQ*) olarak örgütlenmiştir.<sup>111</sup>

Birleşik Krallık'ta 1909'da bir kraliyet imtiyazı (*royal prerogative*) ile kurulan Gizli Servis'in görev kapsamına ilişkin mahkeme kararları incelendiğinde, işlevsel sınıra olan şu vurgu dikkat çekmektedir,

*“Gizli Servis'in rolü devlet aleyhine yıkıcı faaliyetlerde bulunan kişilere karşı ülkenin savunulmasıdır. Dinleme kararı ancak yapılan büyük yıkıcı bir faaliyetin milli menfaatleri zedeleme ihtimali varsa verilebilir. Dinleme kararı sonucu elde edilen materyal ancak istihbarat birimlerinin önceden belirlenen işlevler doğrultusunda kullanılabilir, partilerin siyasi amaçları için kullanılamaz. Dinleme yöntemine ancak diğer soruşturma yöntemleri başarısız olursa veya diğer yöntemlerin sonuçsuz kalma ihtimali varsa son çare olarak başvurulabilir.”*<sup>112</sup>

Ancak görev ve yetkisinin sınır hatları anılan yargı kararıyla çizilmesine rağmen, çalışanların veya gazeteciler tarafından Gizli Servis'in yetkisini aştığına ve özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğine ilişkin iddialar ileri sürülmüştür.<sup>113</sup> Bu iddialar sonucunda Gizli Servis'in yasal dayanağını oluşturan 1989 tarihli Gizli Servis Kanunu (*Security Service Act 1989*) kabul edilmiştir.<sup>114</sup>

ABD'nin istihbarat teşkilatı Ulusal Güvenlik Kurumu'nun (*National Security Agency-NSA*) eski bir çalışanı, Edward Snowden, 2013'te NSA'nın ve GCHQ'nun telekomünikasyon şirketlerinin ve internet şirketlerinin fiber optik kablolarından akan internet trafiğini gözetlediğini ve buradan elde ettiği iletişim verilerini sakladığını iddia etmiştir.<sup>115</sup> GCHQ'nin gözetim yetkisine ve gözetim sonucu elde ettiği kişisel verileri NSA ile paylaşmasına karşı “Soruşturmaya Yetkili Mahkeme”de (*Investigatory Powers Tribunal-IPT*) dava açılmıştır.<sup>116</sup> IPT, İngiliz istihbarat teşkilatının kişisel verileri NSA ile paylaşmasına ilişkin davada, daha önce AİHM tarafından belirlenen, erişebilirlik, öngörülebilirlik ve hukuk devleti ilkesine uygun olma eşliğinden ayrılmıştır. Öncelikle IPT, istihbarat birimleri arasında bu türden bir bilgi paylaşımını öngören bir yasal düzenleme olmadığı için, paylaşımın hukuka aykırılığını tespit etmiştir. IPT'ye göre işin niteliği gereği, istihbarat kurumlarının kendi işleyişleriyle ilgili kuralları çok detaylı bir biçimde öngören yasal düzenlemeleri ilan etmeleri, çalışmalarını engelleyici bir nitelik arz edebilmektedir. IPT, istihbaratın yasal ve meşru bir zeminde oturtulması için, gözetlemeye ilişkin yasal düzenlemeler için şu ölçüt-

<sup>111</sup> **Bradley/Ewing/Knight**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 511., **Barnett**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 527.

<sup>112</sup> R / Secretary of State for the Home Department *ex parte* Ruddock [1987] 2 All ER 518.

<sup>113</sup> Spycatcher davasında MI5'da mühendis olarak çalışan Peter Wright, MI5'in tüm Londra'da izinsiz olarak kurumlara ve evlere girerek dinleme cihazı yerleştirdiğini iddia etmiştir. Buna ek olarak, Komünist Parti üyeliği hakkında yüzlerce kişiyi yakaladığını ve soruşturduğunu ve bunun neredyse 1930'larda Amerika'daki McCharty soruşturmasına benzediğini ileri sürmüştür. **Barnett**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 529.

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> **Ian Brown**, “The feasibility of transatlantic privacy-protective standards for surveillance”, *International Journal of Law and Information Technology*, C. 22 No: 3, 2014, s. 1-2.

<sup>116</sup> İngiltere'de Soruşturma Yetkilerini Düzenleme Kanunu ile “Soruşturma Yetkili Mahkemeler” adıyla özel mahkemeler kurulmuştur. Bu mahkemeler istihbarat teşkilatı aleyhindeki iddiaları incelemektedir.

leri öngörmüştür: (1) istihbarat kurumlarının gözetleme işlem ve eylemleri üzerinde kontrol olmalı, (2) özel hayata ve haberleşmenin gizliliği hakkında yeterince açık terimler kullanılmalı, (3) müdahalenin yapılacağı durum ve şartları somut olarak belirlemeli,<sup>117</sup> (4) öngörülebilir olmalıdır.<sup>118</sup> Dolayısıyla IPT'ye göre, bireylerin keyfi gözetilmelerini önleyen bir güvence sağlanabilmesi için, istihbarat birimlerinin kullanacağı takdir yetkisinin alanı ve bu yetkinin nasıl kullanacağı yeterince açık olarak belirlenmelidir. IPT'ye göre bu kriterleri karşılayan ve yeterli korunma sağlayan kurallar ve anlaşmalar ayrıca denetime tabi olmalıdır.<sup>119</sup> Bu testi uyguladıktan sonra, IPT kapalı duruşmalarda halk tarafından var olduğu bilinen şekilde yapılabilecek gizli düzenlemelere ve bunların içeriğinin belirli işaretlerle yeterince gösterilip gösterilmediğine bakmıştır. Bu nedenlerle IPT'nin Kennedy davasındaki 'yasal düzenlemelerin erişilebilir olmasına' ilişkin güvenceyi zayıflattığı ifade edilmiştir.<sup>120</sup>

IPT'nin kararlarına karşı iç hukukta başvurulabilecek bir temyiz yolu öngörülmediğinden, taraflar karar için doğrudan AİHM'e başvurmuşlardır.<sup>121</sup> Eğer AİHM, IPT kararındaki ölçütü onaylarsa, o zaman salt milli güvenlik sebebiyle yapılan gizli gözetlemelerde, istihbarat kurumlarının gizli yasal düzenlemelerinin olduğu ile ilgili belirsiz bir onay vermeleri ve bu düzenlemelerin içeriğinin temelinde neler olduğunu birtakım işaretlerle göstermeleri yeterli olacaktır. Burada anayasal açıdan önemli olan nokta, açık hükümetin sınırları üzerinde yasal bir pazarlığa varılmış olmasıdır.<sup>122</sup> Zira kamunun, bu gizli düzenlemelerin etkin olduğuna, Meclis bünyesindeki denetleme Komitesi'ne ve IPT'ye güvenerek normal yaşantısına devam etmesi beklenmektedir.

IPT kişisel verilerle ilgili istihbari bilgilerin paylaşılmasıyla ilgili gizli yasal düzenlemeleri kapalı oturumda incelemiştir.<sup>123</sup> Ancak bu inceleme istihbarat personeline nasıl bir eğitim verildiği, düzenlemelerin ne zaman yapıldığı, hangi politikalarla belirlendiği gibi tanık beyanlarına da dayanan detaylı bir analizden ziyade, hükümetin avukatlarının verdikleri yazılı ifadelere dayanırılmıştır. IPT, GCHQ'nun yabancı istihbarat birimlerinden aldığı bilgilerin iç hukuktaki düzenlemelere göre elde edildiğini kabul etmiştir. Dolayısıyla, hükümet, IPT'ye istihbarat paylaşımını hangi düzenlemelere dayanarak yaptığını açıklayarak yeni bir bilgi vermiş ve IPT'nin yazılı kararıyla bu bilgi açık bir biçimde aleniyet kazanmış ve artık Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. ve 10. maddelerini ihlal eden durum ortadan kalkmıştır.<sup>124</sup> Daha somut olmak gerekirse, Aralık'taki kararına kadar istihbarat paylaşımının yasal olmadığını, ancak bu karar ile paylaşımın alenileştirilerek kanunilik ölçütünü karşıladığını ve AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşamın gizliliğinin korunması hakkının ihlalinin gerçekleşmediğine karar vermiştir. Anılan kararlarla, idare ve yargı

<sup>117</sup> AİHM, Malone / Birleşik Krallık, Başvuru No: 8691/79, K.t.,02.08.1984, para. 67.

<sup>118</sup> Liberty and Others / GCHQ and Others, [2014]UKIPTrib13\_77-H, K.t. 05.12.2014, para. 37.

<sup>119</sup> Ibid para 41., **Keenan**, Going 'Below the Waterline', s.3.

<sup>120</sup> **Keenan**, Going 'Below the Waterline', s.3.

<sup>121</sup> 10 Human Rights Organisations and Others/Birleşik Krallık, Başvuru No: 24960/15.

<sup>122</sup> **Keenan**, Going 'Below the Waterline', s.3.

<sup>123</sup> Liberty and Others / GCHQ and Others, [2014]UKIPTrib13\_77-H, K.t. 05.12.2014, para. 47.

<sup>124</sup> Liberty and Others / The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs&Others, [2015] UKIPTrib13\_77-H, K.t. 06.02.2015, para. 32.

fonksiyonunun ayırımının giderek belirsizleştiği, idarenin kanuna aykırı faaliyetinin yargı müdahalesiyle düzeltilmeye çalışıldığı gözlemlenmektedir.

Türkiye’de istihbarat kurumları, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma ve Milli İstihbarat Teşkilatı’dır. Polisin görev ve yetkileri 1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, (PVSK) ile belirlenmektedir. Buna göre polisin ülke genelinde gözetleme, aşağıda detaylandırılacak olan hakim kararıyla iletişimin tespiti, kişilerin parmak izlerini ve fotoğraflarını kaydetme gibi yetkileri bulunmaktadır. 1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu ile emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlayan silahlı bir kolluk kuvveti olarak tanımlanan jandarmanın görev, yetki ve sorumlulukları belirlenmiştir. Jandarmanın genel olarak görev ve sorumluluk alanı, polisin görev sahası dışı olup, bu alanlar il ve ilçe belediye hudutları haricinde kalan veya polis teşkilatı bulunmayan yerlerdir. 1926 yılında “Devletin emniyet ve müdafaası için” gizli bir kararnameyle Milli Emniyet Hizmeti (MAH) olarak kurulan teşkilatın gizliliği 1943 yılında Başvekalet Teşkilat Kanunu’nda Milli Emniyet Hizmeti Reisi’nin yer almasıyla kaldırılmıştır. 1965 tarihli 644 sayılı Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nun kabul edilmesiyle kuruluşu ve işleyişi ilk kez kanuni bir temele dayandırılmıştır.<sup>125</sup> Halen yürürlükte olan ve istihbarat hizmetlerini temel olarak düzenleyen 1983 tarihli 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu ile 644 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

2005 yılında 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun kabul edilmesiyle,<sup>126</sup> elektronik yollarla yapılan iletişimin denetlenmesi konusunda Polis, Jandarma ve Milli İstihbarat Teşkilatı yetkilendirilene kadar kanuni bir dayanağı olmaksızın, istihbarat kurumlarının gözetleme faaliyeti kapsamında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurduğu ileri sürülmüştür.<sup>127</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin (TBMM) aksi yöndeki raporuna göre bu tedbir ilk olarak 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile düzenlenmişti.<sup>128</sup> Adli amaçlı iletişimin denetimini düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) yürürlüğe girmesiyle 4422 sayılı Kanun yürürlükten kalkmış, ancak CMK’da önleyici denetimle ilgili herhangi bir düzenleme olmaması nedeniyle oluşan kanuni boşluk, yukarıda değilinildiği üzere, 2005 yılında kabul edilen 5397 sayılı Kanun’la giderilmiştir. Dolayısıyla hem Birleşik Krallık’ta hem de Türkiye’de, istihbarat kurumlarınca iletişimin denetlenmesi yoluyla özel hayatın gizliliğine kanunilik şartını taşımadan bir dönem devam ettiği anlaşılan bu müdahale, AİHS’in iç hukuka etkisiyle yasal bir zemine kavuşturulmuştur.

Türkiye’de iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulacak hallerin tasnifinde kişiler üzerinden değil suçlar açısından bir sınıflandırılmaya gidilmesinin

<sup>125</sup> **Erdal İter**, Milli İstihbarat Teşkilatı Tarihçesi, MİT Basımevi, Ankara, 2002, (Çevrimiçi), [http://www.mit.gov.tr/ikinci\\_bolum\\_D4.html#D5](http://www.mit.gov.tr/ikinci_bolum_D4.html#D5), 1 Ağustos 2016.

<sup>126</sup>, R.G. Tarih 23.07.2005, Sayı: 25884.

<sup>127</sup> **Saadet Yüksel**, Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişim, İstanbul, Beta, 2012, s. 145., **Kerem Altıparmak**, “Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu”, TBB Dergisi, 2006(63), s. 31 ve s. 35.

<sup>128</sup> TBMM, “Haberleşme Özgürlüğüne ve Özel Hayatın Gizliliğine Yönelik İhlallerin Tespiti Ve Önlenmesine İlişkin Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu”, 2013, s. 97, (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss489.pdf>, 10 Haziran 2016.



ilgili suçların önlenmesi amacıyla herkesin denetlenebileceği kitlesel bir gözetleme yarattığı ileri sürülmüştür.<sup>129</sup> PVSK'nın ek 7. maddesi ile Jandarma Kanunu ek 5. maddesinde, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla" iletişimin denetleneceği ifade edilmektedir. 05.07.2012 tarihli 6352 sayılı Kanunun 105. maddesi ile CMK'nın 250. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. 06.03.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6526 sayılı Kanun, PVSK, Jandarma ve Devlet İstihbarat Hizmetleri ve MİT Kanunlarıyla mülga 250. maddeye yapılan suç atıflarını,

*"a) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklan malvarlığı değerini aklama suçuna, b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlara, c) İkinci Kitap Dördüncü Kısmın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç),"*

olarak listelemiştir. Ancak PVSK ve Jandarma Kanunu'nda bu suçların kanun metninde doğrudan listelenmesi yönünde bir değişikliğe gidilmemiştir. İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulacak suçlar için halen CMK'nın mülga 250. maddesine işaret eden PVSK ve Jandarma Kanunu yeterince açıklık sağlamamaktadır.<sup>130</sup>

PVSK ek 7. maddesinde 671 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi'nin 24. maddesiyle yapılan değişikliğe kadar, iletişimin denetlenmesi Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından yürütülmekteydi. TİB'in görev ve yetkilerini ve Polis, Jandarma ve MİT tarafından telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına dair usul ve esasları gösteren bir yönetmelik kabul edilmişti.<sup>131</sup> 671 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi'nin 22. maddesi ile TİB kapatılarak yetkileri Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na (BTK) devredilmiş ve telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi artık BTK'nın bünyesinde tek bir merkezden yürütülmeye başlanmıştır.<sup>132</sup> İlgili yönetmeliğin maddi konusu koşulların değişmesi nedeniyle ortadan kalksa bile, bir mahkeme kararı ile iptal edilmediği sürece hukuka uygun sayılacağı ve yürürlükte kalmaya devam edeceği kuşkusuzdur. Ancak işleyişi gereği temel bir hakka müdahale eden BTK merkezindeki bu yeni birimin adının ve yetkilerinin açıkça ifade edildiği yeni bir yasal düzenleme yapılması müdahalenin meşruluğunun sağlanması için elzem niteliktedir.

Gözetleme faaliyeti kapsamında, Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu (MOBESE) kapsamında kamusal alanlara kameraların yerleştirilerek kişilerin

<sup>129</sup> Ibid, s. 101.

<sup>130</sup> **Yüksel**, İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesinin Anayasal Boyutu ve Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, s. 264.

<sup>131</sup> Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik, R.G. Tarih: 10.11.2005, Sayı: 25989

<sup>132</sup> 671 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum Ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, R.G. Tarih 17.08.2016, Sayı: 29804.

hareketlerinin izlenmesi ve kayda alınması konusunda Birleşik Krallık ve Türkiye’de güvenlik saikleriyle yaygın toplumsal bir kabul olduğu düşünülmektedir.<sup>133</sup> Türkiye’de 2001’den itibaren gündelik hayata yerleşen, kamera kayıtlarının alınması, işlenmesi ve saklanması uygulamada PVSK’nın 1. ve 2. maddelerinde polisin genel güvenlikle ilgili görevlerine dayanarak yapıldığı anlaşılmaktadır.<sup>134</sup> Ancak bu hükümlerin, kameraların hangi noktalara yerleştirileceği, kameralarla elde edilen kayıtların hangi koşullarda ve ne kadar süreyle saklanacağı hususlarında yeterli açık sunmadığı değerlendirilmektedir. Bu hususta 2016 yılının Mart ayında yasalaşan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun kamera uygulamaları için yeterli bir yasal altyapı sağlayıp sağlamadığı meselesi tartışılabilir.<sup>135</sup> Anılan Kanun’un 5. maddesinin 2. fıkrasının a bendi, kanunun açıkça öngördüğü hallerde kişisel verilerin işlenebilmesi için kişilerin rızalarının aranmayacağını, 28. maddesinde ise milli güvenlik sebebiyle kolluk kuvvetlerinin kişisel verilerle ilgili uygulamalarının bu kanun hükümlerinden istisna tutulacağını öngörmektedir. Dolayısıyla istihbarat ve güvenlik kurumlarının kamera kayıtlarını elde etme, işleme, saklama ve yok etmelerine ilişkin belirsiz olan mevcut durum, yine yasamanın öngördüğü bir istisnaya normatif düzlemde temellendirilmiştir. Kamera izlemelerinin daha somut güvenceli bir yasal zemine kavuşturulması gerektiği vurgulanmalıdır.

## B. Meşru Amaç

Birleşik Krallık’ta milli güvenlik menfaatlerini ilgilendirmesi ve ciddi bir suçun önlenmesi veya ortaya çıkarılması amaçlarıyla iletişimin denetlenmesine izin verilmektedir. Milli güvenlik kavramı kanunda tanımlanmamakla birlikte, genel olarak, devletin ve toplumun hayatta kalması ve refahı, terörizm, casusluk ve daha yıkıcı faaliyetlerle ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere milletin güvenliğine yönelik tehlikeleri kapsayan bir üst kavramı ifade etmektedir.<sup>136</sup> Ancak Birleşmiş Milletler’in (BM) raporlarında, iletişimin denetlenmesi yoluna başvurarak ulaşılmaya hedeflenen amaçların kavramsal olarak geniş niteliğinin, yüksek sayıda kişilerin dinlenmesine ve kitlesel verilerin elde edilerek incelenmesine yol açan bir risk taşıdığı yönünde eleştiriler ileri sürülmüştür.<sup>137</sup> Birleşik Krallık’taki IPA’nın en tartışmalı hükümlerinden biri, kitlesel dinlemeler, kitlesel iletişim verileri hakkında verilerin ele geçirilmesi (içeriğine bakılmaksızın görüşmenin yapıldığı kişi, zaman, yer ve görüşme sıklığının tespit edilmesi) ve kitlesel cihaz müdahalesi (istihbarat kurumlarının bireylerin elektronik cihazlarına korsan bir şekilde girebilmeleri) gibi kitlesel ölçekteki yetkilerin kullanımına ilişkindir. Esasen daha önceden de istihbarat kurumlarının kullandığı belirtilen anılan yetkiler, bu son değişiklikle yasal düzlemde bir şeffaflığa ve

<sup>133</sup> **Taşçı**, Türkiye’de Mobese ve Eleştiriler, s. 178., **Amos**, Surveillance in the United Kingdom, s. 165.

<sup>134</sup> Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında Emniyet Genel Müdürlüğü’ne yapılan bir başvuruda, MOBESE uygulamasının yasal dayanağının PVSK’nın 1. ve 2. maddeleri olduğu yönünde yanıt verilmiştir. Bkz. **Taşçı**, Türkiye’de Mobese ve Eleştiriler, s. 178.

<sup>135</sup> R.G. Tarih: 07.04.2016, Sayı: 29677.

<sup>136</sup> **Bradley/Ewing/Knight**, Constitutional and Administrative Law, s. 427.

<sup>137</sup> **Joseph A. Cannataci**, “Özel Raportörün Özel Hayatın Gizliliği Hakkına İlişkin Raporu (Report of the Special Rapporteur on the Right to Privacy)”, A/HRC/31/64, 2016, para. 39., s. 14.

açıklığa kavuşturulmuştur.<sup>138</sup> IPA'nın 142. maddesine göre, ulaşılmaması hedeflenen meşru amacın ancak detaylı ve somut bir şekilde belirtilmesi halinde kitlesel olarak iletişimin denetlenmesi yetkisinin verilebileceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla IPA'ya göre istihbarat kurumları kitlesel yetkilerini ancak amaçlarını "milli güvenlik" betimlemesinden daha somut ve kesin olarak belirttikleri hallerde kullanabilirler. Belirli bir şüphelinin veya hedefin iletişiminin denetlendiği ya da elektronik cihazlarına müdahale edildiği durumlarda, kişinin kimliğine ve gözetlendiği yerin bilgilerine gözetleme kararında açıkça yer verileceği hatırlanmalıdır. Bu açıdan kitlesel yetkilerin kullanılmasına izin veren kararlarda amacın, 'milli güvenlik' betimlemesine kıyasen somutlaştırılmadığı durumlarda, yetkilerin kullanımının AİHS'e aykırılık teşkil edeceği kuşkusuzdur.<sup>139</sup> Keza AİHM iletişimin denetlenmesine mahkeme ya da bakan tarafından onay verilen hallerde, bu kararlarda isim, adres, telefon numarası veya ilgili diğer bilgilerle gözetlenecek kişinin ve gözetlemenin gerçekleşeceği yerin açıkça belirtilmesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>140</sup>

Bu standartların Türk hukukundaki düzenlemesi ve uygulaması incelendiğinde, öncelikle Devlet İstihbarat Hizmetleri ve MİT Kanunu'nun 6. maddesi dikkat çekmektedir. Buna göre MİT, terör faaliyetlerinin önlenmesi amacıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit edebilir, dinleyebilir, sinyal bilgilerini değerlendirebilir ve kayda alabilir. Devlet İstihbarat Hizmetleri ve MİT Kanunu'nda öngörülen 'terörist faaliyetlerin önlenmesi' amacı 1982 Anayasasının 20. maddesindeki 'milli güvenlik, kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi' sebepleriyle ilintilidir. Ancak Kanun'da öngörülen bu amaçların oldukça soyut nitelikte ve yargıca fazlaca yorum esnekliği sunan tasvirler olduğu ve masumları da kapsayan kitlesel bir gözetlemeye sebep olduğu yönünde eleştiriler bulunmaktadır.<sup>141</sup> Buna karşın AYM, gerçek kimlikleri saklanıp kendilerine kod adı verilen kişilerin telefonlarının dinlenmesinin haberleşmenin gizliliğini ihlal ettiği iddiasıyla önüne gelen bir başvuruda, bu eleştirilerin aksi yönünde bir değerlendirme yapmıştır. Anılan 6. maddenin, ilgili hak ve özgürlüğe yönelen müdahalenin sınırlarını yeterli bir açıklıkta ortaya koyan, erişilebilir ve öngörülebilir bir düzenleme olduğuna hükmetmiştir.<sup>142</sup> AYM, AİHM içtihatlarıyla uyumlu bir şekilde, MİT Kanunu'na göre iletişimi denetlenen kişilerin kimliğinin açık bir şekilde belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir.<sup>143</sup>

### C. Ölçülülük

Birbiriyle yarışan değerleri içeren normların dengelenmesinde başvuru- lan ölçülülük testi üç aşamalı bir değerlendirmeyi kapsar. Bunlar temel hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin (1) ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye

<sup>138</sup> **Mark Waller**, "İstihbarat Hizmetleri Komiseri'nin 2015 Raporu (*Report of the Intelligence Services Commissioner for 2015*)", s. 27 (Çevrimiçi),

<http://intelligencecommissioner.com/docs/56892%20HC%20459%20web.pdf>, 12 Kasım 2016.

<sup>139</sup> **Cannataci**, Özel Hayatın Gizliliği Hakkına İlişkin Raporu, s. 14.

<sup>140</sup> AİHM, Zakharov/Russia, Başvuru No: 47143/06, 04.12.2015, para. 264.

<sup>141</sup> **Yüksel**, Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişim, s. 166., **Küzeci**, Kişisel Verilerin Korunması, s. 304.

<sup>142</sup> AYM Başvuru No: 2013/7054 K.t..09.05.2015, para. 62.

<sup>143</sup> *Ibid*, para. 63-64.

elverişli olması (elverişlilik), (2) hak ve özgürlüğü en az sınırlayıcı nitelikte olması (zorunluluk), (3) hak ve özgürlüğe verdiği zarar ile ulaşılması hedeflenen amaçla elde edilecek yarar arasında bir dengenin kurulmasıdır (orantılılık).<sup>144</sup> AİHS'nin 8. maddesinin lafzında yer alan 'demokratik toplumun gereklilikleri' kavramı zorunluluk unsurunu karşılamaktadır.<sup>145</sup> Terörle mücadele bağlamındaki AİHM pratiğinde ise, ölçülülük testinin demokratik toplum düzeninin gereklilikleri unsurunu kapsar biçimde tüm unsurlarıyla birlikte uygulandığı gözlemlenmektedir.<sup>146</sup>

Elverişlilik unsuru açısından, elektronik sistemlere kolayca erişen ve bunları kontrol edebilen terörün önlenmesi amacıyla gözetleme yapılmasının özel hayatın gizliliğine bir müdahale teşkil edeceği açık olmakla birlikte, bu müdahale ile terörle mücadele arasında makul bir bağlantı bulunmaktadır. Keza iletişimin denetlenmesi ve kemaralarla izleme, milli güvenliğin sağlanması ve Birleşik Krallık'ta arandığı gibi 'ciddi' suçların işlenmesinin önlenmesi amaçlarını gerçekleştirmek için elverişlidir. Yukarıda gözetlemenin toplum sözleşmesinin yeniden yorumlanmasına etkisi irdelenirken, toplumların bizatihi gözetleme faaliyetlerini güvenlik uğruna yaygın olarak kabul ettikleri ileri sürülmüştü. Bunun bir yansıması olarak, Türk ve İngiliz mahkemelerinin konuya yaklaşımları incelendiğinde, özel hayatın gizliliği hakkına bir müdahalenin varlığını tespit ederken, terörle mücadele muhakkak gözetleme faaliyetinin yürütülmesi gerektiğinin temel alınarak, gereğinin bunun üzerine inşa edildiği anlaşılmaktadır.<sup>147</sup> Nitekim yukarıda değinilen *Klass ve diğerleri* kararında da vurgulandığı üzere, AİHM, devletlerin terörle mücadele alanında yürüteceği gözetleme ve diğer istihbarat faaliyetlerine ilişkin yasal düzenlemeleri kabul etmesini kaçınılmaz bir mecburiyet olarak değerlendirmektedir.<sup>148</sup> Dolayısıyla çalışmaya konu olan devletlerin yargı pratiğinde, terörle mücadelede milli güvenliğin sağlanması amacıyla gözetleme faaliyetlerinin yürütülmesinin gerekip gerekmediği, her somut olaya göre ayrıca tartışılmamaktadır.

Zorunluluk unsurunun sağlanması için, istihbarat kurumlarının iletişimin denetlenmesi tedbirine bir son çare olarak başvurmaları gerekmektedir. Toplumsal panik yaratan terör suçlarının önlenmesi gibi durumlarda özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğini daha az sınırlayan nitelikte diğer araçların saptanması oldukça zordur.<sup>149</sup> Birleşik Krallık'ta yasal düzenlemelerde istenen bilgiyi dinleme kararının uygulanması dışında elde edecek tüm diğer yollar önceden değerlendirilmiş ve dolayısıyla iletişimin denetlenmesi yoluna son çare olarak başvurulmasının gerekli olması aranmaktadır.<sup>150</sup> Buna karşın Türk hukukunda, terörün önlenmesine ilişkin mevzuatta böyle bir son çare ölçütünün

<sup>144</sup> **Fazıl Sağlam**, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1982, ss. 113-115.

<sup>145</sup> **Christian Rumpf**, "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", *Anayasa Yargısı*, C.10, 1993, s. 30.

<sup>146</sup> AİHM, Murray/Birleşik Krallık, Başvuru No: 13/1993/408/487, K.t. 28.10.1994, para. 90-94.

<sup>147</sup> R v. Chief Constable of South Yorkshire Police, Ex Parte Marper [2004] 1 WLR 2196., AYM Başvuru No: 2013/7054 K.t..09.05.2015, para. 43.

<sup>148</sup> *Klass ve diğerleri/Almanya*, para. 48.

<sup>149</sup> **Yüksel**, *İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesinin Anayasal Boyutu ve Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*, s. 267.

<sup>150</sup> **Barnett**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 535.

aranmadığı gözlemlenmektedir.<sup>151</sup> Buna ek olarak, Türk hukukunda bu denetleme tedbirine başvurmayı gerekli kılabilecek şüphenin boyutu da belirtilmemiştir.<sup>152</sup> Terörle mücadelede şüphe derecesinin somut olarak belirtilmemesi ve ciddi bir terör tehlikesinin daimi olduğunun varsayılması normatif düzlemde ihtiyat ilkesi ile açıklanabilir.<sup>153</sup> İhtiyat ilkesi ilk olarak İsveç ve Almanya'da çevre hukuku alanında ortaya çıkmış<sup>154</sup> ve sonra uluslararası çevre hukuku alanındaki doktrin ve yargı kararlarındaki gelişmelerle daha geniş bir yelpazede benimsenmiştir. Buna göre çevreye zarar vereceği konusunda bilimsel bir kesinlik olmasa dahi, sırf böyle bir zararı doğurma riski taşıyan işlem veya aktivitelere yönelik önleyici tedbirlerin uygulanması gerekmektedir.<sup>155</sup> Uluslararası mahkeme kararlarında sıklıkla başvurulmasına karşın, ihtiyat ilkesinin hukuki niteliğinin emredici (*jus cogens*) bir uluslararası hukuk ilkesi yahut normatif bağlayıcılığı olmayan bir yaklaşım olup olmadığı hususunda bir görüş birliği oluşmamıştır.<sup>156</sup> Esasen ihtiyat ilkesi kullanıldığı yasal düzenlemenin kapsamına göre çeşitli tanımlarla farklılaştırılabilir. Sözgelimi, daha katı bir tanımında, riskli olmadığını kanıtlama konusunda, ispat yükünü iddia edene değil, işlem ve eylemde bulunana çeviren bir türü bulunmaktadır.<sup>157</sup> Özellikle 2001'den itibaren artan terör saldırıları neticesinde, terörle mücadele yasalarında ihtiyat ilkesine başvurulduğu gözlemlenmiştir.<sup>158</sup> Terörle mücadelede ihtiyat ilkesi gözetilerek Drakon yasalarına benzer oldukça katı tedbirlere başvurulduğu ifade edilmiştir.<sup>159</sup> Bir terör tehlikesinin gerçekleşeceğine ilişkin kesin istihbari kanıt ve bulgular olmasa dahi önleyici tedbirlerin alınması gerektiğini öngören bu ilke, toplumdaki herkesi şüpheli sınıfına dahil ederek kitlesel bir gözetlemeye yol açmaktadır.<sup>160</sup> Terörle mücadele ile ilgili akademik çalışmalarda kabul görmeye birlikte, terör hakkındaki yargı kararlarında henüz bu ilkeye referans yapılmadığı tespit edilmiştir. Bunda ihtiyat ilkesinin

---

<sup>151</sup> **Yüksel**, İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesinin Anayasal Boyutu ve Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, s. 266.

<sup>152</sup> *Ibid*, s. 271.

<sup>153</sup> **Matthias Borgers/Elies van Sliedregt**, "The Meaning of the Precautionary Principle for the Assessment of Criminal Measures in the Fight Against Terrorism", *Erasmus Law Review*, C.2 S. 2.,2009, ss. 173-174.

<sup>154</sup> **Patricia Birnie/Alan Boyle**, *International Law And The Environment*, New York, 2009, s. 154.

<sup>155</sup> **Nicolas de Sadeleer**, "The Precautionary Principle As A Devise for Greater Environmental Protection: Lessons From EC Courts", *Reciel*, C. 18, No.1, 2009 s. 4.

<sup>156</sup> **Birnie/Boyle**, *International Law And The Environment*, s. 155.

<sup>157</sup> **Jessica Stern/Jonathan Weiner**, "Precaution Against Terrorism", *Journal of Risk Research*, C. 9, No. 4, s.394.

<sup>158</sup> **Genevieve Lennon**, "Precautionary Tales: Suspicionless Counter-Terrorism Stop And Search", *Criminology And Criminal Justice*, C.15, No:1, 2015, s.45.

<sup>159</sup> **Simon Bronitt**, "Balancing Security and Liberty: Critical Perspectives on Terrorism Law Reform" *Fresh Perspectives on the 'War on Terror'*, Ed. Miriam Gani, Penelope Mathew, Australia, ANU, 2008, s.78.

<sup>160</sup> **Claudia Aradau/Rens van Munster**, "Governing terrorism through risk: Taking precautions, (un)knowing the future", *European Journal of International Relations*, C. 13 No.1, 2007, s.115, 117.

ispat yükünü tersine çeviren özelliğinin de etkisi vardır.<sup>161</sup> Eylemlerinin terör tehlikesine yol açacağı veya terörle bağlantılı olduğu iddia edilen taraf, bunun aksini kanıtlamak durumundadır.<sup>162</sup> “İddia eden iddiasını ispatla yükümlüdür” ilkesi, ihtiyat ilkesiyle tersine çevrilmektedir. Bu ilke, kesin kanıtın aranmaması, gözetleme tedbirinin uygulanmasında kanıtların yargı organınca titiz bir şekilde incelenmesi yönteminin seçilmesinden ziyade, tehlikeyi sıfırlamak için herkesi terör şüphelisi varsayımı altında bırakan idari kararların uygulanmasına yol açmaktadır.<sup>163</sup> Yukarıda meşru amaç bölümü irdelenirken de vurgulandığı üzere, Devlet İstihbarat Hizmetleri ve MİT Kanunu’nun 6. maddesinde “*ciddi bir tehlikenin varlığı halinde*” ibaresiyle uygulama alanı bulan ihtiyat ilkesinin, herkesi kapsayan kitlesel bir gözetlemeye yol açtığı değerlendirilmektedir.<sup>164</sup>

Orantılılık unsuru açısından değerlendirildiğinde, MİT Kanunu’nda iletişimin denetlenmesi yönteminin uygulanması için gereken şüphenin tespitinde, yukarıdaki ihtiyat ilkesinin bir yansıması olarak idareye geniş bir takdir yetkisi tanındığı dikkat çekmektedir.<sup>165</sup> Buna ek olarak, Türk Hukuku’nda 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 3. maddesinde terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde iletişimin denetlenmesi tedbirinin üç aydan fazla olmamak üzere hakim kararıyla müteaddit defalar uzatılabileceği öngörülmüştür. Kanun’da bir üst sınır öngörülmemesi, iletişimin süresiz olarak denetlenmesine yol açmakta ve bu durum haberleşme hürriyetinin ve özel hayatın gizliliğinin orantısız bir şekilde sınırlandırılmasına neden olmaktadır.<sup>166</sup> Diğer taraftan, IPA’daki kitlesel yetkiler, belirli bir hedefi ya da şüpheliyi bulabilmek amacıyla masum kişilerin de gözetlenmesine ve onların haberleşme hürriyetlerine orantısız ve aşırı bir müdahale teşkil edebilecektir. IPA’ya göre Bakan, kitlesel yetkilerin kullanılmasına izin verirken, ölçülülük şartına uymalıdır. Bu da tedbirin uygulanmasıyla ulaşılabilecek amacın “milli güvenlik” betimlemesinden daha somut ve kesin olarak belirlenmesini gerektirir. Yukarıda belirtildiği üzere, bu izin kararlarında gözetlenen kişinin kimliğinin ve gözetlemenin gerçekleşeceği yerin somut olarak belirtilmemesi halinde, kitlesel yetkilerin kullanımının AIHM içti-hatlarıyla bir tezat oluşturması muhtemeldir.

#### **D. Elde Edilen Verilerin Kullanılması ve Saklanması**

İstihbarat çalışanlarının gözetleme faaliyetleri sonucu elde ettikleri verileri kanunlarda öngörülen amaçlara aykırı bir biçimde kullanmaları hem İngiliz hem de Türk hukukunda suç sayılmıştır. Özellikle AYM kararlarına göre bu

<sup>161</sup> **Birnie, Boyle**, International Law and the Environment, s. 158., **Tuba Turan**, “War on Terror in the US and UK: An Evaluation With Regard To Civil Liberties”, **USAK Yearbook**, C.1, 2008, s. 32

<sup>162</sup> **Aradau/Munster**, Governing Terrorism Through Risk, s. 106.

<sup>163</sup> *ibid*, s. 106.

<sup>164</sup> **Yüksel**, Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişim, s. 166.

<sup>165</sup> **Yüksel**, İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesinin Anayasal Boyutu ve Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, s.261, 262.

<sup>166</sup> *Ibid*, s. 272.

suiistimalin suç teşkil edecek şekilde düzenlenmesi, istihbarat faaliyetlerinin denetimini güçlendiren bir ek güvence sağlamaktadır.<sup>167</sup>

Birleşik Krallık'taki raporlarda ve yargı kararlarında istihbarat çalışanlarının kişisel verileri kişisel amaçlarla kullandığı olguları yansıtmış ve bu çalışanların yetkilerini mevzuata aykırı bir biçimde kötüye kullandığı tespit edilmiştir.<sup>168</sup> Ancak IPA yürürlüğe girene kadar bu kötüye kullanmayı suç ya da kabahat olarak nitelendiren hükümler bulunmadığı için, bu çalışanlara bir yaptırım uygulanıp uygulanmadığı bilinmemektedir. Keza böyle durumlarda sadece 1998 tarihli Veri Koruma Kanunu'nun (*Data Protection Act*) genel amaçlarına ya da kamu makamının kötüye kullanımına ilişkin genel bir suça dayanarak soruşturma yapılabiliyordu. Oysa geçtiğimiz günlerde Kraliyet onayı alarak yürürlüğe giren IPA bu boşluğu doldurmakta ve kişisel verilere ilişkin materyallerin kasıt veya ihmalle ele geçirilmesi, işlenmesi ve açıklanması şeklinde yeni bir suç tipi yaratmaktadır. Ancak güncel bir IPT kararı doğrultusunda, GCHQ'nun iç idaredeki hatalardan kaynaklanan kanuna aykırı dinlemelerinin suç teşkil etmediği yönündeki kararı hatırlanmalıdır.<sup>169</sup> Dolayısıyla kasten kötüye kullanmanın saptanmasının uygulamada nasıl somutlaşacağı ve yerleşeceği yönünde endişeler bulunmaktadır.<sup>170</sup>

Bir diğer husus, IPA'da, internet bağlantısı kullanılarak aranan ve girilen tüm internet sitelerinin, yapılan her türlü görüşme ve yazışmaların olduğu internet bağlantı kayıtlarının erişim sağlayıcıları tarafından 12 ay boyunca saklanması öngören tartışmalı hükümdür. Önceki yasal rejimde istihbarat kurumları bu kayıtları erişim sağlayıcılarından herhangi bir denetim olmadan talep etmeye yetkilidiler. IPA'da da bir ön yargısal denetim olmadan istihbarat kurumları yine bu 12 ay saklanan internet kayıtlarını talep edebilmekte, yargısal denetim mekanizması ancak kayıtlar ele geçirildikten sonra işletilebilmektedir.

Türk hukukunda iletişimin denetlenmesi ve kameralarla izleme sonucunda elde edilen verilerin saklanması hususunda şöyle sıkıntılar mevcuttur. İlk olarak, Devlet İstihbarat Hizmetleri ve MİT Kanunu'nda iletişimin denetlenmesi tedbirinin sona ermesiyle, dinlemelerin içeriğine ilişkin kayıtların başkanın ve ilgili kurumların en üst amirinin denetimi altında yok edilmesi için öngörülen 10 günlük süre oldukça uzun ve geç olarak değerlendirilmektedir.<sup>171</sup> Keza yine hakim in iletişimin denetlenmesine izin vermediği durumlarda veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde 24 saat içinde hakim in onayına sunulmak üzere kanunda belirtilen kişilerin yazılı emriyle bu tedbire başvurulduğu ve ancak 24 saat içinde hakim in onayının alınmadığı hallerde de bu kayıtların 10 gün içerisinde silineceği düzenlenmiştir. Kayıtlar derhal yok edilebilecekken, 10 günlük bir süre öngörülmesinin oldukça uzun olmasına ilişkin eleştiriler aynen burada da geçerlidir.

<sup>167</sup> AYM, E. 2014/122, K. 2015/123, K.t.: 30.12.2015, R.G. Tarihi: 01.03.2016, Sayı: 29640.

<sup>168</sup> **Eric King/Daniella Lock**, "Investigatory Powers Bill: Key Changes Made by the Lords" (Çevrimiçi) <https://ukconstitutionallaw.org/2016/12/01/eric-king-and-daniella-lock-investigatory-powers-bill-key-changes-made-by-the-lords/> 12 Kasım 2016.

<sup>169</sup> IPT, Liberty and Others / GCHQ and Others, k.t. 05.12.2014.

<sup>170</sup> **King/Lock**, Investigatory Powers Bill,

<sup>171</sup> **Handan Yokuş Sevük**, "Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler", TBB Dergisi, Sayı 67, 2006, s. 52.

Diğer bir husus da, kamusal alanlara yerleştirilen kameralarla kişilerin gözetlenmesine ilişkin kayıtların saklanma süresi ve şekli hususlarında halen bir açık bir yasal düzenlemenin bulunmaması ve bu hususta idareye geniş ölçüde keyfilik tanınmasıdır. Kameraların teknik yapısına bağlı olarak bu görüntülerin 10 ila 30 gün arasında değişen sürelerle saklandığı ve bir soruşturma kapsamında talep edilen görüntülerin ise 5 yıl süreyle muhafaza edildiği bilinmektedir.<sup>172</sup> Bir hukuk devleti tüm işlem ve eylemlerinde belirlilik esasına uymalı ve bir hakka yönelik sınırlama ancak kanunla gerçekleştirilmelidir. MOBESE kayıtlarının saklanma süresi ve şekli hakkında açık, erişilebilir ve öngörülebilir bir kanunun yokluğu özel hayatın gizliliğinin koruduğu bir değer olarak kişilerin bu verileri kontrol edebilmesini ve bireysel özerkliğin kullanılmasını engellemektedir.

Son olarak yukarıda kanunilik unsuru başlığındaki değerlendirmeden hatırlanacağı üzere, kamusal alanlardaki kameralarla elde edilen kayıtların hangi koşullarda ve ne kadar süreyle saklanacağı hususlarında yeterli açıklıkta bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 28. maddesi ile kişisel verilerin milli güvenlik sebebiyle işlendiği haller anılan kanun hükümlerinden muaf tutulmuştur. Bunun bir neticesi olarak, istihbarat ve güvenlik kurumları terörle mücadele alanında, kamera kayıtlarının elde edilmesi, işlenmesi, saklanması ve yok edilmesine ilişkin açık olmayan ve belirsiz bir normatif düzlemde işlem yapmaktadırlar. Bu işlemlerin, kamera izlemeleriyle elde edilen verilerin kullanılması ve saklanmasına ilişkin somut güvencelerin sağlandığı yasal bir zeminde gerçekleştirilmesi gerektiği hususu burada bir kez daha vurgulanmalıdır.

## V. Gözetlemenin Denetimi ve Denetim Mekanizmalarının Etkinliği

1. yüzyılda Romalı Şair Iuvenalis'in "Bekçileri kim gözetleyecek" (*Sed quis custodiet ipso custodes*) sorusu ile başlayan istihbarat ve gözetleme faaliyetlerine yönelik denetim mekanizmalarının öngörülmesi ve bunların etkin bir biçimde işletilmesi meselesi, günümüzde de demokratik bir hukuk devletinin en önemli yapısal sorunlarından birini oluşturmaktadır.<sup>173</sup> İstihbarat kurumlarının faaliyetleri, gözetleme kararının verilmesi sırasında, sürdürülürken ve gözetlemenin tamamlanmasından sonra olmak üzere üç aşamada da denetlenmelidir.<sup>174</sup> Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin bu hesap verilebilirlik hususuna yaklaşımları dikkate alındığında, gözetlemenin demokratik denetiminin esas itibarıyla üç mekanizmayla sağlandığı anlaşılmaktadır. Bunlar, meclis komisyonlarından oluşan siyasi, uzman kurumlardan oluşan bağımsız ve son olarak, özel yetkili ya da genel mahkemeleri kapsayan yargısal denetim mekanizmalarıdır.<sup>175</sup> Buna karşın, aşağıda detaylandırılacak olan Birleşik Krallık ve Türkiye

<sup>172</sup> **Taşçı**, Türkiye'de Mobese ve Eleştiriler, s. 176.

<sup>173</sup> Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri (*Council of Europe Commissioner for Human Rights*), "Milli İstihbarat Kurumlarının Demokratik ve Etkin Denetimi (*Democratic and Effective Oversight of National Security Services*)", Issue Paper, 2015, s. 62, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680487770>, 1 Aralık 2016.

<sup>174</sup> **Sevük**, Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler, s. 52.

<sup>175</sup> Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Milli İstihbarat Kurumlarının Demokratik ve Etkin Denetimi, s. 7.



özelinde kurulan siyasi, bağımsız ve yargısal denetim mekanizmalarının sınırlarını birbirinden ayırmak çok da kolay değildir.<sup>176</sup>

### **A. Meclis Denetimi (Siyasi Denetim)**

İstihbarat kurumlarının gözetleme faaliyetlerinin meclis bünyesinde oluşturulacak bir komisyon tarafından denetlenmesi esasen şu hususların güvence altına alınmasına katkıda bulunmaktadır, (1) yasaların bu kurumlar hakkında kapsamlı bir denetim öngörmesinin sağlanması, (2) diğer denetim mekanizmalarına gerekli bütçenin ayrılması, (3) bağımsız denetim kurumlarının Meclis'e sunduğu yıllık raporların incelenerek bunların çalışmalarının denetlenmesi ve son olarak da, (4) istihbarat faaliyetlerine yönelik daimi veya *ad hoc* soruşturmalar yürütülmesidir.<sup>177</sup> Buna karşın, parlamenter denetim şu hususlarda problemli ve yetersiz olarak değerlendirilmektedir, (1) milletvekillerinin oldukça karmaşık nitelikteki istihbarat sinyallerine ilişkin mevzuları denetleyebilmek için dışarıdan teknik desteğe ihtiyaç duymaları, (2) diğer parlamenter görevleri dolayısıyla yeterli zaman bulamamaları, (3) belirli istihbari sinyal kurumları arasında yüksek seviyelere ulaşan bir ağ ve iş birliğinin kurulmasıdır. Ancak en önemli husus, şüpheli olmasına bakılmaksızın herkesin izlenmesine yol açan stratejik gözetlemenin insan haklarına doğrudan bir müdahale teşkil etmesi ve temel hak ve özgürlüğe yönelik bu müdahalenin gelecekteki olarak bağımsız bir yargı kanalıyla çözülmesinin esas olmasıdır. Siyasi üyelerden oluşan parlamenter bir komitenin böyle yarı-yargısal bir görev üstlenmesi karşısında kuvvetler ayrılığı ilkesi tartışmalı hale gelmektedir.<sup>178</sup>

Birleşik Krallık'ta 1994 İstihbarat Hizmetleri Kanunu ile Meclis bünyesinde "İstihbarat ve Güvenlik Komitesi" (*Intelligence and Security Committee*) adında 9 milletvekilinden oluşan ve istihbarat kurumlarının harcama, idare ve politikalarını inceleyen bir Komite görev yapmaktadır. Üyelerini, Başbakan'ın ana muhalefet liderine danışarak gösterdiği adaylar arasından meclis seçer. 2013 tarihli Adalet ve Güvenlik Kanunu (*Justice and Security Act*) ile Komite'nin başkanının artık Başbakan olma zorunluluğu kaldırılmış, kendi üyeleri arasından seçileceği düzenlenmiş, diğer kurumlardan bilgi ve belge 'talep etme' yetkisi güçlendirilerek 'elde etme' ibaresiyle değiştirilmiş, ulaşabileceği kaynakların kapsamı genişletilmiş ve son olarak hükümetin her türlü istihbarat ve güvenlik faaliyetlerini denetleyecek şekilde yetkilerinin kapsamı güçlendirilerek genişletilmiştir.<sup>179</sup> Komite yıllık faaliyetlerini bir rapor olarak ve herkesin erişimine

---

<sup>176</sup> Venedik Komisyonu, "İstihbarat Kurumlarının Demokratik Denetimine İlişkin 2007 Raporunun Güncellenmesi ve Sinyal İstihbarat Başkanlıklarının Demokratik Denetim Raporu, *Update Of The 2007 Report On The Democratic Oversight of the Security Services and Report on the Democratic Oversight of Signals Intelligence Agencies*", CDLAD(2015)006, 2015, s. 37.

<sup>177</sup> Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Milli İstihbarat Kurumlarının Demokratik ve Etkin Denetimi, s. 62.

<sup>178</sup> Venedik Komisyonu, İstihbarat Kurumlarının Demokratik Denetimine İlişkin, sayfa 6.

<sup>179</sup> İstihbarat ve Güvenlik Komitesi (*Intelligence and Security Committee*), "Meclis Raporu: Gizlilik ve Güvenlik: Modern ve Şeffaf Hukuki Çerçeve", 12 Mart 2015, s. 80-81, (Çevrimiçi), [http://isc.independent.gov.uk/files/20150312\\_ISC\\_P+S+Rpt\(web\).pdf](http://isc.independent.gov.uk/files/20150312_ISC_P+S+Rpt(web).pdf), 1 Temmuz 2016.

açık bir biçimde meclise sunar.<sup>180</sup> Ancak milli güvenlik hassasiyeti taşıyan bilgilerin gizliliğini sağlamak amacıyla bu raporlar ilk elden Başbakan'a sunulur ve Başbakan Komite'ye danıştıktan sonra ilgili hususları rapordan çıkarabilir. Bu anlamda Komite, meclisteki diğer komisyonlardan ayrılarak, yürütmenin kontrolü altında görev yapmakta ve bağımsız çalışmamaktadır.<sup>181</sup> Komite'nin özellikle 2013 ila 2015 yılları arasında kamuyla paylaştığı yıllık ve özel raporları incelendiğinde, bilgi ve belgelere ulaşmada geniş yetkilerinin bulunduğu ve istihbarat faaliyetlerini düzenleyen yasal mevzuatın şeffaf ve açık olmadığı yönündeki eleştiriler dikkat çekmektedir.<sup>182</sup> Buna karşın istihbarat faaliyetlerinin denetlendiği özel raporlarda usulsüzlük, ihmal ve kusurlar tespit edilse de, bu hataların hiçbir şekilde operasyonların esasını etkileyecek kadar mühim nitelikte olmadığı vurgulanmıştır.<sup>183</sup> Keza Snowden sonrası Birleşik Krallık ve ABD arasında istihbarat paylaşımı yapan "PRISM" programına ilişkin iddialarla ilgili olarak, bunların sadece temelden yoksun olduğunu ifade etmekle yetinmiştir.<sup>184</sup> Aşağıda yargısal mekanizmaları incelerken de benzerini gözlemleyebileceğimiz denetim mekanizmalarına hakim olan bu tutum, niteliği gereği gizlilik esaslı hakim olan istihbarat politikalarının ve eylemlerinin içeriğinin kamuyla detaylı paylaşımının milli güvenlik politikalarına ve faaliyetlerine zarar vereceği düşüncesiyle gerekçelendirilse de, hesap verilebilirlik ve sorumluluk yollarının açılması gerekir.

Diğer taraftan, Türkiye Büyük Millet Meclisi bünyesinde 2014 yılında 6532 sayılı Kanun'la Güvenlik ve İstihbarat Komisyonu kurulana kadar, Meclis bünyesinde denetleme girişimlerinin gerçekleştiği gözlemlenmektedir. İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nun telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi meselelerini denetlemek amacıyla oluşturduğu alt komisyon, her ne kadar siyasi bir denetim öngörse de, komisyonun *ad hoc* niteliği, rapora esas teşkil edecek bilgi ve belgelere erişimde kendisine geniş yetkiler tanınmaması hususları bakımından etkisiz kalmıştır. Hazırlanan raporda, görüşmelerin neticesinde elde edilen bilgi ve kanaatler özetlendikten sonra, konuyla ilgili yasal düzenlemelere ihtiyaç olduğu dile getirilmiştir. İstihbarat kurumlarının demokratik denetimlerinin sağlanması amacıyla karşılaştırmalı hukuktaki güncel gelişmeleri de yakalamak için daimi bir komisyon kurulması kararlaştırıldı.

<sup>180</sup> Parliamentary Oversight of Security and Intelligence Agencies in the European Union (<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201109/20110927ATT27674/20110927ATT27674EN.pdf>) s. 95.

<sup>181</sup> Alder, Constitutional and Administrative Law, s. 573.

<sup>182</sup> İstihbarat ve Güvenlik Komitesi, Meclis Raporu: Gizlilik ve Güvenlik: Modern ve Şeffaf Hukuki Çerçeve

<sup>183</sup> İstihbarat ve Güvenlik Komitesi (*Intelligence and Security Committee*), Lee Rigby'nin Ölümüne İlişkin İstihbarat Hakkında Rapor (Report on the Intelligence Relating to the Murder of Fusilier Lee Rigby, 25 Kasım 2014, s.4, para. 12, (Çevrimiçi) [http://isc.independent.gov.uk/files/20141125\\_ISC\\_Woolwich\\_Report\(website\).pdf](http://isc.independent.gov.uk/files/20141125_ISC_Woolwich_Report(website).pdf), 1 Temmuz 2016.

<sup>184</sup> İstihbarat ve Güvenlik Komitesi (*Intelligence and Security Committee*) "GCHQ'nun ABD'nin PRISM Programı Kapsamında İletişimi Denetlendiğine İlişkin İddialar Hakkında Açıklama (*Statement on GCHQ's Alleged Interception of Communications under the US PRISM Programme*)" Haziran 2013, (Çevrimiçi), [http://isc.independent.gov.uk/files/20130717\\_ISC\\_statement\\_GCHQ.pdf](http://isc.independent.gov.uk/files/20130717_ISC_statement_GCHQ.pdf), 1 Temmuz 2016.

rılmıştır.<sup>185</sup> Güvenlik ve İstihbarat Komisyonu MİT'in üzerinde bir denetim ya da fren mekanizması kurmaktan ziyade, TBMM'ye istihbarat ve güvenli faaliyetleriyle ilgili yıllık raporunda istişari görüş bildirme yetkisiyle donatılmıştır. AYM, bu Komisyon'un kişisel verilerin güvenliğini ve bireyin hak ve özgürlüklerini koruyucu önlemler geliştirme yetkisinin varlığına dikkat çekmiştir.<sup>186</sup> Komisyon'un toplantı ve çalışmaları kapalı oturumda yürütülmektedir. Yıllık raporları da Birleşik Krallık'taki örneğinin aksine, gizli olarak meclise sunulmakta ve kamuya paylaşılmamaktadır. Komisyonun üye sayısı on yedidir. Üye dağılımı siyasi parti gruplarının parti grupları toplam sayısı içindeki yüzde oranlarına göre yapılır.

Birleşik Krallık'taki Komite'nin raporları kamuya açık ve aleni bir şekilde ilan edilirken, Türkiye'de çalışmalar tamamen gizli ve kapalı yürütülmektedir. Ayrıca özel ve kamu kurumlarından doğrudan bilgi ve belge isteme, tanık dinleme ya da casusluk yapan kişilerin gizlice dinlenmesi gibi yetkiler noktasında, Birleşik Krallık'taki Komite'nin daha güçlü yetkilerle donatıldığı değerlendirilmektedir. Her iki komisyon, yürütmenin kontrolü altında faaliyet gösterdiğinden bağımsız bir denetim sunamamaktadır.

## **B. Bağımsız Denetim**

Birleşik Krallık'ta IPA ile tüm bağımsız denetim kurumları Yargı Komiseri (*Judicial Commissioner*) altında tek bir çatıda toplanana kadar üç ayrı Komiserlik tarafından denetim sürdürülmekteydi. Bunlardan biri, istihbarat kurumlarının gözetleme yetkilerini ve elde ettikleri materyalleri kullanmalarını inceleyen İstihbarat Hizmetleri Komiseri (*Intelligence Services Commissioner*) olarak teşkilatlanmıştı. Soruşturma ya da icrai karar alma yetkileri bulunmayan kurumun başında görev yapan emekli bir hakim, Meclis'e sunulmak üzere hazırladığı yıllık raporu Başbakan'a göndermekteydi. Son iki yılın raporları incelendiğinde, haklı bir gerekçe olmadan kitlesel verilere yapılan iki ciddi müdahalenin tespiti ve son raporda da bu şekildeki kötüye kullanımların engellediğine ilişkin tespitler dikkat çekmektedir.<sup>187</sup> Bunun dışında benzer statü ve yetkileri bulunan İletişimin Denetlenmesi Komiserleri (*Interception of Communications Commissioners*)<sup>188</sup> ile polis ve diğer kurumların iletişimi denetlenmesi dışında gizli ajan kullanımı gibi diğer gizli müdahalelerini denetlemekle görevli olan Gözetleme Komiseri (*Surveillance Commissioner*) de bulunmaktaydı.

Birleşik Krallık'ta yukarıda ifade edildiği üzere istihbarat kurumlarının gözetleme araçlarının kullanımını ve kullanıcılarını denetleyen, bağımsız ve

---

<sup>185</sup> Güvenlik ve İstihbarat Komisyonu, 17.04.2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12'nci maddesi ile 01.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'na eklenen Ek 2'nci madde uyarınca kurulmuştur.

<sup>186</sup> AYM, E. 2014/122, K. 2015/123, K.t.: 30.12.2015, R.G. Tarihi: 01.03.2016, Sayı: 29640., para. 32.

<sup>187</sup> **Mark Waller**, "İstihbarat Hizmetleri Komiseri'nin 2014 Raporu (*Report of the Intelligence Services Commissioner for 2014*)", s. 37 (Çevrimiçi)

[http://intelligencecommissioner.com/docs/50100\\_HC\\_225\\_Intel\\_Services\\_Commissioner\\_accessible.pdf](http://intelligencecommissioner.com/docs/50100_HC_225_Intel_Services_Commissioner_accessible.pdf), 12 Kasım 2016., **Waller**, İstihbarat Hizmetleri Komiseri'nin 2015 Raporu, s. 37, 39.

<sup>188</sup> **Alder**, *Constitutional and Administrative Law*, s. 573.

merkezi bir Komiserlik kurumu Türk sisteminde mevcut değildir.<sup>189</sup> Türkiye’de insan hakları alanında bağımsız ve özerk çalışan kurumlar BM bünyesinde 1940’lardan itibaren ulusal insan hakları mekanizmalarının kurulması yönündeki teşvik ve çabalarla oluşturulmuştur. İnsan Hakları Komisyonu’nun 3 Mart 1992 tarih ve 1992/54 sayılı ve BM Genel Kurulu’nun 20 Aralık 1993 tarih ve 48/134 sayılı kararlarıyla kabul edilen ve “İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması İçin Kurulan Ulusal Kuruluşların Statüsüne İlişkin İlkeler”, daha yaygın ismiyle ‘Paris Prensiplerine’ uygun olarak, bu alanda bağımsız ve özerk olarak faaliyet gösteren iki kurum faaliyet göstermektedir. Bunlar, Kamu Denetçiliği Kurumu ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’dur.<sup>190</sup>

Türkiye’de 2010 Anayasa değişikliği ile hukuk sistemimize dahil edilen Kamu Denetçiliği Kurumu sadece gözetlemenin denetimine özgülenmiş özel bir bağımsız denetim mekanizması olmamasına rağmen, bu makaleye esas teşkil eden sorunları incelemek onun görev alanı kapsamındadır. Kurum’un internet sitesinde yıl bazında karar örneklerinin ilan edildiği, ancak her kararının Resmi Gazete’de yayımlanmadığı dikkat çekmektedir. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’te de kararlarının ilgili kurum ve kişilere tebliğ edileceği öngörülmekte, ancak Resmi Gazete’de duyurulacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.<sup>191</sup> Bu durumun, AYM’nin Kamu Görevlileri Etik Kurulu’nun etik ilkelerine aykırı davranışlarının tespitine ilişkin kararların henüz yargı kararı ile kesinlik kazanmadan

*“Resmi Gazete ile kamuoyuna duyurulması ilgilinin herkese teşhiri anlamına gelebileceği ve bu durumun bütün temel hak ve özgürlükler için dokunulmaz ve her türlü değerler ölçütünün dışında kabul edilen insan onuru ile kişinin maddi ve manevi varlığının önemli ölçüde zedelenmesine”*

yol açabileceği yönündeki yaklaşımının bir yansıması olduğu değerlendirilmektedir.<sup>192</sup> Kurum’un internet sitesinde yayımlanan 2013 ila 2016 yılları arasında verdiği kararlar incelendiğinde, bu makaleyi dolaylı olarak ilgilendiren yalnızca bir tavsiye kararı dikkat çekmektedir. Anılan karar, İçişleri Bakanlığı’nun hizmete özel ve gizlilik derecesi olan bir Yönerge’ye dayanarak, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla kişilerin daha önce işledikleri suçlara ilişkin kayıtların süresiz saklanması ve bu verilerin silinmesine yönelik taleplerin dik-

<sup>189</sup> **Taşçı**, Türkiye’de Mobese ve Eleştiriler, s. 176 vd.

<sup>190</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu, “2015 Yıllık Raporu”, s. 111, (Çevrimiçi)

<http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/2015%20yillik%20rapor%20.pdf>, 1 Kasım 2016., Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’nun istihbarat kurumlarına ilişkin bir incelemesine veya kararına rastlanılmamıştır.

<sup>191</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasını İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG Tarih: 28 Mart 2013, Sayı: 28601, madde 37.

<sup>192</sup> AYM, E. 2007/98, K.:2010/33, RG Tarih: 18.05.2010, Sayı: 27585. AYM’ye göre, “Kamuda etik kültürünün yerleşmesi için etik ilkeye aykırılık kararları ile bunların denetimi sonucu idari yargı tarafından verilen iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlanmasının suç niteliği taşımayan bir konuda kişinin teşhirine, dolayısıyla toplum içindeki konumunun, maddi ve manevi varlığının ağır bir şekilde etkilenmesine yol açması, kişi özgürlüğü ile kamu gücünün kullanılması arasındaki hassas dengenin özgürlük aleyhine bozulması demektir. Bu nedenle kural demokratik toplum düzeninin gereklerine ve adalet ilkelerine dolayısıyla hukuk devletine ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına aykırı bulunmaktadır.”

kate alınmayarak kişisel veriler üzerinde bireysel özerkliğin kullanılmasını engellediğine dair bir başvuru ile ilgilidir.<sup>193</sup> Kurum bu kararda,

*“Yönerge’ye dayanak gösterilen Kanun hükümlerinde konunun genel esaslarını düzenleyen kuralların yer olmadığı, konunun tüm esas ve usullerinin Yönergeyle düzenlendiği ve bu durumun Anayasa’nın 20. maddesinde öngörülen kanunla düzenleme ve ölçülülük kuralıyla bağdaşmadığı”*

yönünde görüş bildirmiştir.<sup>194</sup> Bu kararda ayrıca,

*“mevzuatla suç kayıtların tutulma süresi ve silinmesi hususunun kurala bağlanmasının, bu kayıtların istismar edilmesini ve kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla etkin bir denetim mekanizmasının oluşturulması, verilere erişim konusunda yetki kullanacak kamu görevlilerinin yetkilerinin, sunulacak kamu hizmetiyle sınırlı olacak şekilde düzenlenmesi, verilecek kamu hizmeti açısından erişilmesi zorunlu olmayan verilere kamu görevlilerinin erişimi konusunda sınırlamalar getirilmesi, kademeli bir erişim sisteminin getirilmesi gerektiği düşünül-  
mekte olup bu hususlar göz önüne alınarak Kanuni düzenleme yapılması”*

isabetli bir şekilde tavsiye edilmiştir.<sup>195</sup> Kurumun yıllık raporlarında tavsiye kararlarının doğrudan etkilediği yasal değişikliklere yer verilmekle birlikte, anılan kararı dikkate alan bir değişikliğin henüz yasalaşmaması, bu denetimin etkinlik derecesini de azaltmaktadır.

### C. Yargısal Denetim

Gözetlemeye karar verilmesi, sürdürülmesi veya tamamlanmasına ilişkin aşamaların herhangi bir safhasında muhakkak idareden bağımsız bir yargı organının denetiminin gerektiği vurgulanmıştır.<sup>196</sup> İletişimin denetlenmesine izin verme yetkisini yargı ve yürütme arasında paylaşan iki kilitli bir sistem IPA ile yürürlüğe girene kadar Birleşik Krallık’ta bu yetkiyi münhasıran ilgili bakanlar kullanmaktaydı. Bu yetkinin kaynağının temellerini araştırmak üzere 1957’de Danışma Meclisi üyelerinden (*Privy Councillors*) oluşturulan *Birkett* Komitesi, yürütmenin bu yetkisine ilişkin 25 Mayıs 1663 tarihli bir bildiriye (*Proclamation*) referans göstermiştir. Bakan’ın acele yetki verdiği haller dışında kişilerin mektuplarının ve paketlerinin açılmasını yasaklayan bu bildirin günümüze yansımalarının, gözetleme yetkisinin halen münhasıran yürütmede olması belirtilmiştir. *Birkett* Komitesi gözetlemeye ilişkin verilecek kararın yargıyla paylaşılmasını da uygun görmeyerek reddetmiştir.<sup>197</sup> Ancak yargının yetkisini dışlayıcı bu tutum aksi yöndeki mahkeme kararlarıyla değişmiştir.

Bu değişikliğe giden yolu kısaca özetlemek için, Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın (ABAD) Avrupa Birliği’ndeki tüm nüfusun iletişim verilerinin saklanması için AB ülkelerine 6 ila 24 aya kadar yetki veren AB Veri Saklama Direktifi’nin öngördüğü açık ve belirli olmayan kuralların özel hayatın gizliliğine ve kişisel verilerin korunması hakkına ciddi bir müdahale teşkil ettiğine ilişkin

<sup>193</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu, Tavsiye Kararı, Şikâyet No:03.2013/54, Karar No:2013/83.

<sup>194</sup> Ibid, para. 38.

<sup>195</sup> Ibid, para. 38, 40.

<sup>196</sup> Szabo ve Missy / Macaristan, AİHM, Başvuru No: 37138/14, K.t.12.01.2016, para. 81. Sevük, **a.g.e.**, s. 52.

<sup>197</sup> **Nicholas Clapham**, “Surveillance: A Separation of Power?”, UK Constitutional Law Blog, (Çevrimiçi) <http://ukconstitutionalaw.org>, 30 Haziran 2016.

kararıyla başlamak gerekmektedir.<sup>198</sup> ABAD, özellikle iletişimin genel olarak saklanması<sup>199</sup> ve bu verilere erişimle ilgili karar verebilmek için bağımsız yargısal bir kurum bulunmamasını orantısız bulmuştur.<sup>200</sup> Birleşik Krallık bu karara yasal bir tepki olarak, Meclis'te oldukça az tartışarak, Veri Saklama ve Soruşturma Yetkileri Kanunu'nu (*Data Retention and Investigatory Powers Act*) kabul etmiştir. 31 Aralık 2016'da yürürlükten kalkacağına dair bir hüküm içeren bu kanun, ABAD kararını dikkate alan hiçbir düzenleme içermemekte, aksine 1. bölümünde genel veri saklama yetkisini bu kez salt ulusal düzeyde olmak üzere aynen devam ettirmektedir.<sup>201</sup> Nitekim İngiliz Yüksek Mahkemesi, Kanun'u incelemiş ve AB hukukuyla çelişkili şu iki hususu tespit ederek, Meclis'e yeni bir düzenleme yapması için süre tanımıştır. Bu sorunlar, (1) sadece devlet menfaatleri için zorunlu olan verilerin incelenmesini garanti altına alacak bağımsız bir mahkeme ve yargısal denetim öngörülmemesi ve (2) soruşturulmasına izin verilen 'ciddi' suçların kapsamının belirsiz olmasıdır.<sup>202</sup>

Dolayısıyla gözetleme yetkisinin yargı organı tarafından da kullanılması yönünde mahkeme içtihatlarıyla yeşeren anlayış neticesinde, yukarıda anılan IPA yürürlüğe girmiştir. IPA mühadaleci gözetlemede bulunmak için ikili bir kilit sistemi getirmektedir. Buna göre tasarı iletişimin denetlenmesine izin verme yetkisinin ilgili Bakan ve Yargı Komiseri'nin (*Judicial Commissioner*) onayıyla kullanılmasını önermektedir. Böylece iletişimin denetlenmesine ilişkin yargısal denetim *ex ante* ve *ex post* yapılabilecektir. Ancak IPA aciliyet bulunan hallerde 5 güne kadar, Yargı Komiseri'nin kararı aranmaksızın sadece Bakan'ın emriyle iletişimin denetlenmesine izin verilebileceği belirtilmiştir. 24 saat görevli nöbetçi bir hakim bulunduğu dikate alındığında, dinleme emri verme yetkisinin yargı denetiminden istisna tutan bu 'aciliyet' hükmünün mantıksal bir açıklamasının olmadığı ifade edilmektedir.<sup>203</sup> Yargı Komiseri'nin kabul edilmesinin işlevsel olmayacağına ilişkin bir eleştiri, onun kanıtlar üzerinden değil de, usulen bir yargısal denetim yapacağına ilişkindir. Dolayısıyla olağanüstü bir şekilde davranmadıkça, yargıçlar yerindelik değil, sadece dinleme kararının usule uygun verilip verilmediğini denetleyeceklerinden aslında adeta bir noter (*rubber-stamping*) işlevi göreceği ileri sürülmüştür.<sup>204</sup> Yargı Komiseri'nin atanarak göreve gelmesi ve sorumlu tutulamayacağı dikkate alındığında, dinleme kararı verme yetkisinin seçimle başa gelmiş ve demokratik yollarla sorumlu tutulabilecek makamda kalmasının daha uygun olacağı da değerlendirilebilir.

Birleşik Krallık'ta ayrıca güvenlik güçlerinin ve istihbarat kurumlarının gözetleme yetkilerinin kötü ve hatalı kullanımına ilişkin iddiaları değerlendirmek ve kanıtları gizli dinlemekle özel olarak yetkilendirilmiş ve özel bir yargılama usulü bulunan ve yukarıda kararları incelenen Soruşturmaya Yetkili Mah-

<sup>198</sup> Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others (joined cases C-293/12 and C-594/12), para. 65.

<sup>199</sup> Ibid, para. 59.

<sup>200</sup> Ibid, para. 62.

<sup>201</sup> **Andrew Roberts**, "Privacy, Data Retention and Domination: Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications" *Modern Law Review*, 2015, C. 78, S.5, s.536.

<sup>202</sup> [2015] EWCA Civ 1185.

<sup>203</sup> **Andrew Murray/Bernard Keenan**, "Ensuring the Rule of Law", *Lse Law Policy Briefing*, No:12, 2015, s. 1.

<sup>204</sup> Ibid, s. 3.

keme (*Investigatory Powers Tribunal-IPT*) görev yapmaktadır.<sup>205</sup> İstihbarat faaliyetlerinin 1998 HRA kapsamında insan hakları ihlallerine ilişkin iddiaların yöneltilebileceği tek merci olup, kararlarına karşı iç hukukta bir temyiz merci bulunmamaktadır. Uygulayacağı yargısal denetim ilkeleri doğrultusunda tazminata hükmedebilir, dinleme kararlarını kaldırabilir ve istihbari kayıtların silinmesine karar verebilir.<sup>206</sup>

Türkiye’de ise iletişimin denetlenmesine karar verme yetkisi gecikmesinde sakınca bulunan haller haricinde sonradan onayının alınması şartıyla münhasıran mahkemelerdedir. 2803 sayılı Kanun’unun ek 5. maddesi ve 2559 sayılı Kanun’un ek 7. maddesi ile sırasıyla Jandarma ve Polis’e terör suçlarının önlenmesi amacıyla, hâkim kararı ile veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı, Emniyet Genel Müdürü veya istihbarat başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit etme, dinleme, sinyal bilgilerini değerlendirme ve kayda alma yetkisi verilmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç kırk sekiz saat içinde verir.<sup>207</sup> Keza yine Türk hukukunda, Birleşik Krallık’taki gibi istihbarat faaliyetlerine ilişkin iddiaların ileri sürülebileceği hususi bir ihtisas mahkemesi bulunmamaktadır. Bu konuda genel mahkemeler yetkilidir. Burada son olarak uygulamada karşılaşılan, hakim kararı aranmaksızın MOBESE ile elde edilen kamera görüntülerinin terörle mücadele amacıyla soruşturmalarda kullanılmasına dikkat çekmek gerekmektedir.<sup>208</sup> Henüz hukuki çerçevesi çizilmemiş bu görüntüleri delil olarak kullanılmaması ile terörist faaliyetlerin engellenerek milli güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması arasında birbiriyle çatışan değerlerin dengelenmesinde yargıya büyük bir rol düşmektedir.

## SONUÇ

Bir hedef kitleyi siyasi bir amaç doğrultusunda korkutan şiddet hareketleriyle hukuk kurallarının ihlal edilmesi unsurlarının doktrinde yaygın kabul gördüğü ‘terör’ kavramı hakkında uluslararası hukukta yeknesak bir tanım bulunmamaktadır. Bu durum İngiliz ve Türk hukukundaki ‘terör’ tanımlarının, yürütmeye geniş bir takdir yetkisi sunan kavramları içeren bir şekilde düzenlenmesine yol açmaktadır. Ancak her iki hukuk sisteminde de, Yüksek Mahkemeler, bu tanımların hukuka uygun olduğunu saptamışlardır. İçinde bulunduğumuz teknoloji ve bilgi çağında, istihbarat kurumlarının terörle etkin bir biçimde mücadele sağlama ve milli güvenlik amacıyla gözetleme faaliyetinde bulunmaları ve bunu düzenleyen yasaların kabul edilmesi kaçınılmaz bir siyasi

---

<sup>205</sup> Tek bir mahkeme çatısı altında birleştirilmeden önce 1985 tarihli İletişimin Denetlenmesi Kanunu (Interception of Communications Act), 1989 tarihli Gizli Servis Kanunu (Security Service Act) ve İstihbarat Hizmetleri Kanunu (Intelligence Services Act) ile benzer yargı mekanizmaları öngörülmüştü., **Bradley/Ewing, Knight**, Constitutional and Administrative Law, s. 429.

<sup>206</sup> Ibid.

<sup>207</sup> 27/3/2015 tarihli ve 6638 sayılı Kanununun 5 inci maddesiyle, önceden “yirmidört saat” olarak belirlenen süre “kırk sekiz saat” olarak uzatılmıştır.

<sup>208</sup> **Taşçı**, Türkiye’de Mobese ve Eleştiriler, s. 171.

olgu haline gelmiştir.<sup>209</sup> Bu kapsamda toplum sözleşmesi teorisinin evrilerek, terör olaylarının önlenmesi ve güvenliğinin sağlanması amacıyla gizliliğin bütünüyle Leviathan'a devredildiği ve özel hayatın gizliliğinin normatif alanının oldukça daraltıldığı ifade edilmektedir. Özel hayatın gizliliğinin koruduğu hukuki değerler her iki hukuk sisteminde benzerlik taşısa da, kişisel verilerin korunması hakkı İngiliz hukukunda ayrı ve bağımsız bir hak, Türk hukukunda ise özel hayatın gizliliğinin bir alt parçası olarak değerlendirilmektedir. Uluslararası insan hakları mahkemeleri içtihatlarına da yansıyan gözetleme hususunda kaçınılmaz siyasi iradenin kullanımına ilişkin bazı sınırlama ve güvence mekanizmaları özel hayatın gizliliğinin korunması için adeta bir sundurma işlevi görmektedir. Bunlar arasında yukarıda değinildiği üzere, gözetlemeye ilişkin yasal düzenlemelerde bulunması gereken nitelikler, gözetlemenin amacı, süresi, kullanma biçimi, kötüye kullanıma ilişkin suç teşkil eden önlemler, bu istismaları engellemeye yönelik etkili denetim mekanizmalarının öngörülmesi ve elde edilen verilerin istihbarat kurumlarınca saklanma koşullarına ilişkin parametreler belirtilmektedir.<sup>210</sup>

Her iki hukuk sisteminde de, iletişimin denetlenmesi ve kamera izlemesi hususlarını düzenleyen yasalarda açıklık, öngörülebilirlik, orantılılık, zorunluluk, elde edilen verilerin saklanması ve yok edilmesi unsurları açısından sorunlu olan noktalar değerlendirilmiştir. Özetlemek gerekirse, Türk hukukunda iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulacak suçların sınıflandırılarak, bu suçların önlenmesi amacıyla denetimin masum insanları da kapsamaması, terörle mücadele kapsamında iletişimin süresiz denetlenebilmesi, orantısızlık yaratmaktadır. Keza iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulacak suçların ilgili kanunlarda halen mülga CMK m. 250'ye işaret edilerek listelenmesi ve gerekli değişikliklerin madde metnine işlenmemesi, kanunilik ilkesini zedelemektedir. İletişimin denetlenebilmesi için özel hayatın gizliliğine daha az müdahale edecek diğer yöntemlerin yetersiz kalması ve Birleşik Krallık'ta olduğu gibi bunun 'son çare' olmasının aranmaması ve müdahaleyi ölçüsüz kılmaktadır. Ek olarak, ilgili kanunda iletişimin denetlenmesi tedbirinin yürütüleceği tek merkez olarak belirtilen kurumun kapatılarak, görevinin devredildiği Bilgi Teknolojileri ve İletişim Başkanlığı biriminin ve yetkilerinin açık, erişilebilir ve öngörülebilir bir düzenlemeye kavuşturulması gerekmektedir. Kameralarla izlemeye ilişkin dayanak gösterilen PYSK'nın 1. ve 2. maddelerinin açık olmadığı ve bu kamera kayıtlarının saklanmasına ilişkin bir süre öngörülmesinin belirsizlik yarattığı değerlendirilmektedir.

Birleşik Krallık'ta oldukça yeni tarihli bir kanun, IPA, tüm istihbarat mevzuatını tek bir çatı altında toplayarak, sisteme yargıya da ekleyen köklü değişiklikler getirmektedir. Ancak iletişimin kitlesel boyutta denetlenmesine yönelik yetkileri düzenleyen hükümlerin, gözetlenecek kişinin kimliğinin ve gözetleme yapılacak yerin açıkça belirtilmesine dair AİHM içtihatlarıyla *prima facie* çeliştiği değerlendirilmektedir. Keza yine erişim sağlayıcısı şirketlerin, herkesin internet bağlantı kayıtlarını 12 ay saklamasını öngören hüküm ölçülülük ilkesinin orantılılık alt unsurunu karşılamamaktadır. Gözetleme sonucu elde edilen verilerin kasten veya ihmalle ele geçirilmesi ve kötüye kullanılması suç haline getirilmektedir. Ancak önceden kurumsal işleştiren kaynaklanan iç

<sup>209</sup> Klass ve diğerleri / Almanya, para. 48, Prado Bugallo/İspanya, Başvuru No: 58496/00, K.t. 18.02.2003, para. 30-33.

<sup>210</sup> Rotaru/Romanya, Başvuru No: 28341/95, K.t.04.05.2000, para.57 ve 59.



hataların suç sayılmaması yönünde verilen içtihatlar hatırlanırsa, yeni düzenlemedeki kasıt ya da ihmalin kapsamının değerlendirilmesi yönünde endişeler bulunmaktadır.

Gözetlemenin demokratik ve etkili mekanizmalarla denetlenmesi ile ilgili olarak, her iki hukuk sisteminde de bu mekanizmaların işlerlik kazandığı anlaşılmaktadır. Birleşik Krallık'taki emsalinden daha geç bir tarihte kurulan ve çalışmalarının tam bir gizlilik esasına göre yürüten Güvenlik ve İstihbarat Komisyonu'nun işlevsel önemini değerlendirmek için görgül bir rapor ya da veriye ulaşılamamıştır. Her ne kadar Birleşik Krallık'taki İstihbarat ve Güvenlik Komitesi'nin raporları kamuya açık bir şekilde Meclis'le paylaşılsa da, her iki kurum da milli güvenlik menfaatlerini zedelememek amacıyla raporlarını önce Başbakan'la paylaşmakta ve ilgili raporlar ancak Başbakan'ın uygun bulduğu kısım dahilinde Meclis'e sunulmaktadır. Yürütmenin kontrolündeki bu kurumların bağımsız ve etkin denetim sağladığı yönündeki bu gölgeli çıkarıma karşın, Türk hukukunda AYM'nin bu denetimin etkinliğini vurgulaması dikkat çekmektedir. Birleşik Krallık'ta salt istihbarat kurumlarının gözetleme faaliyetine özgülenmiş bir ihtisas kurumu da faaliyet gösterirken, Türkiye'de bu görev ulusal insan hakları kurumları tarafından yerine getirilmektedir. Gerçi Birleşik Krallık'ta bağımsız denetim yapan Komiserlikler, IPA ile tek bir merkezde, Yargı Komiseri'nin bünyesinde birleştirilince yargısal denetimle bu denetimin sınırları adeta birbirine geçmiştir. Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumu'nun tavsiye kararlarının aleni bir şekilde yayımlanmaması, zaten bağlayıcı olmayan kararların gücünü önemli ölçüde azaltmaktadır. Birleşik Krallık'ta istihbarat kurumlarının hukuka aykırı eylem ve işlemlerinin ileri sürülebildiği özel mahkeme IPT'nin kararlarının, AİHM içtihatlarıyla öngörülen istihbarat faaliyetlerini düzenleyen yasaların herkese erişilebilir olması kriterinin eşğinin düşürüldüğü değerlendirilmektedir. Keza idarenin gizli ve hukuka aykırı dinlemelerinin, yargı kararıyla tespit edilerek aleniyet kazandığından bahisle, hukuka aykırılığın ortadan kalktığı yönünde bir içtihat sergilemiştir.

#### **KAYNAKÇA**

**Akad, Mehmet/Vural Dinçkol, Bihterin/Bulut, Nihat:** Genel Kamu Hukuku, 2014.

**Alder, John:** Constitutional and Administrative Law, 10. bs., London, 2015.

**Amos, Merris:** "The Impact of Human Rights Law on Measures of Mass Surveillance in the United Kingdom", Surveillance, Counter-Terrorism and Comparative Constitutionalism, Ed. Fergal Davis, Nicola McGarrity and George Williams, New York, 2014, ss. 152-172.

**Anderson, Paul:** "Fighting 'Terrorism', Repressing Democracy: Surveillance and Resistance in the UK", Warwick Law School Legal Studies Research Paper, S.1, 2016, ss. 1-29.

**Aradau, Claudia/van Munster, Rens:** "Governing terrorism through risk: Taking precautions, (un)knowing the future", **European Journal of International Relations**, C. 13 No.1, 2007, pp. 89-115.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri (*Council of Europe Commissioner for Human Rights*), "Milli İstihbarat Kurumlarının Demokratik ve Etkin Denetimi (*Democratic and Effective Oversight of National Security Services*)", Issue Paper, 2015 (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680487770>, 1 Aralık 2016.

**Bal, İhsan:** "Türkiye'de Terörle Mücadele: PKK Örneği", Dünyadan Örneklerle Terörle Mücadele, Ed., İhsan Bal/Süleyman Özeren, Ankara, 2010, ss. 17-79.

**Bal, Mehmet Ali:** Savaş Stratejilerinde Terör, İstanbul, 2003.

**Barnett, Brooke/Reynolds, Amy:** Terrorism and the Press: An Uneasy Relationship, New York, 2009.

**Barnett, Hilaire:** Constitutional and Administrative Law, 10. bs., London, 2013.

**Beniger, James:** Control Revolution: Technological and Economic Origins of the Information Society, London, 1986.

**Birnie, Patricia/Boyle, Alan:** International Law And The Environment, New York, 2009

**Borgers, Matthias/Sliedregt, Elies van:** "The Meaning of the Precautionary Principle for the Assessment of Criminal Measures in the Fight Against Terrorism", Erasmus Law Review, C.2 S. 2., 2009, ss. 172-195.

**Bradley, A. W./Ewing, K. D./Knight, C. J. S.:** Constitutional and Administrative Law, 16. bs., Harlow, 2015.

**Bronitt, Simon:** "Balancing Security and Liberty: Critical Perspectives on Terrorism Law Reform" Fresh Perspectives on the 'War on Terror', Ed. Miriam Gani, Penelope Mathew, Australia, 2008, ss. 65-83

**Brown, Ian:** "The feasibility of transatlantic privacy-protective standards for surveillance", International Journal of Law and Information Technology, C. 22 No: 3, 2014, ss. 23-40.

**Camus, Albert:** Sisifos Söyleni, 33. bs., İstanbul, 2016.

**Cannataci, Joseph A.:** "Özel Raportörün Özel Hayatın Gizliliği Hakkına İlişkin Raporu (*Report of the Special Rapporteur on the Right to Privacy*)", A/HRC/31/64, 2016.

**Caşın, Mesut Hakkı:** Uluslararası Terörizm, Ankara, 2008.

**Chesterman, Simon:** "Privacy and Surveillance in the Age of Terror", Survival, 2010, C. 52, No:5, ss. 31-46.

**Chomsky, Noam:** Terör ne?: terörist kim?: Avrupa, Asya ve Ortadoğu, Ankara, Ütopya, 2000.

**Clapham, Nicholas:** "Surveillance: A Separation of Power?" UK Constitutional Law Blog, (Çevrimiçi) <http://ukconstitutionallaw.org>, 30 Haziran 2016.

**Coco, Antonio:** "The Crime of Terrorism in Times of Armed Conflict as Interpreted by the Court of Appeal of England and Wales in R v. Mohammed Gul" Journal of International Criminal Justice, C. 11 S. 2, 2013, ss.425-440.

**Dicey, A. V.:** Lectures Introductory to a Study of the Law of the Constitution, 2. bs., London, 1885.

**Dönmezer, Sulhi:** "Tedhişçilik Üzerine", Devir Dergisi, C. 6, 1972.

**Ergil, Doğu:** Türkiye'de Terör ve Şiddet, Ankara, 1980.

**Fenwick, Helen/Phillipson, Gavin:** "Legislative over-breadth, democratic failure and the judicial response: fundamental rights and the UK's anti-terrorist legal policy", Global Anti-Terrorism Law and Policy, Ed. Victor V. Ramraj/Michael Hor/Kent Roach, Cambridge, 2005, ss. 455-490.

**Foucault, Michel:** Hapishanenin Doğuşu, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara, 2006.

**Freedom House**, Methodology, (Çevrimiçi) <https://freedomhouse.org/report/freedom-world-2016/methodology>, 16 Ekim 2016.

**Gearty, Conor**: “State Surveillance in an age of Surveillance”, Surveillance, Counter-Terrorism and Comparative Constitutionalism, Ed. Fergal Davis/Nicola McGarrity/George Williams, New York, 2014, ss. 275-295.

**Giddens, Anthony**: Modernliğin Sonuçları, Çev. Ersin Kuşdili, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2004.

**Gümüş, Tarık**: Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı: AIHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme, Ankara, 2015.

**Harper, Douglas**: “surveillance”, Online Etymology Dictionary, (Çevrimiçi), [http://www.etymonline.com/index.php?allowed\\_in\\_frame=0&search=surveillan](http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=surveillan) ce, 11 Eylül 2016.

**Harris, David, O’Boyle, Michael/Warbrick, Colin**: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Çev. Ulaş Karan ve Mehveş Bingöllü, Oxford, 2009.

**Hoad, T. F.**: “The Concise Oxford Dictionary of English Etymology”, Oxford, 2003 (Çevrimiçi) <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780192830982.001.0001/acref-9780192830982-e-15039?rskey=Cth5kb&result=1> 11 Eylül 2016.

**Hobbes, Thomas**: Leviathan, çev. Semih Lim, İstanbul, 1993.

**Homer**: Odyssea, Çev. Azra Erhat, A. Kadir, 21.bs., İstanbul, 2008.

**İlter, Erdal**: Milli İstihbarat Teşkilatı Tarihçesi, MİT Basımevi, Ankara, 2002, (Çevrimiçi), [http://www.mit.gov.tr/ikinci\\_bolum\\_D4.html#D5](http://www.mit.gov.tr/ikinci_bolum_D4.html#D5), 1 Ağustos 2016.

İstihbarat ve Güvenlik Komitesi (*Intelligence and Security Committee*) “GCHQ’nun ABD’nin PRISM Programı Kapsamında İletişimi Denetlendiğine İlişkin İddialar Hakkında Açıklama” (*Statement on GCHQ’s Alleged Interception of Communications under the US PRISM Programme*)” Haziran 2013, (Çevrimiçi),

[http://isc.independent.gov.uk/files/20130717\\_ISC\\_statement\\_GCHQ.pdf](http://isc.independent.gov.uk/files/20130717_ISC_statement_GCHQ.pdf), 1 Temmuz 2016.

İstihbarat ve Güvenlik Komitesi (*Intelligence and Security Committee*), “Lee Rigby’nin Ölümüne İlişkin İstihbarat Hakkında Meclis Raporu (Report on the Intelligence Relating to the Murder of Fusilier Lee Rigby”, 25 Kasım 2014, (Çevrimiçi),

[http://isc.independent.gov.uk/files/20141125\\_ISC\\_Woolwich\\_Report\(website\).pdf](http://isc.independent.gov.uk/files/20141125_ISC_Woolwich_Report(website).pdf), 1 Temmuz 2016.

İstihbarat ve Güvenlik Komitesi (*Intelligence and Security Committee*), “Meclis Raporu: Gizlilik ve Güvenlik: Modern ve Şeffaf Hukuki Çerçeve”, 12 Mart 2015, (Çevrimiçi), [http://isc.independent.gov.uk/files/20150312\\_ISC\\_P+S+Rpt\(web\).pdf](http://isc.independent.gov.uk/files/20150312_ISC_P+S+Rpt(web).pdf) 1 Temmuz 2016.

**James, Michael**: Privacy And Human Rights: An International and Comparative Study, with Special Reference to Development in Information Technology, Paris, 1994.

Kamu Denetçiliği Kurumu, “2015 Yıllık Raporu”, (Çevrimiçi)

<http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/2015%20yillik%20rapor%20.pdf>, 1 Kasım 2016

- Kaya, İbrahim:** Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk, Ankara, 2006.
- Kazan, Turgut:** "İfade Özgürlüğü ve Terörle Mücadele Yasası", İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, İstanbul, 2003, ss. 173-194.
- Keenan, Bernard:** "Going 'Below the Waterline': the Paradoxical Regulation of Secret Surveillance in the UK", LSE Law Policy Briefing, No: 9, 2015, ss. 1-4.
- King, Eric/Lock, Daniella:** "Investigatory Powers Bill: Key Changes Made by the Lords" (Çevrimiçi) <https://ukconstitutionallaw.org/2016/12/01/eric-king-and-daniella-lock-investigatory-powers-bill-key-changes-made-by-the-lords/> 12 Kasım 2016.
- Krueger, Alan:** What Makes a Terrorist: Economics and the Roots of Terrorism, Oxford, 2007.
- Küzeci, Elif:** Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, 2010.
- Laqueur, Walter:** A History of Terrorism, 7.bs, Newsbrunswick and London, 2012.
- Lennon, Genevieve:** "Precautionary Tales: Suspicionless Counter-Terrorism Stop And Search", Criminology And Criminal Justice, C.15, No:1, 2015, ss.44-62.
- Locatelli, Andrea:** "What is terrorism? Concepts, definitions and classifications", Understanding Terrorism, Ed. Raul Caruso, Andrea Locatelli, (Çevrimiçi) [http://dx.doi.org/10.1108/S1572-8323\(2014\)0000022001.](http://dx.doi.org/10.1108/S1572-8323(2014)0000022001.), 14.08.2015.
- Loveland, Ian:** Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights: A Critical Introduction, 7.bs., New York, 2015.
- Lynskey, Orla:** "Beyond privacy: the data protection implications of the IP Bill", Lse Law Policy Briefing, No:15, 2015, ss. 1-4.
- Lyon, David:** Surveillance Studies: An Overview, Cambridge, 2007.
- Malik, Omar:** Enough of the Definition of Terrorism, London, 2000.
- Merari, Ariel:** "Terrorism as a Strategy of Insurgency", The History of Terrorism: From Antiquity to Al Qada, Ed. Gerard Chaliand/Arnaud Blin/Berkeley, 2007.
- Murphy, Cian C.:** "Transnational Counter-Terrorism Law: Law, Power and Legitimacy in the 'Wars on Terror'", Transnational Legal Theory, King's College London Law School Research Paper No. 2015-14., C. 16, No:1, 2015, (Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=2570929>, 12.08.2015.
- Murray, Andrew, Keenan, Bernard:** "Ensuring the Rule of Law", Lse Law Policy Briefing, No:12, 2015.
- Oder, Bertil Emrah:** Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, İstanbul, Beta, 2010.
- Oehmichen, Anna:** Terrorism and Anti-terror Legislation: The Terrorised Legislator?: A Comparison of Counter-terror Legislation and Its Implications on Human Rights in the Legal Systems of the United Kingdom, Spain, Germany and France, Oxford, Intersentia, 2009.
- Öktem, Emre:** Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, İstanbul, Derin Yayınları, 2007.
- Özbudun, Ergun:** "Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. I, Ankara, 1977, ss. 265-297.

**Paye, Jean-Claude,** Hukuk Devletinin Sonu: Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele, Ankara, 2009.

**Primoratz, Igor:** "What is Terrorism?", Terrorism, Ed. Conor Gearty, England, 1996.

**Roberts, Andrew:** "Privacy, Data Retention and Domination: Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications" Modern Law Review, 2015, C. 78, S.5, ss.535-548.

**Rumpf, Christian:** "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", Anayasa Yargısı, C.10, 1993, ss. 25-48.

**Sadeleer, Nicolas de:** "The Precautionary Principle As A Devise for Greater Environmental Protection: Lessons From EC Courts", Reziel, C. 18, No.1, 2009.

**Sağlam, Fazıl:** Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1982.

**Sartori, Giovanni:** "Concept Misformation in Comparative Politics" The American Political Science Review, Vol. 64, No. 4, 1970, ss. 1033-1053.

**Salihpaşaoğlu, Yaşar:** "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 17, No: 3, 2013, ss. 227-266.

**Saul, Ben:** "Defining Terrorism in International Law", New York, 2008.

**Stern, Jessica/Weiner, Jonathan:** "Precaution Against Terrorism", Journal of Risk Research, C. 9, No. 4, ss. 393-447.

**Sznaider, Natan:** "Terrorism and the Social Contract", Irish Journal of Sociology, C.15, S.1, 2006, ss. 7-23.

**Tanör, Bülent:** Terörle Mücadele Kanunu Üzerine İlk Düşünceler", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 1-2, 1990, ss. 165-173.

**Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi:** 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 12. Bs., İstanbul, Beta, 2012.

**Taşçı, Ufuk:** "Güvenlik Amaçlı Gözetim Faaliyeti Olarak Türkiye'de Mobs ve Eleştiriler", CBÜ Sosyal Bilimler Dergisi, C.14, S.2, ss. 159-190.

TBMM, "Haberleşme Özgürlüğüne ve Özel Hayatın Gizliliğine Yönelik İhlallerin Tespiti Ve Önlenmesine İlişkin Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu", 2013, (Çevrimiçi)

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss489.pdf>, 10 Haziran 2016.

**Teichman, Jenny:** "How to Define Terrorism", Terrorism, Ed. By. Conor Gearty, England, Dartmouth Publishing, 1996.

Third Report on Progress by Turkey in Fulfilling the Requirements of its Visa Liberalisation Map, European Commission, COM(2016) 278.

**Turan, Tuba:** "War on Terror in the US and UK: An Evaluation With Regard To Civil Liberties", USAK Yearbook, C.1, 2008, ss. 31-50.

**Turinay, Faruk:** "Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı", TBB Dergisi, S.116, 2015, ss. 39-84.

**Uzeltürk, Sultan:** 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004.

Venedik Komisyonu: “İstihbarat Kurumlarının Demokratik Denetimine İlişkin 2007 Raporunun Güncellenmesi ve Sinyal İstihbarat Başkanlıklarının Demokratik Denetim Raporu, *Update Of The 2007 Report On The Democratic Oversight of the Security Services and Report on the Democratic Oversight of Signals Intelligence Agencies*”, CDL-AD(2015)006, 2015.

**Waller, Mark:** “İstihbarat Hizmetleri Komiseri’nin 2014 Raporu (*Report of the Intelligence Services Commissioner for 2014*)”, s. 37 (Çevrimiçi)

[http://intelligencecommissioner.com/docs/50100\\_HC\\_225\\_Intel\\_Services\\_Commissioner\\_accessible.pdf](http://intelligencecommissioner.com/docs/50100_HC_225_Intel_Services_Commissioner_accessible.pdf), 12 Kasım 2016.

**Waller, Mark:** “İstihbarat Hizmetleri Komiseri’nin 2015 Raporu (*Report of the Intelligence Services Commissioner for 2015*)”, s. 27 (Çevrimiçi),

<http://intelligencecommissioner.com/docs/56892%20HC%20459%20web.pdf>, 12 Kasım 2016

**Wardlaw, Grant:** *Political Terrorism*, 2. bs, Cambridge, CUP, 1984.

**Warren, Samuel D/Brandeis, Louis D:** “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, C. 4, S.5, 1890, ss. 193-200.

**Wilkinson, Paul:** *Terrorism Versus Democracy: The Liberal State Response*, London, Frank Cass, 2001.

**Weller, Toni:** “The Information State: A Historical Perspective on Surveillance”, *Routledge Handbook of Surveillance Studies*, Ed. Kirstie Ball, Kevin D. Haggerty and David Lyon, New York, 2012, ss. 57-63.

**Yayla, Atilla:** “Terörizm: Kavramsal Bir Çerçeve”, **AÜSBFD**, Sayı: 45/1, 1980, ss. 335-385 (Çevrimiçi) <http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/45/1/atillayayla.pdf>, 1 Kasım 2015.

**Yüksel, Saadet:** *Özel Yaşamın Bir Parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişim*, İstanbul, 2012.

**Yüksel, Saadet:** “İletişimin Önleme Amaçlı Denetlenmesinin Anayasal Boyutu ve Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, *Anayasa Hukuku Araştırmalarında Genç Yaklaşımlar: Kuramsal ve Uygulamalı Yeni Çalışmalar*, Ed. Bertil Emrah Oder, İstanbul, Oniki Levha, 2013, ss. 247-295.

**Zafer, Hamide:** *Sosyolojik Boyutuyla Terörizm*, İstanbul, Beta, 1999.

# VERGİLENDİRME SÜRECİNİN İDARİ İŞLEM BAĞLAMINDA İNCELENMESİ\*

(EXAMINING THE TAXATION PROCESS WITHIN THE CONTEXT OF ADMINISTRATIVE ACT)

**Dr. Onur Özcan\*\***

## ÖZ

Vergilendirme süreci, vergiyi doğuran olay ile başlayıp tarh, tebliğ, tahakkuk ve tahsil aşamalarından geçerek nihayetlenen bir dizi işlemi ifade etmektedir. Vergiyi doğuran olayla başlayan bu dinamik sürecin nihai amacı, verginin tahsil edilerek hazine hesaplarına aktarılmasıdır. İdari işlem açısından vergilendirme süreci değerlendirildiğinde dava konusu yapılabilecek bazı işlemler karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada hukuk tekniği açısından tipik bir idari işlem özelliği taşıyan ve mükelleflerin hukuki konumlarını değiştirerek sonuç doğuran tarh ve tahsil işlemleri önem arz etmektedir. Çalışmada, vergilendirme süreci bir bütün olarak ele alınacak ancak tarh ve tahsil işlemleri, idari işlem türleri ve unsurları açısından ayrıca incelenerek konuya ilişkin genel bir çerçeve çizilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Vergiyi Doğuran Olay, Tarh, Tebliğ, Tahakkuk, Tahsil, İdari İşlem

## ABSTRACT

*Taxation process can be defined as a series of acts which begins with the taxable event, continues with tax imposition, notice, accrual tax and finalize with tax collection acts. The ultimate aim of this dynamic phase which begins with the taxable event is collecting the tax and transferring it to the financial accounts of the Treasury. Some acts can be arising as matters in dispute while examining the taxation process within the context of administrative act. At this point tax imposition and tax collection acts; which are typical administrative acts from the viewpoint of law technique and bear consequences as changing the taxpayers' legal positions, become more important. In this study, whole taxation process will be examined but tax imposition and tax collection acts will also be examined separately within the context of type and the elements of the administrative acts and a general overview will be prepared related to the subject.*

**Keywords:** Taxable Event, Tax Imposition, Notification, Tax Assessment, Tax Collection, Administrative Act

\*\*\*

---

\* Bu makale, 28.6.2016 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 29.6.2016 tarihinde, ikinci hakem onayından 2.7.2016 tarihinde geçmiştir.

\*\* Kontrolör, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı, onurozcan078@hotmail.com

## GİRİŞ

Vergi, kamu harcamalarını finanse etmek amacıyla devletin hükümranlık hakkına dayanarak gerçek kişilerle, gerçek olmayan kişilerden hukuki cebir altında, karşılıksız olarak tahsil ettiği ekonomik değerler şeklinde tanımlanabilir<sup>1</sup>. Bir vergi borcunun doğabilmesi için gereken ilk koşul, yasallık ilkesi<sup>2</sup> gereği, bir vergi yasası hükmünün bulunmasıdır. Yürürlükteki bu kanun hükmü, aynı zamanda vergilendirme işleminin de hukuki sebebini oluşturmaktadır. Yürürlükteki vergi yasası hükmünün uygulanabilmesi için gereken ikinci koşul ise bütçe ile ön izin verilmiş olması (Bütçe Kanunu'nun C cetvelinde yer alması) zorunluluğudur. Zira bir vergi kanununun, yürürlükte olsa bile, o yıl C cetvelinde bulunmaması halinde, bu kanuna dayanarak o yıl vergi istenmesi olanaksızdır. Bu ön koşullar sağlandıktan sonra vergi yasası hükümleri çerçevede vergiyi doğuran olayın ortaya çıkması (vergilendirme işleminin maddi sebebi) ile yükümlü ve devlet arasında somut bir vergi ilişkisinin başlaması söz konusu olmaktadır<sup>3</sup>. Bu durum meydana geldiğinde mükellef/sorumlunun vergi borcu teşekkül etmekte ve vergi alacağının vergi kanunlarında gösterilen oran ve matrahlar üzerinden hesaplanarak miktar itibarıyla tespiti aşaması gelmektedir. Vergiyi doğuran olayın meydana gelmesiyle mükellef nezdinde ortaya çıkan soyut vergi borcu, tarh ile miktarı belirli somut bir borç haline dönüşmektedir. Tarh olunan verginin mükellef/sorumlunun bilmesi kadar doğal bir durum olmayacağından ötürü, bu tespit olunan ve yükümlünün ödeyeceği meblağın bildirilmesi gelir ki bu da tebliğ safhasında olmaktadır. Bu aşamadan sonra ise verginin tahsil edilebilir bir yapı kazanmasına yol açan tahakkuk safhası gelmektedir. İşte bu safhaları geçiren bir kamu alacağı tahsili mümkün hale gelmiş demektir ki, birbirini takip eden işlemler silsilesinden geçerek borçlusu konumundaki mükellef tarafından kanuna uygun şekilde ödemesi veya mükelleften cebren tahsil edilmesi ile süreç sona ermektedir<sup>4</sup>. Bu çerçevede teknik olarak vergi borcu vergiyi doğuran olay ile başlayıp birbirini takip eden dört etaplı bir işlem sürecinden oluştuğu için vergilendirme işlemi başlangıçtan sona erene kadar art arda gelen birden çok tek yönlü işlemi özünde barındırmaktadır. Vergilendirme, üst bir işlem olarak kabul edilirse, bütünün çeşitli aşamalarından oluşan bir takım alt düzeydeki işlemlere ayrılmakta-

<sup>1</sup> **Fritz Neumark**, Maliyeye Dair Tetkikler, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayını, İstanbul, 1951, s.61; **Salih Turhan**, Vergi Teorisi ve Politikası, İstanbul, 1993, s.20; **Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan**, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 15. Bası, Ankara, Ocak 2008, s.2.

<sup>2</sup> Verginin yasallığı ilkesi, idarenin keyfi, takdiri ve sınırsız ölçülere dayalı uygulamalarının önlenmesi amacını gütmektedir. Bu amacın tam manası ile gerçekleştirilebilmesi için verginin yasallığı ilkesini bütünleyen bazı alt ilkeler bulunmaktadır. Bu alt ilkeler bireyler yönünden, temsilsiz vergi olmaz ilkesi, yasadışı vergi olmaz ilkesi ve verginin belirgin olması ilkesidir. Devlet yönünden verginin yasallığı ilkesinin uzantıları ise verginin alınmasının zorunluluğu ilkesi ve verginin zorla yürütüm yoluyla (cebren) alınması ilkesidir. **Gülşen Güneş**, Verginin Yasallığı İlkesi, XII Levha Yayıncılık, 4. Baskı, İstanbul, 2014, ss.14-22.

<sup>3</sup> **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s.87; **Yusuf Karakoç**, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Bası, Ankara, 2012, s.253.

<sup>4</sup> **H. Fevzi Karagözoğlu/Faruk Kazancı**, Vergi Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Vergi Hukuku Yayınları, Ankara, 1972, ss.43-44.



dır. Alt düzeydeki işlemlerin her biriyle amaçlanan ise başlı başına ayrı bir hukuki varlık oluşturacak genel ve üst işlemleri meydana getirmektedir<sup>5</sup>.

Vergi hukuku genel itibarıyla idarenin kamu gelirlerini incelediği için idare hukukuna çok yakın bir hukuk dalıdır ve aralarında çok sıkı bir etkileşim bulunmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, bireysel bir vergilendirme işlemi tam anlamıyla (tipik) bir idari işlem niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla idari işlem kuramı, idare hukuku alanından tümüyle vergi hukukuna yansımaktadır. İdari işlemler için aranması gereken öğeler aynen vergilendirme işlemlerinde de uygulanacağı için idari işlemlerin unsurları, sakatlıkları, sakat işlemlerin geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi, yargısal denetim gibi konularda esas alınan ilkeler vergilendirme işlemleri açısından da geçerlidir. Bunun yanında idare, icrai kararı tek taraflı olarak aldığı için, kamu gücü ayrıcalıkları vergi hukukunda kendini çok belirgin bir şekilde göstermektedir<sup>6</sup>. Diğer taraftan vergileri tarh, tebliğ, tahakkuk ve tahsil eden personele ilişkin düzenlemeler ile idari birimlerin görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin düzenlemeler de idare hukukunun kapsamına girmektedir. Ayrıca vergi yargısı organları idari yargı sistemi bünyesinde bulunmakta ve vergi uyumsuzluklarında uygulanacak usul hükümlerinin büyük bir kısmı, idari yargılama usulüne ilişkin bir kod olarak kabul edilen, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer almaktadır<sup>7</sup>.

Kaleme alınan bu çalışmada, idare hukuku ile vergi hukuku arasındaki etkileşim göz önünde bulundurularak ve yeri geldikçe yargı kararlarından istifade edilerek, idari işlem çerçevesinde vergilendirme süreci tahlil edilmeye çalışılacaktır.

## 1. Vergiyi Doğuran Olay

Vergi borcu (alacağı) kural olarak vergiyi doğuran olay ile vücut bulmaktadır. Vergiyi doğuran olay bu haliyle bir yandan devletin vergi alacağına, diğer yandan da mükellefin vergi borcunun doğmasına<sup>8</sup> neden olur. VUK vergiyi doğuran olay için; vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın meydana gelmesi veya hukuki durumun tamamlanması ile doğacağı (VUK, md.19) hükmüne yer vermiştir. Dolayısıyla vergiyi doğuran olay vergilendiril-

<sup>5</sup> **Şükrü Kızılot/Doğan Şenyüz/Metin Taş/Recai Dönmez**, Vergi Hukuku, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, Mart 2007, s.131.

<sup>6</sup> **Civan Turmangil**, "Vergi Davasının Hukuki Niteliği", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 39, S. 1-4, Ankara, 1982-1987, s.136.

<sup>7</sup> **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s.3; **Karakoç**, ss.72-73; **Mustafa Akkaya**, "Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 46, Sayı 1-4, Ankara, 1997, ss.194-195; **Serkan Açar**, "İdari İşlem Kuramı Perspektifinden Verginin Tarhi" (Çevrimiçi) [http://www.idare.gen.tr/tarh.htm#\\_ftn16](http://www.idare.gen.tr/tarh.htm#_ftn16), 6 Haziran 2016.

<sup>8</sup> Vergi borcunun doğması ile ilgili olarak doktrinde iki farklı görüş vardır. Birinci görüş göre vergi borcu, kanunda belirtilen vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi ile başka herhangi bir idari işleme gereksinim kalmadan doğmaktadır. Bu görüşe göre kanunlarda belirtilen vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi halinde vergi borcu kendiliğinden doğmaktadır. İkinci görüş de ise, vergi borcu, ancak kanunlarla belirlenmiş vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi sonucunda idare tarafından bir idari işlem ile doğmaktadır ki bu işlemler tarh ve tahakkuktur. **Bedi Necmettin Feyzioğlu**, "Mükellefiyet Doğurucu Vakia (Vergiyi Doğuran Hadise)", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, 1952, ss.73-77. VUK'un 19. maddesi göz önüne alındığında, Türk vergi mevzuatının birinci usulü kabul ettiği söylenebilir.

mek istenen konunun niteliğine göre hukuki bir işlem, bir fiil ya da durum gibi çeşitli görünümde ortaya çıkabilmektedir.

Vergiyi doğuran olay, vergilendirme işleminin sebep unsurunu oluşturmaktadır. Vergilendirme işleminde hukuki sebep yürürlükteki yasa hükmüdür (soyut norm); maddî sebep ise vergiyi doğuran olaydır (somut tip). Somut olay norma uygun olarak gerçekleşmişse sebep unsuru tümüyle ortaya çıkmış demektir. Dolayısıyla vergiyi doğuran olay, kişiliğinde gerçekleşmiş olan kimse yükümlü statüsüne girmektedir<sup>9</sup>. Vergilerin yasallığı ilkesi gereği vergiyi doğuran olayın bir kanun ile konulması şarttır. Bu bağlamda vergiyi doğuran olayın idari düzenlemelerden kaynaklanması mümkün değildir<sup>10</sup>.

Vergiyi doğuran olayın belirlenmesi vergi borcunun doğduğu zamanı bilme; dolayısıyla uygulanacak vergi kanunu, vergiye esas alınacak matrahı, istisna ve muafiyetleri, uygulanacak vergi oranını tespit etme; ceza, gecikme zammı/faizi gibi vergi borcunu arttıran ya da zamanaşımı gibi vergi borcunun takip yetkisini sona erdiren durumların bulunup bulunmadığına karar verilme açısından önem taşımaktadır<sup>11</sup>.

Vergiyi doğuran olayın meydana gelmesi ile doğan soyut borçlulukta borcun boyutlarının belirlenmesi gerekir. Vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi ile doğan bu soyut borç, vergilendirme aşamalarından geçtikçe somut bir borç haline dönüşmektedir. Bu itibarla ön şartların gerçekleşmesi ile doğan soyut borcun somut borca dönüşebilmesi için vergilendirme aşamalarına (tarh, tebliğ, tahakkuk ve tahsil) geçilmesi gerekmektedir<sup>12</sup>.

Son olarak vergiyi doğuran olayın cezai nitelik taşıması, yasaklanmış olması veya ahlaka aykırı yönlerinin bulunması vergilendirme sürecinin başlaması noktasında önemli olmayıp mükellefiyeti ve vergi sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını (VUK, md.9/2) belirtmek gerekir. Zaten aksi düşünüldüğünde yani yasak faaliyetlerin vergilendirme dışında tutulmuş olması durumunda, vergilendirmede genellik ve eşitlik ilkesine ters düşüleceğinden vergi adaleti de bozulacaktır<sup>13</sup>.

## 2. Tarh

Tarh (tarhiyat) müessesesi vergi hukukunun en temel konularından biridir. Zira vergi konusu ile kişi arasında kanunun öngördüğü vergiyi doğuran olay gerçekleştikten sonra sıra mükellef haline gelen kişinin vergi borcunun ortaya çıkarılması (hesaplanması) gelecektir. Vergiyi doğuran olay gerçekleştikten sonra ortaya çıkan ilk işlem olan tarh, vergi borcunun miktar veya tutar olarak tespit edilip mükellef nezdinde belirlenmesidir<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s.87.

<sup>10</sup> **Feyzioğlu**, s.54.

<sup>11</sup> **Karakoç**, s.255.

<sup>12</sup> **Karakoç**, s.259.

<sup>13</sup> **Gülşen Güneş**, "Hukuka veya Ahlaka Aykırı Faaliyetlerin Vergilendirilmesi", Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul, 1996, ss.245-247.

<sup>14</sup> **Kızılot/Şenyüz/Taş/Dönmez**, s.133.

## 2.1. Tarh Kavramı ve Mahiyeti

Terminolojik açıdan incelendiğinde tarh (tarhiyat) sözcüğünün kökeninin Arapça olduğu ve dağıtma, bölme, tayin, düzenleme, çıkarma gibi anlamlara geldiği görülmektedir<sup>15</sup>. Tarh kavramının mali hukuktaki karşılığı ise vergilendirme, vergi koyma<sup>16</sup>, yasalarla belirtilen vergi oranını matraha uygulamak ve vergi kesmektir<sup>17</sup>.

Vergi hukuku ve maliye literatüründe verginin tarhı üzerine birçok tanım yapılmıştır<sup>18</sup>. Tanımlar incelendiğinde üzerinde durulan noktanın, hukuki nitelik (idare ve vergi hukuku) ve mali nitelik (maliye ilmi) şeklinde ayrıldığı görülmektedir. Hukuki nitelikli tanımlarda, vergilendirme süreci içinde tarhın konumu, diğer aşamalar (tebliğ, tahakkuk, tahsil) arasındaki münasebetleri ve idari işlem olarak tarhın özellikleri üzerinde durulurken, mali nitelikli tanımlarda ise daha çok verginin hesaplanması ve hazineye aktarımı ön planda tutulmuştur. Ancak vergi tarhı, mahiyet itibarıyla idari bir muamele olduğu için mali tekniğe isabet eden hususların ikinci planda kaldığı söylenebilir<sup>19</sup>.

Bir verginin tarh edilebilmesi<sup>20</sup> için öncelikle matrahın bilinmesine ihtiyaç vardır. Genelde matrahlar mükellefler tarafından beyan üzerine tespit edilirken, bazen de idare tarafından tespit edilmektedir. Matrahın idare tarafından saptanması, asli işlem olan vergi tarhına hazırlayıcı işlem niteliği taşır. Bu yüzden vergi dairesince matrah tespiti sırasında vergi tarhına esas olmak üzere hazırlık işlemlerine ihtiyaç duyulmaktadır. Hazırlık işlemleri matrahın idarece tespit edildiği durumlarda ve tarhiyat yapılmadan önce tamamlanması gereken tüm ön işlemleri kapsamaktadır. Görüldüğü üzere vergi hukukunda hazırlık

<sup>15</sup> **Ferit Devellioğlu**, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi Yayınları, 21. Baskı, Ankara, 2004, s.1033.

<sup>16</sup> **Halil Seyidoğlu**, Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, Güzem Can Yayınları:16, İstanbul, 1999, s.576.

<sup>17</sup> **Ejder Yılmaz**, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2005, s.737.

<sup>18</sup> Literatürde yer alan tanımlardan bazıları şunlardır; “Mükellefin veya vergi ödeyicisinin borçlu olduğu vergi meblağını hesaplamak ve tespit etmek suretiyle Hazineye bir vergi alacağı ihdas etmektir.” **Neumark**, a.g.e., s.70; “Finans tekniği bakımından tarh bir mükellefin ödeyeceği vergi miktarını hesaplamak, hazineye bir vergi alacağı ihdas etmek için yapılan bir idari muameledir.” **İbrahim Fazıl Pelin**, Finans İlmi ve Finansal Kanunlar, Birinci Kitap, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Basımevi, İstanbul, 1945, s.239; “Matrahın belirlenip tarifinin uygulanması ve vergi borcunun hesaplanmasıdır” **Kenan Bulutoğlu**, Türk Vergi Sistemi, Cilt 1, 6. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s.19; “Verginin tarh edilmesi vergiyi doğuran olaya ilişkin olarak vergi idaresince gerçekleştirilen vergi alacağının tespiti edilmesine ilişkin bir idari işlemdir.” **Selim Kaneti**, Vergi Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1986/1987, s.96.

<sup>19</sup> **Selahattin Tuncer**, Vergi Hukuku ve Uygulaması, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2003, ss.164-180.

<sup>20</sup> Mali literatürde vergi tarhı “ilmi bakımdan”, “kanuni bakımdan” ve “vergi tekniği yönünden” olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

İlmi bakımdan vergi tarhı; “alelade” ve “hususî” vergi tarhı,

Kanuni bakımdan “asıl”, “yeniden” ve “ilave” vergi tarhı,

Vergi tekniği yönünden “normal”, “ikmalen” ve “re’sen” tarhiyat şeklinde ayrıca alt tasniflere tabi tutulabilir. **Tuncer**, ss.181-186.

VUK’daki düzenlemeye göre tarh işlemleri; beyana dayanan tarh, ikmalen vergi tarhı, re’sen vergi tarhı, idarece vergi tarhı ve düzeltme yoluyla tarhiyat şeklinde kategorize edilebilir.

işlemleri ile kastedilen husus, tarh (asıl) işlemi oluşturulmadan önce matraha ulaşmak için yapılan ve idareyi bilgilendiren ön işlemlerdir. Matrahın tespitine yönelik hazırlık işlemleri yoklama, vergi incelemesi, arama ve bilgi toplama yolları ile yerine getirilmektedir. Ancak matrahın tespitine yönelik hazırlık işlemleri esas itibarıyla vergi incelemesi ve yoklama ile yapılmaktadır. Düzenlenen vergi inceleme raporu veya yoklama tutanağı vergi dairesine gönderilmekte, vergi dairesi de bu belgelerdeki gerekçe ve tespitler çerçevesinde vergi ve/veya cezalandırma işlemlerini gerçekleştirmektedir. Bu anlamda hazırlık işlemlerinin ortak amacının temel işlem olan tarhı ortaya çıkarmak olduğu ve yine bu işlemlerin, kendilerinden sonra yapılacak işlemin de sebebini oluşturduğu söylenebilir. Ayrıca bu işlemler tek başlarına mevcut hukuki durumu değiştirecek veya ortadan kaldıracak şekilde hüküm ifade etmedikleri yani ilgililer üzerinde doğrudan sonuç doğurmadıkları (kesin ve yürütülmesinin gerekli nitelikte olmadıkları<sup>21</sup>) için iptal davasına da konu edilemezler. Bu nedenle hazırlık işlemlerinin hukuka aykırılıkları ancak tarha karşı açılan davada ileri sürülebilmektedir<sup>22</sup>.

VUK'da tarh, vergi alacağıın kanunlarında gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağı miktar itibarıyla tespit eden idari bir muamele (VUK, md.20) şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere, tarh aşamasının idari bir işlem olduğu kanunda açıkça hükme bağlanmıştır. Bu nedenle tarh işleminin idari işlemlerin türleri ve unsurları açısından ayrıntılı olarak incelenmesi gerekmektedir.

## 2.2. İdari İşlemlerin Türleri Açısından Tarh İşlemi

Hukuk tekniği açısından idari işlem olarak (icrai karaktere sahip) karşımıza tarh işleminin, idari işlemlerin türleri<sup>23</sup> açısından analiz edilmesi gerek-

<sup>21</sup> Dnş. 3. D., 06.11.2012 Tarih, E.2010/5052, K.2012/3411 Sayılı Kararında; "Davada, davacı tarafından, hakkında yapılmış bir tarh ve tahakkuk işleminin dava konusu edilmeyerek bu işlemlere hazırlayıcı mahiyette olan ve ortaklık kazancı ile katma değer vergisi matrahlarının takdir komisyonu tarafından re'sen takdir edilmesini öngören inceleme raporu dava konusu edildiğinden dava konusu edilen kısmının tek başına kesin ve yürütülmesi gerekir nitelikte bir işlem mahiyetinde olmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine" hükmedilmiştir.

<sup>22</sup> **Doğan Şenyüz/Mehmet Yüce/Adnan Gerçek**, Vergi Hukuku, Ekin Yayınevi, 5. Baskı, Bursa, 2014, ss.166-167; **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s.99.

<sup>23</sup> Bireysel idari işlemlerin türleri aşağıdaki şekilde bir tasnife tabi tutulabilir.

\* Maddi Açıdan Tasnif: Şart İşlemler - Sübjektif İşlemler

\* İçeriklerine Göre Tasnif: Emredici İşlemler - İnşai İşlemler - Tespit Edici İşlemler

\* Muhatapları Üzerindeki Etkilerine Göre Tasnif: Yararlandırıcı İşlemler - Yükümlendiren İşlemler

\* Açıklanan İradenin Sayısı ve Usulüne Göre Tasnif: Basit İşlemler - Kolektif İşlemler - Karma İşlemler

\* İşlemi Yapan Makama Göre Tasnif: Mukarrerat - Kararname - Karar

\* Açıklanan İradenin Şekline Göre Tasnif: Sarih Kararlar - Zımnî Kararlar

\* İsteğe Bağlı Olup Olmamlarına Göre Tasnif: İsteğe Bağlı İşlemler - İsteğe Bağlı Olmayan İşlemler

\* İcrai Olup Olmamlarına Göre Tasnif: İcrai İşlemler - İcrai Olmayan İşlemler

Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kemal Gözler**, İdare Hukuku, Cilt 1, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, ss.685-741.

mektedir<sup>24</sup>. Bu anlamda verginin tarh işlemi *sübjektif* (bireysel, öznel) idari işlemin en tipik örneğidir. Sübjektif işlemler belli bir kişiyi ya da nesneyi, kapsamını da kendilerinin belirledikleri hukuki duruma sokan işlemlerdir<sup>25</sup>. Sübjektif işlem yeni bir hukuki durumun doğmasına sebep olur veya bireysel hukuki durumda değişiklik oluşturur. Bu yüzden sübjektif işlemler daima kişiden kişiye değişiklik gösterirler. Vergi mükelleflerinin ödeyecekleri vergi, her bir mükellef için ayrı ayrı beyan ettikleri kazanç üzerinden ve onların evli-bekâr, çocuklu-çocuksuz gibi özel durumları dikkate alınarak hesaplanır. Bu itibarla her bir vergi mükellefinin ödeyeceği vergi birbirinden farklıdır<sup>26</sup>.

Verginin tarh işlemi kişilere belli yükümlülükler getirdiğinden *yükümlendirici* işlemler kategorisine girmektedir. Yükümlendirici işlemler, ilgisinin haklarını sınırlandıran, var olan bir hakkına müdahale eden, ilgisine bir şeyleri yapmak, bir şeye katlanmak veya bir şeyleri yapmaktan kaçınmak gibi yükümlülükler yükleyen işlemlerdir. Bu tür idari işlemler bireylerin temel hak ve hürriyetlerine müdahale anlamına geleceğinden bu işlemlerin yapılabilmesi için idareye mutlaka kanunla bir yetki verilmesi gerekir<sup>27</sup>. Yükümlendirici işlemler aynı zamanda bir şeyin yapılması biçiminde muhatabını bir davranış altına soktuğu için içerik olarak emredici nitelik arz etmektedir<sup>28</sup>. Ancak istisnai olarak muafiyet, istisna, indirim ya da teşvik uygulamaları gibi işlemler yararlandırıcı işlemlerden sayılmaktadır<sup>29</sup>.

Verginin tarh işlemi kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliğinden dolayı *asli (icrai)* işlem sayılmaktadır<sup>30</sup>. İdari işlemler, idarenin tek-yanlı irade açıklamasıyla oluşur ve tamamlanır dolayısıyla idare tek yanlı olarak açıklayacağı iradesiyle hukuki sonuçlar doğurur, hukuk düzeninde değişikliklere yol açar ve ilgili kişilerin hakları ve yükümlülükleri üzerinde etkide bulunur. İdarenin tek yanlı olarak açıkladığı iradesiyle yani ilgili kişinin iradesine ihtiyaç olmaksızın hukuki sonuçlar doğurmasına, hukuk düzeninde değişikliğe yol açmasına idari işlemlerin icraîlik özelliği denilmektedir<sup>31</sup>.

Tarh işlemi öte yandan *belirtici (tespit edici)* işlem konumundadır. Bilindiği üzere tespit edici (belirleyici, beyan edici) işlemler yeni bir hukuki durum oluşturmayan, bir hukuki durumun varlığını veya yokluğunu, bir kişinin veya bir şeyin hukuki niteliğini tespit eden (örneğin kamu görevlisinin emekliye sevk edilmesi, bütün sınavlarını başarıyla geçmiş öğrenciyi diploma verilmesi gibi) işlemlerdir. Dolayısıyla bu işlemler, hukuk düzeninde bir değişikliğe yol açmaz,

<sup>24</sup> Dnş. 11. D., 25.02.1999 Tarih, E. 1997/2190, K. 1999/820 Sayılı Kararda; "...tarh işlemlerinin, kendine özgü yapısıyla kişilerin hak ve yükümlülüklerinde yenilik yaratan, onları belli bir statüye sokan, ... bireylere yükümler getirici ve bu özelliğiyle belirtici, tespit edici bir niteliğe sahip bulunduğu" şeklinde idari işlemlerin türleri açısından tarh işleminin özellikleri özetlenmiştir.

<sup>25</sup> **Metin Günday**, İdare Hukuku, 7. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s.117.

<sup>26</sup> **Gözler**, s.687.

<sup>27</sup> **Bahtiyar Akyılmaz**, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, ss.55-56.

<sup>28</sup> **Kızılot/Şenyüz/Taş/Dönmez**, s.131.

<sup>29</sup> **Serkan Açar**, "Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem - I", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 67, 2006, s.293.

<sup>30</sup> **Nihal Saban**, Vergi Hukuku, Beta Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul, 2009, s.130; **Kızılot/Şenyüz/Taş/Dönmez**, s.133; **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s.89.

<sup>31</sup> **Gözler**, s.702.

hukuk düzeninin mevcut halinin ne olduğunu tespit ve beyan ederler<sup>32</sup>. Bu tanım ışığında tarh işleminin de tespit edici bir işlem olduğu sonucuna varılır<sup>33</sup>. Çünkü Türk vergi hukukunda vergi borcu, vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi ile birlikte doğmaktadır. Dolayısıyla daha ileri bir aşamada yer alan tarh işlemi yeni bir hukuki durum oluşturmayarak var olan durumu tespit etmekte, vergiyi doğuran olayla ortaya çıkmış bulunan vergi borcunun belirlenmesini sağlamaktadır. Bu durumda tarh işlemi, var olan durumu tespit eden, belirtici bir işlem niteliği taşımaktadır<sup>34</sup>. Kuruculuk (inşai) işlevi ise vergiyi doğuran olay ile gerçekleşmektedir<sup>35</sup>.

Tarh işlemi tek bir idari organın (vergi dairesinin) irade açıklaması ile ortaya çıktığından *yalın* (basit) işlemlere örnek teşkil etmektedir<sup>36</sup>. Yine tarh işlemi kişilerin talep etmesi, rıza ve muvafakat göstermesi sonucu yapılan bir işlem olmadığı için *isteğe bağlı olmayan* işlemler sınıfına dâhil edilebilir. Her ne kadar mükellefin beyanname vermesi rızai bir durum (isteğe bağlı işlem) intibai uyandırır da mükellefin vergi mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerini ihmal etmesi durumunda re'sen ya da ikmalen vergi tarhiyatı yapılmaktadır<sup>37</sup>.

Son olarak tarh işlemi, yürütmenin durdurulması konusunda diğer idari işlemlerden farklılık arz ettiğinden *askıda geçerli* bir işlem niteliği taşımaktadır. Şöyle ki, tarh işlemi ile vergi borcu hesaplanmakta, ancak idari işlem tesis edilmekle birlikte bu hemen uygulanmamaktadır. Çünkü tarh edilen verginin hemen istenmesi/alınması halinde, yükümlünün telâfisi mümkün olmayan bir zararla karşılaşması mümkün ve muhtemeldir. Bu nedenle, tarh işlemine karşı dava açılması halinde, yürütme kendiliğinden durmaktadır. Başka bir deyişle, tarh işlemine karşı açılan davada ayrıca bir yürütmenin durdurulması kararının alınması gerekmemektedir. İşte bu açıklanan nedenden dolayı, tarh işleminin askıda geçerli bir işlem olduğu kabul edilmektedir<sup>38</sup>. Oysa genel kural, idari işlemlere karşı dava açılması halinde yürütmenin kendiliğinden durmayacağıdır. Bu kuralın tek istisnası, vergi mahkemelerinde, vergi, resim ve harçlar ile

<sup>32</sup> **Gözler**, s.689.

<sup>33</sup> "Tarh işleminin tespit edici (belirtici), vergiyi doğuran olayın ise inşai (kurucu) bir işlem olmasının pratik (uygulama) bakımından kanıtı şu şekilde izah edilebilir. Vergi hukukunda yürürlükteki yasa hükümlerinin uygulanması, zamanaşımının işlemeye başlaması ve ceza yaptırımlarının geçerlik kazanması gibi üç önemli konuda vergi borcunun doğum zamanı esas alınır. Vergi borcu vergiyi doğuran olay ile doğduğuna göre, uygulanacak kanun hükümlerinin saptanmasında, zamanaşımının hesaplanmasında ve cezai müeyyidelerin işlemeye başlamasında vergiyi doğuran olayın vuku zamanı esas tutulacaktır. Bunun aksine eğer tarh işlemi pozitif hukukumuzda, inşai nitelik taşısa idi, yukarıdaki hususlarda tarh işleminin tamamlanma zamanının esas alınması gerekirdi. Yani vergi ilişkisine vergiyi doğuran olay sırasında değil, tarh işlemi sırasında yürürlükte olan yasa hükmünün uygulanması; zamanaşımı hesabının tarh işleminin vukuuna göre işlemeye başlaması gerekirdi. Oysa yukarıda açıklandığı üzere bu gibi durumlarda hep vergiyi doğuran olay esas alınmaktadır." **Öncel/Kumrulu/Çağan**, ss.90-91.

<sup>34</sup> **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s.90; **Karakoç**, s.276; **Yavuz Atar**, Vergi Hukuku Genel Esaslar, Mimoza Yayınları, Konya, 1991, s.62; **S. Ateş Oktar**, Vergi Hukuku, Türkmen Kitabevi, 9. Baskı, İstanbul, 2013, s.110.

<sup>35</sup> **Kaneti**, s.96.

<sup>36</sup> **Kızılot/Şenyüz/Taş/Dönmez**, s.131.

<sup>37</sup> Bekir Baykara, "Vergi Tarh İşleminin Hukuki Analizi", (Çevrimiçi) [http://bekirbaykara.av.tr/dosya/pdf/Vergi\\_Tarhinin\\_Hukuki\\_Analizi\\_1215.pdf](http://bekirbaykara.av.tr/dosya/pdf/Vergi_Tarhinin_Hukuki_Analizi_1215.pdf), 8 Haziran 2016.

<sup>38</sup> **Karakoç**, s.276.

benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemini durdurmasıdır (İYUK, md.27/4). Bunun için davanın açılmış olması yeterli olup mahkemenin ayrıca bir karar vermesine de gerek yoktur<sup>39</sup>.

### 2.3. İdari İşlemlerin Unsurları Açısından Tarh İşlemi

Tarh işleminin hukuka uygun bir şekilde vücut bulabilmesi için, idari işlemlerin unsurları bakımından hukuk kurallarına uygun olması gerekmektedir. Aksi halde unsurlardan biri ile hukuka aykırı olan tarh işlemi, aykırılığın derecesine göre, hiç doğmamış veya iptali gerektirecek derecede sakatlıkla malul kabul edilir<sup>40</sup>. İptal davalarının, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak (İYUK, md.2/1-a) tarif edilmesinden hareketle; idari işlemin yetki, şekil (usul)<sup>41</sup>, sebep, konu ve maksat olmak üzere beş unsuru olduğu söylenebilir.

#### 2.3.1. Yetki Unsuru

İdare hukukunda yetki, hukuki tasarrufun temelini teşkil eden iradenin, ehil ve salahiyetli bir merci ve makam tarafından yapılmış olması anlamına gelir. İdari makamda bulunan kişi veya kişiler kamu tüzel kişisi adına hukuki işlemler yapabileme ehliyetine sahiptir. Bu anlamıyla yetki, medeni hukukta yer alan ehliyet unsurunun, idare hukukundaki yansıması şeklinde düşünülebilir<sup>42</sup>. Yetki, kamu gücü kullanarak, tek yanlı irade beyanı ile idari işlem yapabilme iktidarı olup her türlü idari makam için, kendi görev alanını gösteren hukuk kuralları tarafından belirlenir. Kamu makamlarının görev alanlarının ve yetkilerinin yasa ile çizilmesi ve belirlenmesi esasen anayasal bir gerekliliktir. Bu durum Devletin vergi koyma, salma ve toplama işlevi için de geçerlidir ve bu yetki, Devletin egemenlik hakkına<sup>43</sup> dayanmaktadır. Konumuzla ilgili kısım da verginin yasallığı ilkesi olarak anayasamızda hüküm altına alınmış (Anayasa, md.73/3) ve vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır şeklinde ifade edilmiştir. Sonuç olarak vergi koyma yetkisi yasama organına, verginin kanunda yazılı tipe uygun olaya dayanarak hesaplanıp, alınması ve toplanması yetkisi de, yürütme organına ve ona

<sup>39</sup> **Turgut Candan**, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ağustos 2012, ss.688-691.

<sup>40</sup> **Turgut Candan**, Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, Maliye ve Hukuk Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2006, s.11.

<sup>41</sup> Her ne kadar “usul unsuru”, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinde ayrı bir unsur olarak sayılmasa da bazı yazarlar tarafından şekil unsurundan ayrı olarak incelenmesi uygun görülmüştür. Usul unsurunun; idari işlemin hazırlanmasında ve alınmasında izlenen yolları, yöntemleri ve metotları ifade etmek için kullanıldığı ve dolayısıyla da şekil unsurundan farklı olduğu savunulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz., **Gözler**, ss.851-892.

<sup>42</sup> **Sıddık Sami Onar**, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, 3. Baskı, Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, ss.300-302.

<sup>43</sup> Egemenlik, kayıtsız şartsız milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz (Anayasa, md.6).

bağlı idareye aittir<sup>44</sup>. Dolayısıyla tarh yetkisinin vergi dairesinde olduğu açıktır<sup>45</sup> ve tarh işleminin yetkili olmayanlarca yapılması durumunda, yetki unsuru yönünden sakatlık ortaya çıkar.

İdari makamların yetkileri, kişi, konu, yer ve zaman bakımından olmak üzere dört şekilde incelenebilir. Aynı zamanda kişi, konu, yer ve zaman bakımından yetki kurallarına uyulmadan yapılmış bir işlem, yetki unsuru bakımından sakat sayılmaktadır. Yetki unsurunda olabilecek sakatlık halleri ise fonksiyon (görev) gaspı, yetki gaspı, yetki tecavüzü ve ağır ve bariz yetki tecavüzü şeklinde kategorize edilebilir.

*Kişi* bakımından yetki; bir kamu tüzel kişisinden çıkan idari işlemin o kamu tüzel kişisi adına işlem yapmaya yetkili kişi veya kişiler tarafından yapılabilmesini ifade etmektedir<sup>46</sup>. Kişi yönünden yetkisizliğin verginin tarhı konusuna yansımaları değerlendirildiğinde; vergi alacağının miktarının, vergi kanunlarında buna yetkili olduğu açıkça gösterilen idari makamlar dışındaki idarelerce tespit edilip, muhatabına tebliğ edilmesi şeklinde karşımıza çıkar. Verginin tarhına yetkili kamu idaresi, vergi daireleri olduğu için, vergi dairesi dışındaki bir idari makamın örneğin Çevre Şehircilik İl Müdürlüğü'nün vergi tarh etmesi durumunda tarh yetkisi bu makam tarafından gasp edilmiş olmaktadır. Bu ve benzeri kişi yönünden yetkisizlik durumları da yetki gaspı olarak adlandırılmaktadır<sup>47</sup>. Yetki gaspı, idareyle ilgisi olmayan veya idare adına irade açıklamaya yetkili olmayan bir kimse ya da mercii tarafından yapılan işlemler durumunda ortaya çıkan bir yetki sakatlığıdır ve bu tür sakatlıkların müeyyidesinin yokluk<sup>48</sup> olduğu kabul edilmektedir<sup>49</sup>.

*Konu* bakımından yetki; bir idari makam hangi konuda karar almaya yetkili ise sadece o konuda karar alabilmesi durumunu ifade eder. Bir vergi dairesinin, tarh, tahakkuk ve tahsili ile görevli bulunduğu vergi türünden başka bir vergi ile ilgili olarak tarh işlemi yapmış bulunması durumunda, tarh yetkisinin konu bakımından yetkisizliği söz konusu olur. Kurumlar vergisi tarhına yetkili olan bir vergi dairesinin veraset ve intikal vergisi tarh etmesi buna örnek olarak verilebilir<sup>50</sup>. Söz konusu tarhiyat işlemi konu yönünden yetki tecavüzü<sup>51</sup> ile sakatlanmaktadır. Yetki tecavüzü bir idari makamın diğer bir idari makamın yetkili olduğu bir konuda veya yerde işlem tesis etmesi demektir.

<sup>44</sup> **Candan**, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, ss.130-132.

<sup>45</sup> Ancak istisnai olarak, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 43/4. maddesi "İthalde alınan katma değer vergisi ilgili gümrük idaresince tarh olunur." şeklinde hüküm koyarak, gümrük idaresine tarh yetkisi tanımıştır.

<sup>46</sup> **Gözler**, ss.794-800.

<sup>47</sup> **Candan**, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, s.137.

<sup>48</sup> İdare hukukunda yokluk teorisinin uygulama alanı dar olsa da özellikle fonksiyon ve yetki gaspı hallerinde ortaya çıktığı görülmektedir. **Celal Erkut**, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No: 51, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990, s.151.

<sup>49</sup> **Gözler**, ss.815-817.

<sup>50</sup> **Candan**, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, s.138.

<sup>51</sup> Bazı yazarlar "yetki tecavüzü" kavramı yerine "yetki aşımı" kavramını kullanmaktadır. **Mukbil Özyörük**, İdare Hukuku Dersleri, Teksir, Ankara, 1972 -1973, s.208; **Candan**, Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, s.14.



Yetki tecavüzü durumunda, böyle bir konunun hukuka aykırılığı ileri sürülerek iptali istenebilir<sup>52</sup>.

İdari makamlar ancak kendi idare alanlarına giren konularda işlem yapabileceğinden, idarenin, yasama ya da yargı organlarının görev alanına giren konularda işlem tesis etmesi durumunda ise konu bakımından diğer bir yetkisizlik hali olan görev (fonksiyon) gaspı ortaya çıkar. Fonksiyon gaspının söz konusu olduğu durumlarda, kararı alan kişi ya da makam, idare adına irade açıklamaya ve icrai karar almaya yetkili olmakla beraber, aldığı karar yasama ya da yargı fonksiyonuna ilişkindir<sup>53</sup>. Anayasada vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır şeklinde ifade edilen ve “verginin yasallığı ilkesi” olarak karşımıza çıkan bu açık Anayasa hükmüne aykırı olarak; vergi idaresi veya Bakanlar Kurulu, herhangi bir kanuna dayanmadan yeni bir vergi koyarsa, vergilendirme biçiminde ortaya çıkan bir temel hak ve hürriyet alanını idari işlemle düzenlemiş olur. Dolayısıyla idare, böyle bir durumda, yasama organının görevli olduğu bir alana el atmış olur ki bu yetkisizlik hali, idari işlemin yok hükmünde sayılmasını gerektirir<sup>54</sup>.

Yer bakımından yetki; bir idari makam hangi yerde, hangi coğrafi alanda karar almaya yetkili ise, o makamın orada karar alabilmesi durumunu ifade eder<sup>55</sup>. Her kurum kendi coğrafyasında yetkili olduğu için, yer yönünden yetkisizliğe vergi hukuku alanında<sup>56</sup> şöyle bir örnek verilebilir. Gelir Vergisi Kanununa göre istisnalar dışında, tarhiyat mükellefin ikametgâhının bulunduğu yerdeki vergi dairesi tarafından yapılır<sup>57</sup>. Eğer vergi, belirtilen yerdeki tarha yetkili daireler tarafından değil de, başka bir yerdeki vergi dairesi tarafından tarh edilirse yer bakımından yetkisizlik ortaya çıkar<sup>58</sup>. Yer yönünden yetkisizlik halleri de yetki tecavüzünün bir uzantısı sayılır ve müeyyidesi iptaldir.

<sup>52</sup> **Gözler**, ss.818-827.

<sup>53</sup> **Sadık Artukmaç**, Bizde İdarenin Murakabesi, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1950, s.377; **Gözler**, ss.810-815.

<sup>54</sup> **Serkan Ağar**, Vergi Tahsilatından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, Şubat 2009, s.156.

<sup>55</sup> **Gözler**, ss.802-803.

<sup>56</sup> Dnş. 7. D., 02.12.2011 Tarih, E. 2009/7193, K. 2011/8521 sayılı “Davacı bankanın Türkiye genelinde bulunan 917 şubesi tarafından, yine bu şubelerin buldukları yerlerde kullanılan kredilerin geri ödenmesi sırasında tahsil edilen faizlerden kaynaklanan banka ve sigorta muameleleri vergisini doğuran olayın, şubelerin buldukları yerlerde gerçekleşmiş olması karşısında, söz konusu vergiyi tarh etmeye şubelerin bağlı oldukları yerdeki vergi dairelerinin yetkili olması nedeniyle, bu husus gözetilmeksizin, Banka Genel Merkezinin bağlı olduğu davalı Vergi Dairesince tesis edilen tarh ve ceza kesme işlemlerinde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı...” kararı yer bakımından yetkisizliğe örnek olarak gösterilebilir.

<sup>57</sup> 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 106. Maddesi; “Gelir Vergisi, mükellefin ikametgâhının bulunduğu mahal vergi dairesince tarh edilir. Şu kadar ki; 1. İş yeri ve ikametgâhı ayrı vergi daireleri bölgesinde bulunan mükelleflerin vergileri, Maliye Bakanlığınca uygun görüldüğü takdirde ve mükellefe de evvelden bildirilmek kaydı ile iş yerinin bulunduğu; 2. Diğer ücretlerde, gezici olarak çalışanların ticaret ve serbest meslek kazançlarının vergileri bu ücret ve kazanç sahiplerinin ikametgâhtarının bulunduğu yerin vergi dairesince tarh edilmemişse, faaliyetlerini icra ettikleri; 3. Dar mükellefiyete tabi olanların vergileri, beyannamelerini vermeye mecbur oldukları, yerin vergi dairesince tarh olunur.” Hükmüne yer vermiştir.

<sup>58</sup> **Şerafettin Aksoy**, Vergi Yargısı ve Türk Vergi Yargısı Sistemi, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s.60.

*Zaman* bakımından yetki; bir idari makam hangi süre içinde karar alma yetkili ise, o makamın o süre içinde karar alabilmesi durumunu ifade eder<sup>59</sup>. İdari yetkinin zaman bakımından aşılması, belli bir süre içerisinde kullanılmak üzere verilen idari işlem tesisi yetkisinin, bu süre başlamadan veya bittikten sonra kullanılması halidir. Örneğin; vergi dairesi tarh yetkisini zamanında kullanılmayarak, verginin zamanaşımına uğramasına<sup>60</sup> sebebiyet vermiş ise bu yetki bir daha kullanılamaz. Vergi dairesinin, beş yıllık süre geçtikten sonra, tarh işlemi tesis etmesi, zaman bakımından yetkisizlik sonucunu doğurur. Benzer bir durum da, geçici bir süre için, örneğin, bir vergilendirme dönemi için, vergi oranlarının sıfırlanması durumunda da söz konusu olabilir. Vergi oranlarının sıfırlanması, vergi dairesinin bu oranın ilişkin bulunduğu vergi ile ilgili tarh yetkisini kaldırır. Vergi dairesi, bu süre zarfında, vergiyi doğuran olayı sebep göstererek, oranı sıfırlanan vergi hakkında tarh işlemi yapamaz. Böyle bir durumda tarhiyat yapılması, yine tarh yetkisinin zaman bakımından aşılması sonucunu doğurur<sup>61</sup>. Bu gibi durumların yetki tecavüzü ile sakat olduğunu ve müeyyidesinin iptal edilebilirlik olması gerektiğini söylemek mümkündür.

Son olarak yetki unsuru, idari işlemin tamamı için kurucu bir unsur olması sebebiyle, idari yargılama sürecinde ilk olarak incelenmesi gereken unsurdur. Aynı zamanda yetki unsuru doğrudan kamu düzeni ile ilgili olduğu için hâkim, yargılamanın her aşamasında re'sen veya tarafların talebi üzerine yetki incelemesi yapabilir<sup>62</sup>.

### 2.3.2. Şekil Unsuru

İdari işlemlerde şekil unsuru, hukuk düzeninde değişiklik meydana getirmeye yönelik iradeyi açıklamak için kullanılan araç, kalıp ve bu iradenin maddi âlemdeki görüntüsü olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>63</sup>. İdari işlemlerde, şeklin kural olarak yer alması, hem idari işlemin varlığının ispatı için gerekli olmasından hem de söz konusu işlemin hangi makam veya merci tarafından ve nasıl yapıldığının anlaşılmasını sağlamasından kaynaklanmaktadır. Yine idari işlemin yazılı şekle bağlanması onun denetlenmesine de imkân sağlamaktadır<sup>64</sup>. Bu bağlamda idari işlem açısından ortaya çıkan şekil, işlemin sağlıklı şekilde doğabilmesi açısından kurucu unsurun ilk adımıdır<sup>65</sup>. İdari işlemlerde şekil şartı, hem idare edilenlerin özgürlüklerinin korunmasını hem de hizmetlerin belirli bir düzen içerisinde yürütülmesinin güvencesi sayılmaktadır<sup>66</sup>. Vergi idaresinin vergilendirme işlemlerinde uyması gerekli kurallar ile tarh işleminin tesisinden önce yetkili vergi dairesince izlenmesi gerekli usul kuralları, bir idari

<sup>59</sup> **Gözler**, ss.803-808.

<sup>60</sup> 213 sayılı VUK'un 114. Maddesi "Vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergiler zamanaşımına uğrar" şeklinde tarh zamanaşımını tanımlamıştır.

<sup>61</sup> **Candan**, Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, s.16.

<sup>62</sup> **Lütfi Duran**, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, s.401.

<sup>63</sup> **Gözler**, s.829.

<sup>64</sup> **A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan**, İdare Hukuku Genel Esaslar, 1. Cilt, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2001, s.397.

<sup>65</sup> **İl Han Özay**, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.491.

<sup>66</sup> **Şükrü Karatepe**, İdare Hukuku, Üniversite Kitabevi, 2. Baskı, İzmir, 1995, s.73.

usul kanunu olan VUK'da düzenlenmiştir. Vergi dairesi, tarh işlemi yapma yetkisini kullanmadan önce bu usul kurallarına uygun işlem yapmak zorundadır.

Kanunlarda öngörülen şekil kurallarına uyulmaması vergilendirme işlemini şekil unsuru açısından sakatlamaktadır. Şekil koşullarına aykırılık asli ve tali (ikincil) olmak üzere ikiye ayrılır. Vergi memurunun ihbarnamede parafının bulunmaması durumu tali şekil noksanlığı olarak değerlendirilebilir. Bu gibi tali şekil koşullarına aykırılıklar işlemi sakatlamadığı halde asli şekil aykırılıkları işlemi sakatlamaktadır<sup>67</sup>. VUK'un 108. maddesinde<sup>68</sup> tebliğ olunan vesikaların esasa etki etmeyen şekil hatalarından dolayı hukuki kıymetlerini kaybetmeyecekleri, ancak vergi ihbarıyla ilgili vesikalarda mükellefin adının, verginin nevi veya miktarının, vergi mahkemesinde dava açma süresinin hiç yazılmamış olmasının<sup>69</sup> veya bu vesikanın görevli bir makam tarafından düzenlenmemiş bulunmasının vesikayı hükümsüz kılacağı belirtilmektedir.

VUK'a göre tarh işleminin şekil açısından uygun olabilmesi için beyana dayanan vergilerde "tahakkuk fişinin" kesilmesi gerekmektedir<sup>70</sup>. Dolayısıyla, beyana dayalı vergilerde tarh ve tahakkuk aşamalarının gerçekleşmesi için tahakkuk fişinin düzenlenmesi gerekmektedir. VUK'un 26. maddesinde<sup>71</sup> biçimi gösterilen tahakkuk fişi, beyana dayalı vergilerde, tarh işleminin şekil unsuru oluşturulmaktadır<sup>72</sup>. Tahakkuk fişinde bulunması gereken bilgilerde eksiklik varsa ve bu eksiklik tahakkuk fişinin mükellefi bilgilendirme görevini özünden sakatlayacak nitelikte ise (esasa müessir bir noksanlık) tahakkuk fişi hükümsüz olurken esasa etki etmeyen şekil noksanlıklarının<sup>73</sup> tahakkuk fişini hükümsüz kılmayacağı kabul edilmektedir.

<sup>67</sup> **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s.94; **Karakoç**, s.279.

<sup>68</sup> 213 sayılı VUK'un "Hatalı Tebliğler" başlıklı 108. maddesi; "Tebliğ olunan vesikalar, esasa müessir olmayan şekil hatalarından dolayı hukuki kıymetlerini kaybetmezler; yalnız vergi ihbarı ile ilgili vesikalarda mükellefin adının, verginin nevi veya miktarının, vergi mahkemesinde dava açma süresinin hiç yazılmamış olması veyahut bu vesikalara görevli bir makam tarafından tanzim edilmemiş bulunması vesikayı hükümsüz kılar" şeklindedir.

<sup>69</sup> Dnş. 9. D., 02.11.2010 Tarih, E. 2008/8506, K. 2010/5692 Sayılı Kararında; "...davacı şirkete tebliğ edilen ihbarnamede, vergi mahkemesinde dava açma süresinin gösterilmediği anlaşılmakta olup, bahsi geçen ihbarnamenin kanunda belirlenen ihbarnamede yer alması zorunlu unsurları ihtiva etmediği ve dolayısıyla ihbarname niteliği taşımadığı açık olduğundan, içerdiği şekil noksanlığı nedeniyle hukuken hükümsüz olduğuna" hükmetmiştir.

<sup>70</sup> Vergi kanunlarına göre beyan üzerinden alınan vergiler "Tahakkuk fişi" ile tarh ve tahakkuk ettirilir (VUK, md. 25).

<sup>71</sup> Tahakkuk fişi aşağıda yazılı malumatı ihtiva eder: 1. Fişin sıra numarası, 2. Tanzim tarihi, 3. Verginin nevi, 4. Vergi beyannamesinin tarihi, 5. Beyannamenin ilgili bulunduğu vergilendirme dönemi, 6. Mükellefin soyadı ve adı (Tüzel kişilerde unvanı), 7. Mükellefin açık adresi, 8. Verginin matrahı, 9. Verginin hesabı, 10. Verginin miktarı, 11. Vergi mahkemesinde dava açılması ve düzeltme ile ilgili hükümlere ait kısa bilgi (VUK, md. 26).

<sup>72</sup> **Ezhan Doğrusöz**, "Tarh İşleminin İdari Unsurları - II", *Yaklaşım Dergisi*, Yıl 12, S. 140, Ağustos, 2004, s.177.

<sup>73</sup> Dnş. 4. D., 10.03.1993 Tarih, E. 1990/4056, K. 1993/1118 Sayılı Kararında; "...Tahakkuk fişinde gösterilen vergilerin ödeme zamanları 1991 yılının Nisan, Temmuz ve Ekim ayları olup, tahakkuk fişinde vade tarihinin 30.08.1990 tarihi olarak gösterilmiş olması bu yasal durumu değiştirmeyeceğine" hükmetmiştir.

### 2.3.3. Sebep Unsuru

Sebep, idareyi bir işlem yapmaya yönelten hukuki veya fiili dürtüler olup bu etkenler idari işlemde önce gelir ve onun dışında yer alırlar. İdarenin bir işlemi gerçekleştirebilmesi için onu yapmaya yetkili olması yeterli olmayıp onu yapmak için makul bir sebebinin de var olması gerekmektedir<sup>74</sup>. İdarenin düzenlediği veya yaptığı tüm işlemler mutlaka, gerçek ve hukuka uygun bir sebebe dayanmak zorundadır. İdarenin dayandığı sebebin gerçek olması; varlığının, usulüne uygun olarak yapılan tespitlerle ortaya konulmuş bulunması anlamına gelirken, sebebin hukuka uygun olması da; idarenin işlemi dayandırdığı sebebin, kanunda o işlemin tesisi için dayanılabileceği öngörülen sebep ya da sebeplerden olması demektir<sup>75</sup>. İdareyi işlem yapmaya iten saik, hukuki ya da maddi olabileceği<sup>76</sup> için tarh işleminin sebep unsuru da bu iki dürtü açısından incelenebilir. Zira tarh işleminin hukuki sebebinin, ilgili vergi kanunlarında yer alan soyut kurallar; maddi sebebinin ise, vergiyi doğuran olay oluşturmaktadır. Tarh işleminin sebep unsurunda bir sakatlığın bulunmaması için somut olayın (vergiyi doğuran olay) soyut kurala (kanun hükmü) uygun olması gerekir. Başka bir deyişle, hukuk normu ile somut olay arasındaki tipiklik ilişkisinin doğru kurulması, tarh işleminin sebep unsurunun gerçekleşmesi için zorunludur. Bu nedenle, hukuki sebep olarak düzenlenmiş yasal dayanağın olmaması veya maddi sebep olarak düzenlenmiş vergiyi doğuran olayın vuku bulmaması durumunda usulüne uygun bir tarhiyat yapılamaz. Bu nedenle vergiyi doğuran olay ve kanun hükmü ile tarh işlemi arasında illiyet bağının bulunmaması, tarh işlemi sebep unsuru yönünden sakatlamaktadır<sup>77</sup>.

Vergi dairesi, tarh işlemi yaparken, dayandığı sebep ya da sebepleri göstermenin yanı sıra gösterdiği sebep ya da sebeplerin gerçek ve hukuka uygun olduğunu da kanıtlamak zorundadır<sup>78</sup>. Vergi dairesi, dayandığı sebep ya da sebeplerin gerçekliğini, usulüne uygun olarak düzenlenecek yoklama fişi, inceleme tutanağı ya da yasaca geçerli bir belge ile kanıtlayabilir<sup>79</sup>. Tarh işleminin dayandığı sebebin gerçek olmaması veya hukuka aykırı olması durumlarında<sup>80</sup>

<sup>74</sup> **Gözler**, ss.893.

<sup>75</sup> **Candan**, Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, ss.23-24.

<sup>76</sup> **Candan**, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, ss.160-162; **Şükrü Kızılot/Zuhal Kızılot**, Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayınları, 23. Baskı, Ankara, Mart 2014, s.55.

<sup>77</sup> **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s.92; **Karakoç**, s.280; **Kızılot/Kızılot**, s.55.

<sup>78</sup> Dnş. 4. D., 23.01.2013 Tarih, E. 2012/7650, K. 2013/50 Sayılı Kararında "...Vergi Usul Kanununda usul ve esasları belirtilen tarh şekilleri uygulanarak gerçek veya gerçeğe en yakın biçimde vergiyi doğuran olayın ortaya çıkarılabilmesi için somut kanıtların ortaya konulmasının" zorunlu olduğu belirtilmiştir. Benzer şekilde Dnş. 4. D., 07.10.2009 Tarih, E. 2007/5648, K. 2009/4728 Sayılı Kararı ile Dnş. 4. D., 03.06.1998 Tarih, E. 1998/128, K. 1998/2379 Sayılı Kararı da bakılabilir.

<sup>79</sup> **Candan**, Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, s.24.

<sup>80</sup> Dnş. 9. D., 24.10.2013 Tarih, E. 2013/6993, K. 2013/8837 Sayılı Kararında "...davacının defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmediğinden bahisle takdir komisyonuna sevk edilmesi üzerine, katma değer vergisi indirim reddi yetkisi bulunmayan takdir komisyonunca alınan karara istinaden davacı adına yapılan dava konusu cezalı tarhiyatta hukuka uyarlık bulunmadığından, vergi mahkemesi kararında yasal isabet görülmediğine" hükmedilmiştir.

Dnş. 9. D., 13.12.2012 Tarih, E.2010/4896, K.2012/9474 Sayılı Kararında; "...hakkında bir inceleme yapılmadan ve kullandığı faturaların gerçek olup olmadığı,

tarh işlemi sebep unsuru bakımından sakatlanır. Sebep unsurundaki bu gibi hukuka aykırılıklar, tarh işleminin iptalini gerektiren bir müeyyide olarak değerlendirilmektedir<sup>81</sup>.

### 2.3.4. Konu Unsuru

Bir hukuki işlemin konusu (mevzuu), onun doğurduğu hukuki sonuç, yani hukuk âleminde meydana getirdiği değişikliktir<sup>82</sup>. Bu anlamda idari işlemin konusu aslında, işlemin bizzatı kendisi yani onun içeriğidir<sup>83</sup>. İşlemin, konu unsuru bakımından hukuka uygun doğması, ortaya çıkarılan sonucun hukuk kurallarında gösterilen sonuç olmasına bağlıdır. Gerçek ve hukuka uygun bir sebebe dayanılmasına karşın ortaya çıkan sonuç, eğer hukukun bu sebebe dayanılarak doğmasını öngördüğü sonuç değilse, işlem konu unsuru bakımından hukuka aykırı olur<sup>84</sup>. İdari işlemin dayanağını oluşturan sebep unsuru ile idari işlemin sonucunu oluşturan konu unsuru arasında sebep sonuç ilişkisi<sup>85</sup> yanında kuvvetli bir hukuki ve mantıki bağ da bulunmaktadır<sup>86</sup>.

Konu unsuru yönünden sakatlık, açık olarak hukuka aykırılık hallerinde söz konusu olmaktadır. Örneğin, gelir elde eden kişiden gelir vergisi alınması gerektiği için, burada vergi tarhi işleminin konu unsurunu, gelir vergisi yükümlülüğü oluşturmaktadır. Dolayısıyla gelir elde eden kişiden gelir vergisi yerine, servet vergisinin alınması durumunda işlem konu unsuru bakımından sakatlanır. Benzer şekilde gelir elde eden A'dan vergi almak yerine gelir elde etmemiş B'nin vergi yükümlüsü sayılmasında işlem yine konu unsuru açısından sakat olacaktır<sup>87</sup>. Tarh işlemi, bu işleme konu olan vergi türü, vergi miktarı ve yükümlü bakımından kanuna uygun olmak zorundadır<sup>88</sup>.

---

kendisi ve fatura düzenleyicileri hakkında her yönüyle incelenerek ortaya konulmadan, kod listesine girmemek amacıyla verilen düzeltme beyannameleri üzerine yapılan tahakkukta ve kesilen vergi ziyai cezasında yasal isabet görülmediğine” hükmedilmiştir.

Dnş. 3. D., 30.06.2010 Tarih, E. 2008/4571, K. 2010/2392 Sayılı Kararında “...satışa ilişkin bilgiler içermediğinden kanıt olma niteliği taşımayan çek defterine dayanılarak yapılan hesaplama sonucu saptanan kazanç farkının beyan dışı bırakılmış kazanç olarak kabul edilmesine olanak bulunmadığından olayda re’sen tarh sebebinin varlığından söz edilemeyeceği dolayısıyla başka bir re’sen tarh sebebi bulunmadan belirlenen matrah farkına göre yapılan vergilendirme ve yazılı gerekçeyle verilen kararda hukuka uygunluk görülmediğine” hükmedilmiştir.

<sup>81</sup> **Candan**, Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, ss.24-25.

<sup>82</sup> **Onar**, s.311; **Candan**, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, s.164; **Nuri Alan**, “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler - 1, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s.340.

<sup>83</sup> **Gözler**, ss.930-931.

<sup>84</sup> **Candan**, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, s.164.

<sup>85</sup> **Oktar**, s.393.

<sup>86</sup> Örneğin, bir memurun 65 yaşını doldurması emekli olabilmesi için gerekli (hukuki ve fiili sebep) “sebep” unsurunu, emekli statüsüne sokulması ise bu sebeple oluşacak tasarrufun “konu” unsurunu oluşturmaktadır. **Özyörük**, s.197.

<sup>87</sup> “Soyut norm (kanun hükmü) gelir elde edenin vergilendirilmesini öngörmektedir. Somut olayda (vergiyi doğuran olay) A adlı kişi belli bir gelir elde etmiştir. A'nın durumu soyut norm kapsamına girdiğinden tipiklik ilişkisi kurulmuş olup işlem sebep unsuru bakımından düzgündür. Yorum ile ulaşılan “vargı” da (tarh işlemi) A'dan belli miktarda gelir vergisi alınması gereğini ortaya çıkarır. Vargıda yapılan bir yanlışlık, işlemi konu unsuru

Tarh işleminin konu unsurundaki sakatlıklar da, sebep unsurundaki sakatlıklar gibi, işlemin yalnızca iptalini gerektiren hukuka aykırılıklar olup idari yargı tarafından iptal edilmedikçe veya idare tarafından geri alınmadıkça idari işlemin geçerliliğini etkilemez<sup>89</sup>.

### 2.3.5. Amaç Unsuru

Amaç unsuru idari işlemlerle ulaşılmak istenilen nihai sonuçtur. Bütün idari faaliyetlere egemen olan temel ilke idarenin yapacağı işlem ve eylemlerin kamu yararına yönelik olmasıdır. Bu nedenle işlemlerin genel amacını (finalist nitelik) kamu yararı oluşturur. Kamu yararı kavramının bir yasal düzenlemede tanımı yapılmısa da, idarenin davranışlarının meşru ve hukuki ya da gayri meşru ve hukuk dışı olmasının temel ölçütüdür<sup>90</sup>. Amaç (maksat) unsuru, idari işlemin subjektif bir unsurdur<sup>91</sup>. İdari işlemler ancak kamu yararının sağlanması amacıyla tesis edilirler<sup>92</sup> ve bu saik dışında hareket edilmiş olması, yapılan işlemi amaç unsuru açısından hukuka aykırı kılar<sup>93</sup>. Tüm vergilendirme işlemlerinin mali (fiskal) amacı da kamu hizmetlerinin finansmanını sağla-

---

*açısından sakatlar. A yerine B'den vergi alınması (yükümlüde yanlışlık), belli miktar yerine daha az ya da çok vergi alınması (vergi miktarında yanlışlık), gelir vergisi yerine bir servet ya da gider vergisi istenmesi (vergi türünde yanlışlık), işlemi konu unsuru bakımından sakat kılacaktır.” Öncel/Kumrulu/Çağan, s.93.*

<sup>88</sup> **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s.92.

Tarh işleminin konu unsuruna ilişkin diğer bir görüş ise şu şekildedir. “*Tarh işleminin konusu, vergi alacağıın miktar itibarıyla tespitidir. Dolayısıyla tarh işleminin konusu, doğrudan vergi alacağı olmayıp alacağıın miktar itibarı ile tespit edilmesidir. Nitekim vergi alacağıın doğumu için tarh işleminin tesis edilmiş olmasına gerek yoktur, zira vergi alacağı, ilgili kanunlarda verginin bağlandığı olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğmuş olacaktır. Bu nedenle tarh işleminin yapılabilmesi için, ortada bir vergi alacağıın bulunması gereklidir. Bu bakımdan vergi alacağı, tarh işleminin sebep unsurunu oluştururken alacağıın miktar itibarıyla tespit edilmesi konu unsurunu oluşturmaktadır. Konu unsurunun bu özelliği sebebiyle tarh işlemi, “tespit edici” idari işlemler sınıfına girmektedir. Bu tespit, vergi alacağıın ilgili kanunda gösterilen matrahına, yine ilgili kanunda belirlenen nispet uygulanmak suretiyle yapılır. Tarh işleminin, kanunda yapılan tanımından kaynaklanan özelliği sebebiyle, konu unsuruyla ilgili sakatlıklar, vergi miktarında yapılan hatalarla sınırlıdır. Bu tespitte yapılacak hatalar, hukuka aykırılıklar, tarh işlemi konu unsuru bakımından sakatlar. Doğru matrah ve nispet esas alınmasına karşın, verginin miktarının yanlış hesaplanması, vergi nispet ve tarifelerinin yanlış uygulanması, mahsupların ve indirimlerin yapılmaması ya da yanlış yapılmış olması konu unsurundaki sakatlık halidir. Buna karşılık tarh işleminde esasa ilişkin hukuka aykırılıklar, daha çok sebep unsurundaki sakatlıklarla ilgilidir. Matrahın miktarında hata yapılması, mükerrer vergi alınması, mükellefin şahsında, mükellefiyette, verginin mevzuunda, vergilendirme ve muafiyet dönemlerinde hata yapılması, tarh işleminin sebep unsurundaki hukuka aykırılık hallerini oluşturur.” **Candan**, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, s.166.*

<sup>89</sup> **Candan**, Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, s.26.

<sup>90</sup> **Ağar**, Vergi Tahsilatı, s.162.

<sup>91</sup> **Onar**, s.317; **Ragıp Sarıca**, İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan, Ebul’ula Mardin’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1944, s.1244.

<sup>92</sup> **Erol Dünder**, “Maksat Denetimi (Nazariyeler, Türk ve Fransız Danıştay İçtihatlarına Göre)”, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler - 1, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s.166.

<sup>93</sup> **Candan**, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, s.166.

yacak gelirlerin elde edilmesidir<sup>94</sup>. Bunun yanı sıra vergilendirmenin, gelir ve servet dağılımındaki bozuklukların düzeltilmesi, ekonomik istikrarın sağlanması, nüfus politikalarına ilişkin amaçlar gibi mali olmayan (ekstra fiskal) amaçları da bulunmaktadır<sup>95</sup>. Dolayısıyla, vergi idaresinin her türlü işleminde geçerli olan bu genel amacın, vergilerin yasallığı ilkesi gereğince vergilendirme işlemlerini yapanların bu amaç dışında bir takdir yetkilerinin olmadığını ve sadece yasa hükümlerini uygulamakla görevli olduklarını söylemek mümkündür<sup>96</sup>.

Bu genel amaç (kamu yararı) dışında; siyasi düşünce güdülerek iş yapma, hasmından intikam alma duygusu ile hareket etme, kendi şahsına veya başkalarına çıkar sağlama, üçüncü kişileri koruma veya zarar verme gibi özel amaçlarla hareket edilerek işlem yapılması durumunda, “yetki saptırması<sup>97</sup>” denilen hukuka aykırılık hali meydana gelir. Yetki saptırması kısaca; bir idari makamın yetkilerini kullanması gerektiği amaçla değil, bir başka amaçla kullanmasıdır. Eğer idare, tamamen kamu yararı amacının dışında kalan bir saikle hareket ederse veya idare kamu yararı amacı içinde hareket etmesine rağmen idarenin güttüğü amaç kanunun öngördüğü amaç değilse yetki saptırması durumu ortaya çıkar<sup>98</sup>.

Vergileme açısından tarh işleminin amacı kamu hizmetlerini karşılamak üzere gelir elde etmektir. Toplanan vergilerin genel olarak toplumun bütününe yönelik kamu hizmetleri için harcandığı düşünüldüğünde vergilemede kamu yararı olduğu konusunda görüş birliği mevcuttur. Çünkü alınan vergi, mükellefin refahını azaltırken, devlet tarafından harcandığında kamu hizmeti olarak tüm bireylerin refahını artırmaya yönelik bir etki meydana getirmektedir. Sonuçta kaybedilen bireysel menfaatten daha fazla kolektif menfaat elde edilmektedir<sup>99</sup>.

Bahse konu genel amacın (kamu yararının) dışında özel amaçlarla hareket edilerek tarh işlemi yapılması mümkündür. Örneğin; vergi inceleme elemanının, siyasi veya kişisel husumeti sebebiyle bir vergi mükellefine zarar vermesi veya vergi mükellefini hak etmediği bir vergi yüküne katlanmak zorunda bırakılması olasıdır. Ancak tarh işleminin yapılması sırasında özel amaç güdülmüş olunmasının, işlemin doğrudan iptalini gerektirecek bir hukuka aykırılık oluşturabilmesi, işlemin diğer unsurlarından biriyle de hukuka aykırı bulunmasına bağlıdır. Eğer tarh işlemi diğer unsurları yönünden hukuka uygun ise, incele-

<sup>94</sup> Şenyüz/Yüce/Gerçek, s.166.

<sup>95</sup> Turhan, ss.35-40.

<sup>96</sup> “Takdir yetkisi; İdarenin işlem yapıp, yapmamak veya yapılması mümkün işlemin yapılması konusunda en az iki seçenek arasından birini tercih edebilmesi yetkisidir.” Adnan Gerçek, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2006, ss.13-18.

“Takdir yetkisinin kural olarak, sebep ve konu unsurlarında var olduğu kabul edilmektedir. Diğer unsurlardan; yetki unsurunun, mutlaka yasal düzenlemelerle belirlenmesi gerektiğinden; şekil unsurunun, idari işlemlerin kural olarak yazılı şekle tabi olmasından; amaç unsurunun, tüm işlemlerin asıl amacının kamu yararına yönelik olması ve kural olarak kamu yararı dışında bir amaçla idari işlem tesis edilememesinden dolayı, yetki, şekil ve amaç unsurlarında idarenin takdir yetkisi yoktur.” Özyörük, s.211.

<sup>97</sup> Bazı yazarlar yetki saptırması kavramı yerine “amaç saptırması” kavramını kullanmıştır. Örneğin; Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, s.167.

<sup>98</sup> Gözler, ss.978-998.

<sup>99</sup> Şenyüz/Yüce/Gerçek, s.166.

me elemanının özel amacı ne olursa olsun, ortada, gerçek ve hukuka uygun bir vergi alacağı var demektir. Bu bakımdan hukuken mevcut, gerçek bir vergi alacağı için yapılan tarh işleminin amacının, kamu yararının sağlanması olmadığı iddiasının ispatı son derece zordur ve bu yüzden de böyle bir iddianın geçerli olmadığı kabul edilir. Buna karşılık vergi alacağı gerçek dışı veya hukuka aykırı ise, tarh işlemi, amaç unsurundan önce sebep unsuru bakımından sakat doğmuş demektir<sup>100</sup>. Dolayısıyla böyle bir tarh işlemine karşı açılan idari davada, ispat edilmesi zor yetki saptırması yerine, sebep unsuru veya konu unsurundaki hukuka aykırılıkların ileri sürülmesi daha yerinde olacaktır.

Sebep unsuru ile amaç unsurunu birbirine karıştırmamak gerekir. Zira sebep, idareyi işlem yapmaya iten etkenlerdir. Amaç ise idarenin bu işlemi yaparak ulaşmak istediği sonuçtur. Yine sebep unsuru objektif nitelikli iken amaç unsuru sübjektif niteliklidir. Amaç işlemi yapan kişinin niyetinden başka bir şey değildir. Bu niyetler ise işlemi yapan kişinin zihninde oluşan ve dışarıdan görülemeyen vakalardır. Bu durumun pratikteki sonucu; objektif nitelikli olan idari işlemin sebep unsurunun yargısal denetimi mümkün iken, sübjektif nitelikli amaç unsurunun hâkim tarafından denetlenebilmesinin oldukça zor olduğudur. Zira amaç unsuru dışı yansımaz, işlem yapan kişinin zihninde kalır<sup>101</sup>. Dolayısıyla yapılan işlem ne kadar sübjektif olursa olsun işlemin hukuk düzeninde meydana getirdiği değişiklik meşru ise yani idari işlemin sebebi ile konusu arasında uyum varsa işlem geçerli olacak ve amaç unsuru gerçekleştirilmiş sayılacaktır<sup>102</sup>.

### 3. Tebliğ

Köken olarak Arapça bir kelime olan tebliğ; yetiştirme, eriştirme, bildirme, götürme anlamlarına gelmektedir<sup>103</sup>. Hukuki terim olarak tebliğ (çoğulu tebligat), bir işlemin ilgili kimsenin bilgisine sunulması için yetkili makamın, yasaya ve yöntemine (usulüne) uygun bir biçimde yazı ile veya ilan yoluyla yaptığı belgeleme işlemidir<sup>104</sup>. Vergi hukuku alanında ise tebliğ, yükümlü, sorumlu ya da ilgili hakkında hukuksal sonuç doğuracak vergilendirme ile ilgili belge ve yazıların bu kimselere usulüne uygun olarak iletilmesidir<sup>105</sup>. VUK tebliği, vergilendirmeyi ilgilendiren ve hüküm ifade eden hususların yetkili makamlar tarafından mükellefe veya ceza sorumlusuna yazı ile bildirilmesi (VUK, md.21) şeklinde tanımlanmıştır<sup>106</sup>. Tanımdan anlaşılacağı üzere vergi/ceza ihbarnameleri,

<sup>100</sup> **Candan**, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, ss.168-169.

<sup>101</sup> **Gözler**, ss. 976-978.

<sup>102</sup> **Karatepe**, s.74.

<sup>103</sup> **Devellioğlu**, s.1048.

<sup>104</sup> **Ejder Yılmaz/Tacar Çağlar**, Tebligat Hukuku, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 39.

<sup>105</sup> **Kaneti**, s.112.

<sup>106</sup> Türk hukukunda tebligatın düzenlendiği genel yasa 7201 sayılı Tebligat Kanunu'dur. Ancak (Teb. K. md.51 göndermesiyle) vergilendirme işlemi kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile yakından ilgili olduğundan Vergi Usul Kanunu'nda tebliğ ile ilgili bazı özel düzenlemeler (VUK, md.21, 93-109) getirilmiştir. Görüleceği üzere vergilendirme sürecine ilişkin tüm idari aşamalarda VUK'un tebligat hükümleri esas alınacaktır. Fakat vergilendirme sürecinin herhangi bir aşamasında yargı uyuşmazlığı çıktığı takdirde tebligat işlemleri (İYUK md.60 uyarınca) genel kanun olan Tebligat Kanunu hükümleri çerçevesinde işletecektir.



takdir komisyonu kararları, yoklama fişleri, uzlaşmaya ilişkin tutanaklar, vergi dairesince yapılan bildirimler tebligat kapsamına girmektedir<sup>107</sup>.

Tebliğ safhasına gelinceye kadar yapılan işlemler, idarenin kendi bünyesi içinde cereyan etmesi sebebiyle bu işlemler ancak tebliğ sayesinde dış dünyaya yansımakta ve mükellefler bakımından hukuki bir anlam ifade etmektedir<sup>108</sup>.

Tebliğatin, kural olarak mükelleflere, sorumlulara bunların yasal temsilcilerine, umumi vekillerine, kamu idarelerine ya da vergi cezası kesilenlere yapılması gerekir. Tüzel kişilere yapılacak tebliğ, bunların başkan, müdür veya kanuni temsilcilerine, tüzel kişiliği olmayan teşekküllerde bunları idare edenlere veya temsilcilerine yapılır. Tebliğ, kendisine tebligat yapılacak kimsenin bulunmaması halinde ikametgâh adresinde bulunanlardan veya işyerlerinde memur ya da müstahdemlerinden birine yapılır. Ancak muhatap yerine bu şekilde kendisine tebliğ yapılacak kimsenin görüşüne göre 18 yaşından aşağı olmaması<sup>109</sup> ve bariz bir surette ehliyetsiz bulunmaması gerekir (VUK, md.94).

Tebliğatin muhatabına ulaşmasında kullanılan yol ve yöntemler olan tebligat usulleri VUK'da posta yoluyla tebliğ, memur vasıtasıyla tebliğ, daire ya da komisyonunda tebliğ, ilan yoluyla tebliğ ve elektronik ortamda tebliğ şeklinde sıralanmıştır.

Yükümlü ya da sorumluya tebligat yapılması çeşitli açılardan önem arz etmektedir. Bunlardan birincisi tarh edilen vergiden yükümlü ya da sorumluluğun haberdar edilmesidir. Vergi ödevlisinin tarh edilen vergiden haberdar edilmesinin amacı, yükümlü ya da sorumlunun tarh aşamasında hata yapıp yapılmadığı konusunda kuşkularının giderilmesi ve vergi borcunun sona erdirilmesi için yükümlü ya da sorumlunun yapması gereken ödevlerin yerine getirilmesidir. İkincisi ise tarh edilen vergi miktarının yükümlü ya da sorumlu tarafından öğrenilerek onayının alınmasıdır. Tebliğ yapılmasının bir diğer amacı ise tebligatın yapılması ile idari ya da yargısal bir sürenin başlamasının sağlanmasıdır. Tebliğ kendisine bir takım sonuçlar bağlanan sürelerin başlamasına esas teşkil etmektedir. Bu bağlamda yükümlü ya da sorumlu bir hakkı ne zaman kazandığını veya sahip olduğu bir hakkı hangi süre içinde kullanması gerektiğini ya da kaybedeceğini tebligatın yapıldığı süreyi dikkate alarak hesaplayabilmektedir<sup>110</sup>.

<sup>107</sup> Ancak beyana dayalı tarhiyatta tahakkuk fişinin ayrıca tebliği gerekmez (VUK, md.25,93). Ayrıca bazı özel durumlarda belli işlemlerin tebliğ yerine geçeceği hüküm altına alınmıştır. "Diğer ücret elde eden" hizmet erbabının vergileri, tarh zamanında bu mükelleflerin bağlı oldukları vergi dairesine ibraz edecekleri vergi karnelerine yazılmak suretiyle tarh ve tebliğ edilir. Vergi karneye yazıldığı tarihte tebliğ edilmiş sayılır (VUK, md.109). Benzer şekilde beyannamenin elektronik ortamda gönderilmesi halinde tahakkuk fişi elektronik ortamda düzenlenir ve yükümlüye elektronik ortamda iletilir. Bu ileti, tahakkuk fişinin tebliği yerine geçer (VUK, md.28).

<sup>108</sup> **Tuncer**, s.175.

<sup>109</sup> Dnş. 11. D., 08.03.2000 Tarih, E. 1998/4479, K. 2000/933 Sayılı Kararda; "...Tebliğ edilen şahsın tebliğ tarihinde 17 yaşında olduğu iddiasına ve bu hususun dosyada bulunan nüfus kayıt örneği ile kanıtlanmasına rağmen Yasa hükmüne göre tebligat yapılacak kimsenin fiziki görünüş itibarıyla 18 yaşında olduğu kanısına varılmış olması yeterli olup, yasa ile tebliğ memuruna muhatap yerine tebliğ yapılacak kimsenin 18 yaşında olduğu kanısına varıldıktan sonra kimliğini sorarak yaşını araştırma zorunluluğu getirilmediğinden, tebliğ memurunca 18 yaşında olduğu kanısına varılarak şahsa yapılan tebligatta yasaya aykırılık bulunmadığına" hükmetmiştir.

<sup>110</sup> **Karakoç**, s.283.

Vergilendirme itibarıyla tebligatın amaç ve fonksiyonu, hukuki istikrar ve güven göz ardı edilmeksizin bilgilendirme ve belgelendirme ile vergilendirme sürecinin tamamlanmasına yardımcı olmaktadır<sup>111</sup>. Zira vergi alacağının tahsil edilebilir hale gelebilmesi için alt işlemlerin tamamlanması gerektiğinden tarh edilmiş olsa da tebliğ edilmemiş olan vergi, hukuki bir sonuç doğurmayacaktır<sup>112</sup>. Bu nedenle tebliğ aşaması gerçekleştirilmeden tebliği takip eden tahakkuk ve tahsil aşamalarına geçilebilmesi mümkün değildir<sup>113</sup>.

Kısacası, vergilendirme süreci içinde tebliğ işlemi, uygulamaya ilişkin bir usul işlemi olup tahakkuk aşamasının başlamasına sebebiyet vermektedir. Dolayısıyla tebliğ, verginin tarhi ile tahakkuku arasında köprü vazifesi görmektedir<sup>114</sup> ve işlemin ilgisine duyurulmasına aracılık etmektedir<sup>115</sup>.

<sup>111</sup> **Doğan Şenyüz**, Vergi Usul Hukukunda Tebligat, Yaklaşım Yayınları, 2. Baskı, Ankara, Haziran 1997, s.8.

<sup>112</sup> Dnş. 4. D., 15.02.2005 Tarih, E. 2004/1779, K. 2005/227 Sayılı Kararda; "...Tekemmül etmiş, ancak yazılı olarak ilgisine bildirilmemiş bulunan bir idari işlem, hukuk alanında doğmuş olsa da, kendisine bildirilinceye kadar ilgisinin menfaatini etkilemeyeceği açıktır. VUK'un 21. maddesinde tebliğin, vergilendirmeyi ilgilendiren ve hüküm ifade eden hususların yetkili makamlar tarafından mükellefe veya ceza sorumlusuna bildirilmesi şeklinde tanımlanmış olduğundan vergi borcunun ödenebilir hale gelmesinin, ödeme emrinin tebliğ edilmesine bağlı olduğu" belirtilmiştir.

<sup>113</sup> *Vergilendirme sürecinde mükelleflerin hukuki konumlarını değiştirerek sonuç doğuran başlıca iki evre bulunmaktadır. Bu evrelerden birincisi tarh edilen verginin tebliğ edildikten sonra tahakkuk edilinceye kadar geçen süreci, ikincisi ise tahsil sürecini kapsamaktadır. Birinci evre ve içindeki aşamalar tamamlanmadan ikinci evreye geçilmesi mümkün değildir. Birden fazla aşamalı işlemlerin, zincir ve ayrılabilir işlemler şeklinde ortaya konduğu dikkate alınırsa vergilendirme sürecinin kendine has özellikleri gereği bu işlemleri aynı anda içinde barındırdığı söylenebilir. Birinci evredeki tarh, tebliğ ve tahakkuktan oluşan aşamalar birbirinden ayırlamayan halkalardır. Bunlar birbirinden ayrıldıklarında sonuca ulaşma açısından tek başlarına hukuki bir değer taşımazlar. Tahsil evresi, önceki aşamaların nihai durumunu yansıtan tahakkuk (tarh ve tahsili de içine alan) ile birlikte değerlendirildiğinde ayrılabilir işlem niteliği göstermektedir. Bu durumda vergi için tahakkuk ve tahsilden meydana gelen iki evreli bir ayrılabilir işlemden bahsetmek gerekir. Tarh ve tebliğden oluşan zincir şeklinde oluşan tahakkuk tahsilin sebebinin, tahsil de tahakkukun sonucunu oluşturur. Diğer yandan zincir işlemlerin nihai (asil) işlemi oluşturmayan halka işlemler bağımsız olarak iptal davasına konu oluşturamayacakları için halka işlemlerde meydana gelen hukuka aykırılıklar ancak nihai işlemin tesisinden sonra, nihai işlemlere karşı açılacak bir iptal davası ile birlikte ileri sürülebilir. Birden fazla evreden meydana gelen ayrılabilir işlemlerde ise her evre bağımsız olduğundan (ara işlemlerde meydana gelen sakatlıklar asıl işlem beklenmeksizin) davaya konu olur. Bu durumda ikinci evredeki (tahsil) işlem için birinci evredeki (tarh, tebliğ ve tahakkuk) zincir işlemin usulüne uygun oluşmadığı pekâlâ ileri sürülebilecektir. Bu açıklamaların diğer bir anlamı da tarhiyatların usulüne uygun tebliğ edilmediği ortamda tahakkuk aşamasının gerçekleşmemiş olacağı gerçeğidir. Çünkü tarhiyata ilişkin tebliğin usule aykırın olması, kendisinden sonraki işlemler usule uygun olsa bile bunları sakatlayacaktır. Şenyüz, ss.27-28.*

<sup>114</sup> **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s.175.

<sup>115</sup> Dnş. 3. D., 27.02.2014 Tarih, E. 2011/4416, K. 2014/849 Sayılı Kararda; "...idari işlemlerin ilgililerine duyurulması amacıyla yapılan tebligat işlemlerinin icrailik niteliğinden yoksun usuli işlemlerden olduğu, asıl idari işlemlerden ayrılarak tek başlarına idari davaya konu edilemeyeceği, tebligat işlemlerindeki noksanlıkların ancak duyurulmalarına aracılık ettikleri asıl işlemlere karşı yargı yoluna başvurulması halinde ve asıl idari işlemi kusurlandırmak için ileri sürülebileceğine" hükmetmiştir. Danıştay

#### 4. Tahakkuk

Tahakkuk kelimesi de Arapça kökenli bir kelime olup hakikat olarak meydana çıkma, gerçekliği anlaşılma anlamlarına gelmektedir<sup>116</sup>. Vergi borcunun ödenecek duruma gelmesini ifade eden tahakkuk aşaması, başka hiçbir idari muamele veya tasarrufa gereksinim duymaksızın<sup>117</sup> vergi borcunun kendiliğinden geldiği bir aşamayı<sup>118</sup> ve olguyu ifade eden bir saptama (tespit)<sup>119</sup> olup, tarh işlemini teyit edici bir işlemdir<sup>120</sup>. Bu aşama ya belli dava süresinin geçirilmesi ile kendiliğinden ya da yargı organının açılan davayı ret kararı üzerine gerçekleşir. Bu kendiliğinden gerçekleşme özelliği tahakkuku, birer idari işlem olarak tarh ve tahsil işlemlerinden ayıran en önemli husustur<sup>121</sup>. Tahakkuk aşaması, tebliğ edilen hususlara yönelik itirazların yapılmasını ya da dava yoluna gidilmesini içeren süreyi içinde barındırmaktadır.

Verginin ne zaman tahakkuk ettiği konusu, çeşitli durumlara göre farklılık arz etmektedir. Bu hususta beyana dayanan tarh ile ikmalen, re'sen ya da idarece vergi tarhu farklı aşamalar geçirmektedir<sup>122</sup>.

Yükümlü/sorumlu tarafından beyanname ile bildirilen matrah üzerinden tarh edilen vergi, vergi dairesince tahakkuk fişinin düzenlenmesi ile tahakkuk etmektedir. Beyana dayanan tarhta, tahakkuk fişinin düzenlenmesi ile tarh işlemi ve tahakkuk aşaması birleşmektedir. Beyannamesini ilgili vergi dairesine veren kimsenin kendisine verilen tahakkuk fişini almaması, beyanname yazılı matrah üzerinden tarh edilen verginin tahakkukuna engel olmamaktadır. Bu durumda tahakkuk fişi yükümlü/sorumluya posta yolu ile veya elektronik ortamda iletilir (VUK, md.27-28). Bu aynı zamanda verginin kesinleşmesi anlamına da gelmektedir. Çünkü kural olarak mükellefin kendi beyanı üzerine hesaplanan vergilere karşı itiraz hakkı<sup>123</sup> bulunmamaktadır.

---

Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 11.04.1997 Tarih, E.1995/425, K.1997/187 Sayılı Kararı da aynı yöndedir.

<sup>116</sup> **Devellioğlu**, s.1016.

<sup>117</sup> **Ağar**, Vergi Tahsilatı, s.125.

<sup>118</sup> 213 sayılı VUK'un 22. maddesi, tahakkuku, idari bir işlem olarak değil, bir aşama (safha) olarak tanımlamıştır.

<sup>119</sup> **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s.184.

<sup>120</sup> **Aziz Taşdelen**, "Vergi Alacağı'nın Tahakkuku: Bir Aşama ve Bir İşlem", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 56, S. 1, 2007, s.287.

<sup>121</sup> **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s.106.

<sup>122</sup> Bunların yanı sıra, belirli bir tarihe bağlı olarak kendiliğinden tahakkuk uygulaması da bazı özel kanunlarda yer almaktadır. Örneğin motorlu taşıtlar vergisi, taşıtların kayıt ve tescilinin yapıldığı yerin vergi dairesi tarafından her yılın Ocak ayı başında yıllık olarak tahakkuk ettirilmiş sayılmaktadır (MTVK, md.9).

Ayrıca (damga vergisi gibi) tahakkuku tahsile bağlı vergilerde (VUK, md.24), tahsil işlemi, tahakkuk aşamasını da kapsadığı için bu tür vergilerde birbirinden ayrı tarh, tebliğ ve tahakkuk aşamaları söz konusu olmayıp, verginin tahsil edilmesi ile birlikte vergi borcu sona ermektedir.

<sup>123</sup> İstisnai olarak ihtirazi kayıtla verilen beyannamelelere karşı, beyanda bulunan yükümlü dava açabilmektedir. Ancak beyanname ihtirazi kayıtla verilse bile, ihtirazi kayıt konusu matrah tutarı üzerinden tarh edilen vergi, tarh anında tahakkuk etmektedir. Dolayısıyla tahakkuk etmiş olan ihtirazi kayıt konusu verginin tahsili, yürütmenin durdurulması kararı ile durmaktadır (İYUK, md.27).

Vergi, idare tarafından tek taraflı olarak tarh edilirse (re'sen, ikmalen ya da idarece tarh), tarh ve tahakkuk aşamaları birbirinden net şekilde ayrılmakta ve kesinleşme de daha geç ortaya çıkmaktadır. Bu durumda vergi dairesinin ikmalen ya da re'sen vergi tarh ederek ihbarname ile ilgiliye tebliğ etmesi gerekir. Tebligatı alan mükellefin ise vergiyi ödeme ya da yargı yoluna başvurma imkânları bulunmaktadır. Bu seçenekler için mükelleflere otuz günlük süre tanınmaktadır. Mükellef, otuz günlük süre içinde mahkemeye itiraz etmezse, sürenin dolmasıyla salınan vergi ve kesilen ceza tahakkuk eder. Mükellef, eğer yapılan tebligatla ilgili herhangi bir hukuka aykırılık olduğunu düşünüyorsa otuz günlük süre içinde yargı yoluna başvurur. Bu durumda verginin tahakkuku, mahkeme karar verene kadar ertelenir ve verginin tahsili de durur (İYUK, md.27). Dava mükellefin lehine sonuçlanırsa, mükellef vergi ödemeyecek; aleyhine sonuçlanırsa vergi tahakkuk edecek (ancak kesinleşmeyecek) ve verginin otuz gün içinde ödenmesi gerekecektir. Vergi mahkemesinin kararı aleyhinde verilmişse mükellefin otuz günlük süre içinde üst mahkemeye (Bölge İdare Mahkemesi veya Danıştay nezdinde) başvuru hakkı bulunmaktadır. Mükellefin bu başvurularında teminat göstererek yürütmeyi durdurma istemesi ve bu isteğin kabul görmesi durumunda ödemeyi mahkeme kararına kadar erteletme imkânı da bulunmaktadır. Bu noktada verginin kesinleşmesi yargı organlarında geçerli başvuru yollarının tüketilmesi sonunda söz konusu olmaktadır. Yargı yollarında mükellef davayı kazanırsa ve daha önce vergiyi ödemiş ise ödediği vergileri geri alma hakkını<sup>124</sup> elde etmektedir. Mükellefin aleyhine sonuç çıkarırsa ve daha önce vergi ödenmiş ise yeni bir vergi ödenmesi söz konusu olmayacaktır<sup>125</sup>.

## 5. Tahsil

Tahsil kelimesi de Arapça kökenli bir kelime olup hâsıl etme, ele geçme, irat toplama anlamlarına gelmektedir<sup>126</sup>. Tahsil işlemi<sup>127</sup> vergilendirme sürecinin son aşaması olup süreci nihayetlendirmektedir. Vergiyi doğuran olay ile ortaya çıkan ve sübjektif bir vergilendirme işleminde somutlaşan vergi ödevi ilişkisi verginin tahsili ile sona ermektedir<sup>128</sup>. Bu aşamada ya mükellef rızaen borcunu (vadesinde/vadesinden sonra) ödeyecek ya da idare cebri yollara başvurarak alacağını tahsil edecektir. Görüldüğü üzere tahsilat kavramı, ödeme kavramından daha geniş<sup>129</sup> bir anlam ifade etmekte ve cebren tahsilat işlemlerini de içinde barındırmaktadır.

<sup>124</sup> Dnş. 4. D., 25.04.2016 Tarih, E. 2012/5692, K. 2016/1792 Sayılı Kararında; "...Hukuka aykırı bulunarak tahakkukun iptal edilmesi durumunda, 1 nolu Ek Protokolün 1 inci maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararı uyarınca mülkiyet hakkı ihlal edilmiş olduğundan haksız tahakkuk ettirilen verginin davacıya faizi ile birlikte iadesi gerektiğine" hükmetmiştir.

<sup>125</sup> **Nurettin Bilici**, Vergi Hukuku, 24. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s.69.

<sup>126</sup> **Devellioğlu**, s.1022.

<sup>127</sup> VUK'da tahsile ilişkin hükümler yer alsa da tahsil aşamasını tüm kamu alacakları için ve ayrıntılı olarak düzenleyen asıl kanun, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'dur.

<sup>128</sup> **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s.108.

<sup>129</sup> Vergilerin tahsilatı yerine daha önceleri "vergilerin cibâyeti" kavramı kullanılmaktaydı. Cibâyet kavramı hem verginin tahsili veya toplanmasını hem de mükellefçe ödenmesi veya yatırılmasını ifade etmektedir. Bu kavrama, 1924 Anayasasının 85. maddesi ör-

Vergilendirme sürecinin son halkasını oluşturan tahsil işlemi, kamu alacağı veya vergi borcunun ortadan kalkması sonucunu doğurduğu için ayrı bir idari işlem niteliği taşımaktadır<sup>130</sup>. Bu nedenle tahsil işleminin idari işlemlerin türleri ve unsurları açısından ayrıntılı olarak incelenmesi gerekmektedir.

### 5.1. İdari İşlemlerin Türleri Açısından Tahsil İşlemi

İdari işlemlerin türleri açısından tahsil işleminin hukuki niteliği de, tarh işlemi gibi *bireysel (sübjektif)* nitelikte bir idari işlemdir. Miktarı tarh işlemiyle belirlenmiş olan borç, tahsil işlemi ile her yükümlü yönünden ayrı ayrı sona ermekte ve böylece özel ve kişisel bir sonuç doğurmaktadır. Ayrıca tahsil işlemi ilgililerin vergi borçlarını ödemelerine yönelik davranışlarda bulunmalarını gerektirdiği için *yükümlendirici* işlemler grubuna girmektedir. Diğer yandan tahsil işlemiyle, kamu hukuku ilişkisi sona erdirildiğinden (borçlu statüsü sonlandırıldığından) tarh işleminin aksine, tahsil işlemi *inşai (yapıcı)* bir idari işlem niteliği taşımaktadır<sup>131</sup>. İnşai (yapıcı, kurucu) işlemler, belli bir hukuki durum doğuran ya da mevcut bir hukuki durumda değişiklik yapan veya hukuki duruma son veren işlemlerdir<sup>132</sup>.

Tarh işlemi gibi tahsil işlemi de kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliğinden dolayı *asli (icrai)* işlem sayılmaktadır. Bu nedenle tahsil işlemi de tarh işlemi gibi doğrudan iptal davasına konu olabilmektedir.

Mükellefin vergi borcunu kendi rızası ile gönüllü olarak vadesinde/vadesinden sonra (gecikme zammına katlanmak şartıyla) ödemesi durumu bir tarafa bırakılırsa mükellefin vadesi geçmesine rağmen kendi iradesi ile borcunu ödememesi halinde idare, vergi alacağını cebren tahsil yöntemine başvurarak tahsil etme yetkisine sahip olmaktadır. Vergi alacağının bu şekilde kamu icra hukuku hükümlerine göre cebren tahsil işlemi uygulanarak alınması durumu *isteğe bağlı olmayan* idari işlem kategorisinden sayılabilir. Aynı zamanda tek bir idari organın (vergi dairesinin) irade açıklaması ile ortaya çıktığı için tahsil işlemi *yalın (basit)* işlemlere de örnek gösterilebilir<sup>133</sup>.

Son olarak diğer idari işlemlerde olduğu gibi tahsil işlemine karşı açılan davalarda, tarh işleminin aksine, işlemin yürütmesi kendiliğinden durmamaktadır. Yürütmenin durması ancak, davacının talebi yanında, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek ve teminat karşılığında mahkeme tarafından karar verilmesi halinde mümkün olabilecektir<sup>134</sup>.

### 5.2. İdari İşlemlerin Unsurları Açısından Tahsil İşlemi

Tipik bir idari işlem olan tahsil işleminin, hukuka uygun bir şekilde doğabilmesi için yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları yönünden hukuk kurallarına aykırı olmaması gerekmektedir.

---

nek gösterilebilir; "Vergiler ancak bir kanun ile tarh ve cibâyet olunur." **Tuncer**, ss.149-150.

<sup>130</sup> **Karakoç**, s.304.

<sup>131</sup> **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s.109; **Karakoç**, s.305.

<sup>132</sup> **Gözler**, s.688.

<sup>133</sup> **Ağar**, Vergi Tahsilatı, s.145.

<sup>134</sup> **Karakoç**, s.306.

### 5.2.1. Yetki Unsuru

Yetki, başta Anayasa olmak üzere yasaların idari makamlara tanıdığı karar alabilme, işlem yapabilme gücünü ve yeteneğini ifade eder. Dolayısıyla idari işlem, idare teşkilatı içinde yer alan herkes tarafından değil, sadece hukuk kuralları ile belirlenmiş ve sınırlanmış idari makamlar tarafından tesis edilebilir<sup>135</sup>.

Kamu alacağının tahsiline, tahsil dairesi yetkili olduğundan, tahsil işleminin de bu makam tarafından yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla kural olarak kamu alacağını tarh etmeye yetkili olan vergi dairesi, tahsil işlemini de yapmaya yetkilidir<sup>136</sup>.

Alacaklı kamu (amme) idareleri; devlet, il özel idaresi ve belediyeleri kapsamaktadır. Kamu alacağının takip ve tahsili ise, alacaklı kamu idaresinin 6183 sayılı Kanunu uygulamakla yükümlü dairesi, servisi, memur veya memurlarını (AATUHK, md.3) ifade etmektedir. Bu kapsamda, devlet tüzel kişiliğine ait kamu alacakları vergi dairesi başkanlıkları, vergi daireleri ve bunların bulunmadığı ilçelerde ise mal müdürlükleri bünyesindeki vergi servislerince takip ve tahsil edilirken; il özel idarelerinin ve belediyelerin kamu alacakları ise kendi teşkilatları içinde yer alan, yetkilendirilmiş servisler veya müdürlüklerce takip ve tahsil edilmektedir<sup>137</sup>.

Kamu alacağının tahsili amacıyla yapılacak takibat, alacaklı amme idaresinin mahalli tahsil dairesince yapılmaktadır. Mahalli tahsil dairesinden, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun kapsamındaki vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerle bunların zam ve cezalarından kaynaklanan kamu alacakları bakımından, vergiyi tarh ve tahakkuk ettiren, yani mükellefin bağlı olduğu vergi dairesi; 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun kapsamına giren vergi ve para cezalarından kaynaklanan kamu alacakları bakımından, gümrük idareleri; diğer kamu alacakları bakımından ise, bu alacağın tahakkukunu yapan alacaklı kamu idaresinin tahsil dairesinin anlaşılması gerekir. Asıl borçlu ile müştereken ve/veya müteselsilen sorumlu olanlar bakımından ise, takibe yetkili daire, takip edilen kişiye değil, takibin konusu olan kamu alacağının asıl borçlusuna göre belirlenmektedir<sup>138</sup>.

Borçlu veya malları başka mahallerde bulunduğu takdirde, tahsil dairesi, borçlunun veya mallarının bulunduğu mahalde yapılacak takipleri, o mahaldeki aynı türden amme idaresinin tahsil dairelerine niyabeten yaptırır (AATUHK, md.5). Bu takibatın yaptırılabilmesi için, borçlu veya mallarının başka yerde bulunması yanında, yetkilendirilecek tahsil dairesinin, alacaklı kamu idaresi ile aynı neviden kamu idaresine ait olması koşulu da aranmıştır. Örneğin; il özel idarelerine ait kamu alacağının takibinin, borçlunun veya mallarının bulunduğu yerdeki il özel idaresinin; belediyeye ait kamu alacağının takibi için,

<sup>135</sup> **Mehmet Yüce**, Örnek Uygulamalarla Vergi Dava Rehberi, Ekin Yayınevi, Bursa, Şubat 2014, s.321.

<sup>136</sup> **Karakoç**, s.306; **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s.109.

<sup>137</sup> **Recai Dönmez**, Vergi İcra Hukukunda Haciz Yolu İle Takip, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s.38.

<sup>138</sup> **Turgut Candan**, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, Mart 2007, ss.49-50.

borçlunun veya mallarının bulunduğu yerdeki belediyenin tahsil dairesince takip edilmesi zorunludur<sup>139</sup>.

İdari makamların yetkileri, *kişi, konu, yer ve zaman* bakımından olmak üzere dört şekilde incelenebilir.

*Kişi* yönünden yetkisizliğin, verginin tahsili konusuna yansımaları değerlendirildiğinde; yukarıda sayılan kurumlar (Vergi Dairesi, Gümrük İdaresi vb.) tarafından değil de başka makamlar (örneğin Karayolları Genel Müdürlüğü) tarafından yapılan tahsilat işlemleri, *kişi* yönünden yetkisizlik durumuna örnek olarak gösterilebilir. *Kişi* yönünden yetkisizlik durumları yetki gaspı olarak adlandırılmakta ve yok hükmünde kabul edilmektedir.

Bir vergi dairesinin tahsili ile görevli bulunduğu vergi türünden başka bir vergi ile ilgili olarak tahsil işlemi tesis etmesi durumunda, tahsil yetkisinin *konu* bakımından yetkisizliği söz konusu olur. Emlak vergisi tahsiline yetkili olan dairenin gelir vergisi tahsil etmesi buna örnek olarak verilebilir<sup>140</sup>. Söz konusu tahsil işlemi konu yönünden yetki tecavüzü ile sakatlanır ve hukuka aykırılığı ileri sürülerek iptali istenebilir.

İdarenin, yasama ya da yargı organının yerine geçerek onların görev alanına giren konularda işlem tesis etmesi durumunda, konu bakımından diğer bir yetkisizlik hali olan görev (fonksiyon) gaspı ortaya çıkar. Verginin yasallığı ilkesi gereği, vergi idaresi, kanunun öngördüğünden daha fazla vergi alınması sonucunu doğuracak nitelikte bir işlem tesis ederse<sup>141</sup>; idare, yasama organına verilmiş olan bir alana müdahale etmiş olur ki bu yetkisizlik halinin müeyyidesi yokluktur<sup>142</sup>.

Bir idari makamın hangi yerde ve hangi coğrafi alanda karar almaya yetkili ise, orada karar alabilmesi durumu *yer* yönünden yetki olarak ortaya çıkmaktadır<sup>143</sup>. Örneğin; Ulus Vergi Dairesinin, Beyoğlu Vergi Dairesi sınırları içinde işlem tesis etmesi yer yönünden yetkisizlik oluşturur. Yer yönünden yetkisizlik halleri de yetki tecavüzünün bir uzantısı sayılır ve müeyyidesi iptaldir.

Bir idari makamın hangi süre içinde karar almaya yetkili ise, o sürede karar alabilmesi durumu *zaman* yönünden yetki olarak ifade edilir<sup>144</sup>. İdari yetkinin zaman bakımından aşılması, belli bir süre içerisinde kullanılmak üzere verilen idari işlem tesisi yetkisinin, bu süre başlamadan veya bittikten sonra kullanılması halidir. Görevine atanmış ama henüz göreve başlamamış veya görevden alınmış bir tahsildarın (vezne de görev yapan<sup>145</sup>) vergi tahsilatı yapması, zaman bakımından aykırılığa örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi durumlar yetki tecavüzü ile sakatlanır ve müeyyide olarak iptali lazım gelir.

<sup>139</sup> **Candan**, Açıklamalı AATUHK, s. 50.

<sup>140</sup> **Ağar**, Vergi Tahsilatı, s.156.

<sup>141</sup> Dnş. Vergi Dava Daireleri Kurulu, 17.06.1994 Tarih, E.1993/163, K.1994/223 Sayılı Kararı (**Aktaran: Gözler, s.1031, dipnot no:105**).

<sup>142</sup> **Ağar**, Vergi Tahsilatı, s.156.

<sup>143</sup> **Gözler**, ss.802-803.

<sup>144</sup> **Gözler**, ss.803-808.

<sup>145</sup> Sadece 6183 sayılı Kanununun 40 ve 41. maddelerine uygun olarak yapılan ödemeler geçerli sayılır ve kamu alacağından mahsup edilir. Dolayısıyla makbuz alınmadan yapılan ödemeler ve tahsile yetkili olmayan kişilere yapılan ödemeler (tahsildarın, tahsil dairesinin içinde veya dışında olmasına göre ya da vezne olup olmamasına göre değişir) geçersizdir. **Candan**, Açıklamalı AATUHK, ss.211-216.

### 5.2.2.Şekil Unsuru

Şekil unsuru, hukuk düzeninde değişiklik meydana getirmeye yönelik iradeyi açıklamak için kullanılan araç, kalıp ve bu iradenin maddi âlemdeki görüntüsüdür<sup>146</sup>. Vergilendirme işlemlerinde şekil ve usul hükümlerine sıkı bir şekilde bağlanılmasının nedeni bir yandan verginin kanuniliği ilkesi gereği hazine karşısında bireylere tanınan güvencenin kuvvetlendirilmesi, diğer yandan da hazinenin, vergi alacağını garanti altına almak düşüncesidir<sup>147</sup>.

Kamu borçlusuna, borcun ödenmesi konusunda yapılan son bir uyarı niteliğindeki ödeme emri belgesinde bulunması gereken veriler, şekil unsuruna örnek olarak gösterilebilir. Zira kanun, ödeme emrinin hukuka uygun olabilmesi için içermesi zorunlu bilgileri bizlere göstermektedir. Ödeme emrinde, borcun asıl ve fer'ilerinin mahiyet (emlak vergisi, gecikme faizi vb.) ve miktarları, nereye ödeneceği, müddetinde ödemediği veya mal bildiriminde bulunmadığı takdirde borcun cebren tahsil ve borçlunun mal bildiriminde bulununcaya kadar üç ayı geçmemek üzere hapis ile tazyik olunacağı, gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğu takdirde hapis ile cezalandırılacağı gibi bilgilerin bulunması gerekmektedir (AATUHK, md.55). Örneğin; kamu alacağının niteliğini veya miktarını belirtmeyen bir ödeme emri, şekil unsuru yönünden sakat hale gelecektir. Yine örneğin; mal bildiriminde bulunulması lüzumu ve bulunulmadığı takdirde hapisle tazyik olunacağı ihtarını içermeyen bir ödeme emrine dayanarak, mal bildiriminde bulunmayan borçlu hakkında cezai işlem yapılması olanaksızdır. Dolayısıyla bulunması gereken bilgilerden birinin ya da birkaçının eksikliği, sakatlığın ağırlığına göre, ödeme emrinin yok hükmünde sayılmasına<sup>148</sup> ya da iptal edilebilir<sup>149</sup> olmasına sebebiyet verecektir<sup>150</sup>.

### 5.2.3.Sebep Unsuru

İdareyi bir işlem yapmaya sevk eden hukuki veya fiili etkenler, o işlemin sebep unsurunu oluşturmaktadır<sup>151</sup>. Ortaya çıkan bir idari işlemin sebebi, o idari işlemde önce gelen, idareyi o işlemi yapmaya iten ve objektif hukuk kurallarınca belirlenen işlemin varlık nedeni olarak kamu yararının gerçekleşmesine elverişli bir etkidir<sup>152</sup>. Bir idari işlemin sebep unsuru yönünden hukuka

<sup>146</sup> Gözler, s.829.

<sup>147</sup> Öncel/Kumrulu/Çağan, ss.93-94.

<sup>148</sup> Dnş. 7. D., 20.10.2008 Tarih, E.2007/2641, K.2008/4086 Sayılı Kararında; "... ödeme emrinin hukuki sonuç doğurabilmesi için öncelikle 6183 sayılı Kanununun 55. maddesinde yazılı bilgileri (ödeme emrinde bulunması gereken bilgileri) içermesi gerekmektedir. Anılan bilgileri içermeyen işlemlerin, ödeme emri olarak kabul edilmesine olanak bulunmadığına" hükmütmüştür.

<sup>149</sup> Dnş. 10. D., 24.09.1992 Tarih, E. 1990/4028, K. 1992/3218 Sayılı Kararında; "Dava konusu ödeme emri içeriği borcun hangi döneme, hangi belediye mensuplarına ait olduğunun, mahiyet ve miktarlarının gösterilmediği, her ne kadar Emekli Sandığına, Belediye ve Valiliğe müteaddit defalar yazılmış yazılar ve ekleri mevcut ise de, bu yazılarda belirtilen miktarların farklılıklar gösterdiği, buna göre mevzuata uygun olarak düzenlenmediği anlaşılan ödeme emrinin hukuka aykırı olduğundan iptali gerekir" şeklinde hüküm vermiştir (**Aktaran: Candan, Açıklamalı AATUHK, s.259, dipnot no:256**).

<sup>150</sup> Candan, Açıklamalı AATUHK, ss.258-261.

<sup>151</sup> Gözler, s.893.

<sup>152</sup> Günday, s.138.



aykırı olmaması için, idarenin dayandığı sebebin gerçeğe ve hukuka uygun olması şarttır. Dolayısıyla, işlemin yapılmasına gerekçe olarak gösterilen sebep, gerçek veya hukuka uygun değilse, işlem sebep unsuru yönünden sakat olur ve iptal edilmesi gerekir<sup>153</sup>.

Vergilendirme sürecindeki tahsil işleminin sebep unsurunu, vergi yasaları (başta 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun olmak üzere) ile kamu alacağının tarh, tebliğ ve tahakkuk aşamalarından usulüne uygun olarak geçerek kesinleşme sürecinin tamamlanması<sup>154</sup> oluşturmaktadır. Tarh ile tahsil işlemi arasında açık bir illiyet bağı (sebeup - sonuç ilişkisi) bulunduğundan tarh işlemi, tahsil işleminin sebebidir<sup>155</sup> ve tarh işleminde gerçekleşecek bir sakatlık hali tahsil işleminin hukuki geçerliliğini sebep yönünden etkileyecektir<sup>156</sup>.

#### 5.2.4. Konu Unsuru

Bir idari işlemin konusu, onun hukuk düzeninde doğurduğu (meydana getirdiği) sonuçtur. Dolayısıyla tahsil işleminin konusunu, kamu alacağının kamu borçlusu tarafından kendi iradesiyle (rızasıyla) ödemesi veya kendisinden cebren tahsil edilmesi oluşturmaktadır. Kamu alacağının takip ve tahsili bakımından yetkili kamu kuruluşu, kamu alacağı niteliği taşımayan bir alacağı, kamu alacağının tahsili usulleriyle takip ve tahsil ederse işlem konu unsuru bakımından sakat olur. Benzer şekilde kamu borçlusu sıfatını taşımayan birinden kamu alacağına ilişkin işlem de konu unsuru yönünden hukuka aykırı olur<sup>157</sup>.

#### 5.2.5. Amaç Unsuru

Amaç (maksat), kanun koyucunun idari işlem ile ulaşmak istediği, o işlemde beklediği nihai sonuçtur. Tahsil işleminin amacı ise kamu hizmetlerinin mali kaynağını oluşturan kamu alacağının kısa sürede tahsil edilmesi suretiyle kamu yararının sağlanmasıdır<sup>158</sup>. Kamu alacağını tahsile yetkili makam, hamsımlık duygusuyla hareket eder, siyasi bir takım çıkarlar gözetir veya başkalarına çıkar sağlama düşüncesiyle tahsil işlemini tesis ederse veya yapması gereken tahsilat işlemini gerçekleştirmez ise işlem amaç unsuru bakımından sakatlanır. Kamu yararı dışında bir sonucu elde etmek için girişilen faaliyet ve bu

<sup>153</sup> Karakoç, s.308.

<sup>154</sup> Dnş. 3. D., 27.09.1984 Tarih, E. 1984/117, K. 1984/2559 Sayılı Kararında "...İtiraz edilmiş olması nedeniyle henüz tahsil edilebilir hale gelmemiş olan amme alacağının tahsili amacıyla mükellef adına ödeme emri tebliğinde Kanun hükümlerine uyarlık bulunmadığına" hükmetmiştir.

<sup>155</sup> Dnş. 7. D., 11.04.2007 Tarih, E. 2006/722, K. 2007/1680 Sayılı Kararında "...tahakkuk ettirilen, para cezalarına matrah olarak alınabilecek herhangi bir verginin bulunmaması; dolayısıyla, cezalandırmayı gerektiren eylemin oluşmaması nedeniyle, alınan kararların hukuki sonuç doğurması olanaklı değildir. Bu bakımdan; yok hükmünde olan ceza kararlarına dayanılarak düzenlenen ödeme emrinde sebep unsuru yönünden hukuka uyarlık bulunmadığına" hükmetmiştir.

<sup>156</sup> Açar, Vergi Tahsilatı, ss.159-160; Öncel/Kumrulu/Çağan, s.109; Karakoç, s.309.

<sup>157</sup> Öncel/Kumrulu/Çağan, s.109; Karakoç, s.309; Açar, Vergi Tahsilatı, s.160.

<sup>158</sup> Karakoç, s.309.

nedenle yapılan işlemler, amaç yönünden hukuka aykırıdır<sup>159</sup>. Bu amaçla düzenlenen tahsil işlemi, amaç unsuru yönünden hukuka aykırı olduğundan, iptal edilebilmesi durumunda iptal edilmesi mümkündür.

## SONUÇ

Vergi kanunları ile genel ve objektif şekilde konulan yükümlülük, her yıl bütçenin kabul ve onayı ile işlerlik kazanmaktadır. Daha sonra vergiyi doğuran olayın meydana gelmesiyle mükellef nezdinde ortaya çıkan soyut vergi borcu, tarh işlemi ile somut bir borç haline dönüşmekte ve belirli bir kimseden talep edilebilecek bir alacak durumuna gelmektedir. Kişi bu idari işlem sonrasında belirli bir meblağın borçlusu durumuna girmiş olmakta ve bu borç ya mükellef tarafından rızaen ödenerek ya da İdare tarafından cebren tahsil edilerek sona ermektedir.

Vergilendirme süreci, başlangıçtan sona erene kadar art arda gelen birden çok işlemi özünde barındırmaktadır. Ancak bu süreç içerisinde, mükelleflerin hukuki konularını değiştirerek sonuç doğuran ve hukuk tekniği açısından idari işlem (icrai karaktere sahip) niteliği arz eden işlemler sadece tarh ve tahsil işlemleridir. Zira bu süreçteki tebliğ işlemi, uygulamaya ilişkin bir usul işlemi olup verginin tarhı ile tahakkuku arasında köprü vazifesi görmekte ve işlemin ilgisine duyurulmasına aracılık etmektedir. Tahakkuk aşaması da, başka hiçbir idari muamele veya tasarrufa gereksinim duymaksızın vergi borcunun kendiliğinden geldiği bir aşamayı ifade etmektedir.

Bireylerin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan etkileyen vergilendirme işlemlerinin, takdiri uygulamalardan arındırılması gerekmektedir. Bu şekilde keyfi veya hukuka aykırı bir durum ile karşılaşan bireylerin dava yoluna başvurmaları en doğal haklarıdır. Bunun yanında idari işlemin ancak icrai niteliğe sahip ise idari yargı denetimine tabi olacağı düşünüldüğünde süreç içindeki işlemlerin, idari işlemler açısından incelenmesi önem arz etmektedir.

Çalışmada bu önem göz önünde bulundurularak, verginin tarh ve tahsili, idari işlemler bağlamında irdelenmiş, hangi tür idari işlem kategorisinden sayıldıkları açıklanmış, idari işlemlerin unsurları olan yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönleri itibarıyla da ayrıca incelemeye tabi tutulmuştur.

## KISALTMALAR CETVELİ

Kısaltma	Bibliyografik Bilgi
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
AATUHK	: Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
D.	: Daire
Dnş.	: Danıştay
E.	: Esas

<sup>159</sup> Ağar, Vergi Tahsilatı, s.162.

İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
KDV	: Katma Değer Vergisi Kanunu
md.	: Madde
MTVK	: Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfadan sayfaya
Teb. K.	: Tebligat Kanunu
vb.	: Ve benzeri
VUK	: Vergi Usul Kanunu

## KAYNAKÇA

### I. Kitap ve Makaleler

**Ağar, Serkan:** “İdari İşlem Kuramı Perspektifinden Verginin Tarhı” (Çevrimiçi) [http://www.idare.gen.tr/tarh.htm#\\_ftn16](http://www.idare.gen.tr/tarh.htm#_ftn16), 6 Haziran 2016.

**Ağar, Serkan:** “Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem – I”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 67, 2006, ss.285-316.

**Ağar, Serkan:** Vergi Tahsilatından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, Şubat 2009.

**Akkaya, Mustafa:** “Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 46, Sayı 1-4, Ankara, 1997, ss.194-195

**Aksoy, Şerafettin:** Vergi Yargısı ve Türk Vergi Yargısı Sistemi, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.

**Akyılmaz, Bahtiyar:** İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

**Alan, Nuri:** “Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık”, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler - 1, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976.

**Artukmaç, Sadık:** Bizde İdarenin Murakabesi, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1950.

**Atar, Yavuz:** Vergi Hukuku Genel Esaslar, Mimoza Yayınları, Konya, 1991.

**Baykara, Bekir:** “Vergi Tarh İşleminin Hukuki Analizi”, (Çevrimiçi) [http://bekirbaykara.av.tr/dosya/pdf/Vergi\\_Tarhinin\\_Hukuki\\_Analizi\\_1215.pdf](http://bekirbaykara.av.tr/dosya/pdf/Vergi_Tarhinin_Hukuki_Analizi_1215.pdf), 8 Haziran 2016.

**Bulutoğlu, Kenan:** Türk Vergi Sistemi, Cilt 1, 6. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.

**Candan, Turgut:** Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, Mart 2007.

**Candan, Turgut:** Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ağustos 2012.

**Candan, Turgut:** Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, Maliye ve Hukuk Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2006.

**Devellioğlu, Ferit:** Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi Yayınları, 21. Baskı, Ankara, 2004.

**Doğrusöz, Ezhan:** "Tarh İşleminin İdari Unsurları - II", Yaklaşım Dergisi, Yıl 12, Sayı: 140, Ağustos, 2004, ss.176-178.

**Dönmez, Recai:** Vergi İcra Hukukunda Haciz Yolu İle Takip, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.

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

**Dündar, Erol:** "Maksat Denetimi (Nazariyeler, Türk ve Fransız Danıştay İçtihatlarına Göre)", İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler - 1, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976.

**Erkut, Celal:** İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No: 51, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990.

**Feyzioğlu, Bedî Necmettin:** "Mükellefiyet Doğurucu Vakıa (Vergiyi Doğuran Hadise)", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, 1952, ss.52-89.

**Gerçek, Adnan:** Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2006.

**Gözler, Kemal:** İdare Hukuku, Cilt 1, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.

**Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut:** İdare Hukuku Genel Esaslar, 1. Cilt, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2001.

**Günday, Metin:** İdare Hukuku, 7. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.

**Güneş, Gülsen:** "Hukuka veya Ahlakla Aykırı Faaliyetlerin Vergilendirilmesi", Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul, 1996, ss.240-253.

**Güneş, Gülsen:** Verginin Yasallığı İlkesi, XII Levha Yayıncılık, 4. Baskı, İstanbul, 2014.

**Kaneti, Selim:** Vergi Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1986/1987.

**Karagözoğlu, H. Fevzi/Kazancı, Faruk:** Vergi Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Vergi Hukuku Yayınları, Ankara, 1972.

**Karakoç, Yusuf:** Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Bası, Ankara, 2012.

**Karatepe, Şükrü:** İdare Hukuku, Üniversite Kitabevi, 2. Baskı, İzmir, 1995.

**Kızılot, Şükrü/Kızılot, Zuhâl:** Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayınları, 23. Baskı, Ankara, Mart 2014.

**Kızılot, Şükrü/Şenyüz, Doğan/Taş, Metin/Dönmez, Recai:** Vergi Hukuku, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, Mart 2007.

**Neumark, Fritz:** Maliyeye Dair Tetkikler, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayını, İstanbul, 1951.

**Oktar, S. Ateş:** Vergi Hukuku, Türkmen Kitabevi, 9. Baskı, İstanbul, 2013.

**Onar, Sıddık Sami:** İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 1, 3. Baskı, Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

**Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami:** Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 15. Bası, Ankara, Ocak 2008.

**Özay, İl Han:** Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

**Özyörük, Mukbil:** İdare Hukuku Dersleri, Teksir, Ankara, 1972 -1973.

**Pelin, İbrahim Fazıl:** Finans İlimi ve Finansal Kanunlar, Birinci Kitap, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Basımevi, İstanbul, 1945.

**Saban, Nihal:** Vergi Hukuku, Beta Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul, 2009.

**Sarıca, Ragıp:** İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan, Ebul'ula Mardin'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1944.

**Seyidoğlu, Halil:** Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, Güzem Can Yayınları:16, İstanbul, 1999.

**Şenyüz, Doğan/Yüce, Mehmet/Gerçek, Adnan:** Vergi Hukuku, Ekin Yayınevi, 5. Baskı, Bursa, 2014.

**Şenyüz, Doğan:** Vergi Hukukunda Tebligat, Yaklaşım Yayınları, 2. Baskı, Ankara, Haziran 1997.

**Taşdelen, Aziz:** "Vergi Alacağının Tahakkuku: Bir Aşama ve Bir İşlem", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 56, Sayı 1, 2007, ss.279-312.

**Tuncer, Selahattin:** Vergi Hukuku ve Uygulaması, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2003.

**Turhan, Salih:** Vergi Teorisi ve Politikası, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, İstanbul, 1993.

**Turmangil, Civan:** "Vergi Davasının Hukuki Niteliği", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 39, Sayı 1-4, Ankara, 1982-1987, ss.125-156.

**Yılmaz, Ejder/Çağlar, Tacar:** Tebligat Hukuku, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

**Yılmaz, Ejder:** Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2005.

**Yüce, Mehmet:** Örnek Uygulamalarla Vergi Dava Rehberi, Ekin Yayınevi, Bursa, Şubat 2014.

## II. Yargı Kararları

Danıştay 3. D., 27.09.1984 Tarih, E. 1984/117, K. 1984/2559 Sayılı Kararı.

Danıştay 10. D., 24.09.1992 Tarih, E. 1990/4028, K. 1992/3218 Sayılı Kararı.

Danıştay 4. D., 10.03.1993 Tarih, E. 1990/4056, K. 1993/1118 Sayılı Kararı.

Danıştay 4. D., 03.06.1998 Tarih, E. 1998/128, K. 1998/2379 Sayılı Kararı.

Danıştay 11. D., 25.02.1999 Tarih, E. 1997/2190, K. 1999/820 Sayılı Kararı.

Danıştay 11. D., 08.03.2000 Tarih, E. 1998/4479, K. 2000/933 Sayılı Kararı.

Danıştay 4. D., 15.02.2005 Tarih, E. 2004/1779, K. 2005/227 Sayılı Kararı.

Danıştay 7. D., 20.10.2008 Tarih, E.2007/2641, K.2008/4086 Sayılı Kararı.

Danıştay 7. D., 11.04.2007 Tarih, E. 2006/722, K. 2007/1680 Sayılı Kararı.

Danıştay 4. D., 07.10.2009 Tarih, E. 2007/5648, K. 2009/4728 Sayılı Kararı.

Danıştay 3. D., 30.06.2010 Tarih, E. 2008/4571, K. 2010/2392 Sayılı Kararı.

Danıştay 9. D., 02.11.2010 Tarih, E. 2008/8506, K. 2010/5692 Sayılı Kararı.

Danıştay 7. D., 02.12.2011 Tarih, E. 2009/7193, K. 2011/8521 Sayılı Kararı.

Danıştay 3. D., 06.11.2012 Tarih, E. 2010/5052, K. 2012/3411 Sayılı Kararı.

Danıştay 9. D., 13.12.2012 Tarih, E. 2010/4896, K.2012/9474 Sayılı Kararı.

Danıştay 4. D., 23.01.2013 Tarih, E. 2012/7650, K. 2013/50 Sayılı Kararı.

Danıştay 9. D., 24.10.2013 Tarih, E. 2013/6993, K. 2013/8837 Sayılı Kararı.

Danıştay 3. D., 27.02.2014 Tarih, E. 2011/4416, K. 2014/849 Sayılı Kararı.

Danıştay 4. D., 25.04.2016 Tarih, E. 2012/5692, K. 2016/1792 Sayılı Kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 17.06.1994 Tarih, E. 1993/163, K. 1994/223 Sayılı Kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 11.04.1997 Tarih, E.1995/425, K.1997/187 Sayılı Kararı.

# ÈMİLE DURKHEİM'A GÖRE TOPLUM, DÜZEN VE HUKUK:HUKUKUN VE CEZANIN EVRİMİ\*

(SOCIETY, ORDER AND LAW ACCORDING TO ÈMİLE DURKHEİM: EVOLUTION OF LAW AND PUNISHMENT)

**Yard. Doç. Dr./Asst. Prof. Dr. Ülker Yükselbaba\*\***

## ÖZ

Bu çalışmanın konusu Èmile Durkheim'in (1858-1917) hukuk sosyolojisine katkı olarak görülebilecek kuramlarını ele almaktır. Öncelikle birçok sosyolog tarafından sosyoloji biliminin kurucusu kabul edilen Durkheim'in kullandığı kavramlar ve yöntemler kısaca anlatılacaktır. Daha sonra Durkheim'in ele aldığı üç temel problem olan ahlak, din ve hukuk, hukuk sosyolojisi bağlamında çalışmanın bütününe yayılmış şekilde incelenecektir. Durkheim'in hukuk sosyolojisi açısından öne çıkan kuramı hukuku arka plan olarak işlediği işbölümü ve toplumsal dayanışma kuramıdır. Toplumsal dayanışmadaki evrimin göstergeleri hukuktaki değişimdir ve bu nedenle Durkheim hukuku toplumsal dayanışmanın derecesini ölçmede dışsal ve objektif bir ölçü olarak kullanır. Hukuk incelemesini hukuki kavramlarla değil, sosyolojik temelde hukuk kurallarının ihlali halinde uygulanan yaptırımların tipleri üzerinden yapar. En son olarak ise Durkheim'in işbölümü ve hukukla ilgili görüşlerini gözden geçirdiği ceza yasalarının evrimi konusundaki ilkeleri tartışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Durkheim, toplum, işbölümü, hukuk, ceza, organik dayanışma, mekanik dayanışma, bastırıcı hukuk, onarıcı hukuk

## ABSTRACT

*The subject of this study is to address the theory of Èmile Durkheim (1858-1917) that can be seen as a contribution to the sociology of law. After briefly explaining the concepts and methodology of Durkheim who is regarded as the founder of sociology by many sociologists, the three main problems that he deals with, morality, religion and law will be addressed throughout the study in connection with the sociology of law. Durkheim's prominent theory in terms of the sociology of law is the theory of division of labor and social solidarity in which he handles the law as a background. The indicator of the evolution in social solidarity is the change in law. Therefore Durkheim makes use of the law as an external and objective benchmark for measuring the degree of social solidarity. For analyzing the law, he does not use to the legal concepts, but on a sociological basis, he considers the types of sanctions applied in case of violation of the legal*

---

\* Bu makale, 27.4.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşmış olup birinci hakem onayından 18.5.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 19.5.2017 tarihinde geçmiştir.

\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, [ulkeryukselbaba@yahoo.com](mailto:ulkeryukselbaba@yahoo.com)

rules. In this context, this study will examine the types of society, law and sanctions that arise from the division of labor. Finally, the principles of Durkheim on the evolution of criminal law, in which he reviews his ideas on division of labor and law, will be discussed.

**Keywords:** Durkheim, society, division of labour, law, penal, organic solidarity, mechanic solidarity, repressive law, restitutive law.

\*\*\*

## I. GİRİŞ: ÈMILE DURKHEIM

Hukuk her zaman sosyolojinin yakın bir partneridir ve hukuk açısından bu işbirliği toplumu anlamak yolunda çok verimli sonuçlar sağlamıştır. Sosyoloji alanındaki kuramlar ve kavramsal araçlar hukuk ve toplum ilişkisinin çözümlenmesine olanak sağladığı gibi, hukukun dinamik kalmasında etkilidir. Toplumsal ve hukuksal incelemeler zeminini paylaşan bu iki disiplin Èmile Durkheim tarafından yoğun bir şekilde birlikte kullanılmış ve bu çalışmaları hukuk sosyolojisinin gelişimine dair büyük bir miras bırakmıştır.

Durkheim (1858-1917), sosyoloji alanında Karl Marx ve Max Weber'le birlikte anılan önde gelen klasik sosyal kuramcılardan biri olarak kabul edilir.<sup>1</sup> Yahudi bir aileden gelen ve ailesinin geçmişi hahamlarla dolu olan Durkheim, 19 yaşında kabul edildiği Paris *Ecole Normale Supérieure*'de önce felsefeye ilgilendir. Buradan mezun olduktan (1882) sonra ise ilgisi toplum üzerine bilimsel çalışmalara kayar. Beş yıl sonra Bordeaux Üniversitesi'nde onun için sosyoloji kürsüsü kurulur ve böylece "İlk Akademik Fransız Sosyologu" olarak da tarihe geçer. 1893'te *Toplumsal İşbölümü* (The Division of Labor in Society) adlı doktora tezini Paris Üniversitesi'nde savunur. Daha sonra bu tezi kitap olarak da basılır ve klasik ekonomistleri rahatsız eden bu çalışması büyük etki yaratır. 1913 yılında Sorbonne Üniversitesi'nde Eğitim ve Sosyoloji Bilimi alanında profesör olarak görev alır.<sup>2</sup>

Durkheim'in sosyoloji kuramını geliştirmesinde Charles-Louis de Secondat Baron de Montesquieu'nun toplumu bir bütün olarak değerlendirmesi ve Jean Jacques Rousseau'nun genel irade görüşü etkili olmuştur. Kant'ın ahlak alanındaki ödev ilkesi de Durkheim'in görüşlerinde yer bulur.<sup>3</sup> Sosyolojinin kurucularından kabul edilen Auguste Comte'un (1760-1825) görüşlerinden etkilenecek toplumu incelemenin yöntemi olarak pozitivist bilim anlayışını kabul eder. Herbert Spencer'dan ise organizmacı ve evrimci görüşleri benimser.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> **Berch Berberoğlu**, *Klasik ve Çağdaş Sosyal Teoriye Giriş*, Çev. Can Cemgil, İstanbul, 2009, s. 25.

<sup>2</sup> **Lewis A. Coser**, *Sosyolojik Düşüncenin Ustaları*, Ankara, 2011, s. 139-143; **A. Javier Treviño**, *The Sociology of Law*, New Brunswick, New Jersey, 2008, s. 234.

<sup>3</sup> Kant'ın ödev ahlakı anlayışı, Durkheim ve kuşağı için faydacı olmayan bireyciliğe ve toplumsalçı yaklaşıma yönelmenin felsefi temellerini hazırlamıştır. Fakat Kant'ın bir eylemin, bütün insanlar için koşullardan bağımsız evrensel bir eylem kuralı haline geldiği zaman ahlak sayılabileceği ilkesi, Durkheim tarafından eleştirilmiştir. Durkheim, ahlakın toplumsal bir olgu olduğunu, zamana ve mekâna göre değiştiğini yazılarında göstermeye çalışmıştır. **Kerim Edinsel**, *Sosyolojik Düşünme ve Çözümleme*, İstanbul, 2014, s. 353.

<sup>4</sup> Durkheim, Comte'u ve Spencer'ı kendilerini sosyolog olarak görmelerine rağmen toplumsal dünyayı ampirik olarak daha çok felsefi şekilde görmüşler ve soyut kuramlaş-



Durkheim, Comte, Spencer, Vilfredo Pareto gibi modern ilevselci sosyologlar arasında sayılır; Comte, Spencer ve Pareto toplumsal sistemin parçalarının karşılıklı bağımlılığı üzerinde dururlar; Durkheim ise toplumsal bütünleşme ve dayanışma üzerinde çalışmıştır.<sup>5</sup> Alman sosyolog Ferdinand Tönnies'in *Gemeinschaft ve Gesellsachaft* ayrımı, Durkheim'in mekanik ve organik dayanışmacı toplum tiplerini gelitirmesinde etkili olmuştur. Marksizm, Durkheim'i doğrudan etkilemese bile, onun Marksizm'e sempati duyduğu söylenebilir. Fakat yine de, Durkheim Marksizm'i tartışmalı ve eski moda olarak değerlendirmiştir.<sup>6</sup>

Durkheim, kendinden sonraya sosyolojiyi bir bilim olarak miras bırakmış, yaptığı çalışmalarla da sosyolojinin sınırlarını aşarak, başta antropoloji, tarih ve linguistik olmak üzere birçok disipline kadar uzmanmıştır.<sup>7</sup> Amerikan sosyolojisine katkısı, onu sosyolojinin babası olarak gören Talcott Parsons'un çalışmaları üzerinden olmuştur. Parsons gibi Durkheim'dan etkilenen diğer bir sosyolog da Robert K. Merton'dur. Durkheim'in ilevselci yaklaşımlarını kullanan bu bilim insanları yapısal-ilevselcilğin de gelişmesini sağlamışlardır.<sup>8</sup>

Durkheim, sosyolojiyi bağımsız bir bilim dalı haline getirmek için öncelikle sosyolojinin çalışma alanının sınırlarını belirlemeye çalışmıştır. Psikoloji, felsefe ve biyoloji gibi bilim dallarından ayrıştırılabilmesi için de insan davranışını sosyolojik bir bakış açısıyla ortaya koymaya çalışır. Sosyoloji Durkheim için doğa bilimlerindeki gibi bir yöntemle ele alınmalıdır ve bu nedenle Durkheim'in sosyolojisi pozitivistimin ilkeleriyle biçimlenmiştir.<sup>9</sup>

Durkheim'in eserlerinde iki ana vurgu bulunmaktadır; birincisi toplumsal olan bireysel olana üstündür ve ikincisi toplumun incelenmesi bilimin konusudur.<sup>10</sup> Bu bağlamı da göz önünde bulundurarak çalışmalarında üç temel problemle ilgilendiği görülür; ahlak, din ve hukuk. Bunların arasında ahlak en önemli yeri tutarken, hukuk en az önemlidir. Sosyolojinin bir bilimsel disiplin olarak ortaya çıkış sürecinden itibaren hukuk ve hukuki kurumlara büyük ilgi gösterilmiştir. Sosyoloji için hukuk ve hukuki kurumlar, sosyal süreçleri ve farklı sosyal düzenleri işaret eden sosyal ilişki türünü temsil etmiştir. Bu yüz-

---

tirmalara gitmişlerdir. Toplum, olgularla kavramak gerektiğini ileri süren Durkheim, her ikisini karşı yoğun eleştirilerle bulunmuş ve böylece sosyolojinin alanını ve yöntemlerini geliştirmiştir. **George Ritzer, Jeffery Stepnisky**, Sosyoloji Kuramları, Ankara, 2014, s. 77; **Treviño**, s. 234; **Coser**, s. 143-150.

<sup>5</sup> Durkheim işlevi, "toplumsal organizmanın gereksinimleri" olarak tanımlar. Toplumsal yapılar da bu gereksinimleri karşılamak üzere otomatik ortaya çıktığını varsayar. Bu konuda birçok eleştiri almıştır. **Ruth A. Wallace, Alison Wolf**, Çağdaş Sosyoloji Kuramları, Ankara, 2012, s. 44; **George Ritzer**, Klasik Sosyoloji Kuramları, Ankara, 2013, s. 219.

<sup>6</sup> Hatta bazı görüşler **Durkheim**'in marksizme savaş amaya çalıştığı yönündedir. Bkz.**Alan Swingewood**, Sosyolojik Düşüncenin Kısa Tarihi, Ankara, 1998, s. 128-131; **Treviño**, s. 234; **Coser**, s. 143-150.

<sup>7</sup> **Swingewood**, s. 123; **Mathieu Deflem**, *Sociology of Law*, Cambridge, 2008, s. 56.

<sup>8</sup> **Whitney Pope**, "Emile Durkheim," *Sosyolojik Düşüncede İz Birakanlar*, Ed. Rob Stones, İstanbul, 2008, s. 87-88.

<sup>9</sup> **Durkheim**, *Toplumsal İşbölümü* kitabının birinci baskısının nszne "Bu kitap, her şeyden önce, ahlak olgularının pozitif bilim yöntemleriyle incelenmesi yolunda bir çabadır." diye başlar. **Èmile Durkheim**, *Toplumsal İşbölümü*, İstanbul, 2014, s. 55; **Treviño**, s. 235.

<sup>10</sup> **Ritzer**, s. 187; bkz. **Ritzer/ Stepnisky**, s. 76.

den hukuk ve hukukun değişimini incelemek, Durkheim’da olduğu gibi, sosyologları toplumların şekillendiği ve değiştiği iç çekirdeği görmelerine yardımcı olmuştur.<sup>11</sup>

Durkheim için hukuk olgusu, ahlak ve/veya din olgusunun içinde yer alır.<sup>12</sup> Hatta ahlak ve hukuku bir görür. “Ahlak ve hukuk olguları –kısaca tümüne ahlak olguları diyeceğiz- yaptırıma bağlanmış davranış kurallarından oluşur.”<sup>13</sup> İyi davranış, ahlaki kurallara uymak, kötü davranış ise ahlaki kuralları ihlal anlamına gelir. Bir eylemin kurallara uygun veya aykırı olduğu, önceden belirlenmiş ve neye izin verildiğini veya neyin yasaklandığını belirten ceza hukukuna, medeni hukuka veya örf ve adetlere dayanan ahlaksal yaptırımlar üzerinden tanımlanır; bu nedenle yaptırımlar her türlü ahlaksal kuralın temel unsurlarından birini oluşturur.<sup>14</sup>

Aslında Durkheim için toplumun kendisi ahlaki bir olgudur; çünkü ahlak her toplumsal organizasyonun temel koşuludur.<sup>15</sup> Toplumun iyiliği insanların ahlaki inanç ve duygulara bağlılığı ile sağlanır. Hukuk zaten ahlaki inanç ve düşüncelerin bir yansımasıdır. Durkheim hukuku sistematik bir şekilde incelememiş, fakat hukuk alanında hukukun gelişimi hakkında engin bir malzeme bırakmıştır.<sup>16</sup>

## II. DURKHEIM’IN SOSYOLOJİSİNDE BAZI TEMEL KAVRAMLAR

### A. Toplumsal Olgular

Durkheim *Sosyolojik Yöntemin Kuralları* (The Rules of Sociological Method) kitabında sosyolojinin konusunun *toplumsal olgular* olduğunu belirtir.<sup>17</sup> Durkheim, toplumsal olguyu şu şekilde tanımlar:

“Saptanmış olsun olmasın, birey üzerinde bir dış baskı uygulayabilecek her yapma biçimi toplumsal olgudur; ya da, bireysel görünüşlerden bağımsız, kendine özgü bir varlığı olup, belli bir toplum sahasında genel olan her şey toplumsal olgudur.”<sup>18</sup>

Bu tanımdan yola çıkarak toplumsal olgunun üç unsuru olduğunu görürüz. Birincisi toplumsal olgular bireyin dışındadır. Diğer bir ifadeyle toplumsal olgular bireyin fiziksel bedeninin dışında yer alır ve bireyin davranışlarına etki eder. Burada Durkheim’ın vurguladığı nokta toplumsal olguların varoluşlarının bireyin bilincinin dışında olduğu ve bireylerin bunları hazır bulduğudur -aynı nesnelere gibi-.<sup>19</sup> Çünkü fiziksel objeler gibi gerçeklerdir. Bu nedenle bilimsel ya

<sup>11</sup> **Susanne Karstedt**, “Explorations into the Sociology of Criminal Justice and Punishment: Leaving the Modernist Project behind,” *History of the Human Sciences*, Vol.20, No.2, s. 52.

<sup>12</sup> **Treviño**, s. 233.

<sup>13</sup> **Émile Durkheim**, *Toplumbilim Dersleri*, İstanbul, Şubat 2016, s. 14.

<sup>14</sup> **Edinsel**, s. 356.

<sup>15</sup> **Edinsel**, s. 356.

<sup>16</sup> **Treviño**, s. 233.

<sup>17</sup> **Treviño**, s. 235.

<sup>18</sup> **Émile Durkheim**, *Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları*, İstanbul, 1995, s. 42.

<sup>19</sup> **Durkheim**, *Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları*, s. 35-36; **Malcolm Waters**, *Modern Sosyoloji Kuramları*, İstanbul, 2008, s. 205; **Durkheim**, *Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları*, s. 53.

da deneysel olarak incelenmelidirler.<sup>20</sup> Bu ilke aynı zamanda sosyologların toplumla ilgili tüm önyargılardan kurtulmaları gerektiğini de işaret eder. Ahlaki bir düzen olarak toplum üzerinde objektif bir inceleme yapabilmek için değerlerden bağımsızlaşmak gerekir.<sup>21</sup> İkinci olarak toplumsal olgular gerçeklerdir, çünkü insanların eylemlerini etkiler, kısıtlar ve düzenlerler.<sup>22</sup> Çünkü bireyler bu toplumsal olguya karşı geldiklerinde bazı yaptırımlara maruz kalırlar<sup>23</sup> ve bu nedenle toplumsal olgular “baskıcı bir güçle donanmışlardır.”<sup>24</sup> Örneğin, din toplumsal bir olgu olarak bireyin dışında kolektif bir niteliğe sahip, kuralları olan ve bunları dayatan bir kurumdur.<sup>25</sup> Durkheim’ın ifadesiyle

“Bir toplumsal olgu, bireyler üzerinde uyguladığı ya da uygulayabileceği dış zorlama gücüyle tanınır; bu gücün varlığı ise, ya belirli bir yaptırımın bulunması ya da olgunun, kendisini çiğnemeye yönelen her bireysel girişime karşı gösterdiği dirençle tanınır.”<sup>26</sup>

Üçüncü olarak Durkheim, toplumsal olguların *sui generis* bir yapısı olduğunu ve bu nedenle de otonom ve ayrı bir varlığa sahip olduklarını belirtir. Bireylerin irade ve ihtiyaçlarından bağımsızdırlar.<sup>27</sup> Bir toplumsal olguyu anlayabilmek için onun nedeni olan toplumsal olguya bakmak gerekir. Çünkü bir toplumsal olgu, ancak başka toplumsal olguya açıklanabilir.<sup>28</sup> Bu bağlamda unutulmaması gereken olgular arasındaki ilişkiselliklerdir. Sosyolojinin konusu olan olgular, aynı zamanda başka bir olgunun bir parçasını da oluşturmaktadırlar; örneğin aile, din, hukuk gibi olgular, aynı zamanda politikanın da konusudurlar.<sup>29</sup> Toplumsal olguların diğer bir karakteristiği değişime direnmesi ve bu yüzden nesilden nesile devam etmesidir.<sup>30</sup> Özetle; toplumsal olgular, ampirik olarak incelenebilir, bireyin dışındadır, bireyi zorlayıcıdır ve diğer toplumsal olgularla açıklanırlar.<sup>31</sup>

Durkheim, hukuku toplumsal düzenin sürdürülmesi işlevine sahip ve toplumun yansıması olan bir olgu olarak ele alır.<sup>32</sup> Yukarıda belirttiğimiz top-

<sup>20</sup> Waters, s. 205.

<sup>21</sup> Deflem, s. 58.

<sup>22</sup> Treviño, s. 235; Deflem, s. 58

<sup>23</sup> Deflem, s. 57.

<sup>24</sup> Swingewood, s. 125; Waters, s. 205; Coser, s. 127.

<sup>25</sup> Bkz. Èmile Durkheim, Dinsel Yaşamın İlkel Biçimleri, İstanbul, 2010, s. 413-566; Ritzer, s. 188-189.

<sup>26</sup> Durkheim, s. 40.

<sup>27</sup> Durkheim, s. 39; Treviño, s. 235.

<sup>28</sup> Durkheim, toplumsal olguların ancak toplumsal olgularla açıklanabileceğini ileri sürerek, sosyolojinin alanını belirtmeye çalışır; sosyal olgularla, biyolojik veya psikolojik kavramların birbirine karışmasını önlemek ister. Hans Freyer, Sosyolojiye Giriş, Ankara, 1957, s. 22, 65; Ritzer, s. 188-189; Hans Freyer, Sosyoloji Kuramları Tarihi, Ankara, 2012, s. 135.

<sup>29</sup> Deflem, s. 58.

<sup>30</sup> Ritzer/ Stepnisky, s. 80-84; Treviño, s. 235.

<sup>31</sup> Durkheim, toplumsal olguların ancak toplumsal olgularla açıklanabileceğini ileri sürerek, sosyolojinin alanını belirtmeye çalışır; sosyal olgularla, biyolojik veya psikolojik kavramların birbirine karışmasını önlemek ister. Freyer, Sosyolojiye Giriş, s. 22, 65; Ritzer, s. 188-189.

<sup>32</sup> Burada şuna dikkat etmek gerekir. Pozitif metinler, yasalar ya da kodlar doğrudan gözlemlenebilir oldukları için, maddi toplumsal olgu kategorisinde yer alırlar. Fakat

lumsal olgu kavramının tüm özelliklerini hukuk barındırmaktadır; Hukuk zorlayıcıdır, çünkü insan davranışlarını belirli yasaklar koyarak sınırlar; örneğin cinayet işlemek, hırsızlık yapmak hukukun yasaktır. Hukuk gerçektir, çünkü ihlali halinde para cezası, hapis gibi yaptırımlar uygulanır. Ayrıca hukuk bireylerin dışında gerçekleşir. İnsanlar hukuku “dışarıda bir yerde” olarak algırlar; örneğin hukuktan bahsedilirken hukuk dışı olmak, hukuktan kaçmak gibi ifadeler kullanırlar. Diğer sosyal olgularda olduğu gibi, hukuk da gözlemlenebilir niteliktedir. Yazılı yasalar, anayasalar, hukuk kitapları ve benzerleri hukukun herkes tarafından gözlenebilmesini olanak sağlayan araçlardır.<sup>33</sup>

### **B. Toplumsal Olgunun İncelenmesinde Durkheim’in Yaklaşımı: Normal ile Patolojik Olan Ayrımı**

Durkheim’a göre, toplumsal olgular yöntem olarak nedensel ve işlevsel olmak üzere iki yaklaşımla açıklanabilir: “...toplumsal bir görüngünün (fenomen) açıklanmasına girildiği zaman, onu meydana getiren etkili nedenler, yerine getirdiği işlevin ayrı ayrı araştırılması gerekir.”<sup>34</sup> Bir olgunun nedeni önce araştırılmalı, daha sonra sonuçları belirlenmeye çalışılmalıdır. Bu bağlamda nedensel araştırma ile işlevsel araştırma arasında bir sıralama mevcuttur.<sup>35</sup> Bir toplumsal olgunun nedeni ancak başka bir toplumsal olgudur ve bu nedenle toplumsal olguları açıklarken *nedensel* yöntem kullanılır. “*Bir toplumsal olgunun belirleyici nedeni, ... önceki toplumsal olgular arasında aranmalıdır.*” Bir toplumsal olgu diğer başka bir toplumsal olguyla nedensel şekilde ilişki halindedir ve bu nedenle toplumsal olgular arasındaki ilişki toplumsal ortamda aranmalıdır.<sup>36</sup> İkinci yöntem ise işlevselci yaklaşımdır: Buna göre toplumsal olgular toplum içindeki işlevlerine göre diğer toplumsal olgulardan ayrılır.<sup>37</sup> “*Bir toplumsal olgunun işlevi, her zaman, bu olgunun herhangi bir toplumsal amaçla kurduğu ilişkide aranmalıdır.*”<sup>38</sup> Sosyolojik işlevler ve nedenler her zaman toplumsaldır ve bireylerin psikolojisinden bağımsızdır.<sup>39</sup> Durkheim’in toplumsal olguların incelenmesinde kullandığı yöntem daha derin incelemeyi hak etmekle birlikte, konumuz olan Durkheim’in hukuk anlayışı çerçevesinde kısa geçmeyi tercih etmek durumundayız.

Durkheim’in toplumsal olguyu anlama ve tanımlama girişiminde kullandığı bir diğer yaklaşım normal ve anormal ayrımıdır. Toplum bir organizma olarak tanımlandığında, sağlıklı ve hasta toplum düşüncesini de doğal olarak içinde barındırır. Durkheim’in *normal* olan ile *anormal* olan arasında yaptığı

---

toplumsal hayatın düzenleyicisi olarak hukuk maddi olmayan toplumsal kategorisi içinde değerlendirilir. **Yasemin Işıktaç/ Umut Koloş**, Hukuk Sosyolojisi, İstanbul, 2015, s. 54-55; **Brian Z. Tamanaha**, “Law and Society,” A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, UK, 2010, s. 369.

<sup>33</sup> **Treviño**, s. 235-236.

<sup>34</sup> **Durkheim**, Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları, s. 107.

<sup>35</sup> **Durkheim**, Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları, s. 107.

<sup>36</sup> **Durkheim**, Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları, s. 117, 119.

<sup>37</sup> **Fatime Güneş**, “Klasik Sosyolojide Temel Yaklaşımlar – II: Emile Durkheim,” Klasik Sosyoloji Tarihi, Eskişehir, 2013, s. 92.

<sup>38</sup> **Durkheim**, Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları, s. 117.

<sup>39</sup> **Deflem**, s. 59.

ayrım, toplumun hasta mı, sağlıklı mı olduğunu anlamaya yarar.<sup>40</sup> Durkheim'a göre normallik, bir olgunun genelliğine göre belirlenir. Bir olgu ne kadar sık görülüyorsa, o kadar geneldir ve bu durumda normal kabul edilir; bundan sapmalar ise hastalıklı veya patolojik olarak görülür.<sup>41</sup>

“Her biyolojik görüngü (fenomen) gibi, her toplumbilimsel görüngü (fenomen), temelde kendi kendisi olarak kalırken, olaylara göre farklı biçimlere bürünebilir. Bu biçimler içinde iki çeşit vardır. Birinciler, türün tümünde genel olanlardır; bütün bireylerde olmasa bile, en azından çoğunda, bunlara rastlanır; gözlemlendikleri bütün olaylarda aynı biçimde yinelenmeyip, bir znedenden ötekine değişseler bile, bu değişiklikler, çok yakın sınırlar içinde kalır. Tam tersine, diğerleri olağandışı olanlardır; onlara, yalnızca azınlıkta rastlanması bir yana, meydana geldikleri yerde bile, çoğu zaman, bireyin tüm yaşamı boyunca sürmedikleri olur. Meknda olduğu gibi, zaman içinde de bir istisnadırlar.”<sup>42</sup>

Normal ve patolojik olan ayrımını işlerken örnek olarak suç olgusunu ele alır. Suç olgusu ilk bakışta hastalıklı bir durumu işaret ediyor gibi görünmektedir. Birçok araştırmacı suçu patolojik bir fenomen olarak ele alırken, Durkheim suçu ortaya çıkışı açısından normal ve sonuçları bakımından da olumlu işlevlere sahip olarak değerlendirir. Suç olgusu her toplumda sıklıkla görülür ve kaçınılmaz bir olgudur. Bir toplum tüm üyelerinin tüm kurallara mutlak Şekilde uymasını sağlayamaz. “ncelikle, suç normaldir, çünkü ondan yoksun bir toplumun var olması kesinlikle olanaksızdır.”<sup>43</sup> Her toplumun suç konusunda bir normali olduğu gibi bir de anormali vardır. Bir toplumda suç sürekli olarak belirli bir oranda gerçekleşiyorsa normal, fakat o orandan önemli sapmalar gerçekleşiyorsa anormal/patolojik olarak değerlendirilir.<sup>44</sup>

Eğer toplumun tümünün tüm kurallara uyması sağlanabiliyorsa, burada bireylerin farklılıklarına ve toplumsala katkısı açısından herhangi bir kaamağa izin vermeyen baskıcı bir toplum söz konusudur. Toplumun esnek kalması ve değişime ya da yeni uyarlanmalara açık olması için kurallardan sapma da gereklidir.<sup>45</sup> Bu suçun dolaylı yararlıdır. Böylece suç toplumsal değişme için esneklik sağladığı gibi, değişiklikleri doğrudan doğruya hazırlar. Durkheim, suçun yararları konusunda Sokrates'in durumunu örnek verir:

“Atina hukukuna göre Sokrates bir suluydı ve mahkûm edilmesinde hiçbir adaletsizlik yoktu. Buna rağmen, suçu, yani düşüncesindeki bağımsızlık, yalnızca insanlığa değil, ama vatanına da yararlıydı. Çünkü, o güne kadar içinde yaşadıkları geleneklerle varoluş koşulları birbirilerine artık uyum sağlayamadığı için, o sırada Atinalıların ihtiyaç duyduğu yeni bir ahlak ve inancı hazırlama görevi yapıyordu.”<sup>46</sup>

Durkheim'ın işlevi bununla sınırlı değildir. Toplum suça karşı ortak tepki gösterir ve ortak bir duyguda birleşen toplumun dayanışması artar ve kolektif bilinci güçlenir.<sup>47</sup> Aynı zamanda suç, hangi eylemin iyi, hangi eylemin kötü

<sup>40</sup> **Swingewood**, s. 139.

<sup>41</sup> **Durkheim**, Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları, s. 75 vd.; **Ritzer**, s. 201

<sup>42</sup> **Durkheim**, Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları, s. 74-75.

<sup>43</sup> **Durkheim**, Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları, s. 82.

<sup>44</sup> **Durkheim**, Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları, s. 82.

<sup>45</sup> Bkz. **Durkheim**, Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları, s. 81 vd.; **Coser**, s. 138.

<sup>46</sup> **Durkheim**, Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları, s. 85.

<sup>47</sup> **Ritzer**, s. 201

olduğunu belirlediği için toplum içinde hoşgörülecek veya cezalandırılacak davranışlar açık hale gelmiş olur.<sup>48</sup> Sonuç olarak Durkheim'a göre suç, hem toplumun devamlılığı, hem de değişimi açısından belirli bir işleve sahiptir.

### III. DURKHEIM'A GÖRE TOPLUM VE TOPLUMSAL DÜZEN

#### A. Birey ve Toplum

Durkheim'a göre toplum bir organizma gibi, bütünüün yaşaması için çalışan, birbirleri ile etkileşen ve birbirlerini destekleyen parçalardan oluşan yapısal-işlevsel bir sistemdir. Bu bütünüün parçaları, bütünü içinde gördükleri işlevlerle anlaşılabilirler.<sup>49</sup>

Sağlıklı toplum ahlaki nitelikte bağlarla birbirine bağlanmış bireylerden oluşur. Bu bağlar sayesinde toplum uyum içinde çalışır. Toplum denen bu organizma kendiliğinden bir denge sağlamaz. Bu nedenle toplumu bir arada dengeli ve uyumlu tutacak ahlaki bir merkeze ihtiyaç vardır.<sup>50</sup>

Toplum denen organizmayı oluşturan bireyler Durkheim'a göre *homo duplex*'dir (çifte insan); İnsan bir yanıyla beden, arzu ve iştah ile donanmış ve bunları gerçekleştirilmeye çalışan, bir yanıyla toplumsal kişiliği olan bir varlıktır.<sup>51</sup> İnsanların arzuları sınırsızdır ve bireylerin içinde bunu kısıtlayabilecek bir şey yoktur. Bu nedenle insanlar dışsal güçlerle kısıtlanmalıdır.<sup>52</sup> Bencil olan bireyler kendi çıkarları dışındakileri algılayamazlar; bu nedenle aralarında çatışma vardır. Toplumsal çıkarı göremeyen bu bireylere bunu dayatacak ve saygı göstermesini sağlayacak bir sistem olmalıdır ve bu da ahlaki disiplindir.<sup>53</sup> İnsan "ancak toplumda ve toplum yoluyla tam anlamıyla insan olur."<sup>54</sup> Çünkü insanlar her zaman daha fazlasını ister. Eğer toplum insanları kısıtlamazsa, insanlar arzularının köleleri haline gelirler. Bireyin özgür olması için ahlakın sınırlaması ve insanın dışarıdan denetlenmesi gerekir. Bu nedenle özgürlük toplumun birey üzerinde ahlaki kod aracılığıyla kurduğu denetimle bireyin toplum adına fedakârlık yapmasıyla gerçekleşir.<sup>55</sup> Bu nedenle Durkheim'a göre bireysel çıkarları sınırlamak ve toplumun düzenini ve çıkarlarını korumak için, bu toplumsal değerlerin taşıyıcısı olan "ahlaki kod" ile bireylere yön verilmeli-

<sup>48</sup> Güneş, s. 91.

<sup>49</sup> Pope, s. 79.

<sup>50</sup> Swingewood, s. 137.

<sup>51</sup> Durkheim, belirli bir insan doğası varsayımından hareket eder. Fakat kendisi, böyle yaptığını reddeder. Durkheim ortaya koyduğu kolektif ahlak kavramı, bencil bireye dayanır, fakat bunun kanıtlarını da ortaya koymaz. Bkz. Ritzer/ Stepnisky, s. 108-109; Coser, s. 133.

<sup>52</sup> Swingewood, s. 137; Coser, s. 130.

<sup>53</sup> Durkheim, Toplum Bilim Dersleri, s. 27-28; Berberoğlu, s. 27.

<sup>54</sup> Coser, s. 133.

<sup>55</sup> Ritzer, Durkheim'a getirilen eleştirilerden birinin insan doğası hakkında varsayımları ortaya koyduğunu ve bunları herhangi bir şekilde temellendirmemiş olduğunu belirtir. Durkheim'ın sosyolojisinin temelinde insanların sınırsız tutkuları olduğu ve bunlar sınırlanmazsa bireyin arzularının kölesi haline geleceği varsayımı yatar. Bu anlayış temelinde toplum ve ahlak tanımı yapar. Ritzer, s. 194, 219; bkz. Ritzer/ Stepnisky, s. 80-81.

dir.<sup>56</sup> Durkheim'a göre ahlaki kod, toplumsal dayanışmanın temelini oluşturur. Ahlaki kod,

“bireye ortak çıkarları çiğnememek, üyesi olduğu toplumu çözüp dağıt-mamak için ne yapması gerektiğini buyuran bir kurallar düzenidir. Eğer kendisini doğasının eğilimlerine bırakacak olursa, başkalarının zararına ve onlara karşıt bir biçimde ölçüsüz olarak, çevresindekiler için yol açabileceği sıkıntılara aldırış etmeksizin ya da en azından o yönde gelişmeye çalışmaması için bir neden bulunmaz.”<sup>57</sup>

Bu kod ile bireyler arasındaki sınırlar çizilir, diğerleriyle ilişkilerinin nasıl olması gerektiği, hangi davranışın ihlal olup olmadığı belirlenir, bireyin topluma olan borcu söylenir ve böylece bireyler kontrol altına alınmış olur.<sup>58</sup>

“Tutkularımızı, içgüdülerimizi kontrol etmeyi, bunlar için yasalar koymayı, kendimizi yoksun bırakmayı, kendimizi feda etmeyi, kendi şahsi amaçlarımızı daha yüksek amaçlara tabi kılmayı bize öğreten toplumdur.”<sup>59</sup>

Ahlaki kod, çocuklara sosyalleşme sürecinde ve devamında eğitim esnasında benimsetilmelidir. Böylece ahlaki disiplin aracılığıyla çocuklara arzularını dizginleme, etkinliklerini toplumun çıkarlarıyla birlikte düşünme öğretilir. “Bu şekilde tanımlanan ahlaki disiplin entegrasyon, topluma uyum sağlama ve son tahlilde birey ve toplum arasındaki ahenge duyulan ihtiyaı gideren bir toplumsal denetim mekanizmasına dönüşür; bu da bir bütün olarak toplum içinde düzenin korunmasına yardımcı olur.”<sup>60</sup>

Durkheim'a göre toplum, onu oluşturan bireylerden bağımsız ve her şeyi saran nitelikte bir yapıdır. Nesnel bir gerçeklik olan toplum, aynı zamanda ayrılmaz bir birliktir.<sup>61</sup> Toplum, insan organizmasına benzer bir doğaya sahiptir ve Durkheim insan doğasıyla toplum doğası arasında analogi yapar. Bu “organik analogi”ye göre;

“Beyin, sinir sistemi, hücreler, kaslar ve kalbiyle bir insan organizmasının işleyişi ile fikirler, sınıflar, işbölümü ve kültürüyle bir toplumun işleyişi arasında çok sayıda paralellik vardır. Toplumun parçaları arasındaki ilişkinin bir insan bedeninin organları arasındaki ilişkiyle benzerlik taşıdığı düşünülmektedir. İnsan bedeni bütünün parçalarının toplamından daha fazlası olduğu bir organizma olduğuna göre, toplumlar da bütünlerinin parçalarının toplamından daha fazlası olan toplumsal organizmalar olarak görülebilir. Eğer toplumların insan bedenleri gibi organik olarak işlediği düşünülürse, her bir alt-parçanın tüm organizmanın hayatta kalabilmesine katkıda bulunmak için üstlendiği bir işlev, yani rol olmalıdır.”<sup>62</sup>

---

<sup>56</sup> Berberoğlu, s. 27.

<sup>57</sup> Durkheim, Toplumbilim Dersleri, s. 27-28.

<sup>58</sup> Berberoğlu, s. 26.

<sup>59</sup> Berberoğlu, s. 32.

<sup>60</sup> Berberoğlu, s. 28; Ayrıca bkz. Jonathan H. Turner, Leonard Beeghley, Charles H. Powers, Sosyolojik Teorinin Oluşumu, İstanbul, 2010, s. 342.

<sup>61</sup> Waters, s. 204, 205.

<sup>62</sup> James W. Russell, Introduction to Macrosociology, Prentice Hall, 1992, s. 90-91'den aktaran Berberoğlu, s. 30.

Durkheim, topluma o kadar yüksek değerler atfeder ki, hatta toplumu kutsallaştırır.<sup>63</sup> Ona göre “toplum ahlaki bir gerçekliktir.”<sup>64</sup> Din ve toplum arasındaki bağlantı, sadece toplumun kutsallığından gelmez, aynı zamanda dine toplumlumun bütünleşmesinde önemli fonksiyonlar atfedilir. Buna göre “(Din) fertlerin, kendisiyle üyeleri oldukları toplumu ve onunla olan belirsiz ancak yakın ilişkilerini düşündükleri bir düşünceler sistemidir.”Dinin birincil işlevi ahlaki uyumu sağlayarak toplumun bütünleşmesine katkı koymaktır.<sup>65</sup> Dinsel törenler toplumun işleyişini düzenler ve dinsel inançlar, temsiller aracılığıyla toplumun kolektif doğasını gösterir.<sup>66</sup>

Bireyle toplum ilişkisinde toplum üstün konumdadır<sup>67</sup> ve birey topluma uyum sağlamalıdır. Hem toplumun, hem de bireyin hayatta kalabilmesi, ancak bu uyumla mümkündür. Birey toplumsal kolektiviteye katkıda bulunarak iyi bir yurttaş olabilir. Toplum ise bireyin üzerinde egemenliğe sahiptir ve bireylerin davranışlarını belirler.<sup>68</sup>

Durkheim’e göre bireyin toplumun içinde uyumlu olması, birey ve toplum arasındaki dengenin sağlanması toplumda bütünleşmenin gerçekleşmesi ile ilgilidir ve bunu sağlayacak unsurların başında ahlaki kod, din ve hukuk gelir. Uyumlu bütünleşmeden Durkheim’in kastettiği toplumsal dayanışmadır. Toplumsal dayanışmayı belirleyen temel etmen toplumdaki işbölümüdür.

## B. Toplumsal İşbölümü

Durkheim’in *Toplumsal İşbölümü* çalışması onun doktora tezidir ve ilk olarak 1893’te yayınlanmıştır. Bu çalışmasında en bilinen kuramı olan toplumun doğasını ve evrimini, hukukun değişimini de içerir şekilde ele alır. Durkheim’in bu çalışmasının temel amacı ahlaki bir düzen olan toplumun bilimini oluşturmak ve işbölümünden kaynaklı olarak bireyin artan otonomisine rağmen modern toplumlarda toplumsal dayanışmanın nasıl gerçekleştiğini empirik olarak araştırmaktır.<sup>69</sup>

Durkheim’a göre toplumların yapısındaki tarihsel evrim işbölümü ile gerçekleşir.<sup>70</sup> İşbölümünün işlevi “iki ya da daha fazla insan arasında bir daya-

<sup>63</sup> Durkheim’a göre dini yaratan toplumun kendisidir. Agnostik olan Durkheim tüm dinin yanılısına olduğunu da düşünmez. Üstün bir ahlaki güç vardır, fakat bu Tanrı değil, toplumdur. **Ritzer**, s. 210, 214.

<sup>64</sup> **Swingewood**, s. 128-129, 139.

<sup>65</sup> **Berberoğlu**, s. 32; **Swingewood**, s. 154.

<sup>66</sup> Bkz. **Durkheim**, Dinsel Yaşamın İkel Biçimleri, s. 413-566; **Swingewood**, s. 154.

<sup>67</sup> **Ritzer**, s. 187.

<sup>68</sup> **Berberoğlu**, s. 29.

<sup>69</sup> Durkheim’in zamanında Fransa’da yaygın bir şekilde ahlak bunalımı olduğu yönünde bir his gelişmişti. Fransız Devrimi, 1870’de Prusya’nın Fransa’yı bozguna uğratması ve Paris Komünü bu hissi beslemiş ve bunların nedeninin başıboş bireycilik olduğu yönünde düşünce gelişmiştir. **Ritzer/ Stepnisky**, s. 85; **Deflem**, s. 59.

<sup>70</sup> Herbert Spencer’in *farklılaşma* kavramı, Durkheim’in *işbölümü* kavramına öncülük etmiştir. Spencer’a göre toplumların büyümesi ve farklılaşma ile sistemin farklı kısımları arasında ortaya *karşılıklı bağımlılık* ilişki çıkar. Fakat iki arasında önemli farklar vardır: Birincisi Durkheim, Spencer gibi toplumsal farklılaşmanın gerekli olduğunu düşünmez. İkincisi Durkheim sosyolojinin konusunun toplumsal olgular olduğunu belirlerken, Spencer toplumsal ilerlemenin sebebinin bireyin mutluluk arayışından kaynaklı



nışma duygusu yaratmak”tır.<sup>71</sup> Durkheim tanımında önemli bir nokta işbölümünün bir toplumsal fenomen olarak ele alınması, ekonomik bir gerçeklik olduğunun geri planda bırakılmasıdır.<sup>72</sup>

Toplumların evrimi için demografik düzeyde belirli maddi gelişmeler olmalıdır. Nüfus yoğunluğunun ve sayısının ve insanlar arasındaki aktif etkileşimin artması toplumsal yapıda değişmeyi getirir. Durkheim bunu toplumsal dinamiğin veya ahlaki yoğunluğun artışı olarak adlandırır.<sup>73</sup>

“İşbölümü, toplumların nüfus büyüklüğü ve yoğunluğu ile doğru orantılı olarak değişmekte ve toplumsal gelişim içinde sürekli olarak ilerlemesi de toplumların düzenli olarak daha yoğunluklu ve genellikle daha büyük nüfuslu olmasından ileri gelmektedir.”<sup>74</sup>

Toplumlardaki büyüme ve nüfus yoğunluğundaki artış nedeniyle kaynaklar giderek daralmaya başlar. Bu koşullar altında toplum içinde çatışma ve rekabet ortaya çıkabilir.<sup>75</sup> Fakat işbölümünün artışı ile birlikte bireyler farklı işlere yönelirler, alanlarında uzmanlaşırlar, daha fazla ve farklı üretimde bulunurlar. Bunun sonucu olarak birbirleriyle mücadeleye girmeksizin bir arada yaşamaları ve ihtiyaçlarını daha kolay karşılamaları mümkün hale gelir.<sup>76</sup> Diğer bir ifadeyle “İşbölümünün yükselişi, insanların birbirleriyle çatışmalarına değil, birbirlerini tamamlamalarına olanak sağlar.”<sup>77</sup>

İşbölümünün artması için maddi gelişmeler zorunludur, fakat yeterli değildir. İkinci olarak bu gelişmelerle birlikte geleneklerin zayıflaması ve inanç sisteminde bireyciliğin artması da gerekir. Geleneğin etkisinin göreceli olarak azalması, modern toplumlarda bireyin köklerinin olduğu yerde bağlı kalmaması ve çok geniş alanlara yayılmasındandır. Bunun sonu olarak bireyler toplulukla ilişkilerinden büyük oranda bağımsızlaşırlar ve kolektif bilinç yavaş yavaş bireyi belirleyici olmaktan çıkmaya başlar.<sup>78</sup>

Durkheim, işbölümünden ve farklılaşmadan dayanışmaya ulaşır. Ona göre bireyin toplumla olan bağları işbölümü arttıkça yeni bir biçime bürünür.<sup>79</sup> Böylece işbölümü ile toplumların evrimini de açıklayan Durkheim işbölümüne dayalı olarak ilkel toplumlarda mekanik dayanışmanın, sanayi toplumlarında ise organik dayanışmanın ortaya çıktığını belirtir.<sup>80</sup> Toplumsal değişim bir çözülme değildir, aksine toplumlar ilerledikçe farklı bir bağ geliştirirler.<sup>81</sup> Yine de

---

psikolojisi olduğunu ileri sürmesi ikisinin arasında önemli bir farklılık oluşturur. **Wallace/ Wolf**, s. 45; **Swingewood**, s. 139-140.

<sup>71</sup> **Durkheim**, Toplumsal İşbölümü, s. 83.

<sup>72</sup> **Deflem**, s. 59.

<sup>73</sup> Deflem'e göre Durkheim'in mekanik toplumdan organik topluma doğru evriminin nedenleri konusundaki kuramı tarihsel metaryalizme radikal bir alternatif sunar. **Durkheim**, Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları, s. 120; **Ritzer**, s. 199; **Deflem**, s. 60; **Treviño**, s. 238.

<sup>74</sup> **Durkheim**, Toplumsal İşbölümü, s. 306.

<sup>75</sup> **Durkheim**, Toplumsal İşbölümü, s. 310 vd.; **Waters**, s. 444.

<sup>76</sup> **Abdullah Dinçkol**, Sosyolojiye Giriş, İstanbul, 2001, s. 48.

<sup>77</sup> **Ritzer/ Stepnisky**, s. 89.

<sup>78</sup> **Deflem**, s. 61.

<sup>79</sup> **Waters**, s. 444.

<sup>80</sup> **Wallace/ Wolf**, s. 47.

<sup>81</sup> **Edinsel**, s. 368-369.

işbölümünün artışıyla toplum yapısında meydana gelen değişiklikler çok hızlı olduğunda, toplumu bir arada tutan ortak değerlerin zayıflamasından anomi ortaya çıkacaktır.

Durkheim, geçiş dönemlerinde ortaya çıkan anomik durumları işbölümünde gerçekleşen olgulara göre sınıflandırmaya çalışır. Buna göre işbölümünden kaynaklı üç tane anomik durum söz konusudur: Bunlar 1) anomik işbölümü, 2) zorlanmış işbölümü ve 3) zayıf şekilde koordine edilen işbölümü olarak adlandırılır. Anomik işbölümü, yalıtılmış bireysellik ve kuralların olmadığı veya belirsiz olduğu durumlara işaret eder. Diğer bir ifadeyle bu patolojik işbölümü bencil bireyciliğin öne çıktığı ve bunu sınırlayacak yeterli ahlaki kısıtlamaların olmadığı toplumsal koşullarda gözlemlenir.<sup>82</sup> Toplumsal ve ekonomik krizler ve bunlarla gelen iflaslar veya sınıflar arası çatışmaların giderek artması durumlarında anomik durumlar ortaya çıkar.<sup>83</sup> İşbölümünün yoğun olduğu modern toplumlar bu tip anomiyeye yatkındır. İşbölümü, her ne kadar insanlar arasında dayanışmayı sağlasa da, modern toplumlarda, işbölümünün daha az olduğu ve toplumu bir arada tutan ahlak ve dinin güçlü olduğu toplumlardaki gibi güçlü bir değerler ortaklaşalığı söz konusu değildir. Modern toplumlarda insanlar yalıtılmış bireylere dönüşürler ve toplumla olan bağlarını görmez olurlar. Modern toplumlardaki işbölümü, toplumlarda artan ahlaki etkileşimleri destekleme kapasitesine sahiptir ve bu nedenle de Durkheim yalnızlaşmış, toplumla bağları zayıflamış ve ortak ahlaki yönünü yitirmiş bireylerin durumunu, patolojik, yani anormal olarak görür.<sup>84</sup>

Zorlanmış işbölümü, bireylerin yetenek ve niteliği göz önüne alınmaksızın, geleneksel normlar ve beklentiler, bireylerin ne yapması gerektiğini belirleyebilir. Bu durumda bireyler, gruplar ve sınıflar var olan gelenekler, ekonomik güç veya statülerle çatışmaya girerler.<sup>85</sup> Diğer bir ifadeyle güçlü olan sınıfın güçsüz olan sınıfı ve diğer insanları sömürmek için belirli rolleri oynamaya zorlaması durumunda bu tip anomiyeye ortamı çıkar.<sup>86</sup>

Üçüncü patolojik işbölümü farklı insanların yerine getirdikleri farklı işlevler arasında iyi bir koordinasyon sağlanamazsa, zayıf bir şekilde koordine edilmiş işbölümü olarak gözlemlenir.<sup>87</sup>

Sonuç olarak kolektif bilincin zayıflaması sonucu, bütünleşme sağlayamayan toplumda yeni yollar gerekir; Durkheim bu noktada özellikle mesleki örgütlenmeye vurgu yapar.<sup>88</sup>

Dayanışmanın temel kaynağının işbölümü olduğunu belirten Durkheim bu görüşüne bağlı olarak işbölümünün ahlaki bir değeri olduğu sonucuna ulaşılır.<sup>89</sup> Buna göre ahlaki bir olay olan işbölümü gözleme ve karşılaştırmaya uygun değildir. Bu nedenle gözlememize olanak vermeyen içsel olgunun yerine,

<sup>82</sup> Ritzer/ Stepnisky, s. 90.

<sup>83</sup> Deflem, s. 61.

<sup>84</sup> Ritzer/ Stepnisky, s. 91; Turner/ Beeghley/ Powers, s. 341-342.

<sup>85</sup> Ritzer/ Stepnisky, s. 91.

<sup>86</sup> Turner/ Beeghley/ Powers, s. 341-342.

<sup>87</sup> Ritzer/ Stepnisky, s. 91.

<sup>88</sup> Ahmet Zeki Ünal, "Klasik Fransız Sosyoloji Geleneğinde Toplumsal Düzenin Yeniden İnşası Sorunu ve "İkame", KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 2016, 18 (30), s. 28-34.

<sup>89</sup> Edinsel, s. 364.

onu simgeleyen dışsal bir olgu olan hukuk aracılığıyla işbölümünü incelemek gerekir.<sup>90</sup>

### 1. Mekanik Dayanışmacı Toplum

Durkheim'a göre mekanik dayanışma toplumu oluşturan bireylerin benzerliklerinin çok olması ve bu benzerliklerin bireyler arasında güçlü bir bağ yaratmasıyla ortaya çıkar.

Mekanik dayanışmanın olduğu toplumlarda işbölümü basit düzeydedir ve farklılaşmamıştır; yani o toplumun bireyleri özelleştirilmiş görevlere veya rollere sahip değildirler. Yapılması gereken işlerin bölümünde yaş ve cinsiyetle ilgili geleneksel beklentiler belirleyicidir; örneğin erkeklerin ava gitmesi ve kadınların evde kalarak ev işleri yapması gibi.<sup>91</sup> Benzeşmeye dayalı bu dayanışma tipi, geleneksel, küçük ve sanayi-öncesi toplumlarda görülür.<sup>92</sup> Sanayi-ncesi toplumların tipik rneği olarak değerlendirilen bu toplum tipi günümüzde belirli dini alt kültürlerde halen gözlemlenebilmektedir; rneğin Amish topluluklarında bu toplum ve dayanışma tipini görmek mümkündür.<sup>93</sup>

İnsanları birbirine bağlayan Şey, tümünün benzer etkinliklerde bulunması ve benzer sorumluluklara sahip olmalarıdır. Bundan dolayı, mekanik dayanışmaya bağlı toplumlarda bireysel eylem kendiliğinden kolektif niteliklidir.<sup>94</sup> Toplum, tüm üyelerinin benzer düşünmesi ve davranması ile bir bütün haline gelmiştir.<sup>95</sup> Benzeşme sonucu toplumun yeleri dinin çerçevesine oturtulan benzer inançlara, düşüncelere, eğilimlere ve duygulara sahiptirler.<sup>96</sup> Bu toplumlarda genellikle kolektif (ortak) bilinç egemendir.<sup>97</sup> Durkheim'e göre, "Bir toplumu oluşturan üyelerin ortalamasında yaşayan inanç ve duyguların tümü, kendine özgü yaşamı olan belli bir dizge oluşturur" buna kolektif bilinç denir.<sup>98</sup>

Bu tip toplumlarda toplumsal olan ile dinsel olan neredeyse birbiriyle örtüşür ve bu nedenle dinsel fikirler tüm toplumu sarmıştır. Birey toplumun içinde görünmez olur ve bu toplumun yeleri, toplumun buyruklarını mekanik bir Şekilde takip ederler ve böylece de kolektif bir varlığa dnşrlr.<sup>99</sup> O toplumun genel kabullerinin dışında ve farklı bir Şekilde hareket etmeye tolerans gösterilmez ve uyumsuzluk, ahlakın/dinin ihlali olarak görüldüğünden hızlıca ve Őiddetle bastırılır. Çünkü sapkın olarak değerlendirilen bu tür eylemler toplumun kolektif bilincine yönelik bir saldırı veya hakaret olarak görülür.<sup>100</sup>

"Mekanik dayanışma giderek zayıfladığına göre, ya gerçek anlamında toplumsal yaşamın azalması, ya da gidenin yerine başka bir dayanışmanın

<sup>90</sup> Durkheim, Toplumsal İşbölümü, s. 91.

<sup>91</sup> Treviño, s. 237.

<sup>92</sup> Durkheim, Toplumsal İşbölümü, s. 137 vd.; Dinçkol, s. 47.

<sup>93</sup> Treviño, s. 237.

<sup>94</sup> Halil İbrahim Bahar, Sosyoloji, Ankara, 2009, s. 38

<sup>95</sup> Waters, s. 444.

<sup>96</sup> Treviño, s. 236; Dinçkol, s. 47.

<sup>97</sup> Ritzer/ Stepnisky, Fransızcada *conscience* kavramının hem "bilinç", hem de "ahlaki vicdan" olduğunu belirtir. Ritzer/ Stepnisky, s. 81; Swingewood, s.140-141; Ritzer, s. 194.

<sup>98</sup> Durkheim, Toplumsal İşbölümü, s. 109; Waters, s. 207.

<sup>99</sup> Swingewood, s. 140-141; Ritzer, s. 198-199.

<sup>100</sup> Durkheim, Toplumsal İşbölümü, s. 172 vd.; Treviño, s. 236, 238; bkz. Waters, s. 207-208.

yavaş yavaş gelmesi gereklidir. Seçimin yapılması gerekir. Bireysel bilinçlerle birlikte ortak bilincin de genişleyip güçlendiğini öne sürmek boşunadır. ... Ancak toplumsal ilerleme sürekli bir çözümlenmeden oluşmamaktadır; tam tersine, toplumlar ilerledikçe kendilerine ve birliklerine ilişkin olarak çok derin duygular edinmektedirler. Öyleyse bu sonucu doğuran başka bir toplumsal bağın bulunmasına gerek var; ama toplumsal işbölümünden doğacak olanın dışında başka bir toplumsal bağ bulunması olanaksızdır. ... Eskiden ortak bilincin yerine getirdiği rolü gittikçe işbölümü yerine getirmektedir; yukarı toplum tiplerinin birliğini sağlayan asıl olarak işbölümüdür.”<sup>101</sup>

Sonuç olarak, mekanik dayanışma toplumsal homojeniteden kaynaklanan bir dayanışma türüdür.<sup>102</sup>

## 2. Organik Dayanışmacı Toplum

Bir toplumda organik dayanışmanın ortaya çıkabilmesi için kapsamlı ve yoğun işbölümünün olması gerekir.<sup>103</sup> Bu tip işbölümü ve bunun sonucunda dayanışma modern toplumlarda görülür. Bu tip dayanışmanın olduğu toplum “ileri düzeyde bir karşılıklı bağımlılık, sanayinin gelişmesi, yüksek nüfus oranı, ahlaki ve maddi yoğunlukla karakterize edilmiştir.” Mekanik dayanışmada birbirine benzer insanlar dayanışmaya giderken, organik dayanışmada farklılaşmayla sağlanan dayanışma gerçekleşir.<sup>104</sup>

Organik dayanışmanın görüldüğü modern toplumlarda uzmanlaşma artmıştır ve iş küçük parçalara bölünmüştür. Uzmanlaşma sadece bireyler düzeyinde değildir; aynı zamanda gruplar, yapılar ve kurumlar da uzmanlaşırlar.<sup>105</sup> Bunun sonucu olarak bireyler ihtiyaçları dolayısıyla topluma daha bağımlı hale gelirler ve aynı zamanda her birinin faaliyeti farklılaştığı için bireysellik de artar.<sup>106</sup>

Çok çeşitli görevlerin varlığı insanlar arasında karşılıklı güveni teşvik eder. Bireyler artık kendi başlarına hayatlarını idame ettiremezler ve ihtiyaçlarını karşılamak için diğer insanlara muhtaçtırlar. Örneğin, ortak değerlere veya aynı politik görüşlere sahip olmasa da veya karşı görüşte de olsalar musluğun tamiri için doktorun muslukçuya ihtiyacı vardır. Ya da doktorun politik görüşlerini beğenmeyen tamirci, hasta olduğunda doktora başvurur. Bu bağlamda toplumun üyesi olan bireyler arasında farklı işler yapmalarından dolayı işbirliğine dayalı bir ilişki söz konusudur. Sonuç olarak organik toplumlarda toplumu bir arada tutan şey işbölümüne dayalı dayanışmadır.<sup>107</sup>

Farklı ve karmaşık ilişkilerle birbirine bağlanmış toplumsal birimler, kendiliklerinden uyumlu bir birlik sağlayamaz. Organizmanın kısımları arasındaki ilişkiyi sağlayan ve merkezi olarak koordine eden devlettir.<sup>108</sup>

<sup>101</sup> Durkheim, Toplumsal İşbölümü, s. 210-211.

<sup>102</sup> Treviño, s. 237.

<sup>103</sup> Treviño, s. 237.

<sup>104</sup> Swingewood, s. 141.

<sup>105</sup> Ritzer/Stepnisky, s. 88.

<sup>106</sup> Swingewood, s. 141.

<sup>107</sup> Treviño, s. 238; bkz. Waters, s. 208.

<sup>108</sup> Durkheim, Toplumsal İşbölümü, s. 259; Waters, s. 445.

Geleneğin etkisi ve kalıtımın önemi giderek azalmış ve verili statüler zayıflamıştır. İnsanlar kendilerini diğerlerinden ayıran bireysel etkinliklere sahiptirler.<sup>109</sup> Organik dayanışmada toplumun yeleri ortak bilinci eskisi gibi paylaşmazlar; toplum değil, bireysellik öne çıkar. Bireylerin inanç, istek ve davranışlarındaki bu farklılaşma ile mekanik dayanışmaya dayalı toplumlarda güçlü olan kolektif (ortak) bilinç, organik dayanışmalı toplumlarda zayıflar; daha genel ve soyut hale gelir.<sup>110</sup> Bu durumda heterojenlik, yani insanların farklı yeteneklerinin ve farklı amaçlarının olması dayanışmayı ortaya çıkararak şeydir. Bireylerin farklılaşması, birbirlerini tamamlayıcı bir durum yaratır. Sanayi toplumlarında farklılaşma otonom bireyler arasında haklar ve ödevler sistemi çerçevesinde sözleşmesel karşılıklı ilişkilerin temelini oluşturur.<sup>111</sup> Bu bağlamda mekanik dayanışmalı toplumlarda toplumu birbirine bağlayan tek bir bağ varken, organik dayanışmalı toplumlarda insanları birbirine bağlayan çok sayıda bağ bulunur. Bu nedenle organik dayanışmaları toplumlarda "topluluğun değişik kesimlerini birbirinden kolaylıkla ayırmaya olanak yoktur."<sup>112</sup>

Organik dayanışmalı toplumlarda kolektif bilincin bireylerin davranışlarını düzenlemede ve sınırlamada etkisi azalmıştır. Bireylerin farklı görüşleri ve değerleri bulunmaktadır. Kültürel farklılaşma nedeniyle insanlar spmalara karşı daha toleranslıdır.<sup>113</sup>

Bu dayanışma tipinde mekanik dayanışma toplum tipinden farklı olarak bireylerin kişilikleri toplumsal kişilik içinde erimez. İşbölümünün artması olmasının gereği olarak "her bireyin kendine özgü bir etkinlik alanı, dolayısıyla bir kişiliği" olması gerekir. Birey, ortak bilinçten özgürleşmiş olmalıdır.<sup>114</sup> Küçük bir toplumda birey her yandan kuşatılmış olduğu için özgürce gelişemez. Ama toplum büyük boyutlara ulaştığında, bireyler üzerinde denetim eski sıklığını kaybeder. Böylece daha zgr bireyler, bireysel farklılıklarını daha kolay geliştirebilmekte, toplumun baskıcılığı azalmakta ve birey olgusu yerleşik hale gelmekte ve bu olgu zamanla hukuka dönüşmektedir.<sup>115</sup>

Durkheim'ın tanımladığı mekanik ve organik dayanışmacı toplumlar ideal tipleri oluştururlar. Gerçekte her iki tip bir arada bulunabilmektedir, fakat oranları değişmektedir. Bazen mekanik dayanışmanın, bazen ise organik dayanışmanın daha öne çıktığı görülmektedir. Durkheim, tarihsel olarak mekanik dayanışmalı toplumdan organik dayanışmalı topluma doğru bir evrim olduğunu belirtir.<sup>116</sup>

<sup>109</sup> **Dinçkol**, s. 48.

<sup>110</sup> **Treviņo**, s. 238.

<sup>111</sup> **Durkheim**, Toplumsal İşbölümü, s. 164; **Treviņo**, s. 238.

<sup>112</sup> **Durkheim**, Toplumsal İşbölümü, s. 184-185.

<sup>113</sup> **Treviņo**, s. 238.

<sup>114</sup> **Durkheim**, Toplumsal İşbölümü, s. 164.

<sup>115</sup> **Durkheim**, Toplum Bilim Dersleri, s. 81.

<sup>116</sup> **Durkheim**'ın endüstrileşmemiş toplumları tek bir kategoride toplaması hem birçok toplum tipinin tek kategori içinde görünmez hale gelmesi, hem de endüstrileşmiş toplumları kendi bulunduğu toplum içinden bakarak dönüm noktası olarak ele alması ve önceki her şeyin bunun karşıtı olarak formüle etmesi eleştirilmiştir. Çok kestirmeci bir yaklaşım olarak görülen bu bakış etnosentirizm ile gelişmiş/gelişmemiş toplum düşüncesiyle birleşmektedir. **Michael Clarke**, "Durkheim's Sociology of Law," *British Journal of Law and Society*, Vol.3, Issue 2, Winter 1976, s. 249; **Treviņo**, s. 238.

### C. Baskıcı Hukuktan Onarıcı Hukuka

#### 1. Hukuka Sosyolojik Bakmak

Durkheim'in hukuk üzerine sosyolojik çalışmaları insanlık tarihinin bütün toplumlarına ve evrimsel gelişimine ilişkin olarak bütünsel bir yaklaşım gösterir.<sup>117</sup> Bu bütünsel yaklaşım hem hukuka sosyolojik yaklaşım için zemin hazırlamış, hem de hukukun kavranmasında önemli rol oynamıştır.<sup>118</sup>

Durkheim 1890-1900 yılları arasında Bordeaux'ta, daha sonra 1904-1912 yılları arasında Sorbonne'da verdiği derslerin notlarının toplandığı ve ilk defa İstanbul Hukuk Fakültesi dekanı olan Hüseyin Nail Kubalı'nın girişimiyle 1950'de Türkçede yayınlanan *Toplumbilim Dersleri: Geleneğin ve Hukukun Fiziği*'nde ahlak ve hukuk üzerine uzun uzun tartışmıştır.<sup>119</sup>

Ahlakla hukuku, bir bütün olarak gören Durkheim, bu iki olguyu yaptırım üzerinden açıklar. Ahlakın ve hukukun “yaptırıma bağlanmış davranış kurallarından oluştuğunu” belirtir. Yaptırım insan davranışının sonucudur, fakat kendiliğinden ortaya çıkmaz: Yaptırım “edimin daha önceden saptanmış bir davranış kuralına uygun düşüp düşmemesinin sonucudur.” Örneğin bir kişi hırsızlık yaptığında cezalandırılır. Çünkü mülkiyet hakkını koruyan bastırıcı tepki, başkasının mülkiyetine saldırıyı yasaklamıştır. Bu nedenle “hırsızlığın cezalandırılmasının tek nedeni, yasaklanmış olmasından dolayıdır.” Mülkiyeti tamamen farklı düşünen bir toplumda hırsızlığın yasak olmadığını düşünelim. Bu durumda hırsızlık cezalandırılmayacaktır. Davranış aynı olduğu halde, iki farklı toplumda aynı davranışa karşı aynı tepki olmayacaktır. Bu noktada yaptırımın, davranışın doğasından ortaya çıkan bir sonuç olmadığı görülür. “Yaptırım, tümüyle, bu edimin ona izin veren ya da yasaklayan bir kuralla desteklediği ilişkiye bağlıdır. İşte hukukun ve ahlakın tüm kurallarının yaptırımla tanımlanmasının nedeni budur.”<sup>120</sup> Bu nedenle Durkheim ahlak ve hukuk incelemesi yaparken, yaptırımı birincil araştırma konusu olarak tanımlar.

Durkheim iki türlü kural olduğunu belirtir: “Bir bölümü ayrımsız olarak bütün insanlara uygulanan kurallardır. ... İster kendimiz, isterse benzerlerimiz için insanlığa nasıl saygı göstermek, onu nasıl geliştirmek gerektiğini saptayan bütün kurallar, bütün insanlar için geçerlidir.” Evrensel ahlak kuralları olarak adlandırılan bu kurallar ikiye ayrılır: Birincisi bireysel ahlak kuralları, ikincisi ise insanların diğer insanlarla olan ilişkisini ilgilendiren kurallar. Birinciler bireyin bilincinde ahlakın temel ve genel dayanaklarını yerleştirirler, ikinciler ise “insanların, insan olma niteliği ile birbirlerine karşı taşıdıkları ödevleri” belirler.<sup>121</sup> Evrensel ahlak kuralları içinde yer alan bu iki kural türü birbirini tamamlar niteliktedir. Birincisi bireyde ahlakın yerleşmesiyle ilişkiliyken, ikincisi ahlakın en yüksek bölümünü oluşturur ve birincinin kurduğu temel üzerinde yükselir.

Bunların dışında yer alan başka türden kurallar ve bunların getirdiği ödevler de vardır, ki bunlar sadece bazı insanlarda bulunan özel niteliklerle

<sup>117</sup> Clarke, s. 247.

<sup>118</sup> Deflem, s. 61.

<sup>119</sup> Bu kitabın ilk basımın önsözünde Hüseyin Nail Kubalı kitabı basmak için nasıl izin aldığını anlatır. Durkheim, Toplumbilim Dersleri, s. 9-12.

<sup>120</sup> Durkheim, Toplumbilim Dersleri, s. 13-14.

<sup>121</sup> Durkheim, Toplumbilim Dersleri, s. 15-16.

ilgili ödevlerdir: Aile hukuku ve ahlak, yurttaşlık ödevleri bunlara örnek teşkil eder.<sup>122</sup>

Yurttaşlık ahlak, bireyle siyasal kümenin arasındaki ilişkileri ifade eder. Her siyasal kümede yönetenler ve yönetilenler, gç sahipleri ile ona bağımlı olanlar arasında bir karşıtlık vardır. Ulus devletlerin ortaya çıkmasıyla birlikte siyasal toplumun unsurları arasına belirli bir toprak parçasının olması, nüfusun sayısal olarak belirli bir büyüklüğe ulamı olması katılır. Fakat Durkheim'ın siyasal toplum tanımında vurgu kümeler arasında hiyerarşik ilişkiye ve egemen erkin üstünlüğüdür. Buna göre:

“Daha genel bir bakışla, bir toplum değişik niteliklerde ikincil kümelerin birleşiminden oluyor ama kendisi daha geniş bir topluma göre ikincil bir küme niteliğinde bulunmuyorsa, kendi başına ve değişik türden bir toplumsal bütünlük oluşturuyor demektir. Buna biz siyasal toplum diyeceğiz ve onu Şöyle tanımlayacağız: Az ya da çok sayıdaki ikincil kümelerin birleşmesinden kurulan ve kendisi daha üstün başka hiçbir düzenli erkten kaynaklanmayan bir erke bağımlı olan toplum.”<sup>123</sup>

Devlet ise bağımsız bir siyasal toplumda ortaya çıkar; diğer bir ifadeyle “kendisi üstün bir organın ast” değilse, o “siyasal toplum, tam anlamıyla bir devlet oluşturur.”Devlet, hem yönetilen halk, hem de onun hkmetini içeren siyasal toplumun ifadesidir. Devlette, egemen erk, özel görevliler aracılığıyla temsil edilir. Bir kurum olarak devlet ile siyasal toplum yaam bir ve aynı Őey değildir. Örneğin meclis ve hükümet, ulus kitlesiyle temas halindedir ve karar verirken kitlesinden etkilenir. Fakat “devlet, kendisi adına düşünüp karar almaktadır.” Devlet, toplumu yönlendiren, topluluğun yapm olmayan ve bilinçli bir Őekilde oluşturulan tasarımların yapıldığı, kendine özgü görevleri olan bir toplumsal kümedir. Devlet, hiçbir Őeyi yürütmez, sadece buyruklarnı bildirir. Diğer bir ifadeyle “devlet, toplumsal düşünme organnn tam kendisidir.”<sup>124</sup>

Durkheim, devletin görevinin, bireyin haklarını korumak olduğunu söyler. “Bu, toplumun yetinmemesi gereken, ama altına inilmesine de izin vermemesi gereken en alt çizgidir; bu zorunlu güvencenin tümüyle ya da bir bölümüyle ortadan kalkması durumunda, toplumun onun yerine bize sağlayacağı rahatlığın hiçbir değeri olamaz.”<sup>125</sup> Durkheim, bireyin haklarının Kant'ın belirttiği insan olması hasebiyle doğuştan sahip olduğu haklar olmadığını; devletin bireyin haklarını yarattığını, örgütlediğini ve gerçekliğe dönüştürdüğünü belirtir.<sup>126</sup> Bu bağlamda Durkheim'ın doğal hukuk karşısında yer aldığını görürüz. Eğer haklar doğal hukukçuların perspektifinden belirlenirse, bu haklara sınır çizilmiş olur. Oysa Durkheim hakların gelişimini toplumun gelişimine bağlar ve böylece sınırlamaları kabul etmez.<sup>127</sup>

Durkheim'ın devlete biçtiği işlev, devletin içinden bulunan değişik toplulukların birey üzerindeki baskılarını önlemek ve bu baskılardan “bireylerin kişiliklerini zgrletirmek”tir. Fakat devletin kendisi de onu durduran bir karşı güç olmadığında “kyıcılaabilir.” Devlet tek ortak erk olduğu durumda, diğer

<sup>122</sup> Durkheim, Toplumbilim Dersleri, s. 16-17.

<sup>123</sup> Durkheim, Toplumbilim Dersleri, s. 62.

<sup>124</sup> Durkheim, Toplumbilim Dersleri, s. 65, 67, 69.

<sup>125</sup> Durkheim, Toplumbilim Dersleri, s. 70-71.

<sup>126</sup> Durkheim, Toplumbilim Dersleri, s. 80.

<sup>127</sup> Durkheim, Toplumbilim Dersleri, s. 80, 88 vd.

bir ifadeyle onu dizginleyecek başka güçler olmadığında küçük toplulukların yaptığı gibi ezici bir niteliğe kavuşur ve bu daha katlanılmaz bir şeydir; çünkü yapay bir kurum olarak devlet bireylerden uzaktır. Toplumsal alandaki küçük kümelerle egemen erk olan devlet arasındaki karşıtlık, karşılıklı güçlerin denetlenmesini ve sınırlandırmasını getirir ve “bireysel özgürlükler de toplumsal güçler arasındaki bu çatışmadan doğmaktadır.”<sup>128</sup>

Durkheim, modern devleti hak ve özgürlüklerin koruyucusu olarak tanımlamış ve buradan da devlet biçimlerinden demokrasinin böyle bir devlet için en iyi yönetim olduğuna ulaşmıştır. Durkheim’a göre yönetim biçimlerini belirleyen şey Montesqueiu’nun ileri sürdüğü gibi yöneticilerin sayısı değildir. Yönetim biçimlerini belirleyen şey yönetenler ile yönetilenler arasındaki iletişimle ilgilidir. Yönetim her zaman sınırlı bir organ tarafından gerçekleştirilir. Devlet, ne yapıp ettiğini yurttaşlara açık eder ve yurttaşların toplumsal hayatı hakkında “düzenli aralıklarla ve dahası kesintisiz olarak” bilgi alırsa, devletle toplum arasında karşılıklı etkileşim gerçekleşir. İşte bu demokrasiyi oluşturur.<sup>129</sup>

Devletin bilgi toplarken, toplumun içindeki görüşlerin en yaygınlarını alıp uygulamamalıdır. Elbette toplumunu isteklerini, düşüncelerini, geleneklerini ele alacaktır, fakat devlet sadece bunları yansıtırsa gereksiz ve işlevsiz organ haline gelir; toplumla aynılaşmış olur. Devlet, toplumdaki her türlü bilgiyi almalı, bunları değerlendirmeli ve toplum için yararlı olanı bulmak için kullanılmalıdır: Devlet, toplumun beyni olmak üzere kurulmuş bir organ olduğu için, bu onun varlık nedenidir.<sup>130</sup>

## 2. İşbölümüne Göre Bastırıcı Hukuk ve Onarıcı Hukuk

Durkheim, sosyolojinin konusu olan toplumsal evrimi incelemek için toplumsal dayanışma olgusu ile ilgilenir. Dayanışmadan daha geri planda görüldüğü hukuku ise toplumsal dayanışmanın derecesini ölçmede dışsal ve objektif bir ölçü olarak kullanır. Toplumsal dayanışmadaki evrimin göstergeleri hukuktaki değişimdir.<sup>131</sup> “Bir toplumun bir başka toplumdan daha ileri olup olmadığını saptamada en iyi göstergelerden birisi, hukuk ögesi ile din ögesinin birbirinden ne ölçüde ayrıldığına bakmaktır.”<sup>132</sup> Hukuk incelemesini hukuki kavramlarla değil, sosyolojik temelde hukuk kurallarının ihlali halinde uygulanan yaptırımların tipleri üzerinden yapar.

Durkheim’in hukukla ilgilenmesinin birincil sebebi metodolojiktir: Hukuk, toplumsal dayanışmanın göstergesidir ve mekanik dayanışmadan organik dayanışmaya doğru değişime hukukun bastırıcı hukuktan onarıcı hukuka doğru değişimi üzerinden gözlemlenebilir.<sup>133</sup> Bu bağlamda hukuk sadece toplumsal dayanışmayı gözlemek için değil, aynı zamanda “hukuk, toplumsal dayanışmanın temel biçimlerini yeniden ürettiği için”, herhangi bir toplumu değer-

<sup>128</sup> Durkheim, *Toplumbilim Dersleri*, s. 82-83.

<sup>129</sup> Durkheim, *Toplumbilim Dersleri*, s. 98-109.

<sup>130</sup> Durkheim, *Toplumbilim Dersleri*, s. 115-117.

<sup>131</sup> Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, s. 92.

<sup>132</sup> Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, s. 177.

<sup>133</sup> Deflem, s. 62.



lendirmek için bir standart olarak kullanılabilecektir.<sup>134</sup> Bu nedenle hukuk Durkheim için ikincil nitelikte bir konudur. Durkheim toplumsal dayanışmayı, ahlaki bir fenomen olarak görür ve ahlaki hukukun temeli olarak ele alır. Ona göre ahlaki inanç ve düşünceler hukukla somutlaşır. Ahlakın dışsal bir göstergesi ve görünür sembolü olarak hukuk bir toplumun dayanışma seviyesine bağlı olarak biçimlenir. Hukukun tipi ve ağırlığına göre dayanışmanın tipi ve yoğunluğu belirlenecektir.<sup>135</sup> İncelenen toplum tipinde gözlemlenen dayanışma ve hukuk türleri eskisi kadar etkin değilse, bu toplumun değiştiğini, yeni dayanışma ve hukuk türleri kendini göstermeye başlamışsa, toplumda en azından belirli ölçüde değişimin olduğu söylenebilir.<sup>136</sup>

Hukuk tipini belirlemek için yaptırımlarından yola çıkan Durkheim yaptırımlarına göre hukuk kurallarını baskıcı (*repressive/ penal*)<sup>137</sup> ve onarıcı (*restitutive/ cooperative*) olarak iki kategoride tanımlar. Baskıcı hukuk, ceza hukukunun tümünü kapsar. Onarıcı hukuk ise medeni, ticaret, usul, idare ve anayasa hukukundan oluşur. Durkheim baskıcı hukuku ceza yaptırımlarıyla ilişkilendirir, onarıcı hukuku ise uzlaştırmaya yönelik olarak görür. Dahası eğer bir toplumda daha çok baskıcı hukuk uygulanıyorsa, bu mekanik dayanışmanın işaretidir. Eğer bir toplumda onarıcı hukukun ağırlıkta olduğu görülüyorsa, böyle toplumlarda organik dayanışma vardır.<sup>138</sup>

“Her hukuk kuralı, yaptırma bağlanmış bir davranış kuralı olarak tanımlanabilir. Öte yandan kurallara verilen öneme, onların kamu vicdanında tuttuğu yere ve toplumda oynadıkları role bağlı olarak yaptırımların değiştiği de açıktır. Öyleyse hukuk kurallarını onlara bağlanan değişik yaptırımlara göre sınıflandırmak uygun olur.

Yaptırımlar iki türlüdür: Bir bölümü davranış sahibi için acı verici ya da onurunu düşürücü niteliktedir; onun servetini, onurunu yaşamını, ya da özgürlüğünü hedef alır, ya da yararlandığı bir Şeyden onu yoksun kılmayı amaçlar. Bunlara bastırıcı yaptırımlar denir; ceza hukuku böyledir. Gerçi yalnızca ahlaki nitelikteki davranışların yaptırımları da aynı niteliktedir, ancak, bu yaptırımlar bütün insanlar arasında dağınık durumda bulunmasına karşın, ceza hukukunun yaptırımları belirlidir ve belirli bir organca uygulanırlar, yani örgütlenmişlerdir. Öteki yaptırım türüne gelince, o davranışta bulunan için zorunlu acı doğurmaz; kurala aykırı olarak yapılan davranış ister sapmış olduğu asıl türüne zorla geri dndrlsn, isterse iptal edilsin, yani her türlü toplumsal değerden yoksun kılınsın, eski durumun yeniden kurulmasını, bozulan ilişkilerin olağan biçimlerine geri döndürülmesini öngörür. Demek ki hukuk kurallarını, örgütlü ve bastırıcı yaptırımlar ya da yalnızca eski durumu geri getirici yaptırımlar içerdiklerine göre iki ana tre ayırmamız gerekir. Birinciler bütünüyle ceza hukukun kapsar; ikinciler ise ilerinde bulunması olası ceza

<sup>134</sup> **Elise Nalbandian**, “Introductory Concepts on Sociological Jurisprudence: Jhering, Durkheim, Ehrlich,” *Mizan Law Review*, Vol.4., No.2, Autumn 2010, s. 351; **Mehmet Yüksel**, “Durkheim,” *Hukuk Sosyolojisi*, Eskişehir, 2012, s. 90-93.

<sup>135</sup> **Treviño**, s. 239.

<sup>136</sup> **Edinsel**, s. 370.

<sup>137</sup> Repressive kelimesinin Türkçe karşılığı “baskıcı”dır. Fakat Durkheim bu tip hukuku Şiddetli yaptırımlara sahip olmakla tanımladığı için Türkçe hukuk literatüründe “ceza-landırıcı hukuk” kavramı da kullanılmaktadır.

<sup>138</sup> **Treviño**, s. 239; **Yüksel**, s. 90-93.

kuralları dışarıda tutulmak üzere medeni hukuk, ticaret hukukun, usul hukukunu, yönetim ve anayasa hukuklarını içerirler.”<sup>139</sup>

Durkheim’a göre toplumlar mekanik dayanışmadan organik dayanışmaya geçerken yaşanabilecek en büyük sorun ahlaki bir boşluğun doğması, diğer ifadeyle *anominin* ortaya çıkmasıdır. İşin bölünmesi, yeni tipte bir dayanışmayı ve yeni ahlaki değerleri yaratır; yeni ortaya çıkan kurallar toplum yaşamının çeşitli bölümlerini düzenlerler. Durkheim’a göre işbölümünü kendiliğinden ahlaki boşluk yaratmaz;<sup>140</sup> organik dayanışmada sorun Durkheim’ın “anormal biçimler” olarak adlandırdığı çıkarların parçalanmasından çıkar. Durkheim anormal kavramını işbölümünün kapitalist biçimleri için kullanmaktadır; örneğin ekonomik kriz, sınıfsal çatışma gibi ... Toplumsal eşitsizlik, anormal biçimlerin kaynağını oluşturmaktadır. Durkheim normal koşullarda işbölümünün kendi kendini düzenleyeceğini varsayar.<sup>141</sup>

Toplumsal bir kriz ya da ani toplumsal değişmelerde, birey doğası gereği bencil ve sınırsız arzulara sahip olduğundan, bireyle toplum arasındaki bağlar zayıflayacak “aşırı bireycilik” ortaya çıkacaktır. “Toplumdan kopuş” yaşayan birey açısından bu yabancılaşmanın sonucu olarak kurallar anlamını yitirecektir.<sup>142</sup> Toplumsal değişme sonucu eski kurallar geçersiz kalmış, yenileri de henüz tam olarak yerleşmemiştir. Bu koşullarda bireyin arzularının sınırlanmasını sağlayacak ve ona ahlaki rehberlik yapacak normlar belirsizdir. Örneğin, ekonomik kriz dönemlerinde anomik durumlar gözlemlenebilir. Zenginken aniden çok fakir hale düşmek, insanların yönüne kaybetmesine ve bireyi topluma bağlayan ahlaki bağların zayıflamasına neden olur.<sup>143</sup> Durkheim’a göre sanayileşme ile bireylerin arzuları daha da artmıştır ve;

“[T]am da geleneksel kuralların otoritelerini kaybettiği bir anda, bu arzuların sunduğu zengin ödül insanları kıskırtır ve onları çok daha açgözlü ve denetime karşı çok daha tahammülsüz kılar. Tutkuların dizginsiz kalması, tam da daha fazla disipline ihtiyaç duydukları bir zamanda, düzensizlik yani anomi durumunu iyice yoğunlaştırmıştır.”<sup>144</sup>

<sup>139</sup> **Durkheim**, Toplumsal İşbölümü, s. 96-97.

<sup>140</sup> Roger B. M. Cotterrell’a göre Durkheim’ın ceza hukuku hem sanayi öncesi, hem de sanayi sonrası toplumlarda kolektif bilincin ifadesidir. Fakat kolektif bilinç bir dayanışma tipinden diğerine doğru gelişme yaşandıkça esaslı bir şekilde değişmektedir. Fakat bu kolektif bilincin tamamen yok olduğu anlamına gelmez, sadece yeni tarzda bir kolektif bilinç ortaya çıkmıştır. Cotterrell, bu yorumu Michael Clarke’ın “Durkheim’s Sociology of Law,” British Journal of Law and Society, Vol.3, Issue 2, Winter 1976, s. 246-255 makalesini eleştirmek için yapar. Çünkü Clarke’a göre Durkheim, hukuku kolektif bilince göre tanımlar. **Roger B. M. Cotterrell**, “Durkheim on Legal Development and Social Solidarity,” British Journal of Law and Society, Vol.4, 1977, s. 241-252.

<sup>141</sup> Swingewood, Durkheim’in modern toplumlarda çatışma nedeni olarak ileri sürdüğü sınıf çatışması ve ekonomik kriz gibi “anormal durumlar”ın tersinden okunmasının mümkün olduğunu belirtir. Bu tür durumlar işçi sınıfının dayanışmasını, birliğini sağladığını ve hatta sendikalar aracılığıyla örgütsel dayanışmayı geliştirdiğini belirtir. Hatta Swingewood’a göre anomi, “kendi çıkarını kontrol altına almaya ve tanımamaya çalışan toplumsal güçlere karşı mücadele eden insan öznenin giderek artan özerkliğinin bir ifadesidir.” **Swingewood**, s. 141-145, 147.

<sup>142</sup> **Berberoğlu**, s. 28; **Swingewood**, s. 145; **Coser**, s. 130-131.

<sup>143</sup> **Coser**, s. 130-131.

<sup>144</sup> **Swingewood**, s. 145-146.

Bireylerin arzularının dizginlenmesi gerekir ve bunu da ancak herkesin saygı gösterdiği ve kendiliklerinden boyun eğdikleri bir otorite yapabilir ve bu gücü de sadece toplum sahiptir.<sup>145</sup>

Durkheim, modern toplumlarda sorun olarak gördüğü btnleŖmeyi ve düzeni sağlamak için mesleksel örgütlenmeyi önerir. Devletin bireyler üzerinde etkisi sınırlıdır ve btnleŖmeyi tek baŖına gerekleŖtiremez.<sup>146</sup> Kilise baskıcı yollarla insanları bir arada tutmaya alıŖmaktadır. Aile ise bireyleri tümüyle toplumla btnleŖtirecek bir niteliğe sahip değildir. Çocukların toplumsallaŖması eğitim aracılığıyla sağlanacaktır.<sup>147</sup> Durkheim yetiŖkinler içinse meslek örgütlenmesini önerir.<sup>148</sup>

Ekonomik yaŖamdaki hukuksuzluk ve ahlaki kuralsızlık nedeniyle karŖı karŖıya duran gler (rneğin iŖi ve iŖveren gibi) sürekli atıŖma ya da birbirini ezme ya da birini diğerine bağımlı kılma çabası içindedirler. "İnsan tutkuları, ancak saygı duyulup uyulan bir ahlaki g önünde durur. EĞer böyle herhangi bir g yoksa, güçlü olanın yasaı egemen olur ve açık ya da örgütlü bir savaŖ durumu sürüp gider." <sup>149</sup> Mesleki derneklerin kurulması ile hem kurallar ve ahlaki düzen sağlanacak, hem de üyelerinin arasında etkileŖim artarak ortak yaŖam alanları geliŖtireceklerdir.<sup>150</sup>

İŖblmnn sonuçlarından biri de merkezileŖmiŖ otoritenin, yani devletin ortaya çıkmasıdır. Devletin, kurumları yönetmek, koordine etmek ve aralarındaki iliŖkileri düzenlemek gibi görevleri vardır. Bunu gerekleŖtirmek üzere hukuki kurumlar ve hukuk alanında uzman personeller bu iŖleri yapmak üzere deĐiŖim geirmiŖlerdir. Sanayi toplumlarında hukuk onarıcı hukuka dnŖmŖ ve hukuk toplumsal iliŖkileri ceza hukukundan çok uzlaŖma ve medeni hukuk çerçevesinde sürdürmek üzere biimlenmiŖtir.<sup>151</sup>

### a. Mekanik DayanıŖmacı Toplumda Hukuk: Baskıcı Hukuk

Mekanik dayanıŖmacı toplumlarda dayanıŖma kültürel benzerliklere dayanır. Bu tip toplumlarda toplumun yeleri arasındaki iliŖkiler görece olarak daha yoğundur ve bireylerin yaptıkları iŖlerde ve yeteneklerinde çok az farklılaŖma olması homojen bir toplum yapısı ortaya çıkarır. Bireyin bilinci, kolektif

<sup>145</sup> Swingewood, s. 146.

<sup>146</sup> Durkheim, meslek zümrelerinin dernekler aracılığıyla ekonomik yaŖamla ilgili sorunların saptanma gerektiğini, devletin ise buna göre yasamayı gerekleŖtirmesi gerektiğini belirtir. Ayrıca iŖ yaŖamının genel düzenlemeleri dıŖında, iŖ yaŖamının özel konuları için özel mahkemeler kurulmalıdır. Durkheim, Toplumbilim Dersleri, s. 56-57; Durkheim, Toplumsal İŖblm, s. 46, 50.

<sup>147</sup> Durkheim'ın eğitim konusuna verdiği önem çocukların laik ve topluma bağlılığı sağlayacak Ŗekilde eğitimi almaları ve böylece yeni nesillerde "yurttaŖlık ahlakı" yaratmakla ilgilidir. Turner/ Beeghley/ Powers, s. 333.

<sup>148</sup> Ritzer/ Stepnisky, s. 106.

<sup>149</sup> Durkheim, Toplumsal İŖblm, s. 22-23; Durkheim, Toplumbilim Dersleri, s. 13-58. Bu kitabın ilk üç dersi *Meslek Ahlakı* baŖlıklardır.

<sup>150</sup> Durkheim, Toplumsal İŖblm, s. 48-49.

<sup>151</sup> Clarke, s. 247.

bilinçle bütünleşmiştir.<sup>152</sup> Kolektif bilinç dinsel niteliklidir ve hukuk, dinsel kurallarla biçimlenmiştir.

Durkheim'e göre, mekanik dayanışmaya dayalı toplumlarda bastırıcı hukuk (*repressive law*) olarak tanımladığı; yoğun şiddet içeren yaptırımlarla donatılmış hukuk uygulanmaktadır. "Bastırıcı hukukla birlikte giden toplumsal dayanışma bağı, çığnemesi suç olan hukuktur; suç diye, işleyene karşı ceza denilen özel bir tepkiye yol açan edime diyoruz."<sup>153</sup> Hukuk baskıcı ve yaygın niteliktedir ve kurumlar aracılığıyla değil, bütün toplum tarafından uygulanır.<sup>154</sup>

"Gerçektende bu hukukun (bastırıcı hukukun *y.n.*) yasaklayıp suç diye nitelediği edimler iki türdür. Ya bu edimleri yapanla toplum arasında doğrudan doğruya ve çok şiddetli bir aykırılık biçiminde kendisini gösterir, ya da ortak bilincin organına bir saldırı olarak ortaya çıkarlar. Her iki durumda da suçla çarpışan ve onu bastıran güç aynı güçtür; bu güç, en temel benzerliklerin ürünü olup bu benzerliklerden doğan toplumsal uyumu korur. Ceza hukuku, işte bu gücün herhangi bir biçimde zayıflatılmasına engel olmayı amaçlar: Bunun için hem her birimizden en az belli bir düzeyde benzerlikler geliştirmemizi ister; çünkü bu benzerliklere sahip olmayan birey, toplumun bütünlüğü için bir tehdit oluşturur; hem de bu benzerlikleri güvenceye alırken, bizi onları anlatan ve özetleyen simgelere saygı göstermeye zorlar."<sup>155</sup>

Bu tip toplumlarda cezalandırıcı yaptırımlar, topluma nüfus etmiş olan kolektif bilince yönelik her türlü saldırgan eyleme tepki olarak toplumun kendisinden gelir.<sup>156</sup> Toplumun yaşam tarzının sorgulanması veya kültürel farklılık yönünde herhangi bir eğilim toplum tarafından hiçbir şekilde tolere edilmez.<sup>157</sup> Homojen bir yapıya sahip bu tür toplumlarda bir kişiye yapılmış bir eylem, bütün topluma yapılmış gibi görülerek, toplum tarafından "ihtirasi bir tepkiyle"<sup>158</sup> karşılanır.<sup>159</sup> Çünkü kolektif bilincin sorgulanması, ondan farklı bir şey düşünülmesi ve/veya yapılması bu toplumun dayanışmasının tek temeli olan

<sup>152</sup> Özbilgen, Hegel'in "gayst" kavramı ile Durkheim'in "kolektif bilinç" kavramını karşılaştırarak, bunların doğru anlaşılmasını sağlamaya çalışır. Durkheim'in kolektif bilinç anlayışı "amprik transandani" içermektedir. Bunun anlamı ise Durkheim'in kolektif bilinci, bireye aşkın ve onu saran olarak kabul etmesi ve fakat bu aşkınlığı hiçbir şekilde Tanrıya bağlamamış olmasıdır. Özbilgen'in bu önermesi için bkz. **Durkheim**, Dinsel Yaşamın İlkel Biçimleri, tümü; **Tarik Özbilgen**, Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri, 1971, s. 470; **Clarke**, s. 247.

<sup>153</sup> **Durkheim**, Toplumsal İşbölümü, s. 99.

<sup>154</sup> Barnes'e göre etnografik kanıtlar aslında ilkel toplumlardaki hukukun baskıcı hukuk olarak karakterize edilemeyeceğini gösterir. Durkheim, özellikle antik ve erken Avrupa'dan kanıtlar ileri sürer. Bu durumda bile Merton yanlışlığını ileri sürmüştür. Barnes, devletsiz toplumlarda bütün hukuki kuralların baskıcı olmaktan çok onarıcı nitelikte olduğunu ileri sürer. Barnes, "Durkheim's Division of Labour in Society," 1966, 1 (N.S.) Man 168 aktaran **Clarke**, s. 251; **Swingewood**, s. 140.

<sup>155</sup> **Durkheim**, Toplumsal İşbölümü, s. 137-138.

<sup>156</sup> **Treviño**, s. 240; **Clarke**, s. 247.

<sup>157</sup> **Clarke**, s. 247.

<sup>158</sup> Özcan, Durkheim'in mekanik toplumlardaki ceza hukukunu toplumun tepkisel yaptırımı ile tanımlamasını yaşayan hukuk ile devletin koyduğu hukuk arasındaki farkları belirsiz hale getirdiğini ifade eder. **Mehmet Tevfik Özcan**, Hukuk Sosyolojisine Giriş, İstanbul, 2011, s. 71.

<sup>159</sup> **Durkheim**, Toplumsal İşbölümü, s. 135; **Treviño**, s. 240; **Clarke**, s. 247.

benzerlikten kaynaklı uyumun bozulması ve toplumun lmesi demektir.<sup>160</sup> “Bu duygular ortak duygular olduğundan, bizde temsil ettikleri Şey biz değiliz, toplumdur. Bu nedenle onların öcünü alırken kendimizin değil, toplumun öcünü alıyoruz”.<sup>161</sup> Bazılarının, toplumun diğer üyelerine benzememesi ve bu nedenle sapkın olarak değerlendirilmesi nedeniyle, bu insanlar “tutkulu bir sertlikle tepki göster(ilererek)”<sup>162</sup> cezalandırılır.<sup>163</sup> nk bu tip toplumlarda genellikle din ile kültür birleŐtirilir ve böylece toplumsal kuralların ihlali, kutsal kuralların ihlali olarak görülür. Durkheim'a göre kutsallık toplumsal bütünün kendisinin bir sembolüdür. Kolektif bilinç, Tanrı ve din ile biçimlenmiştir ve bu yüzden bundan sapmalar çok ağır bir Şekilde cezalandırılır.<sup>164</sup>

Kolektif bilince saldırı olarak kabul edilen suçların baŐlıcaları kamu otoritesine ve onun temsilcilerine, geleneklere ve dine yönelik olanlardır. Din aleyhine işlenen suçlar bu suç tipinin en büyük kısmını oluşturur. Geleneklere ve devlet Őefine yönelik suçlar az veya çok dini karakterli kabul edildiğinden, bu suç tipinin içinde yer alırlar.<sup>165</sup> Durkheim bu tip suçu “dini suçluluk” (*criminalit religieuse*)<sup>166</sup> olarak adlandırır. Durkheim'a göre baskıcı hukuk ve yaptırım-larıyla, dinsel ahlak arasında doğrudan ilişki bulunur.<sup>167</sup>

Suçlu olarak görülen kişiye cebri nitelikte yaptırım uygulanır; yani bu yaptırımlar kişinin yaŐamına, sağlığına, zgrlğine, malvarlığına yönelik kay-  
ıp yaŐatan ve acı çektiren cezalandırıcı yaptırımlardır.<sup>168</sup>

Ceza hukukundaki yaptırımlar buna örnek teşkil ederler. Sapma davranışına işkence, hapsedme, kovma ya da öldürme gibi Şiddet yoğun yaptırımlarla tepki verilir ve yoğun Şiddet toplumun duygusal ve intikamcı davranışlarından ortaya çıkar. “Göze göz, diŐe diŐ” kıyas yasası karşılığını baskıcı hukukta bulur.<sup>169</sup> rneğin hırsızlık suçunda, suçlunun elinin kesilmesi, dine kfretmede ise dilin kesilmesi gibi Şiddetli cezalandırmalar olasıdır.<sup>170</sup> Bu tür sindirici yaptırımlarla sapma davranışları kontrol altına alınmaya çalışılır.<sup>171</sup>

Devletin ortaya çıkıŐıyla temel işlevi “ortak inanç, gelenek ve detlere sayėı ve uymayı sağlamak, başka deyişle ortak bilinci i ve diŐ her türlü dŐ-  
mana karşı korumak” olarak belirir. Böylece devlet kolektif bilincin “simgesi, canlı anlatımı” olarak cisimleŐir.<sup>172</sup> nk ceza hukuku, kolektif vicdanın doç-  
rudan bir ifadesi olduğu için insanlara yakındır. Dolayısıyla, ceza hukukunu yürürlüğe koyan ve uygulayan devlet, doğrudan doğruya bireysel vicdana yan-

<sup>160</sup> Clarke, s. 247; Ritzer, s. 200; bkz. Durkheim, Toplumsal İŞbölümü, s. 127 vd.

<sup>161</sup> Durkheim, Toplumsal İŞbölümü, s. 132.

<sup>162</sup> Durkheim, Toplumsal İŞbölümü, s. 131.

<sup>163</sup> Durkheim'ın kolektif bilincin güçlü bir Şekilde bulunduğu, din adına yapılan vahşi cezalandırmalarla dolu engizisyonndan bahsetmemiŐ olması dikkat çekicidir. Clarke, s. 250; Waters, s. 445.

<sup>164</sup> Durkheim, Toplumsal İŞbölümü, s. 122 vd.; Clarke, s. 248; Ritzer, s. 200.

<sup>165</sup> Durkheim, Ceza Evriminin İki Kanunu, s. 25.

<sup>166</sup> Durkheim, Ceza Evriminin İki Kanunu, s. 25.

<sup>167</sup> Treviño, s. 240.

<sup>168</sup> Edinsel, s. 365; Kemal Gözler, Hukuka Giriş, Bursa, 2015, s. 365.

<sup>169</sup> Treviño, s. 240.

<sup>170</sup> Ritzer/ Stepnisky, s. 89.

<sup>171</sup> Waters, s.445.

<sup>172</sup> Durkheim, Toplumsal İŞbölümü, s. 113-115.

siyan kolektif vicdanı ifade ediyor olarak anlaşılabilir. Bu anlamda devlet, birey ve grupla yakın durumdadır.<sup>173</sup> Devlet gücünün oluşmasıyla devletin kendisi toplumsal yaşamda özerk bir etkene dönüşmesine rağmen, bu toplum tipinde ortak bilincin bir türevinden başka bir şey değildir.<sup>174</sup>

Durkheim bir de devlet kurulduktan sonra kolektif bilince yönelik suçların yanında yeni suçlar ve yaptırımlar tanımlayabileceğini ve/veya bazı davranışların suç niteliklerini ağırlaştırabileceğini belirtir. Devletin suç olarak nitelendiği bu davranışların ortak özelliği toplumsal yaşamı yürüten organlara karşı olmalarıdır. Toplumsal duygulara karşı olan da, devlete karşı olan da aynı suç tipini oluşturur. Farklı farklı suç tipleri yoktur. Devletin örgütlü tepki gösterme erki ile toplumun dağınık durumda olan tepki erki aynı niteliktedir.<sup>175</sup>

İşbölümünün evrilmesiyle baskıcı hukuktan onarıcı hukuk geçilir. Baskıcı hukuktan, onarıcı hukuka geçişin iki temel belirtisi vardır: Birincisi kolektif bilincin yönelik olan ve baskıcı hukukta yer alan suç türlerinin sayısının azalmasıdır. Bu kolektif bilincin belirli suç tiplerine karşı zayıfladığı ve giderek bunlara daha az tepki gösterdiği anlamına gelmektedir. İkinci temel belirtisi ise kolektif bilincin en asli belirleyeni olarak dinin etkisinin giderek azalmasıdır. Dinin karşıladığı hukuksal, ahlaki ve iktisadi ilişkilerdeki ahlaki temel, toplum değiştiğiçe hukuksal düzenlemelerle ve denetimlerle karşılanır hale gelmektedir.<sup>176</sup>

Özet olarak Durkheim'a göre, görece basit ve homojen toplumlarda, ceza toplumsal dayanışmayı son derece simgesel ve 'retorik' bir şekilde teyit eder ve tekrar tekrar inşa eder. Bu amaca ulaşmak içinse 'kolektif galeyana' ritüellerini kullanır.<sup>177</sup>

### **b. Organik Dayanışmacı Toplumda Hukuk: Onarıcı Hukuk**

Organik dayanışmanın olduğu modern toplumlarda, toplumun her bir parçası farklı işlev görür. Böyle bir toplumda hukuk ise kolektif bilincin sağladığı normatif düzenin zayıfladığı koşullarda bireylerarası yeni bağlar oluşturur.<sup>178</sup>

Ekonomik bağımlılık ve karşılıklı fayda amacıyla işbirliği, modern organik toplumlarda dayanışmanın temelini oluşturmaktadır. Fakat bunlar toplumun bir arada tutulabilmesi için yeterli değildir. Gelenek ve dinin aracılığıyla sanayi öncesi toplumlarda sağlanan dayanışma ve denetim, organik toplumlarda devlet ve hukuk aracılığıyla ve mesleki birliklerin de katkılarıyla yapılacaktır.<sup>179</sup>

<sup>173</sup> Cotterrell, s. 243.

<sup>174</sup> Durkheim, Toplumsal İşbölümü, s. 113-115.

<sup>175</sup> Durkheim, Toplumsal İşbölümü, s. 113-114.

<sup>176</sup> Edinsel, s. 368.

<sup>177</sup> Karstedt, s. 60.

<sup>178</sup> Durkheim'in görüşlerinden etkilenen Jürgen Habermas, hukuk konusunda da benzer düşüncelere sahiptir. Habermas'a göre hukuk toplumu birbirine bağlar, toplumsal ilişkileri güçlendirir, toplumsal davranışları uyumlulaştırır ve sonuç olarak modern toplumları bir arada tutar. Bkz. **Jürgen Habermas**, "Postscript to *Between Facts and Norms*," Habermas, *Modernity and Law*, 1996, s. 136; **Jürgen Habermas**, *İletişimsel Eylem Kuramı*; Cilt II: İşlevselci Aklın Eleştirisi Üzerine, İstanbul, 2001, s. 579 vd.; **Tamanaha**, s. 370.

<sup>179</sup> Bahar, s. 39

Organik dayanışmalı toplumlarda uygulanan hukuk onarıcı veya iade edici (rneğin medeni hukuk, ticaret hukuku, idari hukuku, idari hukuk ve anayasa hukuku) hukuktur ve işbirliğine yöneliktir.<sup>180</sup> Hukuksal düzenlemeler daha soyut ve geneldir ve böylece bütün bireylere aralarındaki farklar konusunda herhangi bir derecelendirme yapmadan evrensel olarak uygulanabilir. Hukuk sekülerleşmiş ve yüksek oranda kodifiye edilmiştir.<sup>181</sup> Bu tip hukuk anlayışında amaç durumu ihlal öncesine, yani tekrar eski hale getirerek, bireyler arasında haklar ve ödevler temelinde işbirliğini ve karşılıklı ilişkiyi yeniden tesis etmektir.

“Bu (onarıcı *y.n.*) yaptırımın ayırt edici özelliği, bedel ödetici olmayıp yalnızca eski durumu geri getirici oluşudur. Bu tür hukuka aykırı davranana ya da onu tanımayana suçuyla orantılı bir acı çektirilmiyor; yalnızca ona uymaya mahkûm ediliyor. Eğer daha önce yapılmış böyle davranışlar varsa, yargıç onları olması gereken biçime döndürüyor. Hukuk dile getiriyor, ceza vermiyor. Bir zararın ödetilmesinde ceza niteliği yoktur; yalnızca olağan biçimiyle eski durumu olanak ölçüsünde geri getirmek için geçmişe dönmenin bir yoludur.”<sup>182</sup>

Onarıcı hukukta yazılı hukuk iki yönlü bir amaca sahiptir; Bireylerin yükümlülüklerini belirlemek ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda uygulanacak yaptırımları belirtmek. Örneğin medeni hukuk önce “İşte ödev!” ve ardından “İşte cezası!” demektedir.<sup>183</sup>

İşbölümü ile toplumsal verimlilik artar, maddi ve manevi kalkınma sağlanır ve uygarlık gelişir. Bu tür gelişmeler “ahlaki yaşama hemen tümenden yabancısıdır”. Durkheim, uygarlığa baktığında ilerleme olduğunu ve fakat intihar ve suç oranlarında artma görüldüğünü belirtir. Çünkü Durkheim'a göre uygarlık her türlü ahlaki nitelikten uzaktır ve ahlaki gereksinimleri karşılamamaktadır. Bu noktada Durkheim “Biraz adaleti, dünyanın bütün sanayi ilerlemelerinin” üstünde tutar.<sup>184</sup>

Durkheim'a göre modern organik toplumlarda farklılaşmış kurumlar, özelleşmiş işler ve otonom bireyler nedeniyle onarıcı/tazmin edici hukuk ağır basmaktadır. Bu toplum tipinde Durkheim'ın “beşeri suçluluk” (*criminalité humaine*) olarak belirttiği suç tipi ağırlık kazanır. Beşeri suçlar sadece insanlara saldırı niteliğindeki suçlardır; adam öldürme, hırsızlık, her çeşit şiddet ve hile bu suçlara örnektir.<sup>185</sup>

Ortak bilincin yerini organik toplumda “birey ethosu”<sup>186</sup> almıştır. İşbölümü ile Durkheim'ın “birey kültü” olarak adlandırdığı yeni anlayış çerçevesinde insan onuru, bireye saygı, hümanizm gibi değerlerden oluşan seküler ahlaki değerler yükselmiştir.<sup>187</sup>

Konusu birey olan suçlarda, tek tek bütün bireyleri ilgilendirdiği için insan onurunu korumaya yönelik duygular harekete geçer. İnsan onuruna saygı-

<sup>180</sup> Swingewood, s. 141; Clarke, s. 250.

<sup>181</sup> Deflem, s. 62.

<sup>182</sup> Durkheim, Toplumsal İşbölümü, s. 143.

<sup>183</sup> Durkheim, Toplumsal İşbölümü, s. 104-105.

<sup>184</sup> Durkheim, Toplumsal İşbölümü, s. 76-77.

<sup>185</sup> Durkheim, Ceza Evriminin İki Kanunu, s. 25.

<sup>186</sup> Cotterrell, s. 242.

<sup>187</sup> Treviño, s. 241.

dan yoksun olan fiillere karşı tepki, insan olmamız hasebiyle insana duyduğumuz sempati duygularından gelir. Bu duygular insanın içinden gelir ve belirli bir sebebe dayanmazlar.<sup>188</sup>

Toplumlar ilerledikçe, suç şahsileşmekte ve suçluluğun dini şekilleri geilemektedir. Bu durumda cezaların gittikçe hafiflemesi ve insanileşmesi kaçınılmazdır. Bunun sebebi örflerin yumuşaması değil, dinin toplumsal hayatta etkisinin azalmasıdır. İnsana duyulan sempati hislerinin artması da cezanın hafiflemesinde bir faktör olmasına rağmen, tek başına bunu açıklamaya yeterli değildir. Çünkü aynı duygu cezaların arttırılması yönünde de etkilidir. Durkheim'a göre gerçek sebep "muztarip olana karşı duyulan merhamet hissi, artık, bunun tesirini göstermesine müsaade etmeyecek olan karşıt hisler tarafından ezilmiş durumda değildir."<sup>189</sup>

Çıkarı zarar gören birey mahkemede dava açarak eski hale iadeyi talep eder. Zararın tazmin edilmesi, medeni hukuk davalarında haksızlık, örneğin sözleşmenin ihlalinde olduğu gibi, belirli bir tazminatın ödenmesi şeklinde gerçekleşir. Bu tür durumlarda zarar toplumun ahlaki değerlerine yönelik olarak görülmez ve suça tepki duygusal nitelikte değildir; suç bireye karşı işlenmiş, zarar bireye verilmiş olarak düşünülür. Bu nedenle hukuk bireyin eski haline geri dönmesini sağlayıcı veya onarıcı olarak işler. Zararı veren ise zararı karşılamakla yükümlüdür.<sup>190</sup> Ceza hukuku ise hala cezalandırıcı fonksiyonlarını yerine getirir, fakat medeni hukukun gelişmesi açıkça onarıcı hukukun belirtisidir.<sup>191</sup>

Her şey de uzmanlaşma olduğu gibi hukuksal sorunlarda da uzmanlaşma görülür ve hukuk bir sistem olarak ortaya çıkar: Güvenlik güçleri, mahkemeler, hapishaneler vb. Suça karşı tepki hukuk mekanizması aracılığıyla ve hukuk sistemi içinde gerçekleşir.<sup>192</sup>

Onarıcı hukukun en önemli görevleri uyuşmazlık çözmek, uzlaşma sağlamak ve eski hale iadenin sağlanmasıdır. Bu tip hukuk kişiler arası ilişkilerde uyumlu bir denge sağlayarak toplumsal bir bağ gibi işlev görür.<sup>193</sup>

"... bu (onarıcı *y.n.*) hukuk toplumda, sinir sisteminin canlı organizmada oynadığı role benzer bir rol yerine getirmektedir. Gerçekten de sinir sisteminin görevi, vücudun değişik işlevlerini uyum içinde işleyecek biçimde düzenlemektir: Bu nedenle söz konusu rol, çok doğal bir biçimde, organizmanın fizyolojik işbölümünün sonucu olarak ulaştığı odaklanma durumunu anlatır. Bu demek ki, bir toplumun da toplumsal işbölümü sonucu olarak ulaştığı odaklanmanın derecesi, onarıcı yaptırımla işbirliği hukukunun gelişimine bakılarak ölçülebilir."<sup>194</sup>

Cotterrell, Durkheim'ın karmaşık endüstri toplumlarının onarıcı hukuku ile böyle toplumlardaki devletin karakter özellikleri ve sorunları arasındaki ilişkiyi ortaya koymasını önemli bulur ve bunu vurgulamak gerektiğini belirtir.

<sup>188</sup> Durkheim, Ceza Evriminin İki Kanunu, s. 27.

<sup>189</sup> Durkheim, Ceza Evriminin İki Kanunu, s. 29.

<sup>190</sup> Treviño, s. 241; Waters, s. 445.

<sup>191</sup> Deflem, s. 62.

<sup>192</sup> Durkheim, Toplumsal İşbölümü, s. 155 vd.

<sup>193</sup> Treviño, s. 241.

<sup>194</sup> Durkheim, Toplumsal İşbölümü, s. 161.



Onarıcı hukuk bireysel zihin durumlarıyla ilişkili değildir ve sosyal olgular temellidir. Bu yüzden devlet veya organları tarafından yapılan onarıcı hukuk çoğu zaman "içimizdeki herhangi bir duyguya karşılık gelmez" ve bireysel farkındalık düzeyinde kuralların nedenleri anlaşılabilir.<sup>195</sup>

Onarıcı hukuk toplumdaki çeşitlilik koşullarından kaynaklandığından topluluk içindeki işlevsel olarak farklılaşmış sanayi ve meslek gruplarının ilişkilerini yöneten kurallar oluşturulurken bu farklılıklar ve özel koşullar dikkate alınmalıdır. Devlet önce genel kuralları belirlemek durumundadır; bu ise devletin işbölümünün çok çeşitli koşullarından uzak olduğu şeklinde görünebilir. Bu kurallar toplumun bütününe birleştiren ortak inanç ve düşünceleri yansıtmazlar ve devlet uygulamaya dönük genel kuralları oluştururken, gelişmiş işbölümünün ihtiyacı olan incelikli kuralları yapmaktan uzaktır. İşbölümünün karmaşıklığının giderek artması ile birlikte devletin işlevlerini büyük ölçüde genişlemiştir. Devletin idari görevleri, çeşitli işlevlerin etkileşiminin düzenlenmesi konusunda daha kapsamlı ve karmaşık hale gelir. Onarıcı hukukun büyümesi ve onarıcı yaptırımların baskın olması bu gelişmeyi yansıtmaktadır.<sup>196</sup> Fakat Durkheim, bunun yeterli olmadığını, insanlardan uzak olan devletle toplum arasında aracı kurumların, özellikle meslek örgütlerinin devlet ve bireyler arasında yer almalarından dolayı bu boşluğu kapatmada işlevi görebileceklerini ileri sürer.<sup>197</sup>

Kısaca özetlersek Durkheim'a göre ceza ve hukuku "daha 'rasyonel' olan ve gerektiğinden fazla gaddar olmayan, daha az tutku ve ahlaki enerji ile dolu olan, daha sınırlı ve kapalı olan ve daha az görünür olan formlar"a evrilmiştir. Kısacası cezalandırma modern toplumların ihtiyaçlarına adapte olmuştur.<sup>198</sup>

Yukarıda anlattığımızın özeti olarak mekanik/organik dayanışma, baskıcı/onarıcı hukuk arasındaki ilişki basitçe şu şekilde şemalaştırılabilir: <sup>199</sup>

### Mekanik Dayanışma

Aynılıklar, benzerlikler	Etkileşim	Güçlü ahlaki kurallar, Somut ortak vicdan, Baskıcı hukuk	Bütünleşme
--------------------------	-----------	--	------------

### Organik Dayanışma

Karşılıklı olarak birbirini tamamlayıcı farklılıklar (İşbölümü)	Etkileşim	Zayıf ahlaki kurallar, Soyut ortak vicdan, Onarıcı hukuk	Bütünleşme
---	-----------	--	------------

<sup>195</sup> Cotterrell, s. 243.

<sup>196</sup> Cotterrell, s. 243-244.

<sup>197</sup> Deflem, s. 63.

<sup>198</sup> Karstedt, s. 63.

<sup>199</sup> Pope, s. 81.

### 3. Ceza Evriminin İki Kanunu

Daha önce de belirtildiği gibi Durkheim'a göre toplumların temel yapısı ve örgütlenmesi mekanik dayanışmadan, organik dayanışmaya doğru bir gelişme gösterir ve aynı şekilde baskıcı hukukun yerini onarıcı hukuk alır. Durkheim, 1901'de yazdığı *Ceza Evriminin İki Kanunu*<sup>200</sup> (*Two Laws of Penal Evolution*) adlı makalede *Toplumsal İşbölümü* kitabında hukukla ilgili yazdıklarını gözden geçirir. *Toplumsal İşbölümü* kitabında ifade ettiği mekanik/ organik dayanışma ve bastırıcı/ onarıcı hukuk arasındaki keskin ayrımı terk eder. Makalesinde toplumsal değişimlere paralel cezalandırmanın türü ve derecesindeki değişimlere dair birbiriyle ilişkili iki ilke ileri sürer.<sup>201</sup> Durkheim'ın ceza ile ilgili birinci ilkesi *niceliksel değişim ilkesidir*. Bu ilke bağlamında cezai yaptırımın boyutu, şiddeti, ağırlığı ve yoğunluğu ile ilgilenir. İkinci ilke ise *niteliksel değişim ilkesidir*; bu ilke ise bedensel cezalandırmadan hapis cezasına doğru tarihsel değişime ilişkin ilkedir.

Durkheim, cezaların değişiminin ilkeleri arasında diyalektik ilişkiye vurgu yapar; cezalarda niteliksel değişim, kısmen cezalardaki niceliksel değişime tabidir. Diğer bir ifadeyle birinci ilke, ikinci ilkenin açıklanmasına yardım eder.<sup>202</sup>

### 1. Niceliksel Değişikliklerin İlkesi (*The Principle of Quantitative Change*)

Durkheim birinci ilkeyi şu şekilde ifade eder: "Cemiyet ne kadar az gelişmişse ve merkezi iktidar ne kadar mutlak bir karakterde ise cezanın şiddeti o kadar yüksek olur." Buna göre toplumların gelişme düzeyi ile cezanın şiddeti arasında ilişki kuran Durkheim, toplumların gelişmesiyle cezanın şiddetinin azaldığını belirtir.<sup>203</sup>

Diğer çalışmalarından farklı olarak merkezi iktidar kavramıyla cezanın şiddeti arasında ilişki kuran Durkheim'a göre toplum daha az gelişmiş toplumlara yaklaştıkça ve/veya siyasi iktidar merkezileştikçe cezanın şiddeti artar. Cezanın yoğunluğu ile ilgili bu iki açıklama –toplumsal gelişme ve politik merkezileşme- birbirinden bağımsızdır. Yani toplumun, toplumsal gelişme düzeyi ile politik merkezileşmenin derecesi tamamen birbirinden ayrıdır. Çünkü merkezileşmiş mutlak güç basit toplumlarda görülebildiği gibi, gelişmiş toplumlarda da bulunabilir. Durkheim bu merkezileşme olgusunun, tarihsel olumsal bir olgu olarak herhangi bir dayanışma tipinden bağımsız olduğunu ileri sürer.<sup>204</sup>

Merkezileşmiş iktidar, mutlak karakterde bir iktidardır; mutlak iktidar "toplumdaki diğer sosyal fonksiyonlarda, kendisini etkili bir şekilde dengeleyecek veya sınırlandıracak güçte hiçbir şey rastlamamış olan iktidardır."<sup>205</sup> Durkheim mutlak iktidarı belirlemenin ikinci yolu olarak iktidarın toplumun kalan kısmıyla ilişkisini ele alır. İktidarla, toplum arasındaki ilişki tek taraflı ise, yani malîğin kendi aynı üzerinde her türlü hakka sahip olması, bunun

<sup>200</sup> **Émile Durkheim**, *Ceza Evriminin İki Kanunu*, Ankara, 1966, s. 3.

<sup>201</sup> **Treviño**, s. 242.

<sup>202</sup> **Durkheim**, *Ceza Evriminin İki Kanunu*, s. 123.

<sup>203</sup> **Durkheim**, *Ceza Evriminin İki Kanunu*, s. 3-4.

<sup>204</sup> **Treviño**, s.242; **Durkheim**, *Ceza Evriminin İki Kanunu*, s. 8.

<sup>205</sup> **Durkheim**, *Ceza Evriminin İki Kanunu*, s. 4.

karşısında aynın hiçbir hakkı olmaması durumu gibi bir durum söz konusuysa, burada mutlak iktidar vardır. Eğer iktidarla toplum arasındaki ilişki karşılıklı ve iki taraflı ilişki ise, sözleşme ilişkisinde olduğu gibi, iktidarın mutlaklığı da o oranda azdır.<sup>206</sup>

“Böylece merkezi iktidarı az veya çok mutlak kılan şey, onu tadil maksadıyla usulen teşkilatlandırılmış olan her türlü karşıt ağırlığın, az veya çok radikal surette, yokluğudur. O halde, bu neviden bir iktidara vücut veren, bunu yaratan amil bir cemiyetin bütün yönetici ve yön verici fonksiyonlarının tek ve aynı elde, az veya çok tam bir şekilde toplanmış olmasıdır denebilir.”<sup>207</sup>

Bütün toplum üzerinde hâkimiyete sahip olan bu iktidar, kendisini sadece kendi iradesine ve keyfine bağlı hisseder ve bütün isteklerini başkalarına zorla kabul ettirebilir. Aşırı merkezileşme sonucu ortaya çıkan bu üstünlük sadece fiilen değil, hukuken de hayata geçirilir. Bu imtiyaza sahip kişi öyle bir nüfuz ile donatılmış olur ki, insan-üstü bir varlık olduğu farzedilmeye başlanır ve ondan normal insanın mükellefiyetlerine tabi olması düşünülemez. Bu stn varlığa yönelik her türlü saldırı adi suçlar gibi görülmeyecek ve hatta kutsal ortak değerlere yönelik suçlar gibi sayılacaktır. Bu suçların cezaları da şiddet yoğun nitelikli olacaktır.<sup>208</sup>

Durkheim, modern toplumların birçok alanda, örneğin ekonomik alanda, modernleşmesine karşı, iktidarın, otokratik monarşiler ve diktatörlüklerde olduğu gibi mutlakiyetçi olabileceğini ifade eder. Çağdaş mutlakiyetçi toplumların ortaya çıktığı çağdaş toplumlarda yaptırımlar sert kalabilir ve kamuya açık infazları da içerebilir.<sup>209</sup>

Durkheim niceliksel değişikliklerin ilkesinin somut örneklerini modern öncesi toplumların ve suçlu üzerinde uyguladıkları yaptırımların tarihsel analizini yaparak gösterir.<sup>210</sup>

<sup>206</sup> **Durkheim**, Ceza Evriminin İki Kanunu, s. 5.

<sup>207</sup> **Durkheim**, Ceza Evriminin İki Kanunu, s. 6.

<sup>208</sup> **Durkheim**, Ceza Evriminin İki Kanunu, s. 32.

<sup>209</sup> **Deflem**, s. 65.

<sup>210</sup> rneğin İbraniler, gelişmiş değil, ama demokratik bir toplum olmaları nedeniyle Mısırlılar'da, Suriyeliler'de ve Asurlular'da olduğu gibi zalimane öldürme yöntemleri kullanmamışlardır. Roma Cumhuriyeti'nde cezalar daha hafifken, Roma İmparatorluğunun kurulması ile iktidar mutlaklaşma eğilimi göstermiş ve ceza kanunları ağırlaşmıştır. Daha çok ölüm cezası, daha çok şiddet içeren cezalar ve işkence birçok suçta da uygulanmaya başladı. Ortaçağda işkencenin bir ceza yöntemi olarak kullanılması İmparatorluk Roması'ndan mirastır.

Kilise ortaçağın erken dönemlerinde oldukça yumuşak bir cezalandırma anlayışına sahipti. Kilisenin tercihen hükmettiği cezalar kefaret ve ileydi. Bunun dışında kilise şiddetli bir cezalandırma gerektiğini dşndğu durumlarda suçlular dünyevi mercilere teslim ediliyordu.

14. yüzyıl sonunda Kraliyet iktidarı güçlenmiş ve buna paralel şekilde cezalar da sertleşmiştir. nce siyasi suçlar kategorisi kabul edilmiş ve daha sonrada dini suçlar bile siyasi suçlar olarak kabul edilerek, bu suçu işleyenlere karşı ağır cezalar uygulanmıştır. Çarh işkencesi (ilk bu zaman başladı), diri diri gömme, atlara bağlayıp paralatma, canlı canlı derisini yüzme, kaynatma ve bazı hallerde mahkmun çocuklarına da aynı cezanın uygulanması söz konusuydu.

17. yüzyılda mutlak monarşilerin iktidarında ortaçağın yukarda sayılan cezalar uygulanıyordu. Bunun dışında yeni bir ceza olarak Kürek cezası ihdas edilmişti. O kadar korkunç bir cezaydı ki, mahkmlar bu cezadan kurtulmak için ellerini/kollarını kesiyor-

Durkheim mutlakiyetçi modern toplumların varlığını, mekanik toplumdaki organik topluma geçiş kuramıyla çelişkili bulmaz. Çünkü Durkheim'in bakış açısından modern zamanlarda mutlakiyetçi rejimlerin varlığı normal değil, patolojik bir durumdur. Bu durumda, bu tip toplumlarda baskıcı cezalandırma toplumun doğasından değil, belirli bazı tarihsel koşulların fonksiyonundan kaynaklanmaktadır. Sosyo-tarihsel gelişimin normal koşulları altında modern toplumlar demokratiktir ve cezalar daha az şiddet içerir.<sup>211</sup> Bunun nedeni, demokratik organik toplumlarda yasalar ikili ilişkilerde, iki veya daha fazla taraflar arasında bir sözleşme olarak düzenlenir ve tarafların hepsi hukuk önünde eşit kabul edilir. Bu hukuk sistemlerinin kuralları da sekülerdir; suç başka bir insana karşı suçtur ve dinsel kanunlara aykırılıkta olduğu gibi bir öfke uyandırmaz.<sup>212</sup>

## 2. Nitelikle İlgili Değişikliklerin İlkesi (*The Principle of Quantitative Change*)

Durkheim, toplumların gelişimiyle, cezaların niteliğinin değiştiğini, vahşi nitelikteki cezalardan daha insani cezalara yönelindiğini belirtir. Bu durumu şu ilkeyle ifade eder; "Suçların ağırlık derecelerine göre değişen zaman devreleri olarak hürriyetten mahrum edici cezalar, gittikçe, tecziyenin normal şekli haline gelmeye temayül etmektedir."<sup>213</sup>

Cezanın evrimi konusunda Durkheim ikinci tezi yine mekanik ve organik toplum ayrımına dayanır ve cezanın modern toplumlarda özgürlükten mahrum kılma olduğunu belirtir. Diğer bir ifadeyle hapisane, organik toplumlarda asıl cezalandırma biçimi halini almıştır. Bu tip cezalandırmanın amacı bireyi tekrar topluma kazandırmak ve toplumsal ilişkileri yeniden kurmaktır. Mekanik toplumlarda hapsetmek ihtiyacı karşılamamaktadır, çünkü hukukun ihlali toplumun bütününe tehdit ettiği için tolere edilemez ve yeniden bireyin dayanışmada yer alabileceği kabul edilemez.<sup>214</sup>

18. yüzyılda seküler hukukun geliştiği dönem hapis cezasının asıl uygulandığı dönemdir. Başlarda sadece hapis cezası yeterli bir cezalandırma olarak görülmemiş ve buna ilave olarak mahkûmlara cezayı ağırlaştırmak için kemer veya zincirler takılmış, yemek verilmemiştir. Giderek bu ağırlaştırıcı unsurlar terk edilmiş ve geriye hapis ve ölüm cezası kalmıştır. Ölüm cezası da daha dar bir şekilde uygulanmaya başlanmış ve hatta bazı ceza kanunlarından tamamen

---

lardı. Fakat sonrasında 1677'de el/kol kesme fiiline ölüm cezası getirildi. İşkence niteliğinde çok sayıda ceza vardı.

18. yüzyılın ortalarına kadar ceza kanunları aynı şekilde kaldı. Sonra bütün Avrupa'da protesto hareketleri görülür. İtalyan ceza hukukçusu Beccaria bu harekete kendi adını vermiş olsa da, hareketin başlangıcı kendisinden daha öncedir. Fakat Beccaria'nın *Suçlar ve Cezalar* kitabının "köhne ve iğrenç" ceza hukukuna yeni bir bakış açısı getirmiştir. **Durkheim**, Ceza Evriminin İki Kanunu, s. 12-15.

<sup>211</sup> **Deflem**, s. 65.

<sup>212</sup> **Deflem**, s. 66.

<sup>213</sup> **Durkheim**, Ceza Evriminin İki Kanunu, s. 16.

<sup>214</sup> **Deflem**, s.66.

ıkarılmıştır.<sup>215</sup> zetle Durkheim'a göre hapis cezası önce sadece önleyici bir tedbir olarak kullanılırken, zamanla asli bir yaptırım haline dönüşmüştür.<sup>216</sup>

Hapis cezasının az gelişmiş toplumlarda olmayışı, ihtiyaçlara cevap veremeyişindedir. Bu tür toplumlarda sorumluluk kolektiftir; bir suç işlendiğinde sorumlu sadece suçu işleyen değıl, bütün klandır. Fakat toplumlar merkezileştike aileler sahip oldukları özerklikleri zamanla yitirmişler ve kolektif sorumluluk yerini bireysel sorumluluğaa bıramıştır. Bu durumda suçlunun kaçması ile sorumluluğu paylaşan aile ve grup yerine, suçlunun hapsedilerek, cezasını çekmesi sağlanmaya başlanmıştır.<sup>217</sup> Başka bir deyişle organik toplumlarda hapis hane sistemi cezanın asli şekli haline gelmiştir. Nedeni ise hapis cezasının hem cezanın bireyselleştirilmiş bir biçimi olması, hem de bireyin topluma yeniden kazandırılmasını ve toplumsal ilişkilerin onarılmasını sağlamasıdır.<sup>218</sup>

Bir toplumda hapis cezasının uygulanması ve yerleşmesi için öncelikli olarak bazı kamu kurumlarının gelişmiş olması gerekir. Bu kurumlar askeri bir şekilde güvenlik altına alınmış ve dışarıyla teması kesecek şekilde düzenlenmiş olmalıdır ve bu tür kurumlar biranda ortaya çıkıp yerleşemezler. Henüz gelişmemiş toplumlarda bu tür kurumların izleri dahi yoktur. Bu tür kurumsallaşmalar için özel idarelerin gelişmiş olması gerekmektedir. Fakat klan veya aile düzeninin olduğu topluluklarda ne yöneticiler, ne mabedler bir kurum olarak henüz tam ayrışmamışlardır. Bu koşullar hapis hane fikrini geliştirmek için yeterli değıldir.<sup>219</sup>

Toplumsal yaşamın gelişmesi, mahallelerin oluşması ile burada yapılacak işlerin organize bir şekilde gerçekleşmesini zorunlu kılar ve buralarda toplu yaşam için yapılması gerekenler için örgütlenme başlar. rgtlenme ile yöneten yönetilen ayrımı daha netleşir ve yönetenler kendilerini tabi olanlardan yüksek duvarlarla ayırırlar. Bu durumda hapis hane için gerekli şartlar artık mevcuttur. Durkheim bu sonuca hapis hanelerin Kral saraylarının gölgesinde, mabedlerin müştemilatında ve benzer tesislerde olmasından dolayı ulaştığını belirtir. Ortaçağda ise hapis hanelerin derebeylerin şatolarında ve şehirleri kuşatan kalelerin içinde yer aldığı görülür.<sup>220</sup>

Hapishanenin doğuşu ile cezalar giderek hafifler. İlk önce yumuşayan cezalar en ağır cezalardır; özellikle ölüm cezasını ağırlaştıran şekilleri ortadan kalkmıştır; işkenceyle öldürme gibi. Zamanla vahşi cezaların yerini hapis cezasının muhtelif tipleri almıştır.<sup>221</sup>

Cezaların değişimi sürecinde eski kurumlar yerinde kalıp, yumuşama göstermezler. Yeni toplum, yeni ihtiyaçlar yeni kurumları getirmiştir. Eski ceza kurumlarının kuruluşundaki saikle, yeni kurumların kuruluşundaki saik aynı değıldir. Saik daha çok eşitler arasında gerçekleşen suç eylemlerine duyulan tepkidir ve bu tepki daha sakin, daha rasyonel niteliktedir. Yeni anlayış, yeni cezaları zorunlu olarak getirmektedir. Cezaların hafifleye hafifleye yok olacağı

<sup>215</sup> **Durkheim**, Ceza Evriminin İki Kanunu, s. 18-19.

<sup>216</sup> **Clarke**, s.250-251.

<sup>217</sup> **Durkheim**, Ceza Evriminin İki Kanunu, s. 19.

<sup>218</sup> **Deflem**, s. 66.

<sup>219</sup> **Durkheim**, Ceza Evriminin İki Kanunu, s. 21.

<sup>220</sup> **Durkheim**, Ceza Evriminin İki Kanunu, s. 21-22.

<sup>221</sup> **Durkheim**, Ceza Evriminin İki Kanunu, s. 23.

zannedilmemelidir. Çünkü vicdan duyarlılığını kaybetmez.<sup>222</sup> Ceza eskiden ne idiyse, şimdi de odur aslında; halen bir öç alma eylemidir. Fakat artık burada öcünü almak veya kefaretni ödetmek istediğimiz şey, kolektif bilince yönelik saldırı değildir.<sup>223</sup>

Durkheim'a göre cezalardaki bu yumuşama bir noktada duracaktır ve ceza hukuku ağırlıklı olarak kişiye karşı işlenmiş suçlarla dolacaktır. Fakat bu suçların azaldığının bir göstergesi de değildir. Yeni koşullarda duyarlılıklar farklılaştığı için suç olarak nitelenen fiillerin sayısı giderek artacaktır. "Dün, kamu vicdanını hemen hemen kayıtsız bırakmış olan hileler, adaletsizlikler bugün onu isyan ettirmekte, kızdırmaktadır ve bu hassasiyet, zamanla, olsa olsa daha fazla canlanacaktır."<sup>224</sup>

#### D. Durkheim'in Görüşlerine Yönelik Değerlendirmeler

Durkheim'in görüşleri hem çok takdir edilmiş, hem de eleştirilmiştir. Takdirin kaynağı sosyolojinin bir bilim olmasındaki büyük katkılarıdır. Eleştiriler ise daha çok kuramlarında kullandığı verilerin yetersiz veya uygun olmadığına yöneliktir.

Durkheim'in en önemli çalışma konularından biri olan toplumsal dayanışma konusunda yapılan eleştirilerden biri, bu konu hakkındaki fikirlerinin, doğal hukukun adalet kavramı gibi, özgürlükten, özgürlüğün bastırılmasına, toplumsal ilerlemeden, toplumsal tepkilere kadar uzanan herhangi bir içerikle doldurulabilir olmasıdır. Kavramların muğlaklığının kuramını da bir anlamda muğlak kıldığı ifade edilmiştir.<sup>225</sup>

Steven Lukes ve Andrew Scull'un editörlüğünü yaptığı *Durkheim and Law* (Durkheim ve Hukuk) adlı kitapta Durkheim'in toplum ve hukuk görüşünün reddedilemez büyük hatalarla dolu olduğunu belirtirler. Onlara göre o tarihsel verilerle, Durkheim'in ulaştığı sonuçlara ulaşamaz.<sup>226</sup>

Lukes ve Scull'in Durkheim'a yönelik diğer eleştirileri "iktidar fenomeninin olağandışı bir şekilde ihmal edilmesi ve genel olarak politik teorisinin gelişmemiş doğası"yla ilgilidir. Durkheim'in katı ve mutlak toplumsal gerçeklik vurgusu yapması ve aynı zamanda bir toplumsal aktör olarak iktidarı dışarıda bırakması tutarsızlık olarak görülmektedir.<sup>227</sup> Bu eleştirilerine rağmen Lukes ve Scull Durkheim'in çalışmalarının aynı zamanda daha ileri araştırmalar için zemin hazırladığını da ifade ederler.

Mathieu Deflem, Durkheim'in sosyolojiye hem konu, hem de yöntem açısından katkısının çok büyük olduğunu belirttikten sonra, onun hukuk sosyolojisine kısmi katkılarının da önemini vurgular. Deflem'e göre Durkheim'in temel ilgi konusu olan modern toplumlarda dayanışma ve bu dayanışmanın bireyciliği koruyarak gerçekleştiği yönündeki görüşü, bugün hala değerini korumaktadır. Ama Deflem de Durkheim'in amprik referanslarının –örneğin hukukun

<sup>222</sup> Durkheim, Ceza Evriminin İki Kanunu, s. 33-34.

<sup>223</sup> Özkan Ağaş, Ceza ve Adalet, İstanbul, 2013, s. 116.

<sup>224</sup> Durkheim, Ceza Evriminin İki Kanunu, s. 33-34.

<sup>225</sup> Nalbandian, s. 352.

<sup>226</sup> Pat O'Maley, "Durkheim And the Law, Luke and Scull (eds.)" Law Context: A Socio-Legal Journal, Vol.3, No.158, 1985, s. 158-159.

<sup>227</sup> O'Maley, s. 158-159.

baskıcı hukuktan onarıcı hukuka evrilmesine dair ileri sürdükleri gibi- yeter-sizliğini belirtir. Yine de Durkheim'ın çalışmaları hukuk sosyolojisi alanında hukuk üzerinde çalışma konusunda yaratıcı bir yaklaşım sunmaktadır. Toplumun normatif boyutunu merkeze alan bu yaklaşım hem bilimsel, hem de değerlendirici perspektife olanak sağlar. Hukuk sosyolojisi açısından hukukun toplumsal normlar ve toplumun moral anlayışı ile içsel bağlantısının gösterilmesi kadar, hukukun toplumsal dayanışmadaki işlevini tayinde de Durkheim'un sunduğu yaklaşım naıdır.<sup>228</sup>

Bir diğer eleştiri Robert Merton'dan gelir. Merton, Lukes ve Scull gibi, iş-bölümü çalışmasının amprik olarak zayıf olduğunu ve etnografik verilerin ise eksik olduğunu belirterek, bu verilerin hukuk tipleri ile toplumsal dayanışma arasında Durkheim'ın kurduğu ilişki için herhangi bir temel oluşturamadığını belirtir. Merton, çeşitli alanlarda yapılmış çalışmaların ilkel toplumlarda, işbölümü düzeyinin düşük olmasına rağmen onarıcı hukukun olduğunu ileri sürer. Benzer Şekilde gelişmiş toplumlarda güçlü ortak ilgilerin, kolektif bilince yakın bir Şekilde ortaya çıktığını belirtir.<sup>229</sup>

Richard Schwartz ve James Miller, Durkheim gibi amprik çalışmalar yapmışlar ve elde ettikleri sonuçlarla Durkheim'ı yanlışladıklarını ileri sürmüşlerdir. Schwartz ve Miller 51 toplum üzerinden elde ettikleri bilgiler temelinde hukukun gelişimi üzerinde üç yöne odaklanmışlardır: Danışman (*counsel*), uyuşmazlık czmnde akraba olmayan avukatların kullanımı olarak tanımlanır. Arabuluculuk akraba olmayan üçüncü kişilerin uyuşmazlığa dâhil edilmesidir. Polis, hukuku uygulamak üzere özel olarak silahlendirilmış örgütlü g olarak kabul edilir. Schwartz ve Miller, Durkheim'ın düşüncesindeki eksikliğin sebebi olarak, cezai ve cezai olmayan yasal sistemlerin ölçülmesinde farklı ölçütlerin uygulanabileceğini ileri sürerler. Durkheim, baskıcı hukukun varlığı için göreceli olarak daha az örgütlenme gerektiğini, onarıcı hukukun ancak ayrıntılı mahkeme sisteminin geliştirildiği yerde var olabileceğini belirtmişti. Bu nedenle Schwartz ve Miller, Durkheim'ın kuramını desteklemek üzere ileri srdĞu kanıtların, olgularla örtüşmediğini ifade ederler. Buna göre baskıcı hukuktan onarıcı hukuka doğru evrim işbölümü ile ilişkili görünmemektedir.<sup>230</sup> Schwartz ve Miller'in Durkheim eleştirisini konusunda Uprenda Baxi farklı bir yorum getirir. Baxi, Durkheim'ın ileri srdĞu onarıcı hukukun basit toplumlarda olamayacağı tezinin, bu tip hukukun işbölümü düzeyi düşük toplumlarda onarıcı hukukun tamamen olmadığı anlamında değil, daha az yer tuttuğu Şeklinde anlaşılabileceğini ileri sürer.<sup>231</sup> Başka antropolojik çalışmalar ilkel toplumlardaki dini ve seküler yasalar ve aynı zamanda karşılıklı yükümlülükler içeren hukuk sistemleri arasındaki farklılaşma olduğunu göstermektedir. Benzer Şekilde karşılaştırmalı ve tarihsel analizler modern hukuk sistemlerinin sadece onarıcı değil, baskıcı yönleri olduğunu göstermiştir. Baskıcı hukuk sadece ceza hukukunun geleneksel alanında değil, fakat aynı zamanda baskıcı mantığın sızdığı özel tutum ve dini etikle ilgili alanlarda da gözlemlenmektedir.<sup>232</sup>

<sup>228</sup> Deflem, s. 56.

<sup>229</sup> Deflem, s. 67.

<sup>230</sup> Deflem, s. 67.

<sup>231</sup> Deflem, s. 68.

<sup>232</sup> Deflem, s. 68.

Durkheim'in çalışmaları konusunda daha çok sayıda değerlendirme bulunmaktadır. Hem kuramsal, hem de pratik düzeyde yaptığı çalışmalar nedeniyle Durkheim bundan sonra da ele alınmaya devam edecektir. Negatif eleştiriler Durkheim'in çalışmalarını değersiz kılmaktan öte, daha çok ufuk açıklığının göstergesi olarak görülmelidir.

#### IV. SONUÇ

Sosyoloji ve hukuk arasındaki ortaklık 19. ve 20. yüzyıllardaki modernizasyonun bir parçası olarak ortaya çıkmıştır ve hukuk sosyolojisi bu çabanın bir ürünüdür. Kökleri klasik sosyologlara ve çalışma konumuz olan Durkheim'a dayanan bu güçlü gelenek hukukçular ve sosyologlar için yeni araştırma alanları açmıştır.

Durkheim'in metodolojik çalışmaları, nedensel ve işlevsel analizle ilgili yapısal bir sosyolojinin yolunu açmış ve toplumun sosyolojik olarak incelenmesini diğer akademik alanlara indirgenemez hale getirilmesini sağlamıştır. Aynı şekilde, topluma, dayanışma işlevi olan ahlaki bir toplumsal düzen olarak ele alması modern sosyologlar için önemli bir ilham (ve aynı zamanda eleştiri) kaynağı olmuştur.

Durkheim'in sosyoloji biliminin kuruluşunda katkıları o kadar büyüktür ki, bu nedenle o sosyolojinin babalarından biri olarak anılmaktadır. Toplumu bir gerçeklik olarak ele almış ve toplum üzerinde çalışmayı psikolojiden ayrıştırarak, toplumu incelemenin sistematik yöntemini geliştirmiştir. İleri sürdüğü toplum kuramında, toplumsal hayatın kuruluşunu ahlaki bir düzen bağlamında maddi olmayan kolektif bilincin bağlayıcı gücü merkezli olarak ele almıştır. Toplumların dayanışma kapasitelerini mekanik toplumdan organik topluma geçiş ile ortaya sermiştir. Bu bağlamda ahlakın gözlemlenebilir bir göstergesi olarak hukuku incelemiştir. Durkheim'a göre mekanik dayanışmalı toplumlarda baskıcı hukuk o toplumun karakteristiğidir. Organik toplumlarda ise onarıcı hukuk gözlemlenir. Gözlemeye uygun en somut şey cezanın evrimidir. Durkheim'in yönetsel seçimi, hukuka yeni bir sosyolojik yaklaşımı ve hukukun gelişimi üzerine bir kuramı, hukuk sosyolojisine kazandırır.

Durkheim'in amacı giderek karmaşıklaşan modern toplumlarda dayanışmanın nasıl gerçekleşeceği sorununa cevap aramaktır. Fransız Devrimi ve etkilerinden rahatsızlık duyan Durkheim, toplumu çatışmasız bir bütün haline getirmek ister ve hukuk da ahlakın tezahürü olarak bunun araçlarından biridir aslında. Ama toplumdaki değişimler Durkheim'in öngördüğü veya görmek istediği kadar yalın değildir. Çünkü Durkheim hem ekonomik, hem de siyasi alanı kuramının dışında bırakarak, toplumu biçimlendiren en önemli iki faktörü göz ardı etmiştir.

Durkheim'in kuramı ne kadar eksik veya bazılarına göre sorunlu olsa da, hukukun bir toplumsal olgu olduğu ve toplumla birlikte değişim geçirdiği, toplumu anlamının bir aracı olduğu görüşleri hukuk sosyolojisinin önünü açmıştır.



**KAYNAKÇA**

- Ağtaş, Özkan**, Ceza ve Adalet, İstanbul, 2013.
- Berberoğlu, Berch**, Klasik ve Çağdaş Sosyal Teoriye Giriş, İstanbul, 2009.
- Clarke, Michael**, "Durkheim's Sociology of Law," British Journal of Law and Society, Vol.3, Issue 2, Winter 1976, s. 246-255.
- Coser, Lewis A.**, Sosyolojik Düşüncenin Ustaları, Ankara, 2011.
- Cotterrell, Roger B. M.**, "Durkheim on Legal Development and Social Solidarity," British Journal of Law and Society, Vol.4, 1977, s. 241-252.
- Deflem, Mathieu**, Sociology of Law, Cambridge, 2008.
- Diñçkol, Abdullah**, Sosyolojiye Giriş, İstanbul, 2001.
- Durkheim, Èmile**, Ceza Evriminin İki Kanunu, Ankara, 1966, s. 3-34.
- Durkheim, Èmile**, Dinsel Yaşamın İlkel Biçimleri, İstanbul, 2010.
- Durkheim, Èmile**, Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları, İstanbul, 1995.
- Durkheim, Èmile**, Toplumsal İşbölümü, İstanbul, 2014.
- Durkheim, Èmile**, Toplumbilim Dersleri, İstanbul, Şubat 2016.
- Edinsel, Kerim**, Sosyolojik Düşünme ve Çözümleme, İstanbul, 2014.
- Freyer, Hans**, Sosyoloji Kuramları Tarihi, Ankara, 2012.
- Freyer, Hans**, Sosyolojiye Giriş, Ankara, 1957.
- Gözler, Kemal**, Hukuka Giriş, Bursa, 2015.
- Güneş, Fatime**, "Klasik Sosyolojide Temel Yaklaşımlar – II: Emile Durkheim," Klasik Sosyoloji Tarihi, Eskişehir, 2013, s. 88-111.
- Habermas, Jürgen**, "Postscript to *Between Facts and Norms*," Habermas, Modernity and Law, London, 1996.
- Habermas, Jürgen**, İletişimsel Eylem Kuramı; Cilt II: İşlevselci Aklın Eleştirisi zerine, İstanbul, 2001.
- İşıktaç, Yasemin, Umut Koloş**, Hukuk Sosyolojisi, İstanbul, 2015.
- Karstedt, Susanne**, "Explorations into the Sociology of Criminal Justice and Punishment: Leaving the Modernist Project behind," History of the Human Sciences, Vol.20, No.2, s. 51-70.
- Nalbandian, Elise**, "Introductory Concepts on Sociological Jurisprudence: Jhering, Durkheim, Ehrlich," Mizan Law Reviev, Vol.4., No.2, Autumn 2010, s. 348-354.
- O'Maley, Pat**, "Durkheim And the Law, Luke and Scull (eds.)" Law Context: A Socio-Legal Journal, Vol.3, No.158, 1985, s. 158-159.
- Özbilgen, Tarık**, Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri, İstanbul, 1971.
- zcan, Mehmet Tevfik**, Hukuk Sosyolojisine Giriş, İstanbul, 2011.
- Pope, Whitney**, "Emile Durkheim," Sosyolojik Düşüncede İz Birakanlar, İstanbul, 2008, s. 76-90.
- Ritzer, George**, Jeffery Stepnisky, Sosyoloji Kuramları, Ankara, 2014.
- Ritzer, George**, Klasik Sosyoloji Kuramları, Ankara, 2013.
- Swingewood, Alan**, Sosyolojik Düşüncenin Kısa Tarihi, Ankara, 1998.
- Tamanaha, Brian Z.**, "Law and Society," A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, UK, s. 368-380.
- Treviño, A. Javier**, The Sociology of Law, New Brunswick, New Jersey, 2008.

**Turner, Jonathan H., Leonard Beeghley, Charles H. Powers,** Sosyolojik Teorinin Oluşumu, İstanbul, 2010.

**Ünal, Ahmet Zeki,** “Klasik Fransız Sosyoloji Geleneğinde Toplumsal Düzenin Yeniden İnşası Sorunu ve “İkame”,” KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 2016, 18 (30), s. 28-34.

**Yüksel, Mehmet,** “Durkheim,” Hukuk Sosyolojisi, Eskişehir,, 2012, s. 90-93.

**Wallace, Ruth A., Alison Wolf,** Çağdaş Sosyoloji Kuramları, Ankara, 2012.

**Waters, Malcolm,** Modern Sosyoloji Kuramları, İstanbul, 2008.

# MILGRAM DENEYİ: OTORİTE VE İTAATE DAİR\*

(MILGRAM EXPERIMENT ABOUT AUTHORITY AND OBEDIENCE)

**Yard. Doç. Dr./Asst. Prof. Dr. Ülker Yükselbaba\*\***

## Öz

Stanley Milgram Nazi deneyiminden yola çıkıp, insanlar neden itaat eder sorusuna cevap arar. Milgram'ın aşağıda inceleyeceğimiz araştırmasında ulaştığı sonuçlar ürkütücüdür. Elinde herhangi bir zorlama gücü olmayan bir bilim insanının emirlerine insanlar, büyük oranda itaat etmişlerdir. Deneyde bu bilim adamı bir otorite figürüdür. Otorite temel olarak iki unsurun bir aradalığı ile nitelendirilebilir: Birincisi otorite sahibi; diğeri ise itaat eden kişiler. Kavramın içinde barındırdığı itaat, hukuksal düzenin anlaşılmasında önemli bir yere sahiptir. Ayrıca bu bağlamda grubun doğası, uyma, sosyal öğrenme, dil ve iletişim, davranış ve tutum gibi kavramlar otorite ve hukuk ile yakından ilişkilidirler. Hem otoritenin, hem de boyun eğme davranışının doğasının anlaşılması açısından çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmalar arasında Muzaffer Şerif'in "Grup Normunun Oluşması Deneyi", Solomon Asch'in "Uyma Deneyi" ve Stanley Milgram'ın "Otoriteye İtaat Deneyi" sosyal etki deneylerine katkıları nedeniyle önemli yer tutarlar.

Milgram deneyinin hem içeriği, hem de yöntemi çok tartışılmıştır, deyim yerindeyse bilim dünyasında bomba etkisi yaratmıştır. Bu çalışma otorite, itaat, uyum gibi sosyal psikolojinin içinde yer alan temel kavramların nasıl işlediğine dair çok somut verilere ulaşmamızı sağlamıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Milgram, otorite, sosyal etki, itaat, uyma, otoriter-yen kişilik, Asch, Şerif

## ABSTRACT

*Stanley Milgram seeks an answer for the question of "Why do people obey?" based on the Nazi experience. The results of Milgram's research that we will analyze are frightening. Most of the people have obeyed the orders of a scientist who has no power of enforcement. In the experiment this scientist is an authority figure. Authority can basically be described as the existence of two elements: The first is the authority; and the other is the obedient. The obedience that the concept of authority implies, is very significant for understanding the legal order. In this context, concepts such as nature of the group, conformity, social learning, language and communication, behaviour and attitude are closely related to authority and law. Various studies have been carried out for unders-*

---

\* Bu makale, 27.3.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 21.3.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 23.3.2017 tarihinde geçmiştir.

\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, [ulkeryukselbaba@yahoo.com](mailto:ulkeryukselbaba@yahoo.com)

tanding the nature of both the authority and submission. Among those studies, Muzaffer Şerif's "Emergence of the Group Norm Experiment", Solomon Asch's "Conformity Experiment" Stanley Milgram's "Obedience to Authority Experience" are very important due to their contributions to the social impact experiments.

Milgram experiment was very much debated in the sense of both its content and method. As the phrase goes, it created a bomb effect in the science world. This study allowed us to reach very tangible findings about the nature of the basic concepts of social psychology such as authority, obedience and conformity.

**Keywords:** Milgram, authority, social impact, obedience, conformity, authoritarian personality, Asch, Şerif

\*\*\*

## I. GİRİŞ

20. yüzyılda savaşlarda 148 milyon insanın öldüğü ve 250 milyona yakın insanın sakat kaldığı ifade edilmektedir. Soykırımlar, işkenceler, toplama kampları gerçekleşirken bu tek bir zihnin hastalıklı ürünü olarak ortaya çıkmadı; otoriteye tam itaat etmiş milyonlarca insan bu katliamlarda yer aldı. Özellikle II. Dünya Savaşı'nda Naziler'in yaptığı kitlesel kıyımlar ve başka yerlerde başka katliamlar, bilim adamlarını olanları anlamaya ve açıklamaya yönelik çalışmaya itmiştir.<sup>1</sup> Stanley Milgram da Nazi deneyiminden yola çıkıp, insanlar neden itaat eder sorusuna cevap arar. Milgram'ın aşağıda inceleyeceğimiz araştırmasında ulaştığı sonuçlar ürkütücüdür. Elinde herhangi bir zorlama gücü olmayan bir bilim insanının emirlerine insanlar, büyük oranda itaat etmişlerdir. Bir de bunu elinde zorlama ve başka türlü baskı araçları olan devlet ile birlikte düşündüğümüzde sonucun neler olabileceğini (ki Nazi Almanyası'nda görmüştük) hayal etmek oldukça ürperticidir.<sup>2</sup>

Milgram deneyinin temel unsurlarından biri olan ve günlük hayatımızda bizim farkında olmadan itaat ettiğimiz otoriteler birçok davranışımıza yön verir. Örneğin statüsüne bağlı olarak bir otorite figürü olan doktorun bizim üzerimizde büyük etkisi ve güvenilirliği vardır. Bu tür otoriteler karşısında normal rasyonel düşünce sürecimizi bir kenara bırakıp, kör bir şekilde otorite konumundaki kişiye inanırız ve söylediklerini soru sormaksızın yerine getiririz. Otoritenin daha fazla bildiğini veya daha deneyimli olduğunu ve bu yüzden güvenilmesi gerektiğini kabul etmişizdir.<sup>3</sup>

"Otorite" kelimesinin sözlük anlamını araştırdığımızda *Merriam-Webster* sözlüğünde "otorite"nin "düşünce, fikir ve davranışı etkileme veya yönlendirme gücü" olarak tanımlandığını görürüz. Bu gücü kullanan kişi veya kurum da otorite olarak adlandırılır.<sup>4</sup> *The Free Dictionary*'de ise otorite, "Hukuku uygulama, itaate zorlama, emretme, belirleme veya yargılama gücü" olarak ifade edi-

<sup>1</sup> Murat Yıldız, "Sosyal Etki Süreçlerinin Tehlikeli Oyun: Dalga' Filmi Bağlamında Değerlendirilmesi", *ZfWT*, Cilt 8, Sayı 1, 2016, s. 42

<sup>2</sup> Charles Helm/Mario Morelli, "Stanley Milgram and the Obedience Experiment: Authority, Legitimacy and Human Action", *Political Theory*, Cilt 7, Sayı 3, 1979, s. 321

<sup>3</sup> Gary L. Ford/Connie Bird, *Life is Sales*, Kanada, 2008, s. 147

<sup>4</sup> Detaylı bilgi için bkz., <http://www.merriam-webster.com/dictionary/authority>, (çevirmici), Erişim tarihi: 01.02.2017

lir.<sup>5</sup> Günlük hayatımızı etkileyen bu güç, çeşitli alanların çalışma konusu olarak karşımıza çıkar. Ailenin, içinde bulunduğumuz küçük grupların, dinin, iş dünyasının, bürokrasinin ve hatta ulusların otoritesinden bahsedebiliriz.<sup>6</sup>

Otorite temel olarak iki unsurun biraradalığı ile nitelendirilebilir: Birincisi gücü kullanan yani otorite; diğeri ise güce tabi olan yani itaat eden kişiler. Kavramın içinde barındırdığı itaat, hukuksal düzenin anlaşılmasında önemli bir yere sahiptir. Ayrıca bu bağlamda grubun doğası, uyma, sosyal öğrenme, dil ve iletişim, davranış ve tutum gibi kavramlar otorite ve hukuk ile yakından ilişkilidirler.<sup>7</sup>

Hem otoritenin, hem de boyun eğme davranışının doğasının anlaşılması açısından çeşitle çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmalar arasında Muzaffer Şerif'in "*Grup Normunun Oluşması Deneyi*", Solomon Asch'in "*Uyma Deneyi*" ve Stanley Milgram'ın "*İtaat Deneyi*" sosyal etki deneylerine katkıları nedeniyle önemli yer tutarlar.<sup>8</sup> Milgram deneyine ilham veren Asch'in deneyidir. Şerif'in deneyi ise Asch'in deneyine öncülük etmiştir.<sup>9</sup>

Otorite üzerine çalışmalar çok eskiye dayanmakla birlikte, Max Weber'in yaptığı otorite ve türleri klasik hale gelmiştir. Otoriteriyen kişilik kavramı ilk olarak Erich Fromm ve Max Horkheimer tarafından 1929-32 ve 1933-1939 yılları arasında yaptıkları "*Studies on Authority and Family*" (Aile ve Otorite Üzerine İncelemeler) başlıklı çalışma çerçevesinde büyük çaplı anketlere dayanarak incelenmiştir.<sup>10</sup> Daha sonra 1950'de Theodor W. Adorno, Else Frenkel-Brunswik, Daniel J. Levinson ve R. Nevitt Sanford *The Authoritarian Personality* (Otoriteriyen Kişilik) adlı çalışmayı yayınlamışlardır.<sup>11</sup> Sanford ile de birlikte çalışan Theodor W. Adorno otoriteye itaat bağlamında "F Skalası" olarak adlandırılan Faşizm Ölçeğini ortaya koymuştur.<sup>12</sup> İnsanların karakter yapısındaki bazı unsurları değerlendirmeyi amaçlayan bu çalışmada kişinin anti-demokratik

<sup>5</sup> Detaylı bilgi için bkz.,<http://www.thefreedictionary.com/authority>, (çevrimiçi), Erişim tarihi: 01.02.2017

<sup>6</sup> **Ford/Bird**, s. 152

<sup>7</sup> **M.D.A. Freeman**, "Milgram's Obedience to Authority – Some Lessons for Legal Theory," *The Liverpool Law Review*, Cilt 1, 1979, s. 45

<sup>8</sup> **Yıldız**, s. 42

<sup>9</sup> Ayrıca Milgram'ın bu deneyi yapmasında geçmişinin de etkili olduğunu söylemeliyiz. 1933 yılında Nazi rejimi iktidara geldiği yıl Milgram işçi sınıfından Yahudi bir ailenin oğlu olarak New York, Bronx'ta doğar. Ailesinin akrabalarının Avrupa'da olmasından dolayı Nazi Almanya'sında olanlardan dolayı endişelidirler ve küçük yaşında Milgram bu korkuyu görmüştür. Ayrıca Nazi kamplarından kurtulan akrabaları 1946 yılında Milgram ve ailesinin evinde kalmıştır. Bu aynı zamanda Nürnberg yargılamalarının başladığı döneme denk gelir. **Nestar John Charles Russell**, "Milgram's Obedience to Authority Experiment: Origins and Early Evolution," *British Journal of Social Psychology*, Sayı 50, 2011, s.142; **Veysel Batmaz**, "Sanford, Milgram, Şerif ve Asch'in Otoriteriyen Kişilik ve Uyma Deneyleri ve Adorno'nun Sarkacı," *Otoriteriyen Kişilik*, İstanbul, 2006, s. 36

<sup>10</sup> **Batmaz**, "Sanford, Milgram, Şerif ve Asch'in Otoriteriyen Kişilik ve Uyma Deneyleri ve Adorno'nun Sarkacı", s. 18

<sup>11</sup> **Gareth Norris**, *The Authoritarian Personality in the 21st Century*, Doktora Tezi, 2005, s.1, <http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=theses>, (çevrimiçi), Erişim tarihi: 05.02.2017

<sup>12</sup> **Batmaz**, "Sanford, Milgram, Şerif ve Asch'in Otoriteriyen Kişilik ve Uyma Deneyleri ve Adorno'nun Sarkacı", s. 18

yönleri, azınlıklara yönelik önyargıları gibi konularda ölççekler geliştirilerek, bu konular ölçülebilir hale getirilmeye çalışılmıştır.

Otorite ve itaatin anlaşılması, çağımız koşullarında öncelikli bir sorundur. Gelineen teknolojik aşamada otoriteye itaat adına yapılacak eylemlerin sonuçları çok yıkıcı olacaktır.

## II. MILGRAM DENEYİNİN YOLUNU AÇAN BAŞLICA ÇALIŞMALAR: ŞERİF'İN OTOKİNETİK DENEYİ VE ASCH'İN ÇİZGİ DENEYİ

Milgram deneyini incelemeyden önce ona öncülük eden iki deneye göz atmak yararlı olacaktır.

### A. Muzaffer Şerif'in Otokinetik Deneyi

Şerif, 1935 yılında *otokinetik etki deneylerini* yaparak, normların ortaya çıkışında grup içindeki etkileşimi incelemiştir. Buna göre normlar belirsizlik durumlarında davranışa yön vermek için ortaya çıkar. Otokinetik etki karanlık bir odada sabit ve küçük bir ışığın hareket ediyormuş gibi görünmesidir. Aslında ışık hareket etmemekte, fakat odanın karanlık olmasından dolayı gözün hareket ettirilmesiyle, ışık hareket ediyor gibi algılanmaktadır.<sup>13</sup>

Deneyde tamamen karanlık bir odada hareketsiz bir ışığın hangi yönde ve ne kadar hareket ettiği sorulan denek, önce kendine bir standart oluşturmuştur ve buna bağlı kalarak sorulan sorulara cevap verir. Daha sonra denekler ikili-üçlü gruplar halinde iken aynı sorular tekrar sorulur ve deneklerin sesli cevap vermeleri istenir. İlk denemede denekler çok farklı tahminlerde bulunurken, sonraki denemelerde giderek birbirine yaklaşan cevaplar vermeye başlarlar. Ve en sonunda ise üzerinde anlaştıkları bir standart geliştirirler. Daha önce tek başına iken kendi standardını geliştiren denek, topluluğa uyarak topluluğun anlaştığı sosyal gerçeği kabul etmiştir.<sup>14</sup>

Grup etkileşimi sırasında ve ilgili uyarana yönelik üyelerin davranışlarını düzenleyen ölçütler, grup içinde etkileşimde bulunan bireyler tarafından oluşturulduğu için “sosyal norm” veya “grup normu” olarak adlandırılır. Sosyal norm veya grup normu geçmişin ve şimdinin grup etkileşimlerinin ürünlerini içinde barındırır. Sosyal değerler, yasalar, gelenekler, örf ve adetler, folklor ve moda sosyal normlardır. Normlar ile kişiler, nesnelere ve davranışlarla ilgili olarak değerlendirme kriterini oluştururlar. Her olay için ayrı bir sosyal norm olması gerekmez.<sup>15</sup>

### B. Solomon Asch'in Çizgi Deneyi<sup>16</sup>

Asch, 1955 yılında yaptığı uyma deneyinde bireyin karar verirken çevresindeki insanların ne derece etkili olduğunu saptamaya çalışmıştır. Deneyde

<sup>13</sup> **Muzaffer Şerif/Carolyn W. Şerif**, “Sosyal Normların Oluşumu ve Otokinetik Etki Deneyi”, Otoriteriyen Kişilik, çev. Mustafa Atakay, Aysun Yavuz, İstanbul, 2006, s.149 vd.; **Yasemin Işıktaç/Umut Koloş**, Hukuk Sosyolojisi, İstanbul, 2015, s. 164

<sup>14</sup> **Sule Tankut Tuğcu**, “Tüketim Kültüründe Satın Alma Davranışının Oluşması,” Selçuk İletişim, Cilt 3, Sayı 1, 2003, s. 145; **Aysel Kayaoğlu/Rüçhan Gökdağ/Çiğdem Kirel**, Sosyal Psikoloji – I, Ed. Sezen Ünlü, Eskişehir, 2011, s. 58

<sup>15</sup> **Şerif/Şerif**, s. 129

<sup>16</sup> Solomon Asch'in Milgram'ın çalışmalarına etkisi büyüktür. Önce Ash'den de rs almış, daha sonra asistanı olmuş ve Asch'in kitabını edite etmiştir. Hatta Milgram'ın doktora tezinin son kısmı Asch'in çizgi deneyinin bir uyarlamasıdır. Bkz. **Russell**, s. 143-145

katılımcılara bir çift kart gösterilir ve bu kartlardan birinde farklı uzunlukta üç çizgi, diğlerinde ise tek bir çizgi vardır. Deneklerden, tek çizgiyi, diğer karttaki çizgilerin uzunluklarıyla karşılaştırması istenmiştir. Deneklerin %31,8'i gösterilen iki çizgiden uzun ve kısa olan çok açık belli olduğu halde, gruba ters düşmemek için grubun söylediği cevabı tekrar etmiştir. Deneklere neden yanlış cevap verdikleri sorulduğunda, denekler grubun cevabının yanlış olduğunu bildiklerini ve fakat gruptan dışlanmamak, alay edilmemek için gruba uyduklarını söylemişlerdir.<sup>17</sup> Şerif'in deneyinde denek grup normunu benimseyerek, içselleştirmektedir. Asch deneyinde ise denek, davranış düzeyinde gruba uymakta, fakat içselleştirme, diğer bir ifadeyle tutum değişimi ya da benimseme söz konusu olmamaktadır.<sup>18</sup>

Bu araştırmalarda görülmüştür ki, bireyin sosyal etkiye uyma davranışı göstermesinde ortamsal etkenler önemli yer tutar. Grubun büyüklüğü, grubun söz birliği, mevki ve saygınlık, yüz yüze olma gibi etkenler uyma davranışının ortaya çıkmasında etkilidir.<sup>19</sup>

Grup büyüklüğü arttıkça, gruba uyma davranışı artmaktadır. Grup üyelerinin hemfikir olması, uyma davranışını arttırmaktadır. Fakat üyelerden sadece biri bile karşı çıksa, uyma davranışı azalmaktadır. Bu fenomenin en etkiliyici yanı, itiraz edenin kim olduğunun önemsiz olmasıdır.<sup>20</sup> Bu yüzden bir topluluk içinde azınlıkların olması, kamuoyunu oluşturmada baskı gruplarının ortaya çıkması, lobicilik faaliyetleri, uyma davranışı gösteren çoğunluğa yeni bir yön vermede ve itaati kırmada önemli etkenlerdir. Uyma davranışının oluşmasında sosyal etki kaynağı olan kişinin ya da grubun mevkisinin yüksek olmasıyla oluşan saygı; bireylerin yüz yüze olması da sosyal etkinin şiddetini ve uyma davranışını artırır. Bireyin kişiliği de uyma davranışında önem arz eder. Örneğin kişinin kendine güvenmesi, bağımsız bir kişilik yapısının olması uyma derecesini belirler.<sup>21</sup> Grup ve üyeleri arasındaki bağın gücü, uyumda önemli bir rol oynar. Grubun vaadi olarak nitelenen bu durumda ise vaat, bireyi gruba bağlayan, grubun içinde tutmaya olumlu ya da olumsuz şekilde etkileyen güçleri ifade eder. Grubun birlikte amaçlarını gerçekleştirebileceğini, birlikte olmanın verimli olduğunu veya grubun içinde olmanın bir takım yararlar sağlayacağını düşünme, bireyi etkileyen olumlu güçlerdir. Olumsuz güçler ise, bireyi gruptan uzaklaşmaya veya ayrılmaya yöneltir.<sup>22</sup>

Özetle Asch'in deneyi küçük gruplarda normların oluşumunda grupların açık veya örtük baskısının etkisi üzerinedir. Ve bu deney göstermiştir ki, büyük oranla toplumsallık içinde karar ve normlarımızı, başkalarının veya otoritenin üzerimizde yarattığı baskılara göre vermekteyiz.<sup>23</sup> Asch'in doktora asistanı olan Milgram, yaptığı deneylerle toplumdan dışlanmamak, kabul görmek, onaylan-

<sup>17</sup> **Veysel Batmaz**, "Asch Çizgi Deneyi: Uyma (Konformizm) Nedir, Nasıl Oluşur?," Otoriteriyen Kişilik, çev.Nazlı Fatma Kilerci, Veysel Batmaz, İstanbul, 2006, s.193 vd.; **Yıldız**, s. 46

<sup>18</sup> **Tuğcu**, s. 145

<sup>19</sup> **Tuğcu**, s. 145

<sup>20</sup> **Kayaoğlu/Gökdağ/Kirel**, s. 60

<sup>21</sup> **Tuğcu**, s. 145

<sup>22</sup> **Kayaoğlu/Gökdağ/Kirel**, s. 60

<sup>23</sup> **Batmaz**, "Sanford, Milgram, Şerif ve Asch'in Otoriteriyen Kişilik ve Uyma Deneyleri ve Adorno'nun Sarkacı", s. 36

mak vb. için masum gibi görünen nedenlerle uyma davranışı gösteren insanların otoriteye itaat adına nasıl vahşileşebileceklerini ortaya koymuştur.<sup>24</sup>

### III. MILGRAM DENEYİNİN İŞLEYİŞİ<sup>25</sup>

Stanley Milgram'ın itaat deneyleri, otoriteyi anlamaya yönelik sosyo-kültürel oluşumları da dikkate alan son derece etkili ve aynı zamanda tartışmalı sosyal psikoloji temelli deneylerdir ve durumsal uyma davranışını ölçmeyi amaçlar.<sup>26</sup> Bu deneyler orjinal, teorik olarak dikkat çekici ve 20. yüzyılım başlıca siyasal, toplumsal ve tarihsel deneyimleriyle yakından ilişkilidirler.<sup>27</sup>

Otoriteye itaatle ilgili sonuçlar ilk elden doğrudan sosyal olguların gözleminden çıkmaktadır; meşru bir otorite tarafından emir verilen kimse genellikle itaat eder. Toplumsallık içinde itaat kolayca ve sıkça gerçekleşir. İtaat, sosyal hayatın içinde her zaman her yerde vardır ve toplumsallığın kaçınılmaz bir özelliğidir.<sup>28</sup> Bu nedenle Milgram'ın deneyi, her ne kadar yöntem açısından tartışmalara yol açsa da, hem sonuçları, hem de yeni sorular akla getirmesi açısından önem arz eder.

Deney, otoriteye itaati ölçmeye çalışırken, netleştirilmesi gereken bazı kavramları içinde barındırır: Otorite nedir? Kimler otoritedir? İtaat nedir ve nasıl gerçekleşir? Kime itaat edilir? Neden itaat edilir? Bu ve benzer sorular bizi otorite, itaat, uyma, meşruluk gibi kavramların sorgulanmasına götürür.

İtaat, bireyin bir otoritenin doğrudan emrine boyun eğmesi ve davranışını bu emre göre gerçekleştirmesidir. İtaat, bir gruba olduğu gibi, bir kişinin emrine uyma şeklinde de görülebilir. İtaat etme davranışının temelinde üstün bir gücün varlığının kabulü söz konusudur. İtaat eden, otorite olarak gördüğü güce uyar.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> **Batmaz**, "Asch Çizgi Deneyi: Uyma (Konformizm) Nedir, Nasıl Oluşur?", s. 192-193 vd

<sup>25</sup> Bu deney sonuçları itibariyle o kadar sarsıcı etkide bulunmuştur ki, çok sayıda benzer deneyin yapılmasına, yüzlerce makalenin yazılmasına, ekonomiden, hukuka kadar birçok alanda tartışılmasına, hatta bir film (Fransız filmi; I Commelcare- 1979) ve şarkının yapılmasına (Peter Gabriel'in yaptığı "We Do What We're Told - Milgram's 37" [https://www.youtube.com/watch?v=5XZ\\_5B5mJS0](https://www.youtube.com/watch?v=5XZ_5B5mJS0)) kaynaklık etmiştir. Milgram'ın deneyle ilgili çalışmaları dil sınırlarını da aşmış, **Obedience to Authority: An Experimental View** (1974) tam 11 dile çevrilmiştir. **Thomas Blass**, "The Milgram Paradigm After 35 Years: Some Things We Now Know About Obedience to Authority", *Journal of Applied Social Psychology*, Cilt 29, Sayı 5, 1999, s. 956

<sup>26</sup> Sosyal psikolojide iki temel yaklaşım görülür: 1. Psikanalitik – kültürelcilik, 2. Durumsal – bireycilik. Psikanalitik – kültürelcilik yaklaşımında, sosyo-kültürel örüntüler analizin temel kriterini oluştururlar. Durumsal – bireycilik yaklaşımında ise kişilik faktörleri öne çıkar ve sosyal etmenlere ağırlık verilmez. **Batmaz**, "Sanford, Milgram, Şerif ve Asch'in Otoriteriyen Kişilik ve Uyma Deneyleri ve Adorno'nun Sarkacı", s.21; **Yıldız**, s. 55-56

<sup>27</sup> **Paul Hollander**, "Revisiting the Banality of Evil: Contemporary Political Violence and the Milgram Experiments", *Society*, Cilt 53, Sayı 1, 2016, s. 56

<sup>28</sup> **Stanley Milgram**, "Behavioral Study of Obedience," *Journal of Abnormal and Social Psychology*, Cilt 67, Sayı 4, 1963, s. 372

<sup>29</sup> **Nihan Demirkasimoğlu**, "Toplum Yaşamında Kurallar: Birey-Kural İlişkisi", *CBÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1, 2015, s. 151, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/cbayarsos/article/view/5000112575/5000104843>, (Çevrimiçi), Erişim tarihi: 15.12.2016



Milgram'ın deneyinde eğer Y, X'inemrine uyarırsa, X'in itaat ettiği, uymazsa itaatsizlik ettiği kabul edilmektedir. Milgram'ın ifadesiyle bütün emirlere uyan deneye *itaatkâr* (obedient) denek; deneyin herhangi bir noktasında araştırmacının emirlerine uymayan deneye de *itaatsiz* (disobedient) denek ya da *boyun eğmeyen* (defiant) denek denir. İtaat kavramı oldukça kompleks bir kavramdır. Bu kavramlar deney bağlamında kullanılmaktadır, yoksa Milgram bu kavramları genel bir kişilik özelliği olarak ele almaz. Çeşitli durumlardaki davranışlara ve bu durumlardaki davranış motiflerine gönderme yapar: Örneğin bir çocuğun itaati ile bir askerinin itaati farklıdır. Kavramın genel kullanımıyla itaat durumunda “bir kişi, bir başkasının söylediğini yapar.”<sup>30</sup>

Deney, Milgram tarafından sanki bir tiyatro oyunuymuş gibi, her detayı düşünülerek hazırlanmıştır. Deneyde oyuncu ve kurgunun bir parçası olmayan tek kişi denektir. Tiyatrovari kurgulanan deneyin bir yandan gücü, diğer yandan güçsüzlüğü olan şey, araştırmacının tanrıymışçasına oyuncularını ve koşullarını rahatça değiştirebilmesi ve yeniden yazarak, denegin tepkilerini ölçebilmesidir. Fakat insanların bu kadar kolay itaat etmesini, uyum göstermesini kabul etmek istemeyen Milgram, insanların boyun eğmeyi bırakmaları için deneyin senaryosunda sürekli değişikliğe gider. Denekler yetkeye o kadar kolay boyun eğmektedirler ki, deney onun umduğu yönde gelişmemiştir.<sup>31</sup>

## A. Yöntem

Deneyin odak noktası, deneklerin araştırmacının emirleriyle ne kadar elektrik şoku vermeye razı olduklarıdır. Deneklere öğrenmeye ilişkin olumsuz pekiştirme deneyleri hakkında bilgi toplamayı amaçlayan bir deney yapılacağı bildirilir. Nasıl doğru bir şey yapıldığında ödüllendirilerek, doğru şey pekiştirilirse, yanlış bir şey yapıldığında da cezalandırılarak, yanlış pekiştirilecektir. Deneydeki olumsuz pekiştirici, elektrik şokudur.<sup>32</sup>

Deneklere, öğrenme deneyi bağlamında öğrenci durumundaki kurbanı her yanlış yaptığında giderek artırılan elektrik şoku vererek öğrenmede cezanın etkisinin ölçüleceği söylenir. *Ceza*, *hafiften* (slight), *tehlikeliye* (danger) olmak üzere 30 kademeli şekilde bir şok jeneratörü aracılığıyla birçok kez elektrik vermeyi içerir.<sup>33</sup>

Deneyin uygulanması için asli olarak 3 bilişen gerekmektedir: Denek, denegin deneyi üzerinde uyguladığı kurban ve otorite olarak araştırmacı.

## 1. Denekler

Denekler 20 ila 50 yaş arasında gazete ilanı ve doğrudan posta yoluyla New Haven ve çevresinden bulunan 40 erkektir. 26 denek deney yapanların

<sup>30</sup> **Stanley Milgram**, “Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority”, *Human Relations*, Cilt 18, Sayı 1, 1965, s.53-54; Bu makalenin çevirisi yapılmıştır; bkz. **Stanley Milgram**, “Yetkeye Boyun eğme ve Karşı Gelmenin Bazı Koşulları”, *Otoriteriyen Kişilik*, çev. Mehmet R. Gürkaynak, Veysel Batmaz, İstanbul, 2006, ss. 83-108. Çevrilen metin ile orijinal metin arasında ufak farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle ikisini birlikte kullandım.

<sup>31</sup> **Philip Meyer**, “Hitler İsteseydi Tanımadığınız Birine Elektrik Sandalyasına Oturtur ve Düğmeye Basar Mıydınız?”, *Esquire*, çev. Ali Dönmez, Cilt 74, 1970, s. 100

<sup>32</sup> **Milgram**, “Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority”, s.59; **Meyer**, s. 101

<sup>33</sup> **Milgram**, “Behavioral Study of Obedience”, s.371; **Milgram**, “Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority”, s. 59

emirlerine tamamen uymuşlar ve en yüksek şoku kurbanı vermişlerdir. Denekler Yale Üniversitesi'nde hafıza ve öğrenme ile ilgili bir çalışmaya katılacaklarını düşünerek başvurmuşlardır. Deneklerin meslekleri geniş bir yelpaze oluşur: Posta memurları, lise öğretmenleri, satış elemanları, mühendisler ve işçiler tipik deneklerdir. Deneklerin eğitimleri ilkökul terkten, doktora derecesine kadar çeşitlilik göstermektedir. Deneylere katılmaları karşılığında kendilerine 4,50 \$ ödenmiştir. Deneklere, bu ödemenin onların laboratuara gelmelerinin karşılığı olduğu, oraya varmalarından sonra ne olacağının önemli olmadığı ve bu paranın her koşulda onlara ait olduğu söylenmiştir. Yani laboratuara gelip deneyi duyunca katılmasalar bile, ücreti alacaklardır.<sup>34</sup>

## 2. Araştırmacı

Araştırmacı rolü kendisini Jack Williams olarak tanıtan 31 yaşındaki lise biyoloji öğretmeni tarafından oynanmıştır. Gri laboratuvar önlüklü, genç, saçları kısa kesilmiş, resmi görünüşlü araştırmacı, duygusuz ve katı bir tutum içindedir. Öğrenci rolündeki kurbanı, rol hakkında bilgilendirilmiş ve eğitilmiş 47 yaşındaki bir muhasebeci oynar. İrlandalı-Amerikalı olan kurban, gözlemciler tarafından iyi huylu ve sempatik olarak değerlendirilmiştir.<sup>35</sup>

## 3. Deneydeki Roller

Deneklere, kura ile öğretmen ve öğrencinin belirleneceği söylenir. Kura ayarlanmıştır ve öğrenci olarak önceden ayarlanmış bir kişi seçilir yani öğrenci araştırmacıyla işbirliği halinde olan ve bu role hazırlanmış bir kişidir. Deneyin gerçek denekleri ise ilanla bulunan kişilerdir ve bu kişiler önceden hazırlanmış bir düzenle kurada her zaman öğretmen çıkar. Deneyin işleyişinde deneye sürekli olarak daha fazla miktarda şok verilmesi emredilir, hatta bu tehlikeli seviyeye ulaşsa bile emir verilmeye devam edilir. Deneklerin içsel direnişleri daha güçlü hale gelir ve bazıları bir noktada deneye devam etmeyi reddederler.<sup>36</sup> Onlara atfedilen "deneyin öznesi" olma rolünü reddederler ve kendilerinin bir birey olduğunu ifade ederek, şok verme eylemini gerçekleştirmek istemediklerini belirtirler.<sup>37</sup> Bu kırılma öncesindeki durum *itaat* olarak adlandırılır ve denek bu noktaya kadar araştırmacının emirlerine uyar. Kırılma noktasında *itaatsizlik* davranışı ortaya çıkar. Deneyin ediminin niceliksel değeri, en son verdiği şoka dayanır. Böylece herhangi bir denek için ve herhangi bir deneysel koşul için itaat derecesi sayısal bir değerle belirlenebilir hale gelmiştir.<sup>38</sup>

## 4. Deney

Öğretmen olan denek ve işbirlikçi öğrenci birbirlerini duyabilecekleri, fakat göremeyecekleri iki ayrı odaya alınırlar.<sup>39</sup> Öğretmen, bir dizi kelime çiftini

<sup>34</sup> **Milgram**, "Behavioral Study of Obedience," s.372; **Milgram**, "Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority", s. 59 vd

<sup>35</sup> **Milgram**, "Behavioral Study of Obedience" s. 373

<sup>36</sup> **Milgram**, "Behavioral Study of Obedience," s. 372

<sup>37</sup> **Stanley Milgram**, "Liberating Effects of Group Pressure," Journal of Personality and Social Psychology, Cilt 1, Sayı 2, s. 128

<sup>38</sup> **Milgram**, "Behavioral Study of Obedience", s. 372

<sup>39</sup> **Milgram**, "Behavioral Study of Obedience", s.371; **Milgram**, "Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority", s. 59

okuyacak ve öğrencinin bunları tekrarlamasını isteyecektir. Öğrenci yanlış cevap verdiğinde giderek artan şekilde şok uygulanacaktır. Öğretmen olan deneye deney öncesi 45 voltluk bir elektrik şokun onun üzerinde uygulanması teklif edilir ve böylece denegin öğrenciye uygulayacağını sandığı şok hakkında bir fikir edinebileceği söylenir.<sup>40</sup>

Deneyde işbirlikçi olarak yer alan öğrenci sık sık yanlış cevaplar verir. Denekler, yanlış cevaplar karşısında işbirlikçi öğrenciye şok verirler; aslında gerçekte öğrenciye hiçbir şekilde şok verilmemektedir. Şok makinesine bağlı kayıt cihazı ile verilen şok miktarına göre önceden kaydedilmiş çığlık sesleri mevcuttur ve denekler şok verdikçe bunları duymaktadırlar. Deney ortamı dehşet verici bir ortamdır. 75 volta gelindiğinde öğrenciden acı bir inleme sesi duyulur. 125 voltta öğrenci şokun gerçekten acı verdiğini söyler. 180 voltta “Dayanamıyorum artık, kesin şunu!” diyerek çaresizce bağırır. 195 voltta kalp rahatsızlığını hatırlatarak, deneyin durdurulmasını ister. 285 voltta acı çığlıklar atar. 315’de ise sorulara yanıt vermeyi reddeder. Sonraki şokta ise artık sessizliğe bürünür.<sup>41</sup>

Deneyin bir sürümünde de işbirlikçi öğrenci, deneklere kalp rahatsızlığını deney başlamadan önce söylemekte ve deney esnasında ise belirli bir aşamada kalp rahatsızlığı olduğunu söyleyip, durması için yalvarmaktadır.<sup>42</sup> Deneyle ilgili bir ayrıntıyı burada belirtmek anlamlı olacaktır; öğrenciye verilen şokla paralel olarak kayda alınmış tepkiler yayınlanmaktadır. Böylece bütün denekler standart tepkileri duymaktadırlar.<sup>43</sup>

## 5. Deney sırasında araştırmacının emirleri

Denek, deneyin herhangi bir aşamasında deneyi durdurmak istediğinde, araştırmacı aşağıdaki sırayla sözlü uyarılarda bulunuluyordu:<sup>44</sup>

1. Lütfen devam ediniz.
2. Deney için devam etmeniz gerekiyor.
3. Devam etmeniz kesinlikle çok önemli.
4. Başka seçeneğiniz yok, devam etmek “zorundasınız.”<sup>45</sup>

Deneye yönelik uyarılar yukarıdaki sırayla yapılmakta ve bir uyarı başarısız olunca bir sonrakine geçilmektedir. Dördüncü uyarı yapıldıktan sonra denek hâlâ uymayı reddediyorsa deney durdurulmaktadır.<sup>46</sup>

<sup>40</sup> **Milgram**, “Behavioral Study of Obedience”, s.371; **Milgram**, “Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority”, s. 59

<sup>41</sup> **Meyer**, s. 104

<sup>42</sup> **Milgram**, “Behavioral Study of Obedience,” s. 372

<sup>43</sup> **Milgram**, “Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority”, s. 60

<sup>44</sup> Milgram’ın emirleri deneyine eklemesinde Adolf Eichmann’ın yargılanması esnasında “ona söyleneni yaptığımı” söylemesinin etkili olduğu şeklinde yorumlar bulunmaktadır. **Russell**, s. 147

<sup>45</sup> **Milgram**, “Behavioral Study of Obedience”, s. 374

<sup>46</sup> Burger, Milgram’ın deneyini genel hatları aynı kalmakla birlikte deneklerin araştırmacı tarafından verilen emirlere nasıl yanıtladıklarını araştırmıştır. Milgram’ın deneyinde yukarıda belirtildiği gibi 4 basamaklı emirler söz konusuysen, Burger, sadece 4. ifadenin doğrudan bir emir olmasıyla ilgilenmiştir ve ne zaman araştırmacı bu emri verse, denekler devam etmeyi reddetmişlerdir. Doğrudan bir emir karşısında insanlar bu emre uymamışlardır. Milgram’ın deneyindeki 4. sıradaki emirde Reicher vd. yaptığı yoru-

## 6. Deney İçin Ön Çalışmalar

Milgram, 1960 ve 1963 yılları arasında deneyi gerçekleştirmeden önce uzun ön çalışmalar ve pilot deneyler yapmıştır. Bu pilot deneylerde Küçük Grupların Psikolojisi dersindeki öğrencileriyle birlikte şok jeneratörü yaratarak deneyinin ilk denemelerini gerçekleştirmiştir. Önce grupla yaptığı ilk çalışmada denekler grupla birlikte hareket etmişler ya da grubun bir adım gerisinde durmuşlardır. Grupla yaptığı Milgram deneyde kaç kişinin itaat ettiğini belirtmemiştir; fakat sonuna kadar şok verme oranı o kadar yüksek olmuş ki, Milgram şaşkına dönmüştür. Daha sonraki pilot deneylerde grup değil, tek tek deneklerle devam etmeye karar vermiştir. Bu ön çalışmalar boyunca deneydeki birçok unsuru tekrar tekrar gözden geçirerek, deneyi maksimum düzeyde sonuç elde edecek şekilde düzenlemiştir.<sup>47</sup>

Deney için yapılan ön çalışmalarda öğrenciden herhangi bir tepki gelmediği için öğretmen deneklerin hepsi şok vermede sonuna kadar gitmişlerdir. Bu yüzden Milgram öğrenciden yükselen tepkileri ekleyerek, denek üzerinde ikili bir etki yaratmıştır: Burada ölçülmek istenen araştırmacının şok verilmesi emrine karşı, öğrencinin deneyin durması isteği arasındaki çatışmadır. Diğer bir ifadeyle deneye yönelmiş iki farklı sosyal etkiye karşı deneyi yarıda kesme noktaları arasındaki kişisel farklılıkları ortaya çıkaracak dış güç yaratılmak istenmiştir. Milgram bu ön araştırmalarda öngördüğü durumun tersiyle karşılaşmıştır: Deneklerin otoriteye itaat etme oranları düşündüğünden çok daha yüksektir.<sup>48</sup>

## 7. Deneyin Sonuçları

Deney sonucunda 40 denekten 26'sının (yani %65'inin), vicdanlarıyla çatışmalarına rağmen en yüksek volt olan 450'yi uyguladıkları görülmüştür. Katılımcılardan hiçbirisi 300 volt öncesi durmamıştır. 5 denek 300 voltta, 4 denek ise 315 voltta durmuştur. 14 denek, kurban itiraz edip, cevap vermeyi reddedince deneyi durdurmuşlardır. Deney esnasında bazı deneklerde uç düzeylerde gerilimler ortaya çıkmış ve aşırı terleme, titreme ve kekeleme gibi duygusal endişelerin tipik özellikleri gözlemlenmiştir. Bazı deneklerde ise gerilimin beklenmeyen işareti olarak gülme krizleri görülmüştür.<sup>49</sup>Milgram'ın gözlem ve izlenimlerine göre, denekler deney ortamından kaçıp kurtulmak istemelerine rağmen, bir şekilde oradan ayrılmak için gerekli hüner ya da iç kaynaklara sahip değildir. Bir şekilde onları oraya bağlayan bir şey vardır.<sup>50</sup>

Deneklerin otoriteye uymaya devam etmesini sağlayan "tutucu faktörler" arasında "kibarlık, deneyciye önceden verdiği yardım edeceği sözünü tutmak ve

---

ma göre denekler, emir karşısında artık araştırmacıyı kendilerinden biri olarak görmezler. Denekler tarafından, araştırmacı ve denek, deney içinde aynı tarafta, yani aynı grup içinde görülürken, emir ile bu grup ilişkisi bozulur; denek ile araştırmacı arasında çakar ortaklaşması ortadan kalkmıştır. **Stephen D. Reicher/S. Alexander Haslam/Joanne R. Smith**, "Working Toward the Experimenter: Reconceptualizing Obedience Within the Milgram Paradigm as Identification-Based Followership", *Perspectives on Psychological Science*, Cilt 7, Sayı 4, 2012, s.318; **Milgram**, "Behavioral Study of Obedience", s. 374

<sup>47</sup> **Russell**, s. 154-160

<sup>48</sup> **Milgram**, "Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority", s. 61

<sup>49</sup> **Milgram**, "Behavioral Study of Obedience", s. 371

<sup>50</sup> **Meyer**, s. 106

vazgeçmenin getireceği gariplik” sayılabilir. İkinci olarak denek zaten hayatı boyunca otoriteye uyması yönünde bir takım düzenlemelerle büyümüştür. Bu düzenlemeler kişinin deneycinin emirlerini bağlı kalmasını sağlar.<sup>51</sup> Tekrar olması pahasına şunu hatırlatmak da iyi olacaktır; laboratuara geldiklerinde ödeme deneklere yapılmıştır ve bu ücretin oraya gelmelerinin karşılığı olduğu söylenmiştir. Yani ücret deneye devam etme zorunluluğu olmadan, baştan ödenmiştir. Milgram’ın yazdıklarından doğrudan doğruya isterlerse oradan ayrılacakları söylenmediği anlaşılmaktadır. Ama ayrılmalarını engelleyen bir şey de belirtilmemiştir.<sup>52</sup>

Vicdanlarıyla otorite arasında çatışma yaşamalarıyla deneklerden beklenen ya deney bırakmalarıdır ya da sorunsuzca sonuna kadar götürmeleridir. Ama deneklerde çatışma arttıkça terleme, titreme, kekeleme, tırnak yeme, inleme gibi tepkiler ortaya çıkmıştır. Deneklerin geriliminin artmasının birincil nedeni çatışmadır. Deneyde tek etkin psikolojik güç otorite ve ona uyma olarak düşünülürse, otoriteye itaatle birlikte deneklerde bu gerilimin ortaya çıkmaması gerekir. Gerilim, birden fazla ve birbiriyle çelişik etkilerin aynı anda olmasından ortaya çıkmaktadır. Eğer kurbanın protestoları dışsal bir güç olarak denekte baskı yaratıyorsa, araştırmacıya karşı koymakla gerilim ortadan kaldırılabilirdi. Fakat başkalarına zarar vermemek ile aynı derecede etkili olan otoriteye itaat düşüncesi, denekleri dilemmaya sokmuştur ve denekler bir şekilde araştırmacıya karşı çıkıp, oradan ayrılamamaktadırlar. Bu rahatsız, gerilimli durumdan kurtulma isteği uç gerilim belirtileri olarak kendini gösterir. Aslında bu gerilim denekler için durumun ne kadar gerçek olduğunun göstergesi olarak alınabilir.<sup>53</sup>

### B. Arkaplandaki Otorite (*Background Authority*)

Milgram, Yale Üniversitesi’nin olduğu New Haven dışında, buradan 20 mill uzaklıktaki Bridgeport’ta da deneyi tekrarladı. Yale Üniversitesi’nin prestij etkisinin itaat davranışını tetiklediği düşünülebilirdi. Bu yüzden deneyi saygınlığı olmayan ve güven vermeyen başka bir ortama taşıdı. Bu kez kapısında “Bridgeport Araştırma Derneği” yazan, kötü bir yapıda, üç odalı bir yerde deney yapıldı. Dernek ve ne iş yaptığı ile ilgili sorulara, deneyin endüstri için bir araştırma olduğu yanıtı verildi.<sup>54</sup> Yale’de yürütülen deneylerde denekler için üniversitenin saygı ve hatta korku yarattığı bir ortam vardı. Deney sonrası deneklerle yapılan konuşmalarda, denekler araştırmanın yapıldığı kurumun kendilerine güven verdiğini ve bu araştırmanın başka yerde yapılması durumunda öğrenciye şok vermekten kaçınacaklarını belirtmişlerdir. Burada deneyi saygınlık açısından iki farklı durum yaratarak Milgram itaatın gerçekleşmesinde, emirlerin verildiği yerin yarattığı arka-plandaki otorite etkisinin önemine dikkat çeker.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> **Stanley Milgram**, Deney, çev. Melis Ölçüm, K. Uğur Tüfekçi, İstanbul, 2015, s.16; Kitabın İngilizcesi Stanley Milgram, Obedience to Authority, 1974, <http://www.shimer.edu/live/files/338-obediencemilgrampdf>, (çevrimiçi), Erişim tarihi: 17.12.2016. Milgram’ın bu kitabının Türkçe çevirisini İngilizcesi ile karşılaştırdım. Herhangi bir sorunlu çeviriyle karşılaşmadığımdan Türkçesine atıf yapmakta bir sakınca görmedim.

<sup>52</sup> **Milgram**, Deney, s. 51

<sup>53</sup> **Milgram**, “Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority”, s. 66-69

<sup>54</sup> **Meyer**, s. 106

<sup>55</sup> **Milgram**, “Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority”, s. 69

Yale'deki deneklerin %65'ine karşılık Bridgeport'ta%48'i deneyin en sonuna kadar gidip, en şiddetli şoku vermişlerdir.<sup>56</sup> Elde edilen bu sonuçlar bizi uyma davranışının altındaki şeyin ne olduğunu açık hale getirmemektedir. Bu nedenle Milgram deneylerine çeşitli faktörler ekleyip çıkartarak devam etmiştir.

Milgram deneyleri çeşitli kereler farklı yerlerde denenmiştir. Thomas Blass, Milgram deneyinden 35 yıl sonra, farklı kurum ve kişiler tarafından yürütülmüş Milgram deneylerinin sonuçlarını incelemiş ve ortalama itaat oranının Milgram'ın sonuçlarıyla uyumlu (%65 itaat) olduğunu ortaya koymuştur.<sup>57</sup>

### C. Deneyde İtaati Etkileyen Faktörler

Deneyin koşulları değiştirilerek, itaati destekleyen veya güçleştiren etmenler anlaşılmaya çalışılmıştır. Öğrencinin dehşet ve çaresizlik içindeki çılgınlıkları sonrası, "itaati kırıcı duyma" dışında itaati daha da zorlaştıracak bir etmen devreye sokularak, elde edilen sonuçlar incelenmiştir.<sup>58</sup>

**1. Kurbanın Dolaysızlığı** (*Immediacy of the Victim*): Deneyde kurbanın yakınlığına ilişkin bir takım koşullar değiştirilerek, kurbanın deneğe yaklaştırılması ile otoriteye itaatte değişiklik olur mu, sorusu cevaplandırılmaya çalışılmıştır.

İlk olarak kurban, denek tarafından hem duyulmadığı, hem de görülmediği ayrı bir odaya alınır. *Uzaktan Geri Bildirim* (Remote Feedback) olarak adlandırılan bu koşul uygulandığında kurban 300 voltluk şokta duvarı yumruklar, 315 voltluk şokta ise tamamen sessizleşir.

İkinci koşul olan *Sesli Geri Bildirim* (Voice Feedback) uygulamasında, yan odadaki kurbanın sözel tepkileri kapı aralığından ve duvarlar arkasından net bir şekilde duyulmaktadır.

Üçüncü deneysel koşulda (*Yakınlık - Proximity*) denekle kurban aynı odadadır ve aralarında 1,5 feetlik bir mesafe vardır. Denek, kurbanı hem çok yakından görmekte, hem de duymaktadır.

Bu serideki dördüncü koşul kurbanın *Dokunulabilir Yakınlıkta* (Touch-Proximity) olmasıdır. Kurban eğer elini şok plakasına koyarsa, şok alacaktır. 150 volt düzeyinde kurban elini koymayı reddettiğinde, araştırmacı deneğe, kurbanı zor uygulayarak elini plakaya koydurmasını ister. Bu noktada şok uygulanabilmesi için denek ile kurbanın fiziksel teması gerekir.<sup>59</sup>

Milgram, bu koşullarda pek az kişinin kurbanın itiraz ve çılgınlıklarına rağmen deneye devam etmek isteyeceklerini düşünmüştü. Fakat öyle olmadı. Bu biçimiyle deneye katılan 40 denekten %30'u araştırmacının tüm isteklerine uydular. "Milgram'ın anımsadığına göre, "Öğrencinin protestoları acı ve güçlü idi, çılgınlıkları ayyuka çıkıyordu, deneyde kalmayı reddediyordu, elini şok üreticisine dokundurabilmek için onunla fizik olarak boğuşmak zorunda idiniz. Gene de 40 denekten 12'si 'zavallının' elini üreticiye dokundurdu."<sup>60</sup>

Her bir koşulun uygulanmasında 40 denek yer aldı. Kurban deneğe yaklaştıkça uyma davranışı belirgin şekilde gözlemlendi. İtaat edenlerin, karşı

<sup>56</sup> **Milgram**, "Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority", s.70; **Meyer**, s. 106

<sup>57</sup> Detaylı bilgi için bkz., **Blass**, ss. 955-978

<sup>58</sup> **Meyer**, s. 105

<sup>59</sup> **Milgram**, "Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority", s. 61-62

<sup>60</sup> **Meyer**, s. 105

gelenlere oranına bakıldığında itiraz edenlerin itaat edenlere oranı *uzaktan geri bildirim* koşulunda % 34, *sesle geri bildirimde* % 37,5, *yakınlıkta* % 60 ve *dokunulabilir yakınlıkta* % 70 oldu.<sup>61</sup>

Yakınlık arttıkça deneğin kurbanıya yönelik *empati belirtilerinin* (emphatic-cues) artması, itaatsizliğe yol açan bir etken olarak değerlendirilebilir. Kurban gözden uzakta iken (uzaktan geri bildirim koşulunda), denek için yapılan işlem düğmeye basmaktan ibarettir ve bu ahlaksal bir işlem gibi görünmemektedir. Ama yakınlık koşullarında kurban deneğin görsel alanına girdiğinde, denek artık yaptığı eylemi yadsıyama mekanizmasıyla vicdanından uzaklaştırılmaz. Milgram bu durum için *yadsıma ve bilişsel alanın daraltılması* (denial and narrowing of the cognitive field) başlığını koyar. Kurbanın görünür olduğu durumda, denek de kurban tarafından görünür olduğu için bir *karşılıklılık durumu* (reciprocal fields) ortaya çıkar. Kurban tarafından görülen denek, kendisinin ve ne yaptığına farkına varır; utanç ve suçluluk duygusuna kapılır. Bu durumda itaat eylemi daha da azalmıştır. Denek, şok verme ve kurban üzerindeki etkilerini ayrı odalarda iken tam olarak anlamakta zorluk çekebilir; çünkü fiziksel ve mekânsal uzaklık, olgular arasında kopukluğa neden olabilir. Ama olgular arasında birlik sağlandığında (*phenomenality of act*), diğer bir ifadeyle kurban ile denek aynı yerde bulunduğunda ve denek şok vermesi ve sonuçlarını birlikte gördüğünde, bilinç olgular arasında bütünlüğü algılamaktadır. Denek bu durumda daha fazla boyun eğme davranışı geliştirir. Kurbanın başka odada olması, denekle araştırmacının birlikte başka odada olması gruplaşma yönünde eğilimi destekler. *Yeni başlamakta olan grup oluşumu* (incipient group formation) ile denek ve araştırmacının ortak mekânı da paylaşmasından kaynaklı bir yakınlık doğar. Benzer şekilde kurbanla denek aynı odada olduğu zaman, denek ile kurban arasında yeni bir etkileşim doğar ve denek araştırmacıya karşı itiraz etme ve uymama davranışı geliştirme cesareti bulabilmektedir. Kişilerde toplum içinde öğrenilmiş davranışsal eğilimler bulunmaktadır. Başkalarını rahatsız etmemek, acı vermemek gibi davranışlar insanlara çocukluktan itibaren sosyalleşme sürecinde aile ve çevre tarafından öğretilir. Hatta bu tür davranışlar cezalandırılır. Yani kişiye nasıl davranması gerektiği genellikle ödül ve ceza yöntemi ile öğretilir. Uzakta ve ulaşılmayacak durumdaki kişiye saldırıda bulunmak (yani tehditkar hareketlerde bulunmak) cezalandırılmamış olabilir. Bu nedenle başka odadaki kurban, uzaktaki kişi olarak algılanıp ona saldırgan davranış göstermek, denek açısından, geçmişte öğrendikleri çerçevesinde, ceza uğramayacağından, şok verme işlemi bir sorun olarak görülmeyebilir. Kurban yakınlıkla yine geçmişte öğrendikleri çerçevesinde, yakınındaki kişilere karşı davranışlarını ayarlamayı öğrenmiş olabilir. Milgram'a göre bu tür durumlarda insanlar kendilerini duruma uyarlarlar. Aynı şekilde deneğe de kurbanın uzakta ve yakında olmasına göre denek davranışını belirleyerek, ayarlamak yapmıştır.<sup>62</sup>

Yakınlık, biz sabit olmayan canlılar olduğumuz için davranışlarımızda önemli bir unsurdur. Uzamsal ilişkiler sürekli değiştiğinden, yakında veya uzakta olmamıza göre davranışlarımızı psikolojik olarak düzenlememizde güçlü bir etkisi olabilir. Deneyde de görülmüştür ki, kurban deneğe yaklaştıkça, kurbanın somut, görülebilir ve yakınsal varlığı otoriteye itaati azaltmıştır.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> **Milgram**, "Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority", s. 62

<sup>62</sup> **Milgram**, "Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority," s. 63-64

<sup>63</sup> **Milgram**, "Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority," s. 65

## 2. Otoriteye Yakınlık

Kurbanla denek arasındaki mekânsal yakınlığın itaatsizlik oranlarını artırmış olması, otorite olan araştırmacı ile denek arasındaki yakınlık durumunun nasıl etki edeceğinin araştırılması gereğini doğurmuştur. Denek, mekân olarak araştırmacının mekânına ve araştırmacının belirlediği koşullarda ve onun çerçevesini çizdiği yapıya uymak üzere gelmiştir. Kişi, otorite olarak baştan kabul ettiği araştırmacıyı sorgulamayı düşünmemekte, daha çok onun önüne çıkacağı için heyecanlanmaktadır. Denek araştırmacının ona biçtiği rolü oynamaya kendini kaptırmıştır.<sup>64</sup>

Araştırmacı ve denek arasındaki fiziksel yakınlık ve denetim derecesi değiştirilerek, deneğin bu koşullarda ne kadar boyun eğdiği veya boyun eğmediği görülmeye çalışılır. İlk olarak *araştırmacının denekten birkaç feet uzakta olduğu durumda* deney yürütülmüştür. Araştırmacıyla deneğin aynı yerde olduğu bu koşulda, 26 denek tam itaat göstermiştir.

İkinci durumda *araştırmacı talimatları verip, laboratuardan ayrılır ve daha sonraki talimatları telefonla verir*. Bu koşullarda deneklerden tam itaatte bulunana sadece dokuz kişidir ve *araştırmacıyla deneğin yüzyüze olmaması* durumunda, denekler araştırmacıya karşı çıkma gücünü kendilerinde daha fazla bulabilmişlerdir.<sup>65</sup>

Üçüncü durumda *denek araştırmacıyı hiç görmez*. Denek deneyin yapılacağı laboratuara gelir ve *talimatları önceden hazırlanmış teyp aracılığıyla* duyar. Araştırmacının odada olmadığı koşullarda denekler talimatlara aykırı olarak daha düşük doz şok vermişler ve bunu araştırmacıya bildirmemişlerdir. Araştırmacıya doğrudan karşı çıkamayan denekler, onlara söylenen deneyin amacını saptırmasına rağmen, kendilerince üçüncü bir yol geliştirmişlerdir. Deneklerin bilmedikleri şey, şok düzeylerinin otomatik olarak kaydedildiğidir. Sonuç olarak araştırmacı uzaklaşınca itaatini azaldığı görülmüştür.<sup>66</sup>

## 3. Diğer Faktörler

Milgram deneyinde itaati getiren birçok faktör bir arada bulunmaktadır ve birçok düşünür farklı farklı yerlere işaret etmektedir. Ünlü Hapishane Deneyini yapan Philip G. Zimbardo, insanların yapmayacaklarını düşündükleri şeyleri yapmalarını sağlayan ve Milgram deneyinde de yer alan etki ilkelerini sıralamıştır. Bu ilkelerden bazıları yukarıda ifade edilmiştir; fakat Zimbardo'nun sunumu bütün ilkelere derli toplu bakmamızı sağladığından tekrar olmasına bahasına burada yer verilmiştir.

a) İnsanlara, istenmeyen davranışları yapmaları için kabul edilebilir veya rasyonel haklılaştırma sunulur. Örneğin insanların öğrenmesinde cezalandırma stratejini geliştirmek isteyen bilim adamlarına yardım etmek makul gibi görünmektedir. Deneylerde bu haklılaştırma “göstermelik hikaye” (coverstory) olarak bilinir. Gerçek hayatta “ulusal güvenlik” gibi ideoloji olarak adlandırabileceğimiz göstermelik hikâyeler vardır. Bu hikâyeler aslında kötü, illegal ve ahlaki olmayan politikaların üstü örtülmek için kullanılır.

<sup>64</sup> Milgram, “Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority,” s. 65

<sup>65</sup> Milgram, “Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority,” s. 65-66

<sup>66</sup> Milgram, “Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority,” s. 65-66



b) Davranışın yapılmasını sağlamak için yazılı veya sözlü sözleşmesel zorunluluk ayarlanır.

c) Katılımcılara (deneklere), daha önceden pozitif değerler atfedilmiş olan anlamlı bir rol verilir (örneğin öğretmen, öğrenci).

d) İnsanlara kullanmadan önce anlamlı görünen izlemesi için temel kurallar belirtilir. Bu kurallar insanların yaptıkları davranışları haklılaştırmasında kullanılabilir. Örneğin Milgram deneyinde “Cevap verilmemesi yanlış olarak değerlendirilir.” kural olarak belirtilmiştir ve yanlış durumunda şok verilecektir. Denekler kural gereği yapmak bunu zorunda olduklarından herhangi bir soru sormazlar. Ama cevap vermeyen, belki bayılmış veya ölmüş olan öğrenciyeye şok vermeye devam etmek, meşru amaç olan öğrenme deneyine nasıl katkıda bulunacaktır.

e) Eylem veya davranışın farklı bir şekilde ifade edilmesi de bir etkenidir: Örneğin kurbanlara zarar vermek ifadesi yerine öğrencilere onları cezalandırarak yardım etmek ifadesi, yapılan eylemin tamamen farklı algılanmasına yol açmaktadır.

f) Olumsuz çıktılar için sorumluluğun dağıtılmasına yönelik çeşitli olanaklar yaratmak, itaat davranışının artışı etkileyen önemli unsurlardan biridir. Diğerleri sorumlu olacaktır veya kişi bu yaptığı eylemden dolayı sorumlu tutulmayacaktır.

g) En büyük kötülüğe küçük, belirsiz adımlarla başlamak (sadece 15 volt gibi).

h) Her bir ilerleyen adımda bir öncekinden çok da farklı bir durum yaratmıyormuş gibi görünen şiddetin derecesinin artırılması (sadece 30 volt).

i) Derece derece etki otoritesinin doğasını “adilden” “adaletsiz”, makul ve rasyonelden makul olmayan ve irrasyonelle doğru değiştirmek.

j) Davranış itaatsizliği olarak nitelendirilebilecek, sözel karşı çıkmanın olağan biçimlerine izin vermeyerek “ayrılmanın bedelini” yüksek hale getirmek ve çıkış sürecini zorlaştırmak.<sup>67</sup>

Bu tür etki süreçleri, otoritenin yaptırmak istediklerini hayata geçirmek için kullandığı yolları göstermektedir. Bu duruma mutlaka karşı çıkanlar olacaktır, fakat birçokları için bu süreç ve sonuçları “düşünülemez”dir. Zimbardo bu ilkelerin gerçek hayatta kullanılmasına örnek olarak Bush yönetiminin Irak’ı işgalinin Amerikan halkınca desteklenmesinde kullanılmasını örnek verir.<sup>68</sup>

#### IV. DENEYDEN YAPILAN BAZI ÇIKARSAMALAR

*Milgram deneylerinde, itaat eden deneklerin oranı tahmin edilenin çok üzerindeydi.* Deney gerçekleştirilmeden önce Milgram, Yale Üniversitesi psikoloji bölümünde yüksek lisans yapan 14 öğrenciyeye deneyin sonuçlarının ne olacağına yönelik bir anket yapmıştır. Ankete katılanlar, birkaç sadist eğilimli denek (%1,2) en yüksek voltaja çıkacağını düşünüyordu. Milgram, benzer soruyu informal şekilde meslektaşlarına sormuş ve benzer cevaplar almıştı. Onlarda çok az sayıda insanın en yüksek voltaj vereceğini düşünmekteydiler.<sup>69</sup> Deneyde

<sup>67</sup> **Philip G. Zimbardo**, “A Situationist Perspective on the Psychology of Evil: Understanding How Good People Are Transformed into Perpetrators”, *The Social Psychology of Good and Evil*, Ed. Arthur G. Miller, New York, London, 2004, s. 27-28.

<sup>68</sup> **Zimbardo**, s. 28

<sup>69</sup> **Milgram**, “Behavioral Study of Obedience”, s. 374

görülen ise deneklerin çoğu araştırmacının emri üzerine en yüksek doza çıktı. Bazı denekler saldırganlık duygularını boşalttı, ama asıl önemli nokta ise deneklerde itaat eğiliminin ne kadar köklü olduğunun görülmesidir.<sup>70</sup>

Psikiyatristlerin kestirimleri ile deney sonuçları arasındaki uçurumun büyüklüğü, bir açıklamaya ihtiyaç duymaktadır. Milgram, psikiyatristlerin insan davranışının kökenlerini yanlış tanımladıkları ve güdülerini diğer faktörleri dikkate almadan boşluktaymış gibi ele almış olabileceklerini belirtir. *Ortam faktörünün insan üzerinde itici, yasaklayıcı veya bastırıcı etki yapabileceğini ve insan davranışlarını belirleyen etmende, kişiliğinden çok ortamın etkisi olabileceğini söyler.*<sup>71</sup>

Birçok kişi, en yüksek şoku veren deneklerin sadist ruh hastaları olduğunu düşünür, fakat denekler için böyle bir kişilik yapısı genellemesi yanlış olacaktır. Laboratuara gelmiş denek, giderek kötüleşen, hızlı ve akışı olan bir ortamın parçası haline gelir. Bu akıştan kurtulmaya çalışmak, denekleri kontrol eden güçlerin etkisinin gücünü kanıtlar. Denekleri, itaate iten bu güçleri, kişilerin iç dinamiği ile mi, ya da toplumsal ve ortamdan gelen baskılarla mı açıklamak gerekir? Milgram'a göre kişisel güdüler ve toplumsal yapı birlikte ele alınmalıdır. Kişideki güdüler ne olursa olsun, kişilerin davranışları ortamın bir işlevi olarak değerlendirilebilir. Milgram, deneylerinde ortamla ilgili bazı koşulları sistematik olarak değiştirerek, bu koşulların değişimiyle ortaya çıkan itaat ve itaatsizlik oranlarını bulmaya çalışır. Bazı değişiklikler araştırmacının emirleriyle uyumlu bir durum yaratarak, itaati artırır. En yüksek itaatin gerçekleştiği durumlar, deneklerin kendine has özellikleri ile bu özelliklerin kendine uygun ortamla karşılaştığı durumlardır.<sup>72</sup>

İtaatin sınırını bulmak için yapılan bu deneyde, itaatin önüne geçmeye yönelik engeller oluşturulmaya çalışılmıştır. Kurbanın çığlıkları, itaatsiz davranış için yeterli olmamıştır. Kurbanın kalp rahatsızlığı olduğunu belirtmesi de deneklerin emirlere uymasını durdurmamıştır. Kurban gitmesine izin verilmesi için yalvarmış ve daha sonra da sessizliğe bürünmüştür; denekler şok vermeye devam etmişlerdir. Başta Milgram, deneklerin otoriteye karşı gelmesi için bu tür güçlü etki yaratabilecek koşullara ihtiyaç duyabileceklerini düşünmemiş; fakat ön araştırmalar sonucu adım adım daha güçlü etki uyandırabilecek uyarıcılar eklemek zorunda kalmıştır. Milgram hiç bu kadarını beklememiştir. Milgram deneyin sonuçlarından duyduğu üzüntüyü şu şekilde belirtir; “İnsan doğasının – ya da daha doğrusu Amerikan demokratik toplumunun ürettiği kişilik yapısı, türünün zalimlikten ve kötü niyetli yetkeden soyutlanması olanaksızdır. Hatırı sayılır oranda insan, davranışın içeriğinden bağımsız olarak ve bilincin kısıtlaması olmaksızın meşru bir otoriteden gelen emirolduğu sürece söylenen şeyi yapar.” Elli yaşındaki yaşlı bir adama, araştırmacının emriyle protestolarına rağmen acı verici şoklar uygulayan kişilerin var olduğu bir toplumda, daha büyük ve güçlü otorite sahibi olan devletin emirleriyle karşılaşan kişilerin neler yapabileceğini düşünmek oldukça kötüdür.<sup>73</sup>

Deneyde gözlemlenen otoriteye boyun eğme beklendenen çok daha yaygın ve otoriteye karşı çıkabilme beklendenen çok daha düşüktü.<sup>74</sup> Denekler,

<sup>70</sup> **Milgram**, “Behavioral Study of Obedience”, s.372

<sup>71</sup> **Milgram**, “Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority”, s. 73

<sup>72</sup> **Milgram**, “Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority”, s. 72-73

<sup>73</sup> **Milgram**, “Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority”, s. 75

<sup>74</sup> **Meyer**, s. 104

vicdanlarıyla otoritenin emri arasında çatışma yaşamalarına ve kurbanlarının yalvarma ve çığlıklarına rağmen genellikle otoriteye itaat etmişlerdir. Yetişkin insanların vicdanlarında çatışma yaratmasına rağmen istekli bir şekilde otoriteye itaat etmeleri, açıklanması gereken önemli bir bulgudur. Otoritenin emriyle görevleri gereği, sıradan insanlar korkunç bir yok etme sürecinin bir parçası haline gelebilmektedirler. Yaptıkları işin kendi değerleriyle çatışması, onların otoriteyi reddetmesini getirmemiştir.<sup>75</sup>

Otorite ve vicdan arasındaki çatışma sadece felsefi veya ahlaki bir konu değildir. Birçok denek, değerleri nedeniyle devam etmemek gerektiğini hissetmiş, fakat bunu eyleme dökebilmişlerdir.<sup>76</sup> Deney, denegi meşru bir otoritenin emri ile bir insana zarar vermemek ahlaki ilkesi arasında bırakır. Milgram'a göre çatışma iki ahlaki ilke arasında değildir; ahlaki ilke -kimseye zarar vermemek- ile "meşru" otoriteye itaat etme eğilimi arasındadır. Kişi otoriteyi "meşru" olarak gördüğünde, kendini otoritenin "ajanıdurumu"na sokar ve böylece kendisini "diğer kişinin isteklerinin taşıyıcısı" olarak görür.<sup>77</sup> Bireyin eylemleri, toplumun meşru gördüğü ve onayladığı eylem ve davranışlara dayanmaktadır. Toplumlar çeşitli otoriteleri onaylayarak, davranışlarını buna uyarlarlar.

Deneyde, üzeri örtük baskı iki yönlü kendini göstermiştir. Bir yanda kurbanın deneyi durdurmaları yönündeki baskısı, diğer yanda ise meşru otoritenin deneyin devamı yönündeki baskısı; deneyin amacı da zaten "insanların ne zaman ahlaki bir zorunluluk hissederek otoriteye karşı geleceklerini görmektir."<sup>78</sup>

Deneklerin karşısında otorite olarak resmi görünüşlü, yetke simgesi gri önlük giymiş (önlük beyaz değildir) aslında biyoloji öğretmeni olan Jack Williams vardır. Milgram'ın "şarlatan" olarak nitelendirdiği deneydeki otorite, giydiği önlük ve sesiyle, kendine körü körüne itaati sağlayabilmiştir.<sup>79</sup> Deneye

<sup>75</sup> **Milgram**, "Behavioral Study of Obedience", s. 372.

<sup>76</sup> **Blass**, s. 955

<sup>77</sup> Stanley Milgram, *Obedience to Authority: An Experimental View*, New York, 1974, s.133'ten aktaran; **Helm/ Morelli**, s. 328-329

<sup>78</sup> **Milgram**, Deney, s. 13

<sup>79</sup> Deneyin versiyonlarından biri de birden fazla öğretmenle yapılandır. Yine sadece bir denek vardır. Denek yine öğretmendir ve onun yanında deneycinin işbirlikçisi iki öğretmenin daha eklenmiştir. Deneyin prosedürleri aynıdır. Fakat burada iki işbirlikçi öğretmenden biri 150 voltta, diğeri ise 210 voltta deneyciye itaati reddederler. Deneyin bu versiyonunda ikinci öğretmenin de deneyciye itaati reddetmesinden sonra, deneklerin 25'i itaat etmeyenlerin yanında yer alarak, deneycinin emirlerine uymayı reddetmişlerdir. Bütün baktığımızda grubun etkisinin ölçülmeye çalışıldığı deneyin bu versiyonunda 40 denekten 36'sının deneyciye itaati reddettiği görülür. Grubun olmadığı koşullarda yani tek bir öğretmen olduğu durumda deneklerden sadece 14 tanesi itaatsizlikte bulunmuştur. Tek denek öğretmenin olduğu deneylerde birçok denek itiraz etmiş, fakat bu kişiler bir türlü itaatsizlik noktasına gelememişlerdir. İki işbirlikçi öğretmenin itaati reddettiği deneyler serisinde itaati kıran öğrenciyle ilgili durumlar dışında grup üyelerinin yarattığı ek baskı denegi itaatsizliğe yönlendirmiş ve tek öğretmenli deneylerden farklı olarak denekler itaat etmeme gücünü bulabilmişlerdir. Milgram burada "grupların özgürleştirici etkisi"nden (*liberating effect of the peers*) bahseder. Grup üyelerinin etkisiyle denek gruba dışsal otoritenin etkisinden kurtulur. Milgram yine üç kişinin öğretmen olduğu ve fakat bu sefer sahte öğretmenlerin deneyi devam ettirmek yönünde tutum aldıkları bir başka deney daha yapmıştır. Bu koşullarda deneyi sonuna kadar götürülenlerin sayısı 40 kişiden 29'udur. Orijinal deneyde 40 kişiden 26'sı sonuna kadar gitmiştir. Yani grubun şok vermeye devam edilmesi yönündeki teşviğinin etkisi oldukça sınırlıdır. **Milgram**, "Liberating Effects of Group Pressure", s. 130-131

katılan deneklerin bilim adamlarına olumlu anlam yüklemesi ve bunun sonucunda ortaya çıkan güven, otoriteye itaati desteklemiştir. Aynı zamanda yurttaşların olağan koşullarda bilim adamlarının güvenilirliklerini sorgulaması için bir neden de görülmez. Bilim adamlarını, bilim adamlarının denetlemesi gerekir.<sup>80</sup>Deneği bilimin otoritesinin orada olduğunu ikna eden diğer bir şey de deneyin yapıldığı odada bilimsel kitapların, laboratuarlara özgü araç ve gereçlerin ve en önemlisi gösterişli şok üreticisinin olmasıdır.<sup>81</sup> Sonuç olarak arka planda bilimin meşruluğuna dayanan bir otorite söz konusudur.

Şok üreticisi makinenin ihtişamı bilimin otoritesini destekler niteliktedir. Milgram, çalışmasının başlangıcında Yale Üniversitesi Higgins Parasal Fonu'undan yalnızca 300 dolarlık araştırma bursu alır ve kendi hayal gücüne dayanarak bu kıt kaynakla çok gösterişli bir şok üreticisi yapar. Kısıtlı bütçesi nedeniyle New York'ta parçası bir dolardan 30 tane küçük düğmeler satın alır ve bunları çamaşır makinesi büyüklüğünde bir metal bir kutunun üstüne yerleştirir. Geri kalanı ise endüstri işlemeciliği olan kişilerce yapılır. Voltajı etiketlenmiş düğmeler, ibreler, kırmızı ışıklar, düğmeye basıldığında ZUMM! sesi ve son olarak sol üst köşede büyük harflerle yazılı üretici şirket adı şok üreticisi makinenin ihtişamına bilimsellik etkisini artırarak yansıtmaktadır. Makinenin üzerinde şunlar yazıyordu.<sup>82</sup>

**ŞOK ÜRETİCİSİ TİP ZLB  
DYSON MAKİNA ORTAKLIĞI  
WALTHAM, MASS.  
GÜÇ: 15-450 VOLT<sup>83</sup>**

Bütün bunlardan yola çıkan Milgram, *Araçlaşma Kuramı*'nı geliştirmiştir. Amaç ve ahlak tartışmasını otoriteye bırakan kişinin durumu, kişinin otoriteye hizmet eden olarak araçlaşmasıdır. Bu kurama göre kişi, otoritenin emriyle yaptığı eylemde kendini davranışının sorumlusu olarak görmemektedir. Değerlendirme ve karar yetkisini otoriteye devreden kişi, kendi ahlak yargılarını değil de, otoritenin emirlerini takip eder ve böylece tüm sorumluluk otoriteninmiş gibi düşünür. Nüremberg yargılamalarında duyulan "görevimi yaptım" savunması bir bahaneden çok, ast durumunda olan kişilerin temel düşünce yapısıdır. "Sorumluluk duygusunun ortadan kaybolması, otoriteye teslim olmanın en geniş kapsamlı sonucudur."<sup>84</sup>

Milgram'a göre, "itaatin özü, bir insanın kendisini başka bir insanın isteklerini gerçekleştiren bir araç olarak görmesi, böylece kendi davranışlarından kendisini sorumlu hissetmemesidir. Kişinin bakış açısındaki bu kritik kayma gerçekleştiği zaman, itaatin tüm öznitelikleri bunu izler." Sorumluluğun yeri değiştirilerek, eylemleri gerçekleştirenler sorumluluğun emirleri veren otoritede olduğunu düşünürler. Böylece araçsal rollerini küçümseyerek ya da karartarak, eylemleri için kişisel sorumluluk hissetmezler ve eylemlere yönelik tepkile-

<sup>80</sup> Helm/Morelli, s. 327

<sup>81</sup> Meyer, s. 107

<sup>82</sup> Meyer, s. 107

<sup>83</sup> Laboratuvarın önünden geçerken makineyi gören Pensilvanya Lehigh Valley Elektronik Ortaklığı'ndan biri içeri girerek, makinenin çok güzel olduğunu, fakat Dyson Makine ortaklığını bilmediğini söyler. Milgram makinesinden gerçekten gurur duymaktadır. Meyer, s.107; bkz. Russell, s. 157

<sup>84</sup> Milgram, Deney, s. 16

rin onlara yönelmesinden de kurtulduklarını sanırlar.<sup>85</sup> Deneylerden sonra deneklerle yapılan röportajlarda da bu durum gözlemlenmiştir. Deneyin sonuna kadar gidip en yüksek voltaı veren deneklerden birine “Kim gerçekte düğmeye basıyordu?” diye sorulduğunda denek, “Ben, fakat o ısrar etmeye devam etti.” diye cevap verir. Niye sadece durmadın diye sorduklarında durmak istedim fakat o durmamam için ısrar etti der. Neden deneycinin söylediklerini görmezden gelmedin diye sorduklarında ise yine deneyciye gönderme yapar ve onun deneyin devam etmesi gerektiği sözlerini itaatine gerekçe olarak ileri sürer.<sup>86</sup> İnsanların, otoriteye, vicdanları ile çelişmesine rağmen uyum göstermeleri, ahlak duygusu kaybından değil, otoritenin ondan beklediğini yerine getirme düşüncesinden gelir. Otoritenin ondan beklentilerini karşılayabilmek gurur, karşılayamamak utanç getirir. Yapılan davranışın içeriği vicdani değerlendirme dışıdır. Örneğin savaş döneminde bir köyü bombalarken, ölen insanlar tartışma konusu yapılmaz. Önemli olan görevini yerine getirip, getirmemektir.<sup>87</sup>

Denek, araştırmacının emirlerine, kendi ahlaki görüşlerine göre yargılayarak değil; otoriteye ait görüşlere dayanarak itaat etmiştir. Denek, kişisel duygular ile görev bilincini birbirinden ayrı gibi kabul ederek, otoriteye itaati değerleri arasında öne almıştır. Bu da denegın sahip olduğu sorumluluğu, otoriteye bağlamasını sağlamaktadır.<sup>88</sup>

“Sorumluluğun yerini değiştirmek suretiyle apaçık insanlık dışı davranışlardan kendini-muaf tutma, en dehşet verici haliyle toplumsal olarak onaylanmış kitle infazlarında gözler önüne serilir. Nazi hapis komutanları ve onların emrindeki personel, eşi görülmemiş insanlık dışı davranışlarında kendilerini kişisel sorumluluktan muaf tutmuşlardır. Sadece emirleri yürüttüklerini ileri sürmüşlerdir. Korkunç emirlere kendini-aklayıcı boyun eğme, My Lai toplu kıyımı gibi askeri vahşetlerde benzer şekilde aşıkârdır.”<sup>89</sup>

Milgram bu deneyiyle itaat mekanizmasını çözmeye çalışmıştır. Yukarıda özetlediğimiz Asch’in deneyi ise uyma davranışı ile ilgiliydi ve denekler, açık bir şekilde olguyu görmelerine rağmen, gruba uymayı tercih etmişlerdi; diğer bir ifadeyle bir çeşit “Kral Çıplak” masalındaki durum... Asch’in deneyinde denekler gruba uyarken, Milgram’ın deneyinde denekler araştırmacıya itaat etmişlerdi.<sup>90</sup>

İtaatle uyma aynı şey değildir; fakat “İtaat ve uyma [davranışının] her ikisi de insiyatifi dışsal bir kaynağa bırakmak anlamına gelir.”<sup>91</sup> İtaatle uyma arasındaki farkları Milgram sayar: İtaat hiyerarşik bir yapıyla birlikte oluşur, uyma davranışı taklit etmedir. İtaat, taklit etme değildir. İtaatte norm açıktır, fakat uymada ima edilir. Denekler uyma davranışını gösterdiklerini inkâr ederlerken, itaati davranışlarının açıklaması olarak sahiplenirler. <sup>92</sup>Freeman, uyma

<sup>85</sup> **Milgram**, Deney, s. 126 vd

<sup>86</sup> **Milgram**, “Liberating Effects of Group Pressure”, s. 128-129

<sup>87</sup> **Milgram**, Deney, s. 17

<sup>88</sup> **Batmaz**, “Sanford, Milgram, Şerif ve Asch’in Otoriteryen Kişilik ve Uyma Deneyleri ve Adorno’nun Sarkacı”, s. 26

<sup>89</sup> **Albert Bandura**, “İnsanlıkdışı Suçların İşlenmesinde Ahlakı Bağlantının Kesilmesi”, Hikmet Yurdu, çev. Hamdi Onay, Cilt 3, Sayı 6, 2010, s. 243

<sup>90</sup> **Freeman**, s. 50

<sup>91</sup> **Milgram**, Deney, s.112; **Freeman**, s. 50

<sup>92</sup> **Milgram**, Deney, s. 112; **Freeman**, s. 50

ve itaat ile hukuk ve ahlak arasında paralellik görür.<sup>93</sup>Ash'ın ve Milgram'ın deneyleri gibi deneyler dışsal normatif kaynaklara uygun davrandığımızda bilişsel ve başarmaya yönelik çabaların nereye gideceğine dair açıklık sağlar.<sup>94</sup>

Milgram, deneyinin, sosyal ortamlar arasındaki farklılıklara değil, itaatın temel unsurlarına odaklandığını ve bu nedenle de deneyin genel nitelikte (her yerde geçerli anlamında) olduğunu belirtir. Milgram deneyinde otorite, itaat ve meşruluk kavramları net bir şekilde ayrıştırılabilmektedir. İtaat, deneyi yürüten bilim adamının emriyle öğretmenin/deneğin elektrik şoku vermesiyle gerçekleşir. Emrin verilmesiyle denek "ajanlık durumuna" (agentic state) geçer, çünkü artık denek kendisini *otoritenin bir aracı* (instrument of authority) gibi görür. Deneyde otorite de çok açıktır; emirleri veren araştırmacı. Her ne kadar Milgrammeşruyetten ne anladığını açıklamasa da, genel şeması çerçevesinde Weberyen anlamda kabul veya rızaya dayalı meşru otorite tablosu çizdiği görülmektedir. Bu tanımın sorunlu yanı ise "rıza göstermeyen ve itaat etmeyen ...gayrimeşru" ilan edilmesidir.<sup>95</sup>

Deneyde, araştırmacıya itaat gönüllü bir şekilde gerçekleşmektedir. Milgram, zora dayalı (örneğin bir silah doğrultulduğunda) gerçekleşen itaatın silahlı adamın gitmesiyle veya herhangi bir yaptırımın gerçekleşmesi durumu bertaraf edildiğinde sona erdiğini belirtir. Meşru bir otoriteye rızayla itaat durumunda, itaatsizliğe yönelik yaptırım kişinin kendisinden kaynaklanır. Bu durumda itaat zora dayalı değildir, kişinin kendi rolüne bağlılık düşüncesinden ortaya çıkar. Bu bağlamda kişinin itaatının içselleştirilmiş bir temeli vardır ve bu temel nedeniyle dışsal bir unsur (baskı, zor vb. gibi) ihtiyaç yoktur. Fromm'a göre bu emirleri sorumluluk bilinci, vicdan vb. adlar altında içsel bir otorite de emredebilir.<sup>96</sup> Hukuk açısından bu konu değerlendirildiğinde yaptırımın önemi

<sup>93</sup> Otorite, hukuk ve ahlak arasındaki ilişki; Sevtap Metin/Altan Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, İstanbul, 2014 tarihli kitapta tartışılmıştır. Bu tartışmanın konusu Nazi Almanyası gibi rejimlerin hukukunun nasıl değerlendirileceğidir. Nazi Almanyası'nda hukuk adına ama hukuk olmayan yasa ve uygulamalarının, Nazi Almanyası yıkıldıktan sonra neye göre yargılanacağı konusunda farklı fikirler öne sürülmüştür. Nazi diktatörlüğü hukuku yaptığı gibi, ortamın baskısıyla yargıçları da denetim altına almış ve hukukun içinde kabul edilmeyecek kararların çıkmasına imza atmıştır. "Yasalı hukuksuzluk" olarak adlandırılan bu durumda, yasaı uygulayan yargıçların sorumlu olup olmayacağı konusunda nasıl karar verilecektir. Yasaların emrettiği şekilde karar vermek yargıçların görevidir. Fakat "pozitif yasalara dayansalar bile insanlık dışı yargısal kararların cezai sorumluluğu olduğu ilkesini benimsediğimizde artık bu kararların geçerliliği ve kararı veren yargıçların cezai/hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir." Nazi Mahkemelerinin yargısal otoritelerini, eleştirel düşünceleri bastırarak üzere keyfi bir şekilde kötüye kullanmaları yukarıdaki bağlamda yargılanabilir hale gelir. Korku ve baskı dönemi olmasına rağmen yargıçlar bu dönemde istifa edip, Nazi partisinin çıkar ve görüşlerini hukuk olarak uygulamaktan kaçınabilirlerdi. Hukuksuz yasalara karşı direnmek yargıçların hakkı ve görevidir. İktidarın, halkı tarafından meşru bir otorite olarak görülmesi, yaptığı ve uyguladığı hukukun da meşru olduğu anlamına gelmez. İktidarın meşruluğu, hukuku doğrudan meşru kılmaz. **Sevtap Metin/Altan Heper**, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, İstanbul, 2014, s. 49-52

<sup>94</sup> Bireyin uyma davranışı göstermesi ile hukuksal düzen sürdürülebilir. Aksi takdirde sıklıkla ihlalin olması ile hukuk etkinliğini kaybeder. **Mehmet Tevfik Özcan**, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 4. Basım, İstanbul, 2011, s.76; **Freeman**, s. 51

<sup>95</sup> **Milgram**, Deney, s. 127; **Helm/Morelli**, s. 325-328

<sup>96</sup> **ErichFromm**, *Özgürlükten Kaçış*, çev. Şemsa Yeğin, 3. Basım, İstanbul, 1995, s.88 vd

fazla abartılmış anlamına gelir. Dahası Milgram'ın ifade ettiği gibi itaati içselleştirmiş bir kişi hiçbir zaman bir emir verilirse de, otoritenin isteklerini veya istek olarak görülebilecek şeyleri yapar.<sup>97</sup> Kişi, görünmez otoriteye boyun eğmeye devam eder. Bu görünmez otorite kamuoyu, sağduyu, bilim gibi başka şekillerde kendini gösterir.<sup>98</sup>

Kişinin aklında yerleşik hale gelmiş mekanizmalardan birisi de görevin teknik detaylarında boğulup, kaybolması ve olayın bütününe dair bir fikre ulaşmamasıdır. Deney boyunca denekler, kelime çiftlerini mükemmel şekilde okuyarak ve titizlikle düğmelere basarak, iyi bir performans sergilemeye çalışırlar. Bu tür durumlarda denek amaç belirleme ve ahlaki değerlerin sınırları konusunu hizmet ettiği otoriteye bırakır.<sup>99</sup>

Milgram, itaat davranışının gelişmesinde işbölümü ve bunun sonucu olan yabancılaşmaya da değinir. Denek masa başında kelimeleri okuyacak ve düğmeler basacaktır; "kimse şeytani bir davranışta bulunmaya karar vermemiştir", sadece emredilene yapmaktadır. Modern karmaşık toplumlarda işbölümü ile insanlar, insani koşullardan uzak, belirli ufak ve özel işleri üstlendikleri bir çalışma hayatının parçası haline geldiler. Yaptıkları işlerin sonuçlarını görememe onları kendilerine yabancılaştırdığı gibi, otoritelerin daha etkili olmasını sağladı.<sup>100</sup>

*"İnsanlar verilen her türlü emri sorgulamadan nasıl yerine getiriyorlardı? Hangi psikolojiyle insanlar koşulsuz itaatte bulunuyorlardı?"* Milgram'ın deneyinin ilham kaynağı olan Eichmann'ın yargılanmasından da bu bağlamda bahsetmek gerekiyor. Hannah Arendt, *Eichmann Kudüs'te: Kötülüğün Bayalığı Üzerine Bir Rapor* (Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil, 1963) adlı kitabında Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi (Nazi Partisi)'nin yüksek rütbeli bir subayı olan Adolf Eichmann'ın savaş ve insanlık suçuyla yargılanmasını anlatır ve Milgram bu kitaba atıfta bulunarak bazı sorulara cevap aramıştır: *"Acaba yönetici ve komutanlar, savaş suçlarını, emredildiği için mi işlediler yoksa yanlış bulmadıkları için mi işlediler?"* Arendt, savaş suçlularının yargılanmasını takip etmiş ve çok rahatsız edici ve düşündürücü şu sonuçlara ulaşmıştır: Yahudi soykırımından sorumlu Naziler kana susamış katiller gibi görünmemekteydiler. Tam aksine, çoğu sakin, yumuşak ve kibardılar; onlar, 'sadece emirlere uyduklarını, Yahudilerden nefret ettikleri için değil, kendilerine öyle yapmaları emredildiği için yaptıklarını' tekrar tekrar açıklıyorlardı.<sup>101</sup> Milgram'ın şu sözleri Arendt'in gözlemini özlü bir şekilde ifade etmektedir: "İtaatin özü, eylemin, eylemi gerçekleştiren kişinin isteğiyle değil, sosyal hiyerarşinin üst basamağından gelen emirle gerçekleştirilmesidir."<sup>102</sup> Arendt'e göre Nazi bürokratları yaptıkları eylemlerin sonuçlarıyla değil, görevlerini yerine getirmekle ilgilenmişlerdir.<sup>103</sup> Milgram, bir deney ortamında araştırmacının verdiği emirler-

<sup>97</sup> **Milgram**, Deney, s. 17; **Freeman**, s. 52

<sup>98</sup> **Fromm**, s. 223-224

<sup>99</sup> **Milgram**, Deney, s.16; **Robin Martin/Miles Hewstone**, "Social-Influence Processes of Control and Change: Conformity, Obedience to Authority and Innovation", *The Sage Handbook of Social Psychology*, Ed. A. Hogg, Joel Cooper, 2007, s. 315

<sup>100</sup> **Milgram**, Deney, s. 17,118

<sup>101</sup> **Milgram**, Deney, s.137

<sup>102</sup> **Milgram**, Deney, s. 156

<sup>103</sup> **Reicher/Haslam/Smith**, s. 317

le 50 yaşındaki bir adama elektrik verildiğini gözlemledikten sonra durumun vahametini daha fazla hissetmiştir. Emrin ilgili bir otoriteden geldiği durumlarda insanlar herhangi bir vicdan sınırlaması olmaksızın, emri uygulamaya koyulmaktadırlar. Milgram'a göre, denekler, aynen Nazilerde olduğu gibi iyi bir insan olmaktan çok iyi nesnelere olmakla ilgilidirler.<sup>104</sup> Emrin daha büyük bir otoriteden gelmesi durumunda insanların neler yapabileceği çok daha endişe vericidir.<sup>105</sup>

Milgram durumunun ironikliğine dikkat çeker; insanın bir yandan sadakat, disiplin ve fedâkarlık gibi yüce değerlere sahip çıkması, diğer yandan ise bu değerler üzerinden otoriteye itaat ile yok edici bir savaş makinesi haline gelmesi gerçekten ironiktir.<sup>106</sup>

Bu duruma benzer bir örnek II. Dünya Savaşı'nda atom bombasının atılmasında görülür. II. Dünya Savaşı sırasında 6 Ağustos 1945'te Hiroşima'ya atılan ve ilk anda 78 bin kişinin ölümüne neden olan atom bombasını taşıyan uçağın pilotu Paul Tibbets 2005 yapımı Hiroşima belgeselinde,

"Uçak havalanınca pilot kabiniinden uçağın arkasına, askerlerin olduğu yere geçtim. Kendimize kahve aldık ve onlara aslında ne yaptığımızı uçakta ne taşıdığımızı söyledim. İlk noktamızdan bombayı bırakma noktasına geldiğimizde bunu bir rutin olarak gerçekleştirdik. Tamamen bombalamaya konsantre olduk. Ben duygusal değilim. O anda düşündüğüm bir şey olsaydı, size ne olduğunu söylerdim. *İşimi yaptım ve başarıyla sonuçlandı için çok rahatlamıştım, siz bunu anlayamazsınız*" -Hitleri'in Eichmann'ı gibi- demiştir."<sup>107</sup>

Aslında diğer ahlaki değerlerin karşısında, otoriteye itaat daha üstün gelmiş bir değerdir. Milgram itaat sürecini açıklamaya çalıştığında moral ideallerle, öğrenilmiş itaat davranışının birbirinden ayıramayacağını da belirtir. Sorumluluğun terk edilmesiyle, "doğru olan" otoritenin söylediği hale gelir. İdealler, değerler kaybolur ve yenisi otorite ve tabi olanın etkileşimiyle ortaya çıkar.<sup>108</sup>

'İyi bir vatandaş, iyi bir evlat, iyi bir memur veya işçi, bulunduğu ortamın norm ve kurallarına uyar'. Toplumun işleyişinde ortamın norm ve kurallarına uymak, birlikte yaşamı ve düzeni sağlamak için gereklidir. İnsanlar ailede, okulda sürekli olarak itaat etmeleri gerektiğini öğrenirler. Otoriteye itaat edenin ödüllendirildiği, otoriteye uymamanın ise cezalandırıldığı bir toplumsal yapıyla ilgi tecrübe, insanları hep otoriteye itaat ve uyma davranışına yönlendirir.<sup>109</sup> Fakat burada ilk sorulması gereken norm ya da kuralın içeriğinin ne olduğudur? Bunları belirleyenler kendi güç ve çıkarlarına göre norm ve kuralları oluşturmuşsa, ya da bunları oluştururken dayandıkları ilkeler, değerler aslında belirli bir kesimin çıkarlarına uygunsa? Daha çok sayıda eleştirel soru ileri sürülebilir.<sup>110</sup>

<sup>104</sup> Reicher/Haslam/Smith, s. 317

<sup>105</sup> Meyer, s. 115

<sup>106</sup> Milgram, Deney, s. 174

<sup>107</sup> Yıldız, s. 61-62

<sup>108</sup> Freeman, s. 58

<sup>109</sup> Milgram, Deney, s. 129-131

<sup>110</sup> Meyer, s. 114



“Hümanist filozof ve psikologlar itaat ile özgür olma arasında bir ilişki olduğunu ve itaat etmeyi, özgürleşmenin ve geleceğe umutla bakmanın önünde önemli bir engel sayarlar, dolayısıyla erdem olarak görmezler. Fromm’a göre, tarih boyunca krallar, derebeyleri, devleti yönetenler, patronlar ve ana babalar, itaat etmenin erdem, itaatsizliğin ise ahlâk dışılık veya suç olduğu anlayışını savunmuş ve dayatmışlardır. Bu da sorgusuz ve şartsız itaate neden olmakta ve özgür iradeyi ortadan kaldırmaktadır.”<sup>111</sup>

Fromm’a göre, itaat etme olgusu, insanlık tarihinin son bulmasına neden olabilir. Artık ulaşılan teknoloji ile tüm insanlığı yok edecek bombalar yapılmıştır. Bu durumun mantıklı bir açıklamasının olmadığını belirten Fromm, insanlığın bilim ve teknoloji olarak çok geliştiğini ama duygusal olarak taş devrinde olduğunu ifade eder. “Eğer insanoğlu kendini öldürürse bunun nedeni ölüm düğmelerine basmayı emredenlere itaat etmek olacaktır. Bu da insanın; korku, nefret ve hırsın ilkel tutkusuna, ayrıca milliyetçi gurura ve devlet egemenliğine itaat etmesidir.”<sup>112</sup>

## V. DENEYİN TEMELİNDEKİ KAVRAMLAR

Milgram deneyi, Stanley Milgram’ın ifadesiyle “*yükücü itaat*” üzerine laboratuvarda yapılan bir çalışmadır.<sup>113</sup> Milgram, sosyal itaatin nasıl oluştuğunu ve bir otoritenin emrine, kendi vicdani değerleriyle çatışsa bile, kişinin bu emre ne kadar uyacağını, kişilerin buldukları ortamlarda ve içinde oldukları grubu ve otoriteyi algılama biçimlerine göre nasıl hareket ettiklerini, kurbanlarına otoritenin emriyle ne kadar acı çektirebilme eğiliminde bulduklarını anlamak için laboratuvar ortamında deney yaparak, araştırmıştır.<sup>114</sup> Bu deneyin yapılmasına kaynaklık eden Nazi Almanyası deneyimidir. Milgram, deneyi Nazi savaş suçlusunu Adolf Eichmann’ın Kudüs’te yargılanmaya başlamasından üç ay sonra Temmuz 1961’de yapmıştır.<sup>115</sup>

1933-1945 yılları arasında milyonlarca masum insan sistematik olarak emirlerle katledildi. Bir fabrikanın verimli çalışması için gereken düzen, soykırımı gerçekleştirmek için de oluşturuldu; gaz odaları inşa edildi, ölüm kampları kuruldu. “Bu insanlık dışı politikalar tek bir kişinin beyninin ürünü olabilir,

<sup>111</sup> Yıldız, s. 61

<sup>112</sup> ErichFromm, İtaatsizlik Üzerine Denemeler, çev. A. Sayan, İstanbul,1987, s.9’dan aktaran;Yıldız, s. 62

<sup>113</sup> Milgram, “Behavioral Study of Obedience”, s. 371

<sup>114</sup> Batmaz, “Sanford, Milgram, Şerif ve Asch’in Otoriteriyen Kişilik ve Uyma Deneyleri ve Adorno’nun Sarkacı”, s.21; Yıldız, s. 46

<sup>115</sup> Aktaran; Batmaz, “Sanford, Milgram, Şerif ve Asch’in Otoriteriyen Kişilik ve Uyma Deneyleri ve Adorno’nun Sarkacı”,s.24. Milgram’ın deneye dayalı çalışmaları kişiler düzeyinde kalmamış, ulusal düzeyde insan davranışındaki benzerlik ve farklılıkları incelemiştir. Bu konuda çalışmalarına 1957 yılında başlamış ve Norveç ve Fransa’da deneyler yapmıştır. Bir ulusal kültür içinde insanların ortak davranış kalıplarına “uyum” gösterdikleri kabülünden yola çıkar. Solomon Asch’in çizgi deneyinin bir benzerini sesle düzenleyerek grup baskısını ölçmeye çalışır. Elde ettiği bulgular çerçevesinde Norveçliler’de uyma davranışının, Fransızlar’a göre çok daha yüksek olduğudur. Detaylı bilgi için bkz., Stanley Milgram, “Ulusal Farklılıkları Araştırmak İçin Deneysel Bir Yaklaşım”, Otoriteriyen Kişilik, çev. Mehmet R. Gürkaynak, Veysel Batmaz, İstanbul, 2006, ss.109-125.

fakat kitlesel ölçekte ancak çok büyük sayıda insanın emirlere uymasıyla yerine getirilebilirdi.”<sup>116</sup>

Milgram, başlangıçta Almanlar’ın farklı yaratıklar olduğunu bilimsel olarak kanıtlamayı amaçlamış ve böylece kötülüğü Almanlar’la sınırlamaya çalışmıştır. Çeşitli tarihçilerin görüşlerinden yola çıkarak Almanların özyapısında sorun olduğunu göstermek istemiştir. Bu tez dünyanın geri kalanını rahatlatıcaktır. Bu çerçevede deneyi önce Amerikalılarla sonra da Almanlarla yapmayı tasarlamıştı. Fakat Amerika’da yaptığı deneylerin sonuçları, beklenmedik ve rahatsız ediciydi ve artık Almanya’ya gitmesine gerek kalmamıştı.<sup>117</sup>

Bu araştırmasını ilk olarak 1963’te yazdığı *Behavioral Study of Obedience* makalesinde, daha sonra ise 1974’te yayımladığı *Obedience to Authority; An Experimental View* (Otoriteye İtaat: Deneysel bir Bakış) adlı kitabında değerlendirmiştir. Milgram 1974 tarihli *The Perils of Obedience* adlı makalesinde deneyle ilgili sonuçları şu şekilde özetler:

“İtaatin hukuksal ve felsefi açılarından çok büyük önemi bulunmaktadır, ancak bunlar çoğu insanın somut durumlarda nasıl davrandığı konusunda fazla bilgi vermez. Yale Üniversitesi’nde sıradan bir insanın sadece bir deney bilimcisinden aldığı emirle başka bir insana ne kadar acı çektireceğini ölçmek için basit bir deney düzenledim. Katılan deneklerin güçlü vicdani duyguları ile saf otoriteyi çeliştirdim ve kurbanların acı dolu çığlıklarının eşliğinde genellikle otorite kazandı. Yetişkin insanların, bir erk makamının komutası doğrultusunda her şeyi göze almakta gösterdikleri aşırı isteklilik, çalışmamızın acilen açıklama gerektiren önemli bulgusudur.

Sadece görevlerini yapan, kendi başlarına vahşi işlere kalkışmayan sıradan insanlar, korkunç yok etme işleminin bir parçası olabilmekteler. Ek olarak, yaptıkları işin yıkıcı sonuçlarını apaçık görmelerine rağmen, temel ahlaki değerleriyle çelişen bu görevlerde pek az kişinin otoriteyi reddetme potansiyeli olduğu görüldü.”<sup>118</sup>

Deney, sadece bir deney olmakla kalmamış, ulaştığı sarsıcı sonuçlar nedeniyle başka bilim adamları tarafından tekrar tekrar yapılarak, bu çok boyutlu insanlığa dair soruna çeşitli bilim dallarından yeni açıklamalar getirilmeye çalışmıştır.

## A. Otorite

Hayatımız boyunca çeşitli otoritelerle karşılaşırız. Küçük yaşlarda, bizden daha bilgili olan büyüklerin sözlerine kulak veririz. Çünkü onlar yaşanmışlıklardan değerli sonuçlara ulaşmışlardır. Büyüdükçe, bize yön veren öğretmenler, patronlar çıkar ve bizden daha bilgili veya otoriteye sahip insanların söylediklerini yapmaya koşullanırız. Bu bize yaşamın zorluklarını daha kolay alt etmenin ve başarıya ulaşmanın kısa yollarını sağlar. Olgunlaştığımızda otoritelerin emirlerini izlemek olağan hale geldiği için bu konuda artık duyarlılığımızı yitirmişizdir. Çünkü küçük yaşlardan itibaren otoriteye itaat ödüllendirilmiştir ve bu durum bizim düşünmeden sadece denileni yapmamıza yönlendirir. Yaşam karmaşıklaştıkça ihtiyacımız olan bilgiye ulaşmak daha kolay olmasına

<sup>116</sup> Milgram, “Behavioral Study of Obedience”, s. 371

<sup>117</sup> Meyer, s. 99-100

<sup>118</sup> Stanley Milgram, “The Perils of Obedience” 1974, [http://www.age-of-the-sage.org/psychology/milgram\\_perils\\_authority\\_1974.html](http://www.age-of-the-sage.org/psychology/milgram_perils_authority_1974.html), (çevrimiçi), Erişim tarihi: 09.11.2016

rağmen, daha fazla zaman ve enerji gerektirdiği için, bilen bir otoriteye başvurmak sonuca hızlı ve kolay ulaşmamızı sağlar. Bu bizi otomatikleştirirken, körleştirmekte ve vicdansızlığa yatkın hale getirmektedir.<sup>119</sup>

Milgram deneyinde iki temel unsur bulunmaktadır; biri otorite, diğeri ise otoritenin sujesi deneklerdir. Deneydeki otorite, emirler vermeye yetkili ve uyulması zorunlu bir *meşru otorite* olarak görülmektedir.

Otoritenin ne olduğunu ve nasıl bir etkiye sahip olduğunu görmek açısından bu kavramı açmak anlamlı olacaktır.

Milgram'a göre, bir otorite sistemi içinde en az iki kişi vardır ve bu sistem birinin diğersinin davranışını belirlemeye hakkı olduğu düşüncesine dayanan hiyerarşik bir sistemdir.<sup>120</sup> Ayrıca Milgram meşru otoriteyi "verili bir durumda sosyal kontrol pozisyonunda algılanan kişi" olarak belirtir.<sup>121</sup> Buna göre otoritenin gücü kişisel özelliklerinden değil, sosyal yapıdaki konumunun diğeri tarafından nasıl algılandığından gelir. Milgram'a göre bireylerde meşru bir otorite tarafından belirtilen davranışları kabul etme yönünde bir eğilim vardır.<sup>122</sup>

Milgram'a göre otoriteye itaat toplumsal hayatın yapısında en temel unsurlardan biridir. Bütün toplumsal yaşam biçimlerinde bir çeşit otorite sistemine ihtiyaç vardır ve *otorite*, başkalarının emirlerine itaatsizlik veya boyun eğme şeklinde karşılık vermek zorunda olmayan kişidir.<sup>123</sup>

Otorite kavramı çokça tartışılmıştır; en genel ifadeyle otorite; "fiziksel zorlama olmaksızın ve taleplerini tartışmaya ya da haklı göstermeye çalışmaksızın, gönülden itaat ettirme yolu"dur. Bu tanım "usdışı ve düşüncesiz itaatkârlık" tutumunu ve davranışını da içinde barındırmaktadır.<sup>124</sup>

Otorite kavramını kudret, kuvvet, güç kavramlarından ayırtmak gerekir. Otorite taşıyan kişilerin çoklukla kuvvet kullanmak, emirlerini zorla uygulamak imkânına sahip olması bu kavramların karıştırılmasına neden olmaktadır. Örneğin suç işleyen bir kişiyi polisin yakalayıp hapse atması, zor kullanarak olur. Fakat kavgaya eden iki kişiyi ayırıp barışmalarını sağlayan polis komiseri zor kullanmaz; insanlar onun statüsüne dayalı otoritesine saygı duyarlar ve barışı sağlamak olan amaç gerçekleşir.<sup>125</sup>

J. B. Bocheński, otorite kavramının mantıksal analizini yaparak, otoritenin ne olduğunu ortaya koymaya çalışır. Kavram olarak otorite bazen bir kişinin özelliğini, bazen de bir ilişkiyi ifade eder. Sosyolojik açıdan bir inceleme söz konusu olduğunda otorite, bir ilişki olarak ele alınmalıdır (kişi özelliği olarak ele aldığımızda özellikle psikolojinin çalışma alanında ilerlemek gerekir). "Otorite: Bir kişinin, iki veya daha fazla fert arasındaki ilişkideki statüsüdür ..."<sup>126</sup> "Kişi, diğersinin arzusuna gönüllü olarak, isteyerek uyar ve arzusuna uyduğu

<sup>119</sup> Ford/Bird, s. 159

<sup>120</sup> Milgram, Deney, s. 112

<sup>121</sup> Milgram, Deney, s. 132

<sup>122</sup> Blass, s. 958

<sup>123</sup> Milgram, "Behavioral Study of Obedience", s. 371

<sup>124</sup> Gérard Mendel, Bir Otorite Tarihi; Süreklilikler ve Değişiklikler, çev. Işık Ergüden, İstanbul, 2005, s.11

<sup>125</sup> Sulhi Dönmezer, Sosyoloji, 8. Basım, Ankara, 1982, s. 294

<sup>126</sup> Tanımı Lexion der Psychologie, Herder 1971, I, s. 222'den aktaran; Joseph Maria Innocentius Bocheński, Otorite Nedir? Otorite Mantığına Giriş, çev. Hilal Görgün, İstanbul, 2015, s. 13-15

kişinin kendisinden bunu isteyebileceğine inanırsa aradaki ilişki bir otorite ilişkisi olur.”<sup>127</sup> Bu ilişkide bir taraf otorite sahibi, yani otoriteyi taşıyan; diğeri ise süjedir, yani otorite taşıyanın otoritesinin yöneldiği kişidir. Hem otoritenin hem taşıyıcısı, hem de süjesi bilinçli bir bireydir.<sup>128</sup> Otorite kavramında üçüncü bir unsur vardır ki, bu da otoritenin alanıdır. Otorite, bu üç unsurun birlikteliği ile ortaya çıkan ilişkidir.<sup>129</sup> Alan, otoriteyle bildirilenlerden oluşur. Çünkü otorite doğrudan doğruya bu bildirilenlerle ilgilidir. Bildirilenlerden olayların kendileri değil, malumatın bildirildiği bir bildirme, haberleşme anlaşılır, bu nedenle de gerçek olmayan bir şeydir. Bu nedenle “Otoritenin alanı reel değil, idealdir.”<sup>130</sup>

Bocheński, mantuksal dizgeyi takip ederek otoritenin özelliklerine ulaşır. Vardığı sonuçlardan biri de şudur: “Hiç kimse herhangi başka bir insan için bütün alanlarda bir otorite değildir.” Bütün alanlarda otorite olan bir insanın olduğu doğru değildir. Bu iddiayla ortaya çıkan otorite “mutlak otorite” olarak adlandırılabilir ve Bocheński herhangi bir insani otoritenin mutlak otorite olmayacağını belirtir. Böyle iddiaya örnek faşist yönetimlerde görülür: “*Mussolini ha sempre ragione/ Mussolini her zaman haklıdır*” gibi... Mutlak otorite ancak Tanrı kavramıyla bağdaşmaktadır. Bu tür otoritenin insana veya bir gruba atfedilmesi, bunların tanrılaştırılmasıdır.<sup>131</sup>

Bocheński, otoritenin türlerini, otoritenin alanlarına göre belirlemeye çalışmıştır. “*Otoritenin alanı önerme veya emirlerden oluşan bir sınıftır.*” İki alan tarifine dayalı iki otorite türü vardır: Birincisi “*bilgi otoritesi*”, diğeri bir ifadeyle “*epistemik otorite*”, diğeri ise “*amir otoritesi*”, yani “*deontik otorite*”dir.<sup>132</sup>

Epistemik otorite, bilenin, bilirkişinin otoritesidir. Bu otoritenin taşıyıcısı emir vermez, amir değildir, ancak önermeler ile süjeye yönelir. Çünkü bu otoritenin önermeleri, bilgi iletir ve herkesin önünde duran olgularla ilgilidir. Epistemik otoriteyi daha netleştirerek ifade etmek gerekirse; “... bir önermenin doğru olma ihtimali, bu önermenin belirli bir kişi tarafından iletilmesi sebebiyle artıyorsa bu kişi benim için epistemik otoritedir.” Bir kişinin epistemik otorite olarak kabul edilebilmesi için, taşıyıcının alanına hâkim olduğuna, yani *salahiyeti olduğuna* inanılması gerekir. İkinci olarak süjenin, otorite taşıyıcısının alanında daha çok bildiğini kabul etmesi gerekir. Yani *doğru söylediğine dair bir inancın olması* gerekir.<sup>133</sup>

Deontik otorite, emirlere, davranış ilkelerine sahiptir. Epistemik otoriteden farklı olarak, deontik otoritenin kabulü pratik amaçlarla bağlantılıdır. Örneğin silahı doğrultmuş bir soyguncunun “Bana paranı ver!” emrine itaat ediyorum. Çünkü beni vurmasını istemiyorum. Karşımdakinin otoritesini tanıyarak, hayatımı kurtarma amacına ulaşmaya çalışıyorum. Bocheński, deontik otoriteyi şu önermeyle ifade eder: “*Taşıyıcı, Süje için G alanında ancak şu türden bir Z olayı varsa deontiktir: 1) Süje, Z'nin gerçekleşmesini istiyor, 2) Süje, Taşıyıcının ona bir iddiayla bildirdiği ve G alanına ait bütün emirleri kendisinin*

<sup>127</sup> Dönmezer, s. 294

<sup>128</sup> Bocheński, s.25-30

<sup>129</sup> Bocheński, s.17-19

<sup>130</sup> Bocheński, s. 23, 25

<sup>131</sup> Bocheński, s. 37-38

<sup>132</sup> Bocheński, s. 43-49

<sup>133</sup> Bocheński, s. 51-55

yerine getirmesinin bu gerçekleşmenin zorunlu bir şartı olduğuna inanıyor.” Bu önermeden çıkan unsurlara bakarsak: İlk olarak otoritenin varlığı, henüz gerçekleşmemiş, gelecekteki bir olayı ve süjenin de olmasını istediği *pratik bir amacı* şart koşar. Süje, amacının gerçekleşmesi için otorite taşıyıcısının emirlerine uymak zorunda olduğu *inancına* sahip olmalıdır. Deontik otoritede güven otoriteye değildir; olaylar arasındaki ilişkiden kaynaklı bir güven söz konusudur. İnsanlar deontikotoriyeinandıkça, otoritenin belirli bir temele dayanıp, dayanmadığı önemsizdir. Ama şu var ki, temelsiz otoriteye itaat ya “körü körüne” ya da “akıldışı”dır.<sup>134</sup>

“Her deontik otorite ya bir yaptırım otoritesi veya (ayrı zamanda) bir dayanışma otoritesidir.” Örneğin para vermeye zorlayan bir soyguncunun otoritesi yaptırım otoritesine örnektir. Batmak üzere olan bir gemideki kaptanın otoritesi, dayanışma otoritesidir. Her ikisinin de yapısı aynıdır; soyguncunun kurbanı ile gemideki tayfalar bir amaca ulaşmak için emirlere itaat ederler. Fark, süjenin amaç karşısındaki tutumudur; yaptırım otoritesinde otorite taşıyıcısı ile süjenin amaçları farklıdır ve süjenin amacı ile davranışı arasındaki ilişki otorite taşıyıcısının iradesi ile kurulmuştur. Dayanışma otoritesinde ise hem otorite taşıyıcısının, hem de süjenin amacı aynıdır. Batmakta olan gemi örneğimizi tekrar ele alırsak; hem kaptan, hem de tayfalar tehlikeden kurtulmak istemektedirler.<sup>135</sup> Bocheński'nin bu değerli çalışması otoritenin ne olduğunu mantıksal olarak ortaya koyar. Sonuç olarak otorite, bir ilişki olarak süjenin otoriteyi kabulüne dayanır. Bu kabul gerçekleştiğinde ise süje bir takım konuların düşünülmesini, bir takım konularda karar verilmesini otoriteye bırakır. Bu noktadan sonra toplu kıyımlardan, atom bombasının gönül rahatlığıyla atılmasına kadar giden bir yol açılmış olur.

Otorite kavramı siyaset bilimi çerçevesinde ele alındığında en geniş anlamıyla “iktidar biçimidir ve bazen ‘meşru iktidar’ olarak tanımlanmaktadır.”<sup>136</sup> İktidar, diğer insanların davranışlarını etkileme becerisi, diğerleri üzerinde güç sahibi olma demektir. Fakat otorite ise başkalarının davranışlarına yön verme hakkıdır. Bu nedenle otorite kavramı, meşruiyet veya yasallıkla örtülü iktidar anlamında kullanılır.<sup>137</sup> Siyaset bilimci LeslieLipson iktidar ve otorite tanımlaması yaparak, bu iki kavramı karşılaştırır: “Otorite herkesin geçerli kabul ettiği bir kuraldır. Otorite kullanımı, belirli yasayı ya da kuruluşu kabul edenlerce tanınır ve karşıt düşüncedekilerce tolere edilir.” İktidarın ya yanında olunur veya karşısında olunur. Otoriteye sadece itaat edilir. İktidara direnç yasaldır, otoriteye itaatsizlik ise yasadışıdır. İktidar çıplaktır, açıktır; “otorite, meşruiyet kisvesine bürünmüş iktidardır.”<sup>138</sup>

<sup>134</sup> Bocheński, s. 73-81

<sup>135</sup> Bocheński, s. 93-97

<sup>136</sup> Andrew Heywood, “Otoriteryanizm”, Siyasetin Temel Kavramları, Ankara, 2011, s. 246-248

<sup>137</sup> Andrew Heywood, “İktidar”, Siyasetin Temel Kavramları, Ankara, 2011, s. 44-47; Andrew Heywood “Otorite”, Siyasetin Temel Kavramları, Ankara, 2011, s. 52-54. Genellikle otorite ve otoriteryanizm birbirine karıştırılmaktadır. “Otoriteryanizm: Siyasal hakimiyetin rızası alınmaksızın topluma ‘yukarıdan’ dayatıldığı bir yönetim pratiği ve inancıdır. ... Otorite ‘aşağıdan yükselen’ meşruiyete dayanır.” Otoriteryanizm için bkz. Heywood, “Otoriteryanizm”, Siyasetin Temel Kavramları, Ankara, 2011, s. 246-248

<sup>138</sup> Leslie Lipson, Siyasetin Temel Sorunları, çev. Figen Yavuz, İstanbul, 2005, s. 80

Meşru otorite bağlamında MaxWeber'in otorite ve tipleri konusunda ki çalışmalarına bakmak gerekir. Weber, meşru otoriteyi rızayla emirlerine uyulan kurum olarak görür. Meşru otoriteye itaatın kaynağı, gelenekler, duygusal bağlar, çıkarlar, ideal amaçlar, yasalar olabilir. Bunun yanında otorite sahibi güç, kendi meşruluğu konusunda inanç da geliştirmeye çalışır. Bir otorite sisteminin meşruluğu, sosyolojik olarak önemli ölçüde ona uyulması ile değerlendirilebilir. "İtaat, boyun eğme' kavramı, kabullenen kişinin eyleminin, asıl olarak, verilen emrin içeriğini kendi davranışına temel olarak benimsediğini gösterecek bir yol izlemesidir." Otoriteye bağlı olanlar, emrin içeriğinden bağımsız şekilde ona uymaktadırlar.<sup>139</sup>

Weber'e göre üç tip meşru otorite vardır ve onların temellendirilmesinde de şu düşünceler yatar;

"1. Rasyonel temeller: Normatif kuralların meşruluğu ve bu yasalara göre egemenlik konumuna getirilenlerin, emir verme hakkı olduğu inancına dayalıdır (yasal otorite).

2. Geleneksel temeller: Çok eski zamanlardan beri süregelen geleneklerin kutsallığına ve bu geleneklere göre gücü kullananların meşruluğuna olan yerleşik inanca dayalıdır (geleneksel otorite).

3. Karizmatik temeller: Bir bireyin istisna kutsallığına, kahramanlığına, örnek özelliklerine ya da onun tarafından açıklanan veya emredilen normatif kalıpların ya da emrin kutsallığına olan bağlılığa dayalıdır (karizmatik otorite)."<sup>140</sup>

Yasal otorite durumunda uyulan, yasaların belirlediği ve şahsi nitelikte olmayan düzendir. Bireyler yetkili kişilerin, yetkileri çerçevesinde verdikleri emirlere uyarlar.<sup>141</sup>Burada yasallık ile meşruiyet eşanlamlı olarak kullanılır. "Weber'e göre otorite, güç kullanmaya ihtiyaç duymadan düzene uyulmasını sağlayan şeydir ve bunun nedeni belki de yalnızca yasanın böyle olmasıdır."<sup>142</sup>Geleneksel otorite durumunda geleneklere dayalı olarak kutsal kabul edilen ve geleneklere bağlı olan kişiye itaat edilir. Burada itaat yükümlülüğü geleneklerle belirlenir ve şahsi bir bağlılık gerektirir. Karizmatik otorite durumunda, kendisine itaat edilen kişi kutsal, kahraman ya da bir takım özellikleri nedeniyle karizmatik lider olarak nitelenen kişidir. Kişilerin bu otoriteye bağlılığı ve bu otoritenin sınırı, insanların bu karizmaya inancıyla belirlenir.<sup>143</sup>

Günümüz sosyologlarından Richard Sennett, otoriteyi bir gereksinim olarak belirtir. Çocuklar için yol gösterecek ve güven verecek bir otorite ihtiyaçtır. Yetişkinler açısından ise otorite diğerlerine gösterilen ilgi anlamına gelir. "En genel biçimiyle ...otoritenin, iktidar koşullarını yorumlama, bir güç imgesi tanımlamak suretiyle denetim ve nüfuz koşullarına bir anlam verme çabası ..."olduğunu ifade eder.<sup>144</sup> Otoritede bulunan nitelikler "güven, üstün bir yargılama gücü, disiplin uygulama yeteneği ve korku uyandırma kapasitesi"dir.<sup>145</sup>

<sup>139</sup> Max Weber, Bürokrasi ve Otorite, çev. H. Bahadır Akın, İstanbul, 2005, s.35-38

<sup>140</sup> Weber, s. 40

<sup>141</sup> Weber, s. 40

<sup>142</sup> Mendel, s.40.

<sup>143</sup> Weber, s.40.

<sup>144</sup> Richard Sennett, Otorite, çev. Kamil Durand, 4. Basım, İstanbul, 2014, s. 27, 32

<sup>145</sup> Sennett, s. 30

Sennett'e göre otoritenin temel ögesi, güç sahibi olmasıdır ve otorite, bu güçle diğerlerini yönlendirme, disipline etme gibi eylemlerde bulunma iktidarınıdır. "Otorite, kısmen daha güçlü birinden duyulan korkuya dayalı bir deneyimdir ve acı çektirme, bu gücün somut temelidir." Fakat modern toplumlarda otoritenin itaat ettirme yöntemi artık zor kullanarak bedensel acı çektirmek değildir; ona eş değer boyun eğdirici denetim mekanizması olarak utanma duygusunu kullanmaktadır. Araç olarak şiddetin yerini utanma duygusu almıştır.<sup>146</sup>

Sennett iki otorite tipinden bahseder: Birincisi paternalizm olarak adlandırıldığı *sahte sevgiye dayalı otoritedir*. Babanın aile içindeki otoritesine atfen adlandırılmış bu otorite tipinde, baba figürü himaye eden, koruyan gibi görünmektedir. Aslında otoritenin menfaatinin korunması asıl amaçtır.<sup>147</sup> İkinci otorite tipi sevgiye dayanmayan otorite olan *özzerkliliktir*. Bu tip otoritede gayrişahsi-lik ve kayıtsızlık esastır. Weberyana anlamda özerk otorite, rasyonalite ve prosedürlerin hâkim olduğu modern bürokraside temsil edilen otoritedir. Burada duygusallıktan uzak ve kayıtsız ilişkilerin hâkim olduğu, kuralların ve prosedürlerin düz bir şekilde işlediği bir otorite karşısında bireyin muhatap olabileceği bir kişi yoktur. Kurumsal düzeyde araçsal rasyonalite işler ve bireyler özgürlüklerinden yoksunlaştıkça diğer insanlara, doğaya vb. yabancılaşırlar da.<sup>148</sup>

Fransız psikiyatrist ve psikoanalist Gérard Mendel,<sup>149</sup> otoriteyi, meşruiyet ve iktidarın birlikteliğinin kabulü olarak görür. Bu ikisi bir madalyonun iki yüzü gibidir. Meşruiyet, toplumsal alanda otoritenin varoluş ve devamlılığı için zorunludur. Meşruiyet hangi düzeyde olursa olsun, iktidarın "otoritenin sahibi ya da temsilcisi olarak kendisini sunmasını" sağlar.<sup>150</sup> Mendel'e göre Weber'deki yasal-ussal otoritenin meşruiyet kaynağı olan yasallık, meşruiyetle karıştırılmaktadır. Yasal olan, yasaya uygun olandır. Bu noktada hukukçu Georges Burdeau, yasal olanın içinde taşıdığı değeri sorar. Bu değer, bu hukuksal düzeni doğrulayan bir ilkeye dayanmalıdır. Bu ilke meşruiyettir. Meşruiyetten otoritenin doğduğunu belirten Burdeau, meşruiyetin bir değerler sistemine dayanmasının gerektiğini ve bu nedenledemeşruiyetin özneliğinin izini taşıdığını söyler. Öznellik tek başına istikrarlı bir hukuk düzeninin temeli olamaz, çünkü özneliğin üzerine kurulu hukuk düzeni yurttaşlardan çok fanatikleri, isyancıları hareket geçirir. Tüm bunları derlersek, "eğer yasal iktidar meşru iktidarsa, bunun nedeni, bu iktidarı temellendiren yasanın da meşru olmasıdır."<sup>151</sup> Paul Bastide ise meşruiyet ile yasallığın birbirinin yerine kullanıldığını belirtir. Otoritenin haklılığı ve kaynağı meşruiyettir. Yine de yasaya otoritesini veren meşruiyet nerden gelir sorusu belirsiz olarak ortada durmaktadır.<sup>152</sup>

Mendel, otoritenin olası iki içeriğinden bahseder: Biri, olayla sınırlandırılmış bir iktidar talep eder. Bu iktidar "sert ve adil" nitelikli olacaktır. Bu içe-

<sup>146</sup> Sennett, s. 112-113

<sup>147</sup> Sennett, s.66-100

<sup>148</sup> Sennett, s. 101-140

<sup>149</sup> Psikiyatrist ve psikoanalist olan Gérard Mendel 30 yıl klinik ve teorik çalışmalar yapmış ve sosyo-psikoanaliz adlı yeni bir disiplin oluşturmuştur. Gilles Arnaud, "Poweract and Organizational Work: Gérard Mendel's Socio-psychoanalysis", Organization Studies, Cilt 28, Sayı 3, 2007, s. 410

<sup>150</sup> Mendel, s. 38

<sup>151</sup> Georges Burdeau/Paul Bastide, "Yasallık" ve "Meşruiyet" maddeleri, Encyclopaedia Universalis'ten aktaran; Mendel, s. 41-42

<sup>152</sup> Mendel, s. 42

rikli otorite tarihsel ve hukuksal gelenekten ani kopuş içermeyen, karşılıklı hak ve görevlerin bir şekilde belirgin olduğu, kuralların açık ve bilindir olduğu bir iktidardır. İkinci içerikteki otorite ise önceki otorite modelinin tersine keyfiyetin, şiddetin, ölçüsüzlüğün, sınırsızlığın ve irrasyonelitenin hâkim olduğu bir iktidardır. Mendel'e göre çok farklı toplumsallıklarda, tarihlerde ve ekonomik koşullarda otoriteler ortaya çıkmıştır; bu farklı koşullara rağmen otoritenin gerçekleşmesi açısından çok ortak nokta mevcuttur.<sup>153</sup>

Bugün tartışmalarda otoritenin karşısına demokrasi kavramı konulmaktadır. Nitelik olarak otorite hiyerarşik ve temel bir eşitsizliğe dayanırken, demokrasi ise, en azından teorik düzeyde, eşitlik ve özgürlüğe dayanır. Demokrasiye yurttaşlarda egemenlikten pay alırlar. Demokratik değerler ise otoritenin değerlerinin zıddıdır; eşitlik, kamusal tartışma uzamı, rasyonel uslamlama, bir üstünlük kabûlünün *apriori* reddi gibi değerler demokrasilerde ortaya çıkar. Bu değerler aynı zamanda demokrasiye meşruiyet sağlarlar. Bu noktada otorite ve demokrasi meşru iktidar tanımında aynı yerde durmaya başlarlar; iki karşıt kavram gibi dururken temellerini oluşturan meşruiyet konusunda ortaklaşmışlardır.<sup>154</sup> Meşruiyet, güç kullanmanın zemini. Otorite, yetmediği yerde güçlü baskı araçları kullanmaktadır. "Güç, otoritenin *ultimatio*'sudur. Demokrasinin çelişkisi, çatışma durumunda bunu çözecek ve demokratik uygulamanın yaygınlaşmasını sağlayacak yeni tarzların geliştirilmemesidir.<sup>155</sup>

Otorite üzerinde çalışmış olan bir başka düşünür olan Hannah Arendt, otorite tanımını vermez, fakat bize otoritenin ne olmadığını açıklar;

"Otorite, zorlayıcı dışsal güçlerin kullanımından uzak durur; güç kullanılan yerde otorite, kelimenin tam anlamıyla yenik düşmüştür. Diğer yandan otorite, eşitliği varsayan ve bir argümanoluşturma süreciyle işleyen iknaya da uyusabilir bir şey değildir. Argümanlara başvurulmuş yerde otorite bir yana bırakılmış demektir. İknanın eşitlikçi düzeni karşısında, her zaman hiyerarşik olan otorite düzeni durur. Otoriteyi gerçekten tarif etmek gerekirse, bu durumda bu tarif, hem güç yoluyla zorlamanın hem de argümanlar aracılığıyla ikna etmenin karşıtı olmalıdır."<sup>156</sup>

Milgram deneyinde otorite gri giysili, davranışlarında soğukkanlı ve ciddi ifadeli deneyci bilimin otoritesinin temsilcisidir ve bilimin meşru otoritesinin arkasında üniversitenin görkemli, taşan katedrali bulunmaktadır.<sup>157</sup> Burada Bocheński'nin *epistemik otorite*, Morelli'nin ise *uzman otorite* olarak adlandırdığı otorite tipini görürüz. Morelli meşru otorite ile uzman otorite arasında; *otoriteye sahip olmak* ile (*in authority*; yetkili olmak kastedilmektedir) *bir otorite olmak* (*an authority*; bir alanda uzman olan kişi kastedilmektedir) olmak arasındaki farka dikkat çeker.<sup>158</sup>

Otoriteye sahip olan (*in authority*) kavramının özünde, belirli bir ofiste, pozisyonda veya statüde yer almak vardır. Bu otoriteye sahip olan kişi kamusal denetime daha açıktır. Bir otorite olmak (*an authority*) ise otorite konumundaki

<sup>153</sup> Mendel, s. 88

<sup>154</sup> Mendel, s. 98-100

<sup>155</sup> Mendel, s. 107-109

<sup>156</sup> Hannah Arendt, "Qu'est-ce quel'autorite?," La Crise de la culture (1954), Gallimard, coll. "Ide'es", Paris, 1972, s.123'ten aktaran; Mendel, s. 30

<sup>157</sup> Mendel, s. 50

<sup>158</sup> Blass, s. 959



kişinin bilgeliğe sahip veya uzman olması ile insanların gözünde otorite olarak yetkilendirilmesini getirir. Deney bağlamında otorite sahibi bilim adamına yönelik insanların geçmişten günümüze bilim adamlarına ilişkin yargıları devreye girer ve bu bağlamda daha güvenilir bir otorite olarak değerlendirilirler.<sup>159</sup>

Literatürde karşılaşılan bir diğer ayırım *de jure* ve *de facto* otorite ayırımıdır. *De jure* otoritede, “bazı hukuki sözleşmeleri, kurallar sistemini veya yetki verme yöntemini öngörür ve kimlerin bu hakka sahip olacağı belirlenebilir.” Bu otorite tipinin meşruluğu prosedürlere dayandırılmıştır. *De facto* otorite söz konusu olduğunda “bir kişi diğerlerinden saygıdan dolayı itaat görebilir, çünkü onun yönetmek için yasal hakkını tanıyıp ve ona saygı duyabilirler veya bunun yerine ‘kişisel özelliklerinden’ dolayı bunu yaparlar.”<sup>160</sup> Her türden karizmatik otorite ve kişinin uzman olmasından kaynaklı otorite, bu otorite tipini oluşturur.<sup>161</sup>

Otorite, bir ilişki olması münasebetiyle en az iki kişinin varlığını gerektirmektedir; bir taraf otorite iken, diğer taraf otoritenin yöneldiği kişidir. Böyle bir ilişki sosyoloji, psikoloji, sosyal psikoloji, siyaset, hukuk, tarih, antropoloji gibi birçok bilim dalının konusu olmak hasebiyle farklı boyutlarıyla ele alınmıştır ve bu farklı referans noktalarından ele alış nedeniyle farklı tanımlar ortaya çıkmıştır. Sonuç olarak otoriteye itaat insanlar için hayatı kolaylaştırdığından çok daha fazla vehim sonuçlara yol açar.

## B. İtaat ve Uyuma Davranışı

Sosyal etki bir kişinin düşüncelerinin ve tutumlarının başka birinin düşüncelerini ve tutumlarını etkileme yollarını ifade eder.<sup>162</sup> “Sosyal etki, bireyin düşüncelerinde, duygularında, tutumlarında veya davranışlarında, başka bir kişi veya grupta girdiği etkileşim sonucu meydana gelen değişim olarak tanımlanmaktadır.”<sup>163</sup> Bu değişim her zaman aynı yolla gerçekleşmemekte, aksine aşağıda da kısaca tanımlanmış olan farklı süreçler yoluyla da sosyal etki ortaya çıkmaktadır.<sup>164</sup> Sosyal etki kuramını geliştirenlerden biri olan Bibb Latané sosyal etkileşimi açıklamak için üç temel ilke önerir. İnsanı etkileyen birçok sosyal faktör bulunmaktadır, insan bu etkileri şu özelliklere göre algılar: a) Sosyal faktörün kuvveti, b) sosyal faktörün kişinin yaşamında zaman ve mekân bakımından yakın olması ve c) sosyal faktörün etkilediği kişi sayısı. Latané bu ilkeleri kullanarak uymayı, otoriteye boyun eğmeyi, kutuplaşmayı, bireyin grup içindeki davranışının değişimini ve grubun birey üzerindeki etkilerini inceler.<sup>165</sup>

Sosyal etkiyle ortaya çıkan tutum ve davranışları itaat ve uyuma olarak iki ana başlığa ayırabiliriz.<sup>166</sup>

<sup>159</sup> Helm/Morelli, s. 326-328

<sup>160</sup> Richard B. Friedman, “On the Concept of Authority in Political Philosophy”, Concepts in Social and Political Philosophy, New York, 1973, s. 125’ten aktaran; Helm/Morelli, s. 328

<sup>161</sup> Heywood, “Otorite”, s. 52-54

<sup>162</sup> Martin/Hewstone, s. 312

<sup>163</sup> Lisa Rashotte, “Social Influence”, Sociology Encyclopedia, s. 4426-4429, [http://www.sociologyencyclopedia.com/fragr\\_image/media/social](http://www.sociologyencyclopedia.com/fragr_image/media/social), (çevrimiçi), Erişim tarihi: 27.11.2016

<sup>164</sup> Yıldız, s. 43

<sup>165</sup> Doğan Cüceloğlu, İnsan ve Davranışı, 22. Basım, İstanbul, 2011, s. 533

<sup>166</sup> Sınıflandırma birçok alanda olduğu gibi tek değildir; örneğin itaat (obedience), uyuma (conformity), riayet etme (compliance) şeklinde de ayırım yapılabilmektedir.

**1. İtaat (Obedience):** Sosyal etkinin biçimlerinden biri olarak itaat, otorite olan bir başkasının emrine göre davranmadır. Böyle bir emir olmadan kişinin bu şekilde hareket etmeyeceği varsayılır.<sup>167</sup> “Kişi, diğerinin arzusuna gönüllü olarak, isteyerek uyar ve arzusuna uyduğu kişinin kendisinden bunu isteyebileceğine inanırsa aradaki ilişki bir otorite ilişkisi olur.”<sup>168</sup> İtaat bir kişiye olduğu gibi, bir grubun görüşüne de olabilir. İtaat sonucu uyma davranışının temelinde, uyma davranışı gösteren kişinin üzerinde bir başka kişi ya da grubun gücü/kontrolü söz konusudur.<sup>169</sup> Zaten itaat kavramı, meşru otoritenin baskı uygulayabileceği inancına dayanır.<sup>170</sup>

İtaat, toplumsal hayatın bir bileşenidir. Milgram itaati, her toplumsal yapının bir otoriteye ihtiyacı olmasıyla ilişkilendirir.<sup>171</sup> İtaat, bireysel davranışı politik amaçlara bağlayan psikolojik bir mekanizmadır. Aynı zamanda insanları otorite sistemine bağlayan “yatkinlik çimentosu”dur. Yakın dönem tarihin olguları ve günlük yaşamın gözlemlenmesi, birçok insanın itaatının son derece kökleşmiş bir davranış eğilimi olabileceğini ileri sürer. Hatta bu eğilim etik, sempati ve ahlaki davranış eğitimini alt eden baskın bir dürtüdür. Fakat bütün itaatlerin diğerlerine saldırganlık gerektirdiği düşünülmemelidir. İtaat sayısız üretken fonksiyona hizmet eder. Aslında toplumsal yaşam onun varlığına dayanır. İtaat eğitici ve ulvileştirici olabilir ve yıkıcı olduğu kadar yardımsever ve merhametli davranışlara sevk edebilir.<sup>172</sup>

Sosyolojik açıdan itaat kavramı Weberci bağlamda meşruiyetin bir parçasıdır. Howard Newby (*The Deferential Worker*, 1977) tarafından “toplumsal etkileşimin, geleneksel otoritenin kullanılmasını gerektiren durumlarda, ortaya çıkan biçimi” olarak tanımlanmıştır. İtaat, düzenin meşru olduğunu iddia edenler ve bu düzene meşruiyet atfedenler arasında gerçekleşir. Üstün olan, itaat ilişkisinde, süreci yöneten, tanımlayan ve değerlendirendir. Aynı zamanda bu süreç “aşağıdan yorumlanan, geçerliliği ölçülen ve kendi çıkarları için kullanılan” bir niteliğe sahip olduğu için Newby bu durumu “itaatkar diyalektik” olarak adlandırmıştır.<sup>173</sup>

**2. Uyma (Conformity):** Bir kişinin inanç ve davranışlarını, gruba uymak için değiştirmesini ifade eden sosyal etki sürecidir. Grup normlarına uyma bazen sadece başkalarının aynı ortamdaki varlığından kaynaklanabilmektedir, bazen de grubun standartlarına, sosyal normlarına ve beklentilerine uymak ve toplum içinde kabul görmek için gerçekleştirilebilmektedir. Uymaya zorlayan grup baskısı, zorbalık, ikna etme, alay, eleştiri gibi farklı biçimlerde ortaya çıkabilmektedir. Burada çoğunluğun etkisi ile davranış değişikliği söz konusu ise bu *çoğunluk etkisi* olarak adlandırılır. Kişi grup içinde kabul görmek, gruba ters düşmemek, dışlanmamak, aforoz edilmemek, bulunduğu role uygun davran-

<sup>167</sup> **S. A. McLeod**, “Obedience to Authority”, 2007, [www.simplypsychology.org/obedience.html](http://www.simplypsychology.org/obedience.html), (çevrimiçi), Erişim tarihi: 10.11.2016

<sup>168</sup> **Dönmezer**, s. 294

<sup>169</sup> **Çiğdem Kağıtçıbaşı/Zeynep Cemalcılar**, *Dünden Bugüne İnsan ve İnsanlar*, 18. Basım, İstanbul, 2016, s.93; **Freeman**, s. 50

<sup>170</sup> **Kayaoğlu/Gökdağ/Kirel**, s. 65

<sup>171</sup> **Milgram**, Deney, s. 11

<sup>172</sup> **Milgram**, “Behavioral Study of Obedience”, s. 371

<sup>173</sup> **Gordon Marshall**, “İtaat”, *Sosyoloji Sözlüğü*, çev. Osman Akınhay, Derya Kömürcü, Ankara, 1999, s. 368

mak, alay edilmemek, hor görülmemek gibi nedenlerle çoğunluğa uymak zorunda kendini hissedebilmektedir ve bunun sonucunda davranış değişikliğine giderek, uyuma davranışı göstermiş olur.<sup>174</sup>

Uyuma veya uymama davranışının varlığı normların varlığı koşullarında ortaya çıkar. Yani bir norm olacak ki, ona göre bir kişinin yaptığı davranış uyuma veya sapma olarak nitelendirilebilsin. Bir davranış bir normun hoş görülebilir sınırları içinde kalıyorsa, uyuma söz konusudur. Eğer bunun dışında yer alıyorsa, o zaman bireyin davranışı sapma davranışı olarak değerlendirilir.<sup>175</sup>

Normlar toplumsal hayatın içinde çok önemli fonksiyonlara sahiptirler. Grup içi uyum normlarla sağlanır. Normlar, grubun değerlerini yansıtır. Bireyler grup içinde belirli bir amaca ulaşmak istediğinde normlar bireyi başarıya ulaştıracak davranışlara yönlendirir. Grubun amacına aykırı davranışları yasaklar. Ayrıca normlar bireylerin karşılıklı beklentilerini tanımladığından kişilerin çevrelerini anlamada referans çerçevesi oluştururlar. O grup içinde neyin iyi, neyin kötü, hangi durumda nasıl davranılması gerektiği gibi konularda bireye o grup içinde onay gören davranışa yönlendirirler. Bazen de grubun ortak kimliğinin belirlenmesinde yardımcı olurlar. O grup içinde, diğer gruplardan farklı görünmeleri ve farklı davranışları gerektiği durumlarda, normların etkisi büyüktür.<sup>176</sup>

İtaat, özdeşleşme ve benimseme ilk defa Herbert Kelman (1961) tarafından sosyal etki ve tutum değiştirmenin süreçleri olarak tasniflenmiştir. Kelman'ın tanımladığı bu süreçler uyuma tipleri olarak kabul edilmektedir.<sup>177</sup> Buna göre;

**a. Grup kabulü için uyuma (Compliance):** Kişinin diğer birey ve grubun onayını almayı ummasıyla ortaya çıkan uyuma davranışını betimlemektedir.<sup>178</sup> İnsanlar, gruptan takdir almak, rızasını kazanmak, ayıplanmamak veya cezalandırılmak, dışlanmak gibi olumsuzluklardan korunmak için uyum gösterirler. Bu tür davranış değişikliği grup baskısının olmadığı zamanlarda etkisini yitirdiği için, diğer bir ifadeyle davranış değişikliği kişi tarafından içselleştirilmediği için geçici bir davranış değişikliği olarak değerlendirilmektedir. Asch'in deneylerinde görülen uyuma davranışı bu kategori içinde görülür.<sup>179</sup> Burada kişi üzerinde grubun baskısı *normatif etki* doğurur. Normatif etki, insanlar toplum içinde kabul görmek için davranışlarını gruba uyarladıklarında oluşur.<sup>180</sup>

**b. İçselleştirme (Internalisation):** Kişi davranışı bir kurala veya görüşe kendisi doğru bulduğu için uyar. Uyulanın fikri, uyan tarafından benimsenir; çünkü kendi değer sistemiyle örtüşen bu fikre kişi inanır ve böylece kendi fikri haline getirir. Şerif'in otokinetik etki deneyini buna örnek gösterebiliriz.<sup>181</sup>

<sup>174</sup> Kayaoğlu/Gökdağ/Kirel, s.58; Yıldız, s.44; Tuğcu, s. 144; Kağıtçıbaşı/Cemalcılar, s.93; Batmaz, "Asch Çizgi Deneyi: Uyuma (Konformizm) Nedir, Nasıl Oluşur?", s. 192

<sup>175</sup> Şerif/Şerif, s. 136-138

<sup>176</sup> Kağıtçıbaşı/Cemalcılar, s. 92

<sup>177</sup> Georger R. Goethals, "A Century of Social Psychology: Individuals, Ideas, and Investigations," The Sage Handbook of Social Psychology, Ed. A. Hogg, Joel Cooper, London, 2007, s. 11 vd.; Kağıtçıbaşı/Cemalcılar, s.93-95; Yıldız, s. 44; Tuğcu, s. 144

<sup>178</sup> Martin/Hewstone, s. 314

<sup>179</sup> Yıldız, s. 44

<sup>180</sup> Kayaoğlu/Gökdağ/Kirel, s. 59

<sup>181</sup> Kağıtçıbaşı/Cemalcılar, s.95; Yıldız, s. 44

İçselleştirme ile kişi doğru hissettiği yönde hareket ettiği için doğruyu anlama ve uygulama gereksinimi karşılanmış olur. Böylece uymanın en temel görevi olan gerçeği tanımlama içselleştirme ile gerçekleşmiş olur. Kurala ya da norma uyma çekinme, korkma, benzeme ya da doğru ve değerli bulunduğu için kişi içselleştirmede bulunmaz. Çünkü uyma davranışının dayanağı, kişinin kendi görüşüdür.<sup>182</sup>

**c. Özdeşleşme (Identification):** Kişi, birisinin ya da bir grubun fikrine, değer verdiği veya çekici geldiği ve bu nedenle onlara benzeyebilmek için uyma davranışı gösterir. Kişi için uyulan değerli görülmeyle devam edildikçe, uyma davranışı da devam eder. Uyma davranışını yapması için, bunun doğru olduğuna inanması gerekmez. Sırf yakın arkadaşı seviyor diye, onun içinde bulunduğu grupla birlikte hareket etmesi bu duruma örnektir.<sup>183</sup>

İtaat ve özdeşleşme, diğer insanlarla olumlu yönde ilişki geliştirmeye yarar, içselleştirme ise kişinin kendini doğru hissetmesini sağlar. Sonuç olarak herhangi bir sosyal etki, kişiyi uyma davranışına yönlendirebilir. Sadece biri değil, hepsi de çeşitli sıralarla uyma davranışını getirebilir. Milgram deneyinde, itaate dayanan uyma davranışı görülür. Denek, araştırmacının sözünden çıkmadığı için itaat etmektedir. İtaat yoluyla uymada, kişinin davranışına rağmen gerçekte fikrinde değişime yoktur.<sup>184</sup>

## VI. İTAATİ VE UYMA DAVRANIŞINI ETKİLEYEN FAKTÖRLER

### A. İnsanları Etkileme Yolları

Genellikle biri bizden neden göstererek sıradan bir istekte bulunduğunda, hiç düşünmeden, basitçe isteğe uyarız. İnsanları etkileyerek, istediklerini yaptırmanın, diğer bir ifadeyle itaat ettirmenin birçok yolu bulunmaktadır. Bunlardan bazıları şunlardır;

**Ödüller:** Ödüller çok çeşitli olabilmektedir; bir arkadaşın onayı veya elde edilecek çıkar gibi... Ödül çok kişisel nitelikte olduğu gibi (değer verdiğiniz bir kişinin gülümsemesi), hiçbir kişisellik de taşımayabilir (bir işin belirli bir sürede bitmesi karşılığında ikramiye verilmesi) . Bazı durumlarda ödülün ne olacağı konusunda anlaşma yapılması mümkündür. Bazen de sadece beklenti bir ödül verilmesi yönündedir.<sup>185</sup>

**Baskı:** Baskı, fiziksel güç kullanımından onaylamama işaretlerine kadar geniş bir yelpazeyi içerebilir.<sup>186</sup>

**Uzmanlık:** Özel bilgi, bazı insanların diğerleri üzerinde gücünün aracıdır. Örneğin hastalandığımızda doktora başvurur, ona güvenir ve verdiği ilaçları içeriz. Çünkü onun bilgisinin bize yardımcı olacağını, istediğimiz şeyleri gerçekleştirmede önemli olduğunu biliriz.<sup>187</sup>

<sup>182</sup> Kağıtçıbaşı/Cemalcılar, s. 95, 98

<sup>183</sup> Kağıtçıbaşı/Cemalcılar, s. 94-95; Kipling D. Williams/Stephen G. Harkins/Steve J. Karau, "Social Performance", The Sage Handbook of Social Psychology, Ed. A. Hogg, Joel Cooper, London, 2007, s.303.

<sup>184</sup> Kağıtçıbaşı/Cemalcılar, s. 95-97

<sup>185</sup> Kayaoğlu/Gökdağ/Kirel, s. 62

<sup>186</sup> Kayaoğlu/ Gökdağ/Kirel, s. 62

<sup>187</sup> Kayaoğlu/Gökdağ/Kirel, s. 62

*Bilgi:* İnsanlara bilgi vererek etkileme yoludur. Kişinin uzman olması gerekmez. Örneğin bir arkadaşınız sevdiğiniz grubun sahne alacağını söyleyerek sizi konsere gitme yönünde etkileyebilir.<sup>188</sup>

*Yasal Otorite:* Bazen otorite, sosyal roller gereği yasal hak ve sorumluluklarla donatılmış kişidir. Örneğin, polis, hakim, doktor gibi statülerde yer alan kişilerin, diğer kişilere nasıl davranmaları gerektiğini söyleme hakkı vardır. Bir olay veya durumda bu otoriteleri birçok göstergeden hemen tanırız: Hakimın siyah cübbesi, askerin üniforması, doktorun beyaz önlüğü gibi unsurlar kişinin otorite ve statüsünün göstergeleridir.<sup>189</sup>

*Acizliğin Gücü:* Aciz ve yardıma ihtiyacı olanlar isteklerini yaptırmada belirli bir güce sahiptirler. Bir şekilde bir işin üstesinden gelmekte aciz olanlara yardım toplum tarafından her zaman onaylanan bir davranıştır. Bu nedenle acizlerin isteklerinin karşılanması da sosyal sorumluluk olarak görülür. Örneğin fakirlere yardım bu niteliktedir.<sup>190</sup>

## B. Otoriteryen Kişilik

Otoriteryen kişilik kavramı Adorno, Horkheimer ve Erich Fromm'un Aile ve Otorite Üzerine İncelemeler (*Studies on Authority and Family*) çalışmaları ve *Zeitschrift für Sozialforschung*'da yazdıkları makalelerle ortaya kondu. Bu grubun Frankfurt Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde yaptıkları çalışmalar *Otoriter Kişilik Sendromu* olarak adlandırılan *otoriteryen kişilik* örüntüsünü gündeme taşımıştır. Otoriter Kişilik Sendromunda, "hoşgörmezlik, otoriteye boyun eğme, milliyetçilik, kurallara körü körüne bağlanma, dogmatiklik, sevgi yerine kuvvet ilişkilerine değer verme, tutuculuk, ayırmacı önyargı ve etnosantirizm gibi özellikler dinamik bir organizasyon içinde birleşirler."<sup>191</sup>

Hitler'in Nazi Almanyası'nda daha sonra Frankfurt Okulu olarak anılacak olan çevrenin çalışma yaptığı Sosyal Araştırma Kurumu Max Horkheimer başkanlığında "Almanya'daki politik görüş" konulu araştırmalar yürütmüş ve otoriteryen kişilik başlığında çarpıcı sonuçlara ulaşmışlardır. Buna göre;

"Büyük bir çoğunluğu Alman İşçi Sınıfı'na dâhil kişiler, sosyal demokrat ve komünist olduklarını ısrarla söyledikleri halde, kendilerine anket soruları sorulduğunda, asıl tutumları ve değer yönelimlerini ortaya çıkaran dolaylı sorulara (bugün bu tür sorulara "yansıtıcı sorular" denmektedir) verdikleri yanıtlarla, oldukça otoriteryen (yetkeci) bir kişiliğe sahip olduklarını göstermişlerdi. Frankfurt Okulu diye bilinen Araştırma kurumu üyelerinin bu verilerden çıkardıkları sonuca göre, büyük bir olasılıkla Hitler işbaşına gelecek ve Alman işçilerinden etkili hiçbir karşı-tepki görmeyecekti."<sup>192</sup>

Otoriteryen kişilik örüntüsü dokuz temel kişilik ediminden oluşmaktadır:

<sup>188</sup> Kayaoğlu/Gökdağ/Kirel, s. 62

<sup>189</sup> Kayaoğlu/Gökdağ/Kirel, s. 62

<sup>190</sup> Kayaoğlu/Gökdağ/Kirel, s. 62

<sup>191</sup> Çiğdem Kağıtçıbaşı, Gençlerin Tutumları, Ankara, 1973, s.1'den aktaran; Batmaz, "Sanford, Milgram, Şerif ve Asch'in Otoriteryen Kişilik ve Uyuma Deneyleri ve Adorno'nun Sarkacı", s. 48

<sup>192</sup> Nevitt Sanford, "Çağdaş Açılımla Yetkeci Kişilik", Otoriteryen Kişilik, çev. Mehmet R. Gürkaynak, Veysel Batmaz, İstanbul, 2006, s.63-64; Yıldız, s. 46

**Alışılmışıya Bağlılık** (*Conventionalism*): Uzlaşımsal, orta sınıf değerlerine katı bir bağlılığı ve dıştan gelen toplumsal baskılara karşı uyanıklığı içerir.<sup>193</sup>Etnosantrizm ve politik tutuculuk, bu kişilik ediminin içeriğini oluşturur. Geleneksel orta-tabaka değerlerine uyma gereksinimi ile birlikte, bu değerlerin çiğnenmesini veya bunlara yönelik tehdit bu kişiliklerde büyük kaygı yaratır.<sup>194</sup>

**Otoriteryen Boyun Eğme** (İtaat – *Authoritarian Submission*): Kişi, üyesi olduğu grup veya toplumun idealize edilmiş değerlerine boyun eğer ve bunları eleştirel olarak değerlendirmez.<sup>195</sup> Otoriteye saygı dengeli ve gerçekçi nitelikte değildir, abartılı ve duygusal bir boyuneğmesöz konusudur ve bu kişi için bu bir gereksinimdir.<sup>196</sup> İtaat ve saygı çocukların öğrenmesi gereken en önemli değer olarak görülür. Böyle yetiştirilen bir toplumda bireyler dışsal güçlü bir otoritenin yönlendirmesine açıktırlar.<sup>197</sup>

**Otoriteryen Saldırganlık** (*Authoritarian Aggression*): Alışılmış, uzlaşım-sal değerlere karşı olanlara veya uymayanlara karşı düşmanlık, aşırı tepki gösterme, suçlama, reddetme ve cezalandırma isteği, otoriteye karşı abartılı saygı, itaat ve minnet duygusuyla birlikte yer almaktadır. Bu kişiler serbest duygusal yaşama, entelektüel ve kuramsal şeylere karşıdırlar. Çünkü özbilişin (*self-awareness*) derinleşmesi bireyin alışageldiği uyumunu sarsabilir. Katı gelenekselci tutumdan uzaklaşabilir, çocuklarını kendisinin uyduğu geleneklerden uzaklaştırabilir.<sup>198</sup> Sıkı kurallarla kontrol altına alınmış bu kişiler, üzerlerindeki baskılardan başkalarına şiddet uygulayarak kendi üzerlerinden atmaya çalışırlar. Kabul edilmiş otoriteye karşı herhangi bir eleştiri getiremeyen gelenekselci kişi, bu değerlere karşı gelen kişileri suçlamak, dışlamak ve cezalandırmak ister.<sup>199</sup>

**İçsellik Karşıtlığı** (*Anti-intrapeption*): Duygulara, hayal gücüne ve benzeri öznel özelliklere karşıt olma tutumunu yansıtır.<sup>200</sup> Bu kavram aynı zamanda öznelliğe ve yumuşak huylu olmaya karşı hoşgörüsüz ve karşıt olmayı ifade eder. İnsana ait duyguları zayıflık olarak görür ve aslında gerçek duygulardan korur. Çünkü kendi duygularının kontrolden çıkabileceğini düşünür.<sup>201</sup>

**İnsanüstü Varlıklara (Batıla) İnanma ve Tektipleştirme** (*Superstition and Stereotyping*): Mistik, metafizik belirleyicilere inanarak, sorumluluğun kişinin denetleyemediği dış güçlere aktarılmasıdır. Tektipleştirme ile katı ve çok basit kategoriler içinde düşünme eğilimidir ve buna göre kişiler kalıpyargılarla

<sup>193</sup> Martin Jay, Dialektik İmgelem – Frankfurt Okulu ve Sosyal Araştırmalar Enstitüsü Tarihi 1923-1950, çev. Ünsal Oskay, İstanbul, 1989, s.350'den aktaran; **Batmaz**, "Sanford, Milgram, Şerif ve Asch'in Otoriteryen Kişilik ve Uyma Deneyleri ve Adorno'nun Sarkacı", s.21.

<sup>194</sup> **Sanford**, s.66-67, 70-71; **Norris**, s. 33

<sup>195</sup> Martin Jay, Dialektik İmgelem – Frankfurt Okulu ve Sosyal Araştırmalar Enstitüsü Tarihi 1923-1950, çev. Ünsal Oskay, İstanbul, 1989, s.350'den aktaran; **Batmaz**, "Sanford, Milgram, Şerif ve Asch'in Otoriteryen Kişilik ve Uyma Deneyleri ve Adorno'nun Sarkacı", s. 21

<sup>196</sup> **Sanford**, s. 71

<sup>197</sup> **Norris**, s. 34

<sup>198</sup> **Sanford**, s. 72

<sup>199</sup> **Norris**, s. 34

<sup>200</sup> **Sanford**, s. 73

<sup>201</sup> **Norris**, s. 35

değerlendirilir.<sup>202</sup>Bilgi eksikliği batıl inanç ve tektipleştirmede etkili olmakla birlikte, önyargularla da yakından ilişkilidirler.<sup>203</sup>

**Güç, iktidar ve Sertlikten Yana Olmak** (*Liking Power and Toughness*): Hükmetme/ boyun eğme, güçlü/zayıf ilişkisi kişinin otoriteye boyun eğmeye zorlanması karşısında geliştirdiği tutumdur; “kudret karmaşası” yaşayan bu kişilerin odak noktası güçtür. Hem güçlü olmak ister, hem de gücü ele geçirip kullanmaktan korkar. Bu noktada güçlü kişilerle yakınlık kurarak, hem iktidarda olma, hem de boyun eğme gereksinimlerini karşılamış olur.<sup>204</sup>

**Yıkıcılık ve İnsana İnançsızlık** (*Destructiveness and Cynicism*): Herkeşe ve her şeye karşı genelleştirilmiş bir düşmanlık duygusu hâkimdir. Bu tutum daha çok olanak bulduğunda ortaya çıkar ve bu düşünceye sahip olanlar tarafından rasyonelleştirilir ve haklılaştırılır. Kendi saldırganlığından yola çıkarak herkese aynı saldırganlığı izafe eder.<sup>205</sup> Bu saldırganlık ve yıkıcılık propaganda aracılığıyla azınlıklara yöneltilebileceği gibi, politik olarak karşıt olan grubu da yöneltilebilir.<sup>206</sup>

**Yansıtıcılık** (*Projectivity*): Bilinçli benliğe girmesine izin verilmeyen ve bilinçaltına atılan duyuşsal ve zayıflık hisleri, başkalarına atfedilerek yansıtılır.<sup>207</sup> Freud’a referansla açıklanan bu özelliğe göre egonun kendini koruma fonksiyonu devreye girer. Varsayımsal yargılar ve gerçeklerin çarpıtılarak yorumlanmasını söz konusudur.<sup>208</sup>

**Cinsellik** (*Sexuality*): Cinsellikle ilgili konulara aşırı önem atfeden bir tutum sergileyen bu kişilik, dış – grupların geleneksel cinsellikle ilgili değerleri bozduklarını düşünür ve onları cinsel ahlaksızlıkla suçlar.<sup>209</sup>

Birçok eleştirmen, otoriteriyen kişiliğe atfedilen bu özelliklerin birçoğunun örtüştüğünü ve birbirinden ayrıştırılmasının oldukça zor olduğunu belirtmektedirler. Bunların dışında “hoşgörmezlik, otoriteye boyun eğme, milliyetçilik, kurallara körü körüne bağlanma, dogmatiklik, sevgi yerine kuvvet ilişkilerine değer verme, tutuculuk, ayrımcı önyargı ve etnosantirizm” davranışları otoriteriyen kişilikle örtüşen diğer davranış kalıplarıdır.<sup>210</sup>

Şu belirtilmeden geçilmemelidir, otoriteriyen kişilik bireyler düzeyinde ele alınamaz. Kişilerde öz benlikte otoriteriyen kişilik mevcut olsa bile “bunun ortaya çıkması ve yıkıcı oluşumlara yol açması, etnik saldırganlığa, yabancı düşmanlığına, faşizme ve soykırım girişimlerine dönüşmesi; özgürlüklere müdahale ve azınlık haklarını ortadan kaldıracı biçimlerde kitlesel ve bireysel olarak edim-

<sup>202</sup> Martin Jay, Dialektik İmgelem – Frankfurt Okulu ve Sosyal Araştırmalar Enstitüsü Tarihi 1923-1950, çev. Ünsal Oskay, İstanbul, 1989, s.350’den aktaran; **Batmaz**, “Sanford, Milgram, Şerif ve Asch’in Otoriteriyen Kişilik ve Uyma Deneyleri ve Adorno’nun Sarkacı”, s. 2; **Sanford**, s. 73

<sup>203</sup> **Norris**, s. 36

<sup>204</sup> **Sanford**, s. 74

<sup>205</sup> **Sanford**, s. 74

<sup>206</sup> **Norris**, s. 38

<sup>207</sup> **Sanford**, s. 74

<sup>208</sup> **Norris**, s. 39

<sup>209</sup> **Sanford**, s. 75

<sup>210</sup> **Batmaz**, “Sanford, Milgram, Şerif ve Asch’in Otoriteriyen Kişilik ve Uyma Deneyleri ve Adorno’nun Sarkacı”, s. 21

leştirilmesi” ancak toplumsal, siyasal ve ekonomik yapıların buna elverişli ortam sağlamasıyla bağlantılıdır.<sup>211</sup>

Sosyal Araştırmalar Kurumu'nun eski bir üyesi olan ErichFromm'un *Özgürlükten Kaçış* adlı kitabında totalitaryanizm ile ilişkili olarak “sado-mazoist karakter” kuramını ortaya koyar.<sup>212</sup> Fromm, otoriteryen kişiliği Nazi Almanyası bağlamında toplumsal, siyasal ve ekonomik boyutlarıyla ele almıştır. Ona göre otoriteryen kişilik özellikleri Nazi Almanyası'nınaşağıorta sınıfında görülür. Nazi ideolojisinde yer alan “lidere körü körüne itaat, ırksal ve siyasal azınlıklara karşı kin, fethetme ve egemenlik kurma açlığı, Alman halkını ve 'Nordik Irkı' yüceltme” aşağı orta sınıfa çekici geliyordu. Tarih boyunca “güçlüye hayranlık, zayıftan nefret, küçük adamlık, düşman yürekli olma, para konusunda olduğu gibi duygu konusunda da cimrilik ve çilecilik gibi özellikler” bu sınıfın nitelikleri olarak devam etti. Bu kişilik yapısı diğer sınıfların içinde de az nicelikte de olsa bulunuyordu. Almanya'daki aşağı orta sınıfların bu hale nasıl geldiğini inceleyen Fromm'a göre özetle gittikçe kötüleşen ekonomik koşullar, geleneksel değerlerin çökmesi, toplumsal saygınlıklarının yitmesi, I. Dünya savaşındaki yenilgi gibi nedenlerle kendi yazgılarını ulusun yazgısı ile birleştirip değerlendirmeye başladılar. Savaş sonrası yenilgiye yönelik “milliyetçi tepki toplumsal aşağılanmayı ulusal aşağılanmaya yansıtan bir ussallaştırmaydı.”<sup>213</sup> Hitler, Alman sanayicileri ve junckerlerin çıkarlarına hizmet ederken, özellikle aşağı orta sınıfı yanına alarak Alman emperyalizminin ekonomik ve siyasal amaçları için harekete geçirdi.<sup>214</sup>

Fromm, Hitler'i otoriteryen kişiliğin bir örneği olarak inceler. Ona göre otoriteryen kişiliğin özü, “sadist ve mazoşist<sup>215</sup> itkilerin aynı anda varlık göstermesi”dir. Bu iki eğilim, “insanlar üzerinde iktidar sahibi olma özlemi ile ezici büyüklükteki bir dış güce boyun eğme özlemi”dir.<sup>216</sup> Bilinçaltındaki bu duygusal gereksinim ilk olarak anne babaya karşı kendini gösterir. Bu kişiler aynı zamanda otoriteye karşı içlerinde isyan ve saldırganlık duyguları da taşırlar. Toplumsal koşullarla birleşen bu duygular kişinin kendi dışındaki gruplara, örneğin azınlıklara yöneltilir. Fromm'un sado-mazoşist olarak ele aldığı bu kişilik yapısı genellikle sapıklık ve nevrozla bağlantılı olarak kullanıldığı için, sağlıklı varsayılan insanlardaki bu tür yapıyı “*yetkeci kişilik*” olarak adlandırdı.<sup>217</sup>

Almanya'da Hitler'in önderliğindeki Nazi ideolojisi ve bunun uygulamaları otoriteryen kişiliğin sistemli bir bütün haline gelerek faşizmin hayata geçirilmesini sağlamış oldu:

“Herkesin kendi üzerinde boyun eğeceği birine, aşağısında da egemenlik kurabileceği birine sahip olduğu bir astlık üstlük durumu yaratılmıştı; tepedeki

<sup>211</sup> **Batmaz**, “Sanford, Milgram, Şerif ve Asch'in Otoriteryen Kişilik ve Uyma Deneyleri ve Adorno'nun Sarkacı”, s. 17

<sup>212</sup> **Sanford**, s. 64-65

<sup>213</sup> **Fromm**, s. 172-174

<sup>214</sup> **Fromm**, s.176-177

<sup>215</sup> Fromm sadizm ve mazoşizmi şu şekilde açıklar: Sadizm, bir başka insan üzerinde az ya da çok yıkıcılıkla karışık sınırsız yetke uygulamayı amaçlamak olarak anlaşılır; mazoşizm, kişinin kendisini yenilmez büyüklükte bir güç içinde eritmeyi ve onun gücünün ve etkusunun bir parçası olmayı amaçlar. **Fromm**, s. 177

<sup>216</sup> **Fromm**, s. 187

<sup>217</sup> **Sanford**, s. 64-65



adamın, liderin üzerindeyse, kendini içinde eritebileceği güç olarak Yazgı, Tarih, Doğa vardı. Dolayısıyla Nazi ideolojisi ve uygulaması, nüfusun bir bölümünün kişilik yapısından kaynaklanan arzularını doyuruyor ve egemenlik ve boyun eğmenin zevkini çıkaramamakla birlikte, teslim olmuş, yaşama olan, kendi kararlarını, her şeye olan inancından vazgeçmiş insanlara yön veriyor, onlara ne yapacaklarını söylüyordu.”<sup>218</sup>

Fromm'a göre tarihsel süreçte Kilise otoritesinin yerini Devlet otoritesi, Devlet otoritesinin yerini bilinç otoritesi ve içinde bulunduğumuz çağda ise bilinç otoritesinin yerini uyum sağlama araçları olan anonim sağduyu otoritesiyle kamuoyu almıştır. Otorite artık açık halde değildir ve birey her şeyin ve herkesin araç haline getirildiği bir düzende bu kendi ürettiği makinenin bir parçası haline gelmiştir. Kendisine yabancılaşmış bu birey bu düzenin düşüncesi, duyması ve istemesi gerektiği şeyleri düşünmekte, duymakta ve istemektedir. Benliğini yitiren birey bu yeni düzene uyum sağlayarak güvenliğini sağlamaya çalışmaktadır. Kimliksiz birey başkalarının beklentilerine uymakla güvenliğini sağlar fakat bu durumda da kendi yaşamını engelleyerek büyük bir bedel öder. Robotlaşmış insan kendisini tanımadığından ve ona göre yaşayamadığından mutsuzdur ve ruhsal açlık çeken bu birey “bireysel yaşama sözüm ona anlam ve düzen getiren bir siyasal yapı ve simgeler sunan, heyecan vaat eden her ideoloji ve her lideri kabul etmeye hazır durumda bulunma” tehlikesiyle karşı karşıyadır. Fromm, faşizmin beslediği kitlenin çaresiz, soyutlanmış, güvensiz ve giderek kendi yaşamının anlamı ve eylemlerini dayandıracığı ilkelere yitiren bireylerden oluştuğunu belirtir. Bunları aşmak için birey özgürlükten kaçarak, kendi benliğinin diğerlerinin içinde eridiği yeni bir bağlılık yaratır. Aslında insan yabancılaşmayı aştıkça özgürleşir ve mutluluğa ulaşabilir. Faşizm ise bireyin “bireysel benliğin ortadan kaldırılması ve tümüyle daha yüksek bir güce boyuneğer duruma getirilmesi”ni amaçlar ve böylece güçlenir.<sup>219</sup>Bireyin özgürleşmesi (kendini bilmesi, yabancılaşmadan kurtulması) ile faşizm kendisine yer bulamayacaktır.

### C. Uyma Davranışını Etkileyen Kişisel Nedenler

İnsan belirli bir toplum içinde biçimlense de, her bir bireyin farklı karakterleri ve bu karakterleri gereği öne çıkan bazı özellikleri vardır. Bu nedenle uyma ya da uymama davranışının ortaya çıkması kişiden kişiye farklılaşır.<sup>220</sup>

**1) Benliğin Etkisi:** Bazı kişilerin benliklerinde ilişkiellik yönleri, bazı kişilerin ise bireyci yönleri daha öne çıkar. İlişkisel benliğin öne çıktığı kişiler gruba daha çok önem verirler ve bu nedenle de grubun değerlerine, normlarına

<sup>218</sup> Fromm, s. 188

<sup>219</sup> Fromm, s. 200-215

<sup>220</sup> Sigmund Freud'un cinsel bastırmalardan kaynaklanan nevrozları tedavi amacıyla geliştirdiği libido kuramı “hem toplumsal normların insan kişiliği içinde yer aldığı ortaya koydu, hem de bu normların ego üzerine uyguladığı baskıyı aydınlığa kavuşturdu.” Libido kuramına göre ego, süpereo ve id arasındaki ilişki bireyin norma uyup uymamasında etkilidir. Rasyonel düşündüğümü alan olan ego, içgüdülerin yer aldığı id ile normların ve yasaklamaların bulunduğu süpereo arasında denge sağlar. “Süper-ego, ego üzerinde baskı kurarken, “toplumsal”ı, yani normatif olanı “bireysel”e kaçırmaz şekilde dayatır.” Böylece kişi dışsal yaptırımı düşünmeden, kendi kişiliğinde yer alan bu mekanizmadan dolayı kendisini sınırlayarak ihlali standart davranış haline getiremez. **Özcan**, s. 97-102

daha dikkat ederler. Bu kişilerde uyma davranışı daha fazla görülür. Benliklerinde bireyci yön ön planda olan kişiler, kendi düşünce ve ilkelerine öncelik ve önem verdiklerinden, kendilerini grupta bağlı ve ona uymak zorunda hissetmezler.<sup>221</sup>

**2) Birey Olma Gereksiniminin Etkisi:** Bazı kişiler bireyselliklerini korumak için, onları diğerlerinden ayıran kendilerine has özellikleri sürdürmeye çaba gösterirler. Yapılan laboratuvar deneylerinde birey olma gereksinimini güçlü bir şekilde hisseden kişilerin daha az uyma davranışı gösterdikleri ve yaratıcı aykırılıkta buldukları saptanmıştır.<sup>222</sup>

**3) Kişisel Kontrol Arzusunun Etkisi:** Bazen de bireyler, davranışları üzerinde kontrolleri olduğunu hissetmek için sosyal etkiye karşı, uyumsuz davranışta bulunabilmektedirler. Bu bağlamda geliştirilen psikolojik direnme kuramına göre, bireyler özgürlüklerine yönelik sınırlandırma çabalarına kendi davranışlarının kontrolünün kendilerinde olmasını istediklerinden direnecekleri ileri sürülmüştür. Yapılan çeşitli deneylerde kişisel kontrol arzusu yüksek olan kişilerin, sosyal etkiye, grup baskısına daha fazla direnç gösterdikleri belirlenmiştir.<sup>223</sup>

**4) Yetkinliğin Etkisi:** Grup içinde kişi diğer üyeleri daha yetkin görürse, uyma davranışı artmaktadır. Eğer kişi kendini grubun diğer üyelerinden daha yetkin ve bilgili görüyorsa, kendinde karşı koyma gücü bulabilmektedir. Kişilerin, yetkinlik algılaması, objektif yetkinlik derecesinden daha önemli olduğu gözlemlenmiştir.<sup>224</sup>

**5) Cinsiyetin Etkisi:** Son yıllarda yapılan araştırmalar kadınların ve erkeklerin uyma davranışı konusunda çok fazla farklılık olmadığını göstermektedir. Fakat kadınların üzerindeki sosyal etki faktörlerinin erkeklerden çok daha farklı ve fazla olduğunu hatırlatarak, grup içinde ve izlendiğini bilen kadınların aynı durumdaki erkeklere göre daha fazla uyum davranışı sergiledikleri görülmüştür.<sup>225</sup>

Yukarıda belirtilenler dışında derin araştırmalarla uyan (bağımlı) deneklerle, uymayan (bağımsız) denekler arasında başka farklılıklar da saptanmıştır: Bağımsız deneklerin, "entelektüel etkinlik, ego gücü, liderlik yeteneği ve sosyal ilişkilerde olgunluk" özelliklerine; bağımlı deneklerin ise "aşağılık duygusu, katı ve aşırı benlik kontrolü ve otoriteriyen" tutumlara daha fazla sahip oldukları görülmüştür.<sup>226</sup>

Psikoloji alanında daha önceleri kişilik özelliklerinin doğrudan davranışı belirlediği sayılmış, fakat daha sonraki ele alışlarda ise kişilik özelliği önemli bir etken görülmekle birlikte, ortamsal etkenler ile kişilik özelliklerinin etkileşiminin davranışın gerçekleşmesinde büyük önem sahip olduğu görülmüştür. Yani kişilik özelliklerini saptamak, uyma davranışını anlamak için tek başına yeterli değildir. Milgram deneyindeki deneklerin sadist oldukları tezi, deneyin kendi içinde elimine edilmiştir.<sup>227</sup>

<sup>221</sup> Kağıtçıbaşı/Cemalcılar, s.86; Kayaoğlu/Gökdağ/Kirel, s. 61

<sup>222</sup> Kağıtçıbaşı/Cemalcılar, s. 86

<sup>223</sup> Kağıtçıbaşı/Cemalcılar, s. 86-87

<sup>224</sup> Kağıtçıbaşı/Cemalcılar, s. 87

<sup>225</sup> Kağıtçıbaşı/Cemalcılar, s. 87

<sup>226</sup> Kağıtçıbaşı/Cemalcılar, s. 88

<sup>227</sup> Kağıtçıbaşı/Cemalcılar, s. 89-90

### D) Uyuma Davranışında Kültürel Etkenler

Kültürel farklılıkların uyuma davranışını nasıl etkilediğini görmek açısından Milgram ve Asch'in deneyleri takip edilebilir. Hem Milgram'ın hem de Asch'in deneyleri birçok ülkede farklı bilim adamları tarafından tekrarlanmıştır. Bu deneylerden elde edilen sonuçlara göre daha toplulukçu kültürlerde, bireyselci kültürlerle göre uyuma davranışı daha fazla gözlemlenmiştir. Toplulukçu kültürlerde grup çıkarları, bireylerin çıkarlarının önünde yer alır. Toplulukçu kültürlerde insanlar topluluğun onayını, bireyci kültürlerdeki insanlardan daha fazla önemser. Fakat toplulukçu kültürlerdeki uyuma davranışının daha fazla görülmesi, her türlü gruba uyacakları anlamına gelmez.<sup>228</sup>

### IV. SONUÇ

Milgram deneyi hem deneyin içeriği olarak, hem de yöntemi olarak çok tartışılmıştır, deyim yerindeyse bilim dünyasında bomba etkisi yaratmıştır. Bu çalışma otorite, itaat, uyum gibi sosyal psikolojinin içinde yer alan çok temel kavramların nasıl işlediğine dair çok somut verilere ulaşmamızı sağlamıştır.

Milgram, deneyin ilk sonucu olarak yetişkinlerin bir otoritenin emri ile neredeyse her şeyi gerçekleştirmeye hazır ve istekli olduklarını ileri sürer. Deneye katılanların sıradan işlerde çalışan, sıradan insanlar olduğunu belirten Milgram, bu insanların canavar veya sadist olduğu argümanın zayıf olduğunu belirtir. Arendt'in 1963'te yazdığı *Kötülüğün Sıradanlığı* kitabı tam da buna işaret eder. Eichmann'ın yaptıklarını yapmak için canavar, sadist, şeytani vb. olmak gerekmemektedir. Sıradan insanların deney için yaptıkları, kötülüğün ne kadar da yakın, ne kadar da sıradan, ne kadar da bugüne dair olduğuna işaret etmektedir. Otoriteye itaat insanlar için daha kolayken, otoriteye itiraz çok daha zordur.

Milgram, deneyde ortaya çıkan verilerin anlaşılabilmesi için daha derinlikli tartışmalara yönelir. Psikanalitik bir bakış açısıyla insanın süperegosu, onu günlük hayatında dengede, kontrol altında tutar. Fakat bu değerlendirme kişinin bireysel davranışları için geçerlidir. Birey organizasyonel bir düzene dahil olduğunda, amirlerden gelen emirler, yönlendirmelerde bireyin içsel ahlaki değerleri kriter oluşturmamaktadır.

Deneklerle konuşulduğunda hepsinin belirli ahlak anlayışına sahip oldukları görülmüştür. Fakat deneyden anlaşılan değer yargıları gerçek durumlarda davranışı tek belirleyen değildir. Milgram'a göre ahlak yargıları düşünülmenin aksine kişinin davranışızüzerindeki etkisi çok azdır. Bütün dinlerde ve diğer toplumsal normlarda görülen birçok emir insanın ahlak anlayışında üstün bir değer olarak görülse de, insanın psişik dünyasında aynı şekilde yer tutmamaktadır. Ahlaki yargular, otoritenin emriyle çok kolay bir kenara itilebilir, itilebilmektedir.

Amaç ve ahlak tartışmasını otoriteye bırakan kişinin durumu, kişinin otoriteye hizmet eden olarak araçlaşmasıdır. Milgram'ın "*araçlaşma kuramı*" olarak adlandırılan bu tezine göre kişi kendi davranışının sorumlusu olarak görmemektedir. Değerlendirme ve karar yetkisini otoriteye devreden kişi, kendi ahlak yargılarını değil de, otoritenin emirlerini takip eder ve böylece tüm sorumluluk otoriteninmiş gibi düşünür. Bu düşüncenin en net olarak gözlemlen-

diği Nüremberg yargılamalarında Nazi üst düzey görevlilerilaboratuardaki deneklerle aynı şeyi ifade etmişlerdir: ben bana söyleneni, görevimi yaptım.

Milgram'a göre otoriteye itaatin en büyük nedeni hayatımızdaki sürekli çatışmadan yorulmamızdır. Birilerinin bizim yerimize geçip karar vermesi çatışmalarla yüzleşmekten daha kolaydır. Karar vermek ve sorumluluk almak gibi çok büyük iki sorundan kurtulmak hayatı kolaylaştırırsa da, sonuçları itibariyle kişi birey olmaktan çıktığı gibi, vicdanını da askıya almıştır.

Otoriteyi, içinde bulunduğu sorgulamayan kişiler sayesinde otoriteler, iktidarlarını güçlendirebilmekte ve keyfi uygulamaları artırabilmektedir. Küçük yaştan itibaren itaat etmemiz, çevremize, kurallara uymamız öğretilmektedir. Bu toplum halinde yaşamamızın bir gereğidir de. Fakat herşeye sonuna kadar itaat edeceğimiz, boyun eğeceğimiz anlamına gelmemektedir. Yanlış, haksız, vicdanımıza aykırı olanlara itiraz etmek de insan olmanın bir gereğidir. Bu ancak sorgulayan bir kişilikle olabilir. Bu nedenle bilinçli ve kendimize, çevremize, bütün insanlığa duyarlılı olmalıyız. Filozoflar hep bu konuda uyarıda bulunmuşlardır: Sokrates, "Kendini bil" diye uyarırken, Kant insanın aklını kullanarak, "ergin olması" çağrısı yapmıştır.

#### KAYNAKÇA

**Arnaud, Gilles**, "Poweract and Organizational Work: Gérard Mendel's Socio-psychoanalysis", Organization Studies, Cilt 28, Sayı 3, 2007, ss.409-428.

**Bandura, Albert**, "İnsanlık dışı Suçların İşlenmesinde Ahlaki Bağlantının Kesilmesi", Hikmet Yurdu, çev. Hamdi Onay, Cilt 3, Sayı 6, 2010, ss.235-269.

**Batmaz, Veysel**, "Asch Çizgi Deneyi: Uyma (Konformizm) Nedir, Nasıl Oluşur?," Otoriteriyen Kişilik, çev.Nazlı Fatma Kilerci, Veysel Batmaz, İstanbul, 2006, ss.191-205.

**Batmaz, Veysel**, "Sanford, Milgram, Şerif ve Asch'in Otoriteriyen Kişilik ve Uyma Deneyleri ve Adorno'nun Sarkacı", Otoriteriyen Kişilik, İstanbul, 2006, ss.9-59.

**Blass, Thomas**, "The Milgram Paradigm After 35 Years: Some Things We Now Know About Obedience to Authority", Journal of Applied Social Psychology, Cilt 29, Sayı 5, 1999, ss.955-978.

**Bocheński, Joseph Maria Innocentius**, Otorite Nedir? Otorite Mantiğına Giriş, çev. Hilal Görgün, İstanbul, 2015.

**Cüceloğlu, Doğan**, İnsan ve Davranışı, 22. Basım, İstanbul, 2011.

**Demirkasımoglu, Nihan**, "Toplum Yaşamında Kurallar: Birey-Kural İlişkisi", CBÜ Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 13, Sayı 1, 2015, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/cbayarsos/article/view/5000112575/5000104843>, (çevrimiçi), Erişim tarihi: 15.12.2016, ss. 138-156.

**Dönmezer, Sulhi**, Sosyoloji, 8. Basım, Ankara, 1982.

**Ford, Gary L./Bird, Connie**, Life is Sales, Kanada, 2008.

**Freeman, M.D.A.**, "Milgram's Obedience to Authority- Some Lessons for Legal Theory", The Liverpool Law Review, Cilt 1, 1979, ss.45-61.

**Fromm, Erich**, Özgürlükten Kaçış, çev. Şemsa Yeğin, 3. Basım, İstanbul, 1995.

**Goethals, Georger R.**, "A Century of Social Psychology: Individuals, Ideas, and Investigations", The Sage Handbook of Social Psychology, Ed. A. Hogg, Joel Cooper, London, 2007, ss.3-23.

**Helm, Charles/Morelli, Mario**, “Stanley Milgram and the Obedience Experiment: Authority, Legitimacy and Human Action”,*Political Theory*, Cilt 7, Sayı 3, 1979, ss.321-345.

**Heywood, Andrew**, “Otoriteryanizm”,*Siyasetin Temel Kavramları*, Ankara, 2011.

**Heywood, Andrew**, “İktidar”, *Siyasetin Temel Kavramları*, Ankara, 2011.

**Heywood, Andrew**, “Otorite”, *Siyasetin Temel Kavramları*, Ankara, 2011.

**Hollander, Paul**, “Revisiting the Banality of Evil: Contemporary Political Violence and the Milgram Experiments”,*Society*, Cilt 53, Sayı 1, 2016, ss.56-66.

**İşıktaç, Yasemin/Koloş, Umut**, *Hukuk Sosyolojisi*, İstanbul, 2015.

**Kağıtçıbaşı, Çiğdem/Cemalcılar, Zeynep**, *Dünden Bugüne İnsan ve İnsanlar*, 18. Basım, İstanbul, 2016.

**Kayaoğlu, Aysel/Gökdağ, Rüçhan/Kirel, Çiğdem**, *Sosyal Psikoloji – I*, Ed. Sezen Ünlü, Eskişehir, 2011.

**Lipson, Leslie**, *Siyasetin Temel Sorunları*, çev. Figen Yavuz, İstanbul, 2005.

**Marshall, Gordon**, “İtaat”,*Sosyoloji Sözlüğü*, çev. Osman Akınhay, Derya Kömürçü, Ankara, 1999.

**Martin, Robin/Hewstone, Miles**, “Social-Influence Processes of Control and Change: Conformity, Obedience to Authority and Innovation”,*The Sage Handbook of Social Psychology*, Ed. A. Hogg, Joel Cooper, London, 2007, ss.312-332.

**McLeod, S. A.**, “Obedience to Authority”, 2007, [www.simplypsychology.org/obedience.html](http://www.simplypsychology.org/obedience.html), (çevrimiçi), Erişim tarihi: 10.11.2016.

**Mendel, Gérard**, *Bir Otorite Tarihi; Süreklilikler ve Değişiklikler*, çev. Işık Ergüden, İstanbul, 2005.

**Metin, Sevtap/ Heper, Altan**, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, İstanbul, 2014.

**Meyer, Philip**, “Hitler İsteseydi Tanımadığımız Birine Elektrik Sandalyasına Oturtur ve Düğmeye Basar Mıydınız?”,*Esquire*, çev. Ali Dönmez, Cilt 74, 1970, ss.99-118.

**Milgram, Stanley**, “Behavioral Study of Obedience”,*Journal of Abnormal and Social Psychology*, Cilt 67, Sayı 4, 1963, ss.371-378.

**Milgram, Stanley**, “Liberating Effects of Group Pressure”,*Journal of Personality and Social Psychology*, Cilt 1, Sayı 2, 1965, ss.127-134.

**Milgram, Stanley**, “Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority”,*Human Relations*, 1965, ss.57-76.

**Milgram, Stanley**, “The Perils of Obedience”, 1974, [http://www.age-of-the-sage.org/psychology/milgram\\_perils\\_authority\\_1974.html](http://www.age-of-the-sage.org/psychology/milgram_perils_authority_1974.html), (çevrimiçi), Erişim tarihi: 09.11.2016.

**Milgram, Stanley**, “Ulusal Farklılıkları Araştırmak İçin Deneysel Bir Yaklaşım”,*Otoriteryen Kişilik*, çev. Mehmet R. Gürkaynak, Veysel Batmaz, İstanbul, 2006, ss.109-125.

**Milgram, Stanley**, “Yetkeye Boyun eğme ve Karşı Gelmenin Bazı Koşulları”,*Otoriteryen Kişilik*, çev. Mehmet R. Gürkaynak, Veysel Batmaz, İstanbul, 2006, ss.83-108.

**Milgram, Stanley**, *Deney*, çev. Melis Olçum, K. Uğur Tüfekçi, İstanbul, 2015.

**Gareth, Norris**, *The Authoritarian Personality in the 21st Century*, Doktora Tezi, 2005, <http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=theses>, (çevrimiçi), Erişim tarihi: 05.02.2017.

**Özcan, Mehmet Tevfik**, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 4. Basım, İstanbul, 2011.

**Rashotte, Lisa**, “Social Influence”, *Sociology Encyclopedia*, [http://www.sociologyencyclopedia.com/fragr\\_image/media/social\\_27/11/2016](http://www.sociologyencyclopedia.com/fragr_image/media/social_27/11/2016), (çevrimiçi), Erişim tarihi: 27.11.2016, ss. 4426-4429.

**Reicher, Stephen D./Haslam, Alexander/Smith, Joanne R.**, “Working Toward the Experimenter: Reconceptualizing Obedience Within the Milgram Paradigm as Identification-Based Followership”, *Perspectives on Psychological Science*, Cilt 7, Sayı 4, 2012, ss.315-324.

**Russell, Nestor John Charles**, “Milgram’s Obedience to Authority Experiment: Origins and Early Evolution”, *British Journal of Social Psychology*, Sayı 50, 2011, ss.140-162.

**Sanford, Nevitt**, “Çağdaş Açılımla Yetkeci Kişilik”, *Otoriteriyen Kişilik*, çev. Mehmet R. Gürkaynak, Veysel Batmaz, İstanbul, 2006, ss.61-82.

**Sennett, Richard**, *Otorite*, Çev. Kamil Durand, 4. Basım, İstanbul, 2014.

**Şerif, Muzaffer/Şerif, Carolyn W.**, “Sosyal Normların Oluşumu ve Otokinetik Etki Deneyi”, çev. Mustafa Atakay, Aysun Yavuz, *Otoriteriyen Kişilik*, İstanbul, 2006, ss.127-187.

**Tuğcu, Şule Tankut**, “Tüketim Kültüründe Satın Alma Davranışının Oluşması”, *Selçuk İletişim*, Cilt 3, Sayı 1, 2003, ss.143-149.

**Weber, Max**, *Bürokrasi ve Otorite*, çev. H. Bahadır Akın, İstanbul, 2005.

**Williams, Kipling D./Harkins, Stephen G./Karau, Steve J.**, “Social Performance” *The Sage Handbook of Social Psychology*, Ed. A. Hogg, Joel Cooper, London, 2007, ss.291-311.

**Yıldız, Murat**, “Sosyal Etki Süreçlerinin ‘Tehlikeli Oyun: Dalga’ Filmi Bağlamında Değerlendirilmesi”, *ZfWT*, Cilt 8, Sayı 1, 2016, ss.41-65.

**Zimbardo, Philip G.**, “A Situationist Perspective on the Psychology of Evil: Understanding How Good People Are Transformed into Perpetrators”, *The Social Psychology of Good and Evil*, Ed. Arthur G. Miller, New York, London, 2004, ss.21-50.

<http://www.merriam-webster.com/dictionary/authority>, (çevrimiçi), Erişim tarihi: 01.02.2017.

<http://www.thefreedictionary.com/authority>, (çevrimiçi), Erişim tarihi: 01.02.2017.

[https://www.youtube.com/watch?v=5XZ\\_5B5mJS0](https://www.youtube.com/watch?v=5XZ_5B5mJS0)

# **ÖZEL HUKUK**

***PRIVATE LAW***





# CAYMA HAKKININ SÖZLEŞME HUKUKUNDAKİ YERİ\*

(THE RIGHT OF WITHDRAWAL IN CONTRACT LAW)

**Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Başak Baysal\*\***

## ÖZ

Cayma hakkının tüketici hukukundaki yerinin belirlenmesi, genel anlamda sözleşme hukukundaki yerinin belirlenmesinden geçmektedir. Cayma hakkı sözleşmeye bağlılık ilkesine istisna teşkil etmemektedir. Aksine, sözleşmeye bağlılık ilkesini tamamlamaktadır. Cayma hakkı, tüketim toplumunun yarattığı rasyonel değerlendirme yap(a)mayan tüketici modeline bir çare olarak düşünülmüştür. Günümüzde cayma hakkı genel itibarıyla tüketicinin korunması politikası kapsamında tanınmaktadır. Ancak cayma hakkı gelecekte tüketici sözleşmeleriyle sınırlı kalmayacaktır.

## Anahtar Kelimeler

Bilgilendirme Yükümlülüğü, Cayma Hakkı, Sözleşmeye Bağlılık İlkesi, Tüketici Kavramı, Tüketicinin Korunması.

## ABSTRACT

*Determining the point of withdrawal right in consumer law is related to determination its point, in general terms, in contract law. Withdrawal right is not an exception for the principle of commitment to contract. On the contrary, it backs up this principle. Withdrawal right is considered as a solution for the consumer type which has been created by consumption society and which do or can not evaluate rationally. Today, withdrawal right is generally regarded in terms of the policy of consumer protection. However, withdrawal right will not be limited to consumer contracts in the future.*

## Keywords:

*Informational Obligation, Withdrawal Right, Principle of Commitment to Contract, Consumer Notion, Consumer Protection*

\*\*\*

---

\* Bu makale, 22.5.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 29.5.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 1.6.2017 tarihinde geçmiştir.

\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.  
zbbaysal@istanbul.edu.tr

## GİRİŞ

2014 yılında yürürlüğe giren 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun [TKHK]<sup>1</sup>, tüketicinin cayma hakkı<sup>2</sup> ve onun bu konuda bilgilendirilmesi yükümlülüğüne ilişkin birçok yeni düzenleme getirmiştir; bu dü-

<sup>1</sup> RG, 28.11.2013, sayı 28835. 6502 sayılı Kanun ile 23.2.1995 tarihli 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır (TKHK m. 86). Cayma hakkı ile bilgilendirme yükümlülüğü her zaman bir arada düşünülmelidir; zira cayma hakkının amaca uygun bir şekilde kullanılabilmesi için öncelikle bu hakkın farkında olunması gerekir.

<sup>2</sup> Türk hukukunda cayma hakkı konusunda en öne çıkan tartışmalardan biri terime ilişkindir. Öğretide hakim görüş cayma hakkı ifadesinin doğru bir kullanım olmadığı, hakkı tam olarak karşılayan kavramın “geri alma” olduğu; kanunda cayma hakkı ifadesinin kullanımına rağmen söz konusu hakkın bir geri alma hakkı olduğu yönündedir. **Rona Serozan**, *Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş İkinci Bası*, İstanbul, 2007, s. 137 vd.; **Şebnem Akipek**, *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketicici Kredisi*, Ankara, 1999, s. 321 dn. 132: “Burada esasen söz konusu olan ‘cayma’ değil, bir ‘geri alma’ hakkıdır. Zira cayma hakkı, daha çok yaygın (neşir) sözleşmesi gibi, taahhüt ve tasarruf işlemlerinin, tek bir işlemde birleştiği hallerde kullanılır. Tüketicici kredisi sözleşmesinde daha taahhüt aşamasında bir geri alma hakkı kendini göstermekte ve burada irade beyanı geri alınmaktadır. Daha doğru bir ifade ile icap veya kabul şeklindeki bir irade beyanının geri alınması söz konusudur ki, bu karşımıza genellikle tüketici kredisi sözleşmesini kabul eden tüketicinin, bu kabul beyanını geri alması şeklinde çıkmaktadır. Yoksa burada teknik anlamda bir cayma söz konusu değildir”. Aynı yönde **Emrehan İnal**, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması ve Buna İlişkin Güncel Gelişmeler”, Uluslararası Tüketicici Hukuku Sempozyumu, Metinler Kitabı, İstanbul, 2013, s. 127; **Çağlar Özel**, *Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*, Ankara, 1999. Türkçe’de caymak fiili “sözünden, kararından dönmek, vazgeçmek”; geri almak ise “verdiğini almak” anlamına gelmektedir (Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr.). Bu tanımdan yola çıkarsak, örneğin BK. m. 10 anlamında öneri ve kabulün geri alınmasından bahsedilmesi yerindedir zira henüz bağlayıcı bir sözleşme kurulmamıştır. Cayma hakkının sözleşmeye bağlılık ilkesi ile kullanılan terim yakından ilgilidir; öneri ve kabulün geri alınmasının sözleşmeye bağlılık ilkesi ile bağı hiç bir zaman kurulamaz zira öneri-kabul trafiği devam ederken henüz ortada bir sözleşme yoktur. Dolayısıyla bağlılık varsa, söz konusu olan geri almak değil, caymaktır. Caymak sözünden dönmek anlamını taşır; geri almak ifadesi bağlayıcılığı tek taraflı ortadan kaldırmak anlamını tam olarak karşılamaz. Ancak öneri ve kabulün geri alınmasından bahsedilir, öneri ve kabulden cayılmasından değil. Bu nedenle sözleşmesel bir bağlılık söz konusu ise cayma hakkından bahsedilmesi dil bakımından da daha doğru bir kullanım olacaktır. Biz de bu nedenle Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu’nun Fransızca metninden ve Türkçe anlamlarından yola çıkarak sözleşmesel bağlılık söz konusu olduğunda cayma hakkından, böyle bir bağlılık yoksa geri alma hakkından bahsetmenin daha doğru olduğu düşüncesindeyiz. Geri alma (*rétraction*, *retraire*; *retraction*; *Rücknahme*) ve cayma (*révocation*, *révoquer*; *revocation/withdrawal*; *Widerruf*) kelimelerinin yabancı dildeki karşılıkları da farklıdır. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu’nda ise cayma ve geri alma hakkı gibi iki ayrı terime yer verilmemiş, caymaya karşılık gelen “*révocation*; *Widerruf*” ifadeleri kanunun bütününde kullanılmıştır (İsv. BK m. 249; 404); sadece Fransızca metinde öneri ve kabulün geri alınmasından (*retrait de l’offre et de l’acceptation*) bahsedilmiştir; Mehaz kanunun Almanca metninde ise kavram yine öneri ve kabulden cayılması (*Widerruf des Antrages und der Annahme*) olarak ifade edilmiştir (İsv. BK m.9). Açıkladığımız bu nedenlerle, sözleşmesel bağlılık söz konusu olduğunda cayma hakkından, böyle bir bağlılık yoksa geri alma hakkından bahsetmenin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz. Cayma hakkının kullanılması ile söz konusu olan kabul beyanının geri alınması değildir. Kabule ilişkin irade beyanı yapılmış ve sözleşme kurulmuştur, söz konusu olan sözleşmeden cayılmasıdır.

zenlemelerde tüketicinin bilgilendirilmesi ve cayma hakkı kurumları tüketici lehine detaylandırılmış ve genişletilmiştir<sup>3</sup>.

Cayma hakkının tanındığı sözleşmelerde, hak sahibi belirli bir süre içerisinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeyi tek tarafı olarak sonlandırabilmektedir. Bu da beraberinde birçok soruyu getirmektedir<sup>4</sup>: Cayma hakkı gibi bir hakka hukuk düzeninde neden ihtiyaç duyulmuştur? Böylesi koşulsuz, gerekçesiz, serbestçe sözleşmesel sorumluluktan sıyrılmaya hakkı veren bir kurumun sözleşme teorisindeki yeri nedir? Cayma hakkı ile sağlanan koruma yerinde bir koruma mıdır? Bu koruma başka bir şekilde -örneğin cayma hakkı yerine sözleşmenin kurulmasından önce bir düşünme süresinin tanınması- sağlanamaz mı<sup>5</sup>? Bu temel soruların cevabını vermek kolay değildir; bu soruların cevabı için öncelikle cayma hakkının sadece tüketici hukukundaki değil sözleşme hukukundaki yerinin de belirlenmesi gerekir.

Koşulsuz kullanılabilen cayma hakkı ve onun tamamlayıcısı sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülükleri, tüketim toplumunun yarattığı rasyonel değerlendirme yap(a)mayan birey modeline çare olarak ortaya çıkmıştır<sup>6</sup>. Sözleşme öncesi bilgilendirme ile birey, bilgi kirliliğinin yarattığı olumsuzluktan kurtulacak, bu bilgileri kendisi toparlamak zorunda kalmayacaktır<sup>7</sup>. Cayma hakkının tanınmasıyla da, kişi kurduğu sözleşme ile ilgili bir daha düşünme ve fikrini değiştirme imkânına kavuşturulacaktır (*cooling-off period*)<sup>8</sup>. Amaç aslında rasyonel seçim yapabilen birey modelinden ayrılmamak ve böylelikle liberal ekonominin temel önermesi ile çelişmemektir.

<sup>3</sup> **Başak Baysal**, Tüketici Kredisi, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, (Ed. M.M. İnceoğlu), [Kis. Tüketici Kredisi] İstanbul, 2015, s. 291. eTKHK'da başka sözleşme tipleri için var olan cayma hakkı başta tüketici kredisi olmak üzere diğer tüketici sözleşmeleri için de tanınmıştır. Cayma hakkının başka sözleşme tiplerinde de tanınması 6502 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce de öğretilde savunulmaktaydı: **Rona Serozan**, Tüketicinin Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri, İÜHFİM 2003, Cilt 61, Sayı 1-2, s. 339-356, (s. 352); **Akıpek**, s. 326; **Ümit Gezder**, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul, 1998, s. 84. Cayma hakkının tanındığı tüketici sözleşmeleri şunlardır: Taksitle Satış (TKHK m. 18); Tüketici Kredileri (TKHK m. 24); Ön Ödemeli Konut Satışı (TKHK m. 43); İş yeri dışında kurulan sözleşmeler (TKHK m. 47/V-VI-VII); Mesafeli sözleşmeler (TKHK m. 48/IV); Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler (TKHK m. 49/II-V); Devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri (TKHK m. 50/VI-VII).

<sup>4</sup> **Natacha Sauphanor-Brouillard**: *Traité de Droit Civil, Les Contrats de Consommation: Règles Communes*, L.G.D.J., Paris 2012, N. 391 vd.

<sup>5</sup> Öğretilde bu son soruya özellikle iş yeri dışında kurulan sözleşmeler bakımından olumsuz cevap verilmiştir; zira bunun aynı sorunu daha sonraki bir zamana taşımaktan başka bir işe yaramayacağı haklı olarak vurgulanmıştır. Mesafeli sözleşmeler söz konusu olduğunda da, öncesinde bir düşünme süresi tanınarak soruna çözüm bulunamaz. Mesafeli sözleşmelerde kişinin mal veya hizmete kavuşmadan bu konuda bir değerlendirme yapması beklenemez; düşünme süresi tanıyarak sözleşmenin kurulmasını uzatmak pratik bir çözüm olmaktan uzaktır. **Sauphanor-Brouillard**, N. 392.

<sup>6</sup> **Yeşim M. Atamer**, Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul, 2016. [Kis.Kredisi], s. 95/96.

<sup>7</sup> **Christian Twigg-Flesner/ Reiner Schulze**, Protecting rational choice: information and the right of withdrawal, in *Handbook of Research on International Consumer Law*, (Howells, Geraint/ Ramsay, Iain/ Wilhelmsson, Thomas/Kraft, David Eds), EE, Cheltenham, 2010, s. 130-157, N. 1.

<sup>8</sup> **Twigg-Flesner/Schulze**, N. 1.

Cayma hakkının tanındığı sözleşme ilişkilerine bakıldığında, sorunun cayma hakkı sahibinin iradesi ile ilgili olduğu akla gelebilir; soruna bu şekilde yaklaşılması hâlinde, cayma hakkının teorik temellerini irade bozukluklarında veya sözleşmenin kurulması aşamasında aramak gerekir<sup>9</sup>. Bununla birlikte, bizim görüşümüze göre bireyin özgür irade sahibi olmadığını söyleyecek kadar da ileri gidilmemelidir; salt cayma hakkının varlığı kişinin kurduğu sözleşme konusunda irade sahibi olmadığı anlamına gelmez; bu nedenle konunun irade bozukluğu çerçevesinde ele alınması bizim görüşümüze göre doğru değildir. Rasyonel davranmamak her durumda iradenin sakatlanmış olduğuna işaret sayılamaz. Cayma hakkına ilişkin teoriler kurulmuş bir sözleşme ilişkisi bağlamında geliştirilmeli ve sözleşmeye bağlılık ilkesi kapsamında değerlendirilmelidir<sup>10</sup>.

Cayma hakkı, sözleşmeyi diğer çözüme tekniklerine göre tarihsel olarak yeni bir olgudur ve çoğunlukla tüketiciyi korumak için geliştirilmiştir<sup>11</sup>. Bununla birlikte, cayma hakkını kavramsal olarak tüketici hukukuna hapsedmek gerektiği düşüncesindeyiz. Güncel hukuk cayma hakkını tüketici huktundan bağımsız düşünmeyi zorlaştırırsa da cayma hakkının kime tanındığından çok neden tanındığı önemlidir. Zayıf tarafın korunması ilkesi nedeniyle tüketiciye tanınmış olan cayma hakkı aslında sözleşmeye bağlılık ilkesinin işlevini yitirmesi ile ortaya çıkmıştır; bu ilkenin işlev kaybına uğradığı başka alanlarda da ileride gündeme gelebilir. Bu savımız cayma hakkının sözleşme hukukundaki yerine ilişkin düşüncelerimizi açıkladığımızda daha da iyi anlaşılacaktır. Tüm bu hususların tartışılabilmesi için ilk olarak, irade bozukluğu yaptırımını olarak değerlendirilmemesi gereken cayma hakkının sözleşmeye bağlılık ilkesi ile ilgisinin ortaya konulması gerekmektedir.

## I. CAYMA HAKKI VE SÖZLEŞMEYE BAĞLILIK İLKESİ

Cayma hakkı öğretide genel olarak sözleşmeye bağlılık (*ahde vefa-pacta sunt servanda*) ilkesine getirilen önemli bir istisna olarak ele alınmaktadır<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> TKHK'da da bu anlayışa işaret eden gerekçeler mevcuttur. Örneğin TKHK m. 47 gerekçesinde "tüketicinin isteyip istemediğinden bağımsız olarak tüketiciler psikolojik baskı altında olabilmekte ve istemedikleri bir durumla karşı karşıya kalabilmektedirler" cümlesi aslında tüketicinin özgür iradesinin varlığının kanun koyucu tarafından sorgulandığını gösterir. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf> (s. 63). Buna rağmen bizim görüşümüze konuya irade bozukluğu çerçevesinde yaklaşmak doğru değildir.

<sup>10</sup> Sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü konusunda da yine şekli bir tutum takılmamalıdır; önemli olan amaçlanan karar alma sürecine etki edecek bilgiye kişinin ulaşmış ulaşmadığıdır. Kararına etki edecek bilgiye ulaşmış kişinin iradesi ile yaptığı seçimin sonuçlarına katlanması doğaldır.

<sup>11</sup> **Hans-W Micklitz /Stuyck, Jules/Terryn, Evelyne/ Droshout, Dimitri (eds.)/[İşleyen]**, Cases, Materials and Text on Consumer Law, Hart Publishing, Oxford, 2010, s. 239.

<sup>12</sup> **Reinhard Zimmermann**: The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta&Co Ltd., Cape Town, 2006, s. 578/579; **Horst Eidenmüller**: "Why Withdrawal Rights", ERCL, 2011, s.1-24., s. 2; **Micklitz/Stuyck/Terryn/Droshout (eds.)/[Rott, Terryn]**, s. 239/240; **Nathalie Rzepecki**: Droit de la consommation et Théorie Générale du Contrat, PUAM, Aix-En-Provence, 2002, N. 118; **Pascal Pichonnaz**: "La protection du consommateur en droit des contrats: le difficile équilibre entre cohérence du système contractuel et régime particulier", in Liber amicorum Bernd Stauder, Droit de la consommation, Konsumentenrecht, Consumer law, (Eds. Luc Thévenoz/Norbert Reich), [Kis. FS Stauder], Nomos, Schultess, 2006, s.323-341, (s. 331).

Aşağıda açıklayacağımız gerekçelerle, bizim görüşümüze göre cayma hakkı sözleşmeye bağlılık ilkesinin istisnası değil tam tersine tamamlayıcısıdır<sup>13</sup>.

Sözleşmeye bağlılık ilkesi gereği taraflar sözleşmesel bağı kural olarak tek taraflı çözemaz. Bu bağın ortadan kaldırılması oldukça sıkı şartlara tabi tutulur ve sözleşmenin diğer tarafının davranışının hukuk düzenince böylesi bir sonuca bağlanacak kadar ağır olması gerekir. Oysaki cayma hakkı söz konusu olduğunda cayma hakkı muhatabının davranışı önemli değildir; cayma hakkı ile sözleşmenin tek tarafına sözleşmeyi gerekçesiz bir şekilde ve herhangi bir ceza koşuluna da tabi olmadan sonlandırma hakkı tanınmıştır<sup>14</sup>.

Sözleşme hukukunun en temel ilkesi hiç kuşkusuz sözleşmeye bağlılık ilkesidir. Bu ilkenin tarihsel gelişimi incelenmeden günümüzde nasıl yorumlanacağına ilişkin bir tespit yapılması mümkün değildir. Tarihsel sürece bakıldığında bu ilkenin dinsel ve ahlaki bir temele sahip olduğu görülmektedir; daha sonra ilkenin sadece ahlaki temellendirilmesi yetersiz kalmış ve ilke bu sefer de bireyi temel alan irade özerkliği ilkesi ile açıklanmıştır. Liberalizmde irade özerkliği ilkesi bireylerin özgür ve eşit olduğu dogmasına dayanır; bu nedenle de onların iradelerine kanun koyucu da dâhil olmak üzere başka bir irade hükmedemez. İlişkiler bu özerk irade temelinde kurulur, bunun aracı da sözleşmedir<sup>15</sup>. Kimse iradesi dışında borç altına sokulamaz, özgür irade ile yapılmış bir anlaşmaya ve birey iradelerine hukuk müdahale edemez (*laisser faire, laisser passer –laisser contracter*<sup>16</sup>). Eşit insanların karşılıklı özgür iradelerinden sadece adil bir anlaşma doğar (*un homme vaut un homme*)<sup>17</sup>. Bu öğreti soyut bir eşitlik düşüncesine temelinde şekillendiğinden, sosyal açıdan eşit durumda olmayan kişiler arasında yapılan sözleşmeler ve bu tür sözleşmeler müdahale dikkate alınmamıştır, önemli olan tek şey özgürce kurulmuş bir sözleşmedir ve bu yeterlidir. Ne de olsa sözleşme tarafların kanunudur (*lex contractus*). Sözleşmeye tanınan bu gücün mutlaklığı ve eşitlik ilkesinin anlamı zaman içerisinde sorgulanmıştır. Bugün artık sözleşme taraflarının her zaman eşit pazarlık gücüne sahip olduğu bir dogmadan öte anlamlandırılmamalıdır; sözleşme hukukunun yeni ve temel bir ilkesi daha vardır, bu da zayıf tarafın korunması ilkesidir.

Bugün sözleşmeye bağlılık ilkesi sadece irade özerkliği ilkesi ile açıklanamaz; sözleşme bağlayıcı gücünü, sadece tarafların iradesinden değil, bu gücü ona tanyan nesnel hukuktan da almaktadır<sup>18</sup>. Hukukun izlediği amaçlar farklılaştığında, sözleşmeye bağlılık ilkesi de bu amaçlara uyarlanmalıdır<sup>19</sup>. Sözleşmeler geçmişteki gibi durağan değildir; günümüz ekonomik ilişkileri bu te-

<sup>13</sup> Sözleşmenin uyarlanması konusunda da benzer bir yaklaşım benimsemiştik. Bkz. **Başak Baysal**, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul, 2017, s.12 vd.

<sup>14</sup> **Micklitz/Stuyck/Terryn/Droshout/Rott**, s. 239.; **Reinhard Zimmermann**: “Rückabwicklung nach Widerruf”, [Kıs. Widerruf] in Revision des Verbraucher-acquis, (Eds. Eidenmüller, H./Faust, F./Grigoleit, H.C./Jansen, N./Wagner, G./ Zimmermann, R), Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, s. 167-192, (s. 168).

<sup>15</sup> Detaylı açıklama için bkz. **Baysal**, Sözleşmenin Uyarlanması, s. 8 vd.

<sup>16</sup> **Jean-François Bocquillon / Martine Mariage**; Introduction au droit, 9. Bası, Dunod, Paris, 2015, s. 221

<sup>17</sup> **Baysal**, Sözleşmenin Uyarlanması, s. 10.

<sup>18</sup> **Catherine Thibierge-Guelfucci**, “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, RTDciv. 1997, s. 357-385, N. 12.

<sup>19</sup> **Baysal**, Sözleşmenin Uyarlanması, s. 12 vd.

mel mübadele aracının kapsamını ve anlamını da değiştirmiştir; sözleşmeden beklenen yarar bugün farklıdır<sup>20</sup>. Sözleşmeye bağlılık ilkesinin temeli sözleşme adaletidir<sup>21</sup>. Amaç sözleşme adaletinin yeniden sağlanmasıdır; sözleşme tarafları birer rakip değil; sözleşme ile izlenen amaca birlikte odaklanan, zıt yönlerde değil aynı yöne bakan kişilerdir; sözleşmesel dayanışma esastır (*solidarisme contractuelle*)<sup>22</sup>. Dürüstlük kuralı adeta tarafları birbirine bağlayan bir kardeşlik zinciridir (*vinculum fraternitatis*)<sup>23</sup>. Sözleşme, taraflarından birinin kendi özel çıkarını üstün tutmasına olanak veren bir birlik değildir, artık tarafların özel amaçlarını aşan sözleşme ile öngördükleri ve ulaşmaya çalıştıkları ortak bir amacın varlığından bahsedilmektedir<sup>24</sup>.

Tüm bu nedenlerle sözleşme adaleti ve sözleşmeye bağlılık ilkesi birlikte ele alınmalıdır; iki ilkenin amacı aynıdır aralarında bir çelişki veya çatışma olduğunda bu mutlaka giderilmelidir<sup>25</sup>. Bu iki ilke çatışması hâlinde üretilen çözümler günümüz modern sözleşme hukukunun temel uğraş alanıdır. Sözleşmeye bağlılık ilkesi sözleşme adaletini sağlama amacını taşır; bu amaçtan sapıldığı anda ilkenin varlığını sürdürebilmesi için çözüm üretilmelidir. Cayma hakkı da işte bu modern çözümlerden biridir.

İrade özerkliği ilkesi yukarıda da açıkladığımız üzere artık formel bir ilke olarak ele alınmamaktadır; bu ilkenin özünde seçimlerinin sonuçlarına katlanma ve sorumluluk alma yer almaktadır; cayma hakkı da sahibine adil bir şekilde bu sorumluluğu almasını sağlar, cayma hakkının kullanılabileceği süre dolduğunda artık o sözleşme ile tam olarak bağlıdır ve *cooling-off period* diye tanımlanan bu sürenin sonunda seçiminin sonuçlarına katlanır<sup>26</sup>. Cayma hakkının tanınması sözleşmeye bağlılık ilkesinin amacından saptığı noktada bir çözüm olarak üretilmiştir. Cayma hakkının sınırları belirlenirken de bu noktaya dikkat edilmelidir. Zira amaç sözleşmeye bağlılık ilkesini sözleşme adaletini sağlayacak şekilde yeniden devreye sokmaktır; yoksa bozulan eşitliği, mağdur taraf lehine tekrar bozmak değildir<sup>27</sup>. Somut olay çözümleri üretilirken, hukuk

<sup>20</sup> **Thibierge-Guelfucci**, N. 12.

<sup>21</sup> **Thibierge-Guelfucci**, N.13; **Philippe Stoffel-Munck**; Regards sur la théorie de l'imprévision, PUAM, Aix-Marseille, 1994, N. 46 vd; **Özel**, s. 81.

<sup>22</sup> **Christophe Jamin**: "Plaidoyer pour le solidarisme contractuel", Etudes offertes à Jacques Ghestin, Paris, 2001, s. 441 vd.

<sup>23</sup> **Peter Jäggi/Peter Gauch**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1b (Art. 18 OR), 3. b., Schulthess, Zürich, 1980, Art. 18 OR N. 649.

<sup>24</sup> **Henri Deschenaux**, "La revision des contrats par le juge", ZSR 1942, s. 546a vd.

<sup>25</sup> Bu konuda önemli bir içtihat için bkz. YHGK 15.10.2003 E.2003/13-599 K. 2003/599: "Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasıl olur ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet (MK m. 4 ve m. 2) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir". (Kazancı Mevzuat ve İchtihat Bankası).

<sup>26</sup> **Micklitz/Stuyck/Terryn/Droshout/Rott**, s. 240.

<sup>27</sup> Cayma hakkının ne zaman kötüye kullanılmış sayılacağına tespitinde bu nokta önemlidir. Cayma hakkının kötüye kullanılması MK m.2/II denetimine takılır. Cayma hakkının kötüye kullanılması ile ilgili bkz. **Denis Mazeaud**, "Les contradictions légitime au détriment d'autrui en droit des contrats", in M. Behar-Touchais dir, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, 2001, s. 138. **Sauphanor-Brouillard**, N. 390. Bu ko-

güvenliğini sağlayan temel ilke olan sözleşmeye bağlılık ilkesi yokmuş gibi de davranılmamalıdır<sup>28</sup>.

Bu bakış açısında cayma hakkının tanınması aslında sözleşmeye bağlılık ilkesine getirilen bir istisna olarak ele alınmaz<sup>29</sup>. Cayma hakkının ve sözleşmeye bağlılık ilkesinin ortak amacı sözleşme adaletinin sağlanmasıdır. Cayma hakkının tanınması ile, devam etmesi aslında iki taraf lehine de olmayacak olan bir sözleşme, daha yol yakınken hukuk düzeninden kaldırılmaktadır. Cayma hakkının tanınmasının nedeni bu anlamda taraflar arasındaki eşitliğin sağlanmasıdır. Böyle bir eşitliğin sağlanması her şeyden önce sözleşmeye bağlılık ilkesine hizmet edecek ve onu tamamlayacaktır. Nitekim Türk öğretisinde Özel de cayma hakkının temeline ilişkin benzer hususları vurgulamıştır<sup>30</sup>: “Özel hukuka ilişkin olarak yeni tartışmalarda, ayrıntılardaki düşünce gel-gitlerine karşılık sözleşme özgürlüğü ile sözleşme adaleti arasında işlevsel bir bağlılığın varlığı kabul edilmektedir. Sözleşme mekanizmasına tarafların çıkar dengesinin uygun bir biçimde sağlanması görevi yüklenmiştir. (...) geri alma hakkı, gerçek anlamda irade özgürlüğünün gerçekleşmesi amacıyla hizmet eden bir araç niteliği taşımaktadır. Geri almanın somut işlevi, maddi irade özerkliğinin sağlanması açısından ortaya çıkar”.

Açıkladığımız tüm bu nedenlerle cayma hakkını sözleşmeye bağlılık ilkesinin bir istisnası olarak değil, aksine bu ilkenin gerçekleştirilmesine ve hayata geçirilmesine hizmet eden bir hak olarak ele almanın daha doğru olacağı düşünülmektedir.

## II. CAYMA HAKKININ AMACI VE YERİNDELİĞİ

Günümüz alışveriş ilişkileri geçtiğimiz yüzyılın başındaki gibi değildir. Elektronik ticaretin ve alışverişin de devreye girmesi ile birlikte başka türlü bir alışveriş yaşamı doğmuştur. Sözleşme hukuku da alışveriş ilişkilerindeki bu değişimden bağımsız düşünülebilecek bir alan elbette değildir. Cayma hakkı da bu gelişmelerden doğan ve sözleşme hukukunu bambaşka bir açıdan ele almayı gerektirecek haklardandır. Cayma hakkının amacının ve yerindeliliğinin belirlenmesi bu nedenle önemlidir.

Alışveriş yaşamının kilit sözleşmesi olan satım sözleşmesi sözleşme hukukunun yönünü değiştirebilecek güçte bir sözleşmedir. Liberal ekonominin kalbi mal veya hizmet karşılığı ödenen bedelde atar. Tüketim toplumu temelinde yükselen bu ekonomik sisteme hukuki temeli de sözleşme, satım, tüketici, rekabet hukuku gibi malvarlığı hukuku alanları sağlar. Alışveriş yaşamındaki

---

nuda Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın bir kararı bulunmaktadır. **C-489/07 – Messner**, N. 26: “Consequently, the purpose of Directive 97/7 and, in particular, the prohibition laid down in the second sentence of Article 6(1) and Article 6(2) thereof do not preclude, in principle, a legal provision of a Member State which requires a consumer to pay fair compensation in the case where he has made use of the goods acquired under a distance contract in a manner incompatible with the principles of civil law, such as those of good faith or unjust enrichment.”. Ayrıca bkz. Tüketici Hakları Yönergesi m. 14/II.

<sup>28</sup> Deschenaux, s.519a.

<sup>29</sup> Aynı yönde, **Micklitz/Stuyck/Terryn/Droshout/Rott**, s. 240: “Instead of contracting this principle –pacta sunt servanda-, the right of withdrawal instead, in a new context, gives the principle an additional justification and confirms its role as a pillar of our private law in a free economy”.

<sup>30</sup> Özel, s. 81/82.

değişikliklerin malvarlığı hukukunu etkilememesi bu nedenle mümkün değildir. Tüketici hukukuna gelince, onun önemi herkesin tüketici olmasında yatar; modern zamanlarda tüketici olmayan tek bir kişi bile yoktur<sup>31</sup>. Alışveriş yaşamındaki ilişkiler ve tüketici davranışları değiştikçe buna ilişkin hukuk kuralları da değişir. Mal ve hizmet çeşitliliği karşısında bireyin ilk bakışta müthiş bir seçim şansına sahip olduğu düşünülebilir; oysaki bu yanıltıcıdır<sup>32</sup>. Birey mal ve hizmetlere ilişkin reklam faaliyetlerinin ve internetin de etkisi ile büyük bir bilgi kirliliğinin içerisinde kendini bulmaktadır. Bu bilgi kirliliği içerisinden doğru ürünü/hizmeti bulmak ise kolay değildir; tüm bu çeşitlilikten bunalmış kişinin kendisi için her zaman en doğru tercihi yapacağını söylemek ise günümüzde geçerli bir temel önerme olmayacaktır<sup>33</sup>. Daha çok seçim şansına sahip olmanın, anlamlı bir seçim şansını ortadan kaldırma pahasına savunulmaması gerekir<sup>34</sup>. Bununla birlikte tüm sözleşme hukuku ve liberal ekonomik sistem bu temel önermenin geçerli olmasına bağlıdır: Özgür ve rasyonel birey her zaman kendisi için en doğru tercihi yapar ve bu özgür seçiminin sonuçlarına da katlanır. Ancak günümüz tüketim toplumunda böylesi bir özgür iradenin varlığı büyük tartışmalar doğurmaktadır. Tam anlamıyla rasyonel bir bireyden bahsetmek zorlaşmıştır (*imperfectly rational consumer*)<sup>35</sup>. Seçimlerinde etki altında kalan ve bu nedenle de birçok hata yapan birey temel alınarak pazarlama teknikleri geliştirilmektedir; pazarlama faaliyetinin çıkış noktası artık ürünün gerçek faydası değil, eksik değerlendirme yapan birey tarafından ürünün nasıl algılandığıdır<sup>36</sup>. Demek oluyor ki, rasyonel birey dogması piyasa şartları dikkate alındığında da çökmektedir; ileri sürüldüğü gibi sözleşme ilişkisinde tam anlamıyla rasyonel davranan bireyler varsa bile, günümüzde her birimizi sözleşme yapmaya iten pazarlama teknikleri onları dikkate alarak değil, büyük çoğunluğu oluşturan yarı rasyonel tüketiciler (*imperfectly rational consumer*) dikkate alınarak hazırlanmaktadır<sup>37</sup>. Tüketicinin sözleşme öncesi bilgilendirilmesi yükümlülüğü ve cayma hakkı imkanı şeffaf bir pazar yaratmanın da önemli araçlarıdır<sup>38</sup>. Şu bir gerçektir, tüketiciye ürünleri karşılaştırma şansının verilmediği bir piyasa rekabetçi bir piyasa da olamaz; bununla birlikte özellikle ekonomik

<sup>31</sup> **Oren Bar-Gill**: *Seduction by Contract, Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 1.

<sup>32</sup> **Bar-Gill**, s. 20.

<sup>33</sup> **Twigg-Flesner /Schulze**, N. 1. Bkz. TKHK m. 47 gerekçesi: “tüketicinin isteyip istemediğinden bağımsız olarak tüketiciler psikolojik baskı altında olabilmekte ve istemedikleri bir durumla karşı karşıya kalabilmektedirler”, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>, s. 63.

<sup>34</sup> **Bar-Gill**, s. 20.

<sup>35</sup> **Bar-Gill**, s. 19.

<sup>36</sup> **Bar-Gill**, s. 2, 7/8.

<sup>37</sup> **Bar-Gill**, s. 19.

<sup>38</sup> Bu tekniklerin, tüketicinin sözleşmelerinde var olduğu kabul edilen bilgi asimetrisini düzelterek şeffaf bir pazar yaratma amacının gerçekleştirilebilmesi için yeterli olup olmadığı ise başka bir tartışmanın konusudur: **Stephen Weatherill**, “The Consumer Rights Directive: How and why a quest for “coherence” has (largely) failed” *Common Market Law Review* 2012, 49, s. 1279-1371, (s. 1281); Ayrıca bkz. **Hannes Rösler**, “Schutz des Schwächeren im Europäischen Vertragsrecht”, *Rabelsz*, Vol. 73, 2009, s. 889-911 (s. 890 vd.)



bakış açısında rasyonel olmayan bireyler söz konusu olduğunda bilgilendirmenin maliyeti de artmaktadır<sup>39</sup>.

Tüketicinin korunması amacının gerçekleştirilebilmesinin iki önemli ayağı vardır<sup>40</sup>: Tüketicinin iyi bir şekilde bilgilendirilmesinin sağlanması ve taraflar arasında var olan yapısal eşitsizliğin önüne geçilmesi<sup>41</sup>. Bilgilendirme elbette önemlidir ancak bilgilendirilmiş, aydınlatılmış tüketiciye bu bilince ulaştıktan sonra herhangi bir seçim hakkı tanınmazsa, bilgilendirmenin de bir anlamı kalmaz. Bu nedenle bilgilendirme yükümlülüğünün tamamlayıcısı bir kurum olarak, tüketiciye belli şartlarla cayma hakkı tanınmıştır; cayma hakkının getirilmesi de esasen *bilgi asimetrisinin giderilmesi amacıyla hizmet eder*<sup>42</sup>. Bilgilendirme yükümlülüğü ve cayma hakkı tüketicinin doğru ve rasyonel bir karar almasını sağlar<sup>43</sup>. Cayma hakkı ve bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin hükümler yorumlanırken, kurumlar arasındaki bu bağlantı mutlaka dikkate alınmalıdır.

Cayma hakkı, sözleşenler arasında bozulmuş sayılan farazi eşitliği tekrar kurmanın önemli araçlarından. Kişinin iradesini oluştururken hızlı bir şekilde karar verdiği varsayımından yola çıkılır<sup>44</sup>. Cayma hakkının tanınması ile hak sahibine kurulmuş olan sözleşme üzerinde son bir kez düşünme fırsatı tanınmıştır<sup>45</sup>. Doğru ve rasyonel bir karar alınmasını sağlamak için, *'sakin ka-fayla düşünme dönemi'* yaratılmıştır (*cooling-off period*)<sup>46</sup>. Sözleşme taraflarından birinin böyle bir döneme ihtiyacının olması çeşitli nedenlere dayanır. Örne-

<sup>39</sup> **Bar-Gill**, s. 23/24.

<sup>40</sup> **Pichonnaz**, FS Stauder, s. 62.

<sup>41</sup> TKHK'nun genel gerekçesinde de bu amaçlar şu şekilde belirtilmiştir: "Tüketicinin korunması ihtiyacı değişik sebeplere dayandığından tüketiciyi korumak için kullanılması gereken araçlar da farklılaşabilmektedir. Koruma zorunluluğunun nedenlerinden biri de, tüketicinin ilgili hukuki işlemi en uygun içerik ile kurmak için ihtiyaç duyduğu **bilgiye sahip olmamasından** kaynaklanmaktadır. Bu hallerde taraflar arasındaki **bilgi asimetrisinden** bahsedilmekte ve **bu asimetrinin giderilmesi için hukuki önlemler almak icap etmektedir**. Nitekim bu Tasarla sözleşmenin kurulması öncesinde ve kurulması sırasında tüketicinin bilgilendirilmesi yükümlülüğünün düzenlendiği bütün hallerde amaç, taraflar arasındaki **bu dengesiz durumu gidermek ve tüketicinin de bilgilendirilmiş bir şekilde sözleşme kurmasına imkân tanımaktır**. Sözleşme özgürlüğüne en az müdahale eden araç olması itibarıyla özellikle AB mevzuatı bilgilendirme yükümlülüklerine özel bir önem atfetmektedir. Bu yükümlülük bazen bir yazılı şekli şartı olarak düzenlenmiş ve şekle aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüz olacağı kabul edilmiş; bazı hallerde ise eksik bilgilendirmeye rağmen sözleşmenin kurulacağı ancak tüketicinin bilgilendirilmediği konularda sözleşmeyi düzenleyen aleyhine bazı haklardan faydalanması kabul edilmiştir." Genel gerekçe s.8. Genel gerekçe, madde gerekçeleri ve komisyon raporları için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss490.pdf>. Yazarın notu: Önemli hususların altı tarafımızca çizilmiştir, asıl metinde mevcut değildir.

<sup>42</sup> **Baysal**, Tüketici Kredisi, s. 291/292.

<sup>43</sup> Karş. Dünya Bankası Finansal Tüketici Koruma İçin İyi Uygulamalar (Good Practices for Financial Consumer Protection), s. 27-28. <http://documents.worldbank.org/curated/en/583191468246041829/Good-practices-for-financial-consumer-protection>. Türkçe çevirisi için bkz. [https://www.tbb.org.tr/Content/Upload/Dokuman/2108/Finansal\\_Tuketici\\_Koruma\\_Icin\\_Iyi\\_Uygulamalar.pdf](https://www.tbb.org.tr/Content/Upload/Dokuman/2108/Finansal_Tuketici_Koruma_Icin_Iyi_Uygulamalar.pdf).

<sup>44</sup> **Baysal**, Tüketici Kredisi, s. 305.

<sup>45</sup> **Rzepecki**, N.103.

<sup>46</sup> **Atamer**, Kredi, s. 96.

ğin tüketici sözleşmesinin türüne göre cayma hakkının tanınma amacı değişmektedir. Cayma hakkının tanınmasının temel amacı kural olarak sözleşenler arasında varolan eşitsizliği gidermektir. Bu eşitsizliğin neden kaynaklandığı ise sözleşmenin niteliğine göre değişebilir. Bazı sözleşme ilişkilerinde söz konusu sakin kafayla düşünme ihtiyacı bu ilişkilerin kurulma biçiminden kaynaklanır; bazılarında ise sözleşmenin karmaşık yapısı böyle bir değerlendirme süresini gerekli kılar<sup>47</sup>.

Sözleşme kurulmuş olmadan kişi tam olarak ne ile baş başa kaldığını aslında bilemez; sözleşmenin kurulmasından yani bağılıktan önceki dönemde kişi o ilişkiye girmemiş olmanın verdiği rahatlıkla değerlendirme yapar; ancak sözleşme ilişkisine girdiğinde kişi daha soğukkanlı bir değerlendirme yapmaya başlar. Aslında bu tüm sözleşme ilişkileri için geçerlidir.

Cayma hakkı tüketim toplumunun yarattığı rasyonel değerlendirme yap(a)mayan tüketici modeline bir çare olarak düşünülmüştür<sup>48</sup>. Yeterli bir çözüm oluşturup olmadığı ise elbette uygulama ile yakından ilgilidir. Cayma hakkının kanunla tanınmış olması, uygulamada tüketicinin değerlendirme yapmasını engelleyecek yeni “hukuki” tekniklerin ve çarelerin geliştirilmesini engellemez. Şeklen hukuka uygun bir görünüm yaratılıp, kanunun gereği kolaylıkla yerine getirilebilir. Oysaki amaçlanan bu değildir. Bunun yanı sıra, cayma hakkının sadece tüketici lehine bir kurum olduğu sanısı da yanıltıcıdır. Aydınlatılmış, seçim şansına sahip, amaca uygun bir şekilde bilgilendirilmiş tüketici cayma hakkını kullandığında, bunun nedeni çoğu durumda cayma hakkını kullandığı sözleşmenin gereğini yerine getiremeyecek olmasıdır<sup>49</sup>. Amacını ekonomik olarak gerçekleştiremeyecek bir sözleşmenin daha baştan, cayma hakkı için tanınan kısa sürede ortadan kaldırılması aslında iki taraf için de faydalıdır<sup>50</sup>.

Cayma hakkı sözleşmeden dönme veya tazminat talep hakları gibi kavramsal bütünlük arz eden bir kurum değildir<sup>51</sup>. Bu nedenle de cayma hakkının amacı denildiğinde aslında tek bir amaçtan da bahsedilemez. Bununla birlikte cayma hakkı düzenlemeleri değerlendirildiğinde iki temel amaçtan yine de bahsedilmektedir<sup>52</sup>: Hukuki işlemin kurulmasına psikolojik olarak hazır olmayan kişiyi korumak (*lack of psychological strength-psikolojik dayanıksızlık*) veya hukuki işlemi yaparken yeterli şekilde bilgilendirilmeyen kişiyi korumak (*lack of informational strength-bilgi güçsüzlüğü*). İş yeri dışında kurulan sözleşmelerde tüketici psikolojik açıdan güçsüzdür ancak örneğin mesafeli sözleşmelerde güc-

<sup>47</sup> Bar-Gill, s. 18 vd.

<sup>48</sup> Atamer, Kredi, s. 95/96.

<sup>49</sup> Baysal, Tüketici Kredisi, s. 305/306.

<sup>50</sup> Borçlunun ifa ve ifa etmeme kararının ekonomik analizi için bkz. Kerem Cem Sanlı: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul, 2015, s. 79 vd. Sanlı, ifa kararını ahde vefa ilkesinin belirlemediği görüşündedir, ona göre borçlu borcu ifa etmeyi taahhüt ettiği için değil, kendisine fayda sağlayacağı için ifa eder ve borca aykırılığın hukuk ve ekonomi literatüründe ahlaki bir mesele olarak ele alınmadığına vurgu yapar; ancak hukuk perspektifinden bu yaklaşımın olağan dışı olduğunu da kabul eder.

<sup>51</sup> Özel, s. 71.

<sup>52</sup> Jan M. Smits, “Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law: The Right to Change Your Mind?” 29 Penn St. Int'l L. Rev. 671 2010-2011, s. 671-684 (s. 676).

süzlük daha çok bilgi asimetrisinde yatar ancak bu bilgi asimetrisi bilgi eksikliğinden değil bazen de bilgi fazlalığından kaynaklanır.

İş yeri dışında kurulan sözleşmelerde çayma hakkının tanınması (TKHK m. 47/V) tüketicinin bu psikolojik güçsüzlüğünü gidermek içindir; hükmün gerekçesi de bu amaca işaret etmektedir<sup>53</sup>:

İşyeri dışında yapılan sözleşmelerde sorun, tüketicinin hiçbir şekilde sözleşme akdetmeyi düşünmediği bir ortamda sözleşme kurmaya ikna ediliyor olmasıdır. Satıcı ve sağlayıcılar genelde tüketicinin bilgisizliğinden ve **ortamın yarattığı şaşkınlıktan faydalanarak** bu agresif pazarlama yöntemi sayesinde tüketicileri **aslında hiç yapmayı düşünmedikleri sözleşmeler** kurmaya yönlendirmektedir. Bu tür sözleşmelerde satıcının ziyaretini tüketicinin isteyip istemediğinden bağımsız olarak **tüketiciler psikolojik baskı altında olabilmekte** ve istemedikleri bir durumla karşı karşıya kalabilmektedirler. (...)

Beşinci fıkra ise çayma hakkına ilişkindir. İşyeri dışında yapılan sözleşmelerde tüketicinin korunması için kabul edilen diğer çözüm ise, tüketiciye ondört gün içerisinde bu sözleşmeden çayma hakkı verilmesidir. **Hiç beklemediği bir anda sözleşme kurmak zorunda kalan tüketici**, dilerse bu sözleşmeden hiçbir maddi yükümlülük altına girmeden kurtulabilecektir.

Madde gerekçesinden de açıkça anlaşıldığı üzere iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde, “*hiç beklemediği bir anda sözleşme kurmak zorunda kalan*” tüketicinin satıcı ve sağlayıcının fiziksel varlığı ve etkisi bulunmadan “*ortamın yarattığı şaşkınlık*”tan uzaklaşarak düşünebilmesine imkan vermek gerekir<sup>54</sup>. Yapılan bu “sürpriz”, tüketicinin elinden diğer sözleşme olanaklarını; ürün ve hizmetleri kıyaslama fırsatını da alır<sup>55</sup>. Tüketicinin “*olağan bir değerlendirme yapacak bir zaman*”ının olmaması çayma hakkının tanınmasının temel nedenidir<sup>56</sup>. Madde gerekçesinde “beklenmezlik” durumuna vurgu yapılmaktadır<sup>57</sup>. Tüketici sözleşme görüşmelerine hazırlıksız yakalanmıştır ve bunun sonucu olarak diğer mal ve hizmetler ile kalite/fiyat karşılaştırması yapmaktan adeta yoksun bırakılmıştır<sup>58</sup>.

Mesafeli sözleşmelerde çayma hakkının tanınması ise (TKHK m. 48/IV) bu sefer tüketicinin bilgi güçsüzlüğünü gidermek içindir; hükmün gerekçesi de bu amaca işaret etmektedir<sup>59</sup>:

İşyeri dışında yapılan sözleşmelerde belirleyici özellik, tarafların, mağaza gibi olağan sözleşme kurma mekânları dışında fiziksel olarak karşılaşmasıyken mesafeli sözleşmelerde belirleyici özellik, tarafların hiç karşılaşmamasıdır.

<sup>53</sup> TKHK m. 47 gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>, s. 63.

<sup>54</sup> **Rzepecki**, N.103.

<sup>55</sup> **Sauphanor-Brouillard**, N. 392.

<sup>56</sup> “Burada önemli olan tüketicinin olağan bir değerlendirme yapmasına fırsat verecek bir zaman olmadan işyeri dışında görüşülmesinin hemen sonrasında satıcı veya sağlayıcının işyerinde veya uzaktan iletişim araçları kullanılarak kurulan sözleşmelerdir”. Bkz. TKHK m. 47 gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>, s. 63.

<sup>57</sup> “Tüketici kural olarak ne işyerinde, ne kendi konutunda, ne de ziyaret ettiği başka bir konutta sözleşme kurmayı düşünmez. Ancak istisnai olarak tüketicinin, satıcı veya sağlayıcı ile önceden işyerinde veya konutunda buluşmayı kararlaştırdığı hallerde artık beklenmezlik durumu ortadan kalkar”.

<sup>58</sup> **Zimmermann**, Obligations, s. 213.

<sup>59</sup> TKHK m. 47 gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>, s. 63.

Evinden telefon, internet, mektup gibi vasıtalarla sözleşmeyi kuran tüketici, satıcı veya sağlayıcının yüzünü dahi görmemektedir. Nitekim bu tür sözleşmelerde **sorun genelde çok düşünülmeden, sözleşmeye ve edime ilişkin ayrıntılar hakkında yeterli bilgi sahibi olmadan, piyasada sunulan aynı türden mal veya hizmete ilişkin sözleşme koşulları ile karşılaştırma yapmadan, mal hiç görülmeden** satım sözleşmesi akdediliyor olmasıdır. Dolayısıyla bu hallerde de bilgi eksikliğinin giderilmesi için 25/10/2011 tarihli Tüketici Haklarına İlişkin 2011/83/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesine uyumlu olarak tüketicinin sözleşme ve edim hakkında aydınlatılması ve kendisine bir cayma hakkının verilmesi uygun gözükmemektedir”.

Tarafların karşılaşmamasının belirleyici özellik olduğu mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı tanınmasının amacı yine bir düşünme, tekrar değerlendirme süresi yaratmaktır. Bu tür sözleşmelerde, iş yeri dışındaki sözleşmelerdeki gibi bir “sürpriz karşılaşma” (*surprise element*<sup>60</sup>) yoktur; tam tersine –her ne kadar gerekçede aksi belirtilse de– tüketici mal veya hizmeti değerlendirme hatta diğer benzer mal veya hizmetlerle de fiyat karşılaştırması yapma olanağına sahiptir<sup>61</sup>. Ancak ürünü fiziksel olarak inceleyemediği, *mal hiç görülmediği* için ürün eline geçtiğinde böyle bir döneme ihtiyaç duyar.<sup>62</sup> Mesafeli sözleşmelerde satışlarda aslında tüketicinin maruz kaldığı saldırgan bir pazarlamadan da bahsedilemez<sup>63</sup>. Dolayısıyla aslında bu amaçlardan hiçbiri tatmin edici değildir; mesafeli sözleşmelerde cayma hakkının tanınmasının amacı tüketim toplumunun getirdiği çeşitlilik ve özellikle de internet karşısında kafası karışan tüketiciye tekrar değerlendirme süresi tanımaktan öte değildir.

Bazı sözleşme ilişkilerinde eşitler arası sözleşme temel önermesini tartışılır hale getiren unsur, bu sözleşmelerin karmaşık yapısıdır. Sözleşmenin karmaşık bir yapıya kavuşturulması ile amaçlanan, ürünün maliyeti konusunda bireyin rasyonel değerlendirme yapmasını zorlaştırmak olabilir; bireyin bu karmaşıklığın üstesinden, çoğu zaman ancak onu görmezden gelerek, inkâr ederek, gelebileceği haklı olarak vurgulanmıştır<sup>64</sup>.

Karmaşık sözleşme ilişkileri denildiğinde akla ilk gelen sözleşmelerden biri kredi sözleşmeleridir. Kredi sözleşmelerinde cayma hakkının tanınmasının temel nedeni bu ilişkilerin karmaşık ve anlaşılması güç yapısıdır<sup>65</sup>. Cayma

<sup>60</sup> **Zimmermann**, Obligations, s. 213.

<sup>61</sup> **Rocheheld**, sözleşmenin hazırlar arasında yapılmamış olmasının iradenin oluşturulması bakımından tam tersine bir konfor sağladığına dikkat çeker. **Judith Rocheheld**, “Le contrat?...si je veux!”, RTDciv. 2001, s. 970.

<sup>62</sup> Hizmet sağlanmasında da tüketicinin hızlı bir karar aldığı önermesi geçerli değildir. **Josep Maria Bech Serrat**, Selling Tourism Services at a Distance: An Analysis of the EU Consumer Acquis, Springer, 2012, s. 103. “*Nevertheless, this rationale for the regulations, i.e. the argument that the consumer must be protected from making rash decisions, is unclear regarding services. In fact, a consumer who buys at a distance is in no very different position from a consumer contracting services, in that in neither case is there an opportunity for a prior examination. Even so, this rationale currently prevails when arguing for the right of withdrawal from distance contracts.*”

<sup>63</sup> **Bech Serrat**, s. 103, dn. 14.

<sup>64</sup> **Bar-Gill**, s. 18.

<sup>65</sup> **Twigg-Flesner/Schulze**, N. 1; **Geraint Howells**, “Consumer Credit and Behavioural Economics” [Kıs. Consumer Credit], in Verbraucherrecht und Verbraucherverhalten, Consumer Law and Consumer Behaviour, Heiderhoff, Bettina/ Schulze, Reiner (Eds.), s. 61-81 (s. 63); **Zimmermann**, s. 168.

hakkının tanınması ile amaçlanan bir diğer husus da tüketicinin geleceği düşünmeden ödeme gücünün üzerinde bir yüke girdiğinin farkında olmasının sağlanmasıdır. Bununla birlikte kredi sözleşmesinin karmaşık yapısının getirdiği risk, çözüme ulaştırılmazsa, tüketici hiç bir zaman böyle bir değerlendirme yapabilecek konuma gelemez. Bu nedenle bilgilendirme yükümlülüğü kredi sözleşmelerinde özel bir önem taşır.

TKHK m. 24 hükmü ile tüketici kredisi sözleşmelerinde ilk defa cayma hakkı tanınmıştır<sup>66</sup>. Hükmün gerekçesinde cayma hakkının tanınma amacı olarak bu tür ilişkilerin karmaşık yapısı gösterilmemiştir. Gerekçede tüketicinin ödeme gücünü aşan miktarda kredi almasının engellenmesi; bunun için tüketicinin krediyi ödeyip ödeyemeyeceğini rahatça düşünebileceği bir dönem tanınmasına vurgu yapılmıştır<sup>67</sup>:

Birinci fıkrada yapılan düzenleme ile ilk defa tüketici kredisi sözleşmelerinden on dört gün içinde cayma hakkı getirilmiştir. Bu düzenleme 2008/48 sayılı AB Yönergesi dikkate alınarak kaleme alınmıştır. Tüketici kredisi sözleşmelerinde tüketici açısından önemli bir tehlike tüketicinin çok fazla düşünmeden, geri ödeyebileceğini düşündüğü maddi bir yükümlülük altına girmesidir. Kimi zaman tüketici kredisi sözleşmesi tüketicinin ödeme gücünü aşabilmektedir. Dolayısıyla tüketicilere, on dört günlük süre içinde düşünüp duruma göre cayma hakkını kullanma imkânı verilmiştir. Aslında tüketicilere cayma hakkı verilmesi kredi verenlerin de lehinedir. Zira bir kaç ay sonra ödeme güçlüğüne düşecek bir müşteri, kredi veren açısından riskli bir müşteri olacaktır. Dolayısıyla bu tür müşterilere zaman kaybetmeden işlemde cayma hakkı verilirse en azından kredi veren açısından da bu riskin bir ölçüde azaltılması imkânı olacaktır.

Her ne kadar kredi sözleşmesinin karmaşık yapısının cayma hakkının tanınmasındaki amaç olduğu gerekçede açıkça anılmıyorsa da, tüketicinin ödeme gücünün sözleşmenin kuruluşunda doğru bir değerlendirmeye tabi tutulmasının temelinde bu yatar. Şu bir gerçektir, sıcak paraya bir an önce kavuşmak aslında geçici bir rahatlama sağlar; kredinin geri ödenmesinde ise bu rahatlama yerini kaygıya bırakır<sup>68</sup>. Cüdanındaki parayı harcarken kişi daha hesaplı davranabilirken kredi kartından yapılan harcama her zaman daha rahat yapılmaktadır. Kişiler genelde kısa vadeli kazanımların peşinden gitmektedir<sup>69</sup>. Ancak tek gerekçe tüketicinin bu davranış biçimi olsaydı bunun on dört gün içerisinde değerlendirilmesinin beklenmesi de gerçekçi olmazdı; zira tüketicinin bunu gerçekten hissedebileceği an geri ödeme zamanının geldiği andır. Amaçlanan, cayma hakkının kullanılabilmesi on dört günlük süre içerisinde tüketicinin sözleşmeyi inceleme ve ödeyeceği miktarı sakın kafayla hesaplayabilmesidir<sup>70</sup>. Sonrasında yine de krediyi kullanmak isterse ve bu ödeme gücünü aşarsa artık bu davranış biçiminin sonuçlarına katlanmalıdır<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Baysal**, Tüketici Kredisi, s. 304 vd.

<sup>67</sup> TKHK m. 23 gerekçesi. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>, s. 51.

<sup>68</sup> **Howells**, Consumer Credit, s. 64.

<sup>69</sup> **Bar-Gill**, s. 21.

<sup>70</sup> Kredi sözleşmelerinde cayma hakkı düşünüldüğü kadar çok kullanılmamaktadır; erken ödeme imkânından daha fazla faydalanılmaktadır. **Howells**, Consumer Credit, s. 77.

<sup>71</sup> Kanun koyucunun tüketici kredisi sözleşmesinin karmaşık yapısının tüketici aleyhine yarattığı bu durumun farkında olduğu TKHK m. 25/II hükmünden de bellidir. TKHK

Özetlemek gerekirse, cayma hakkının tanınmasındaki temel gerekçe sözleşmenin zayıf tarafının korunmasıdır. Bu yolla sözleşmenin eşitler arasında akdedildiğine ilişkin temel önermeye de yeniden hayat verilmektedir. Bu nedenle zayıf sözleşme tarafı denildiğinde akla gelen ilk hukuk dallarından olan tüketici hukukunun ve tüketici sözleşmelerinin cayma hakkının en önemli uygulama alanını oluşturması şaşırtıcı değildir. Bununla birlikte cayma hakkının sadece tüketici sözleşmelerine özgülenmesi de doğru değildir; aynı amaca ulaşmak söz konusu ise pekâlâ başka sözleşme ilişkilerinde de bu hakkın tanınması gündeme gelebilir.

### III. CAYMA HAKKININ KAPSAMININ TÜKETİCİ SÖZLEŞMESİ DIŞINDAKİ SÖZLEŞMELERE YAYDIRILMASI

Cayma hakkının bugün uygulanma alanı yoğun olarak tüketici sözleşmeleri olsa da, bu hakkın gelecekte bu sözleşmelerle sınırlı kalmayacağı düşüncesindeyiz. Nitekim sigorta sözleşmelerinde tanınan cayma hakkı buna önemli bir örnektir. Cayma hakkının sözleşme hukukundaki yerini anlamak bakımında sigorta sözleşmelerinde tanınan cayma hakkını kısaca açıklamak faydalı olacaktır.

Sigorta sözleşmelerinde sigortacının cayma hakkı genel bir hükümlerle TTK m. 1439/I hükmünde düzenlenmiştir:

Sigortacı için önemli olan bir husus bildirilmemiş veya yanlış bildirilmiş olduğu takdirde, sigortacı 1440ıncı maddede belirtilen süre içinde sözleşmeden cayabilir veya prim farkı isteyebilir. İstenilen prim farkının on gün içinde kabul edilmemesi hâlinde, sözleşmeden cayılmış kabul olunur. Önemli olan bir hususun sigorta ettirenin kusuru sonucu öğrenilememiş olması veya sigorta ettiren tarafından önemli sayılmaması durumu değiştirmez.

TTK m. 1439 hükmünde sigorta ettirenin beyan yükümlülüğüne (*duty of disclosure*) aykırı davranması durumunda, sigortacıya bir cayma hakkı tanınmıştır<sup>72</sup>. Bununla birlikte cayma hakkının temel özelliği gerekçesiz kullanılmasıdır. TTK m. 1439 hükmünde gerekçesiz kullanılabilen bir haktan bahsedilemez. Sigorta ettirenin cayma hakkını kullanabilmesi için sigorta ettirenin beyan yükümlülüğüne aykırı davranmış olması gerekir, bu nedenle aslında teknik anlamda bir cayma hakkı söz konusu değildir<sup>73</sup>. Sigorta hukukunda, cayma beyanında sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle sözleşmenin sonlandırıldığı ve hatta cayma gerekçesinin mutlaka yer alması gerektiği kabul edilmektedir<sup>74</sup>. Açık ki, sigorta hukukunda beyan yükümlülüğüne

---

m. 25 f.2, tüketicinin ne ödeyeceğini tam olarak bilmesi amacıyla kredi veren önemli bir bilgilendirme yükümlülüğü getirmiş ve aykırılığı halinde ağır bir yaptırım öngörmüştür. TKHK m. 25 f.2 hükmüne göre: “Tüketici kredisi sözleşmelerinde, akdi faiz, efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyetinin yer almaması durumunda, kredi tutarı faizsiz olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılır. Efektif faiz oranı, olduğundan düşük gösterilmişse, kredinin toplam maliyetinin hesaplanmasında esas alınacak akdi faiz oranı, düşük gösterilen efektif faiz oranına uyacak şekilde yeniden belirlenir. Bu hâllerde ödeme planı, yapılan değişikliklere göre yeniden düzenlenir”.

<sup>72</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. **İbrahim Ağsakal**, Sigorta Sözleşmesinde Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Aykırılık ve Sonuçları, Ankara, 2015, s. 139 vd.

<sup>73</sup> Fransız hukukunda da iptal edilebilirlikten (*nullité des contrats*) bahsedilir. *Code des assurances* L. 113-8.

<sup>74</sup> **Ağsakal**, s. 149.

aykırılık nedeniyle sigorta ettirene tanınan cayma hakkı bu isimle anılmasına rağmen bizim anladığımız anlamda bir keyfi hak değildir. Bu nedenle hukuki nitelik itibarıyla aslında bir cayma hakkından da bahsedilemez. Sigorta türlerine ilişkin özel hükümlerde ise gerçek anlamda bir cayma hakkı düzenlenmiştir. Can sigortalarına ilişkin m. 1489 hükmüne göre:

(1) Sigorta ettiren, sigortacının kendisine cayma hakkını kullanabileceğini bildirmesinden itibaren onbeş gün içinde sözleşmeden cayabilir. Bilgilendirmenin yapıldığı sigortacı tarafından ispatlanır. Bilgilendirme yapılmamışsa cayma hakkı ilk primin ödenmesinden bir ay sonra sona erer.

(2) 1430 uncu madde hükmü saklıdır.

TTK'da m. 1423 hükmünde ise sigortacının aydınlatma yükümlülüğü yer almaktadır. Bu hükmeye göre:

(1) Sigortacı ve acentesi, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerini sigorta ettirene yazılı olarak bildirir. Ayrıca, poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak açıklar.

(2) Aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatı sigortacıya aittir.

(3) Hazine Müsteşarlığı, çeşitli ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliğinin düzenlemelerini dikkate alarak, tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şeklini ve içeriğini belirler”.

Bu hükümde sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâli düzenlenmiştir. Bununla birlikte hüküm öğretilen hukuki sonuçların belirsizliği bakımından haklı olarak eleştirilmiştir<sup>75</sup>. İlginç olan sigorta ettirene tanınan ve cayma hakkı olarak nitelendirilen nitelik itibarıyla bir cayma hakkı değilken, tam olarak bu hüküm kapsamında tanınması gereken cayma hakkı da tanınmamıştır.

Özetle sigorta hukukunda sadece hayat sigortalarında tanınan cayma hakkı bizim anladığımız anlamda cayma hakkıdır. Tüketici sigorta sözleşmesi olmadığı sürece TTK m. 1423 kapsamında sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü ihlali halinde sigorta ettirene açık bir cayma hakkı tanınmamıştır. Ancak bu ileride tanınmayacağı anlamına gelmez.

Sigorta sözleşmelerindeki bu gelişmeler de bize cayma hakkının sadece tüketici sözleşmelerine özgü düşünülmemesi gerektiğini göstermektedir. Elbette bugünden bunların hangi sözleşmeler olacağına ilişkin bir öngöründe bulunmak kolay değildir ancak cayma hakkı sadece tüketicilere özgü bir hak mıdır sorusu özellikle gelecekte daha da güncel bir soru hâline gelecektir, zira bu sorunun temelinde aslında başka bir tartışma yatar. Yukarıda açıkladığımız üzere tüke-

<sup>75</sup> **Mehmet Özdamar**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlâl Eden Sigortacıya Uygulanacak Yaptırım Sorunu, İÜHF 2013 C. LXXI, S. 2, s. 347-360 (s. 356 ve özellikle dn. 29). TTK öncesi dönem için de bkz. **Mehmet Özdamar**, Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara, 2009.

tici hukukunda tüketici lehine getirilen korumalar zayıf tarafın korunması ilkesi ile açıklanır ve bu tip kurumlar meşruiyetini bu ilkedен alırlar. Bu noktadan hareketle, çayma hakkının tüketici olmayanlar açısından da tanınmasına ilişkin bir tartışma ancak tüketici tanımı ve tüketici hukukunun temel ilkesi olan zayıf tarafın korunması ilkesi üzerinden yürütülebilir. Nitekim güncel bir tartışma olan, “her zaman tüketici mi zayıf taraftır?” sorusu bu kapsamda sorulmaktadır<sup>76</sup>. Tüketici kimdir, hangi tüketiciler korunmayı hak eder, tüketici olmayan sözleşmenin zayıf tarafları için genel hükümlerle getirilen koruma yeterli midir gibi sorular sözleşme hukukunun en can alıcı sorularındandır<sup>77</sup>.

Zayıf tarafın korunması ilkesi uzun zamandır tartışılan bir ilkedir<sup>78</sup>. Yukarıda detaylı olarak açıklamaya çalıştığımız üzere günümüz ekonomik gelişmelerine rağmen sözleşmenin genel tanımı değişmemiştir, sözleşme taraflar arasında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulmaktadır, irade özerkliği ilkesi rafa kaldırılmamış sadece sözleşme adaleti ve sözleşme dengesinin yeniden sağlanması ihtiyacına cevap verilecek sosyal düzenlemeler yapılmıştır. Sözleşmenin ve sözleşme dengesinin liberal ekonominin kilit noktası olduğu görmezden gelinerek, bu dengenin zayıf taraf lehine sözleşmenin karşı tarafı aleyhine bozulması da düşünülemez. Zayıf tarafın korunması ilkesi sadece bozulan dengenin yeniden inşası için ortaya çıkmış bir ilkedir yoksa onu lehine dengeyi bozmak için değil<sup>79</sup>.

Tüketici hukuku artık durağan bir yapıda değildir ve tüm sözleşme hukukuna yön veren bir hukuk dalı haline gelmiştir<sup>80</sup>. Bu nedenle tüketici kimdir, hangi tüketiciler korunmayı hak eder soruları da günümüzde farklı bir boyut kazanmıştır. Bir yat sahibi ile faturasını ödeyemeyen elektrik tüketicisi aynı şekilde değerlendirilemez. Benzer şekilde, birçok dil bilen kültürlü internet kullanıcısı da haklarını neredeyse kötüye kullanmayı bilecek kadar farkındadır<sup>81</sup>. Demek oluyor ki; aslında tek tip bir tüketiciden bahsetmek de olanaksızdır.

Sözleşmede *a priori* zayıf taraf sayılarak aslında korunmayı hak etmeyen kurnaz tüketiciyi de ne pahasına olursa olsun korumak gerekli midir? Bunun sadece hakkın kötüye kullanılması mekanizması ile sınırlanması yeterli midir? Yoksa sözleşme hukukunda köklü bir anlayış değişikliğine giderek zayıf tarafın korunması ilkesi sözleşme ilişkisi özelinde incelenip buna göre mi karar verilir?

<sup>76</sup> **Norbert Reich**, *General Principles of EU Civil Law*, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 37 vd.

<sup>77</sup> Bu tartışmanın başladığı yıllarda tüketici hukukuna özgü sorunların da genel ilkeler çerçevesinde çözülmesi gerektiği görüşü ağır basıyordu. **Francis Reynolds**, “The Applicability of General Rules of Private Law to Consumer Disputes”, in *Law and the Weaker Party, An Anglo-Swedish comparative study*, (Ed. Steven D. Anderman/Alan C. Neal/Tore Sigeman/Anders Victorin (C. I-IV (1981, 1982, 1983, 1989), Professional Books, Abingdon, C.II, The English Experience, s. 91-110 (s.109/110). Aynı doğrultuda aynı eserde **Jan Hellner**, “The Applicability of General Rules of Private Law to Consumer Disputes: A Comment”, s. 113-117 (116/117).

<sup>78</sup> **Rösler**, *RabelsZ* 2009, s. 890; **Steven D. Anderman/Alan C. Neal/Tore Sigeman/Anders Victorin** (Ed.), *Law and the Weaker Party, An Anglo-Swedish comparative study*, (Ed. C. I-IV (1981, 1982, 1983, 1989), Professional Books, Abingdon.

<sup>79</sup> Bu konuda bkz. **Baysal**, *Tüketici Kredisi*, s. 277 vd.

<sup>80</sup> **Hans-W. Micklitz**, ‘The future of consumer law – plea for a movable system’ (2013) 2 *Journal of European Consumer and Market Law*, sayı 1, s. 5–11, s. 5.

<sup>81</sup> **Micklitz**, *The future of consumer law*, s. 6.



melidir<sup>82</sup>? Bu soruların cevaplanması için neredeyse sözleşme hukuku ilkelerinin tümünü yeni baştan yazmak gerekir ve elbette bu makale kapsamında bu sorulara cevap bulmak mümkün değildir. Ancak söz konusu tartışma, cayma hakkı bakımından da son derece önemlidir; tüketici sözleşmeleri dışında da cayma hakkının ve bilgilendirme yükümlülüğünün sağladığı korumanın fazlasıyla gerekli olduğu sözleşme ilişkilerinin karşımıza çıkabileceğini göstermektedir. Gelecekte pazarlama tekniklerinin, ticari ilişkilerin değişmesi ve gelişmesi ile bu sorun daha da boyutlanacaktır. Gerçekten kimdir zayıf taraf sorusu cevaplanırken bir yandan tüketiciler arasındaki sosyal farklar büyüteç altına alınmış, diğer yandan da “küçük tacirlerin” de korunabilmesi nesnel ölçütlerin geliştirilmesinin önemli vurgulanmaya başlanmıştır. Küçük işletme sahipleri tacir de sayılsalar sözleşmedeki zayıf taraf olabilirler; hatta onların iki güç arasında sıkışıp kaldığı da belirtilmiştir<sup>83</sup>: Bir tarafta tüketici hakları, diğer tarafta da büyük işletmeler.

Bir örnekle somutlaşmak gerekir ise örneğin kredi sözleşmelerinde kredi alan tüketici ise cayma hakkına sahip olacak, değilse böyle bir hakka sahip olmayacaktır. Kredi ilişkisinin karmaşık yapısı cayma hakkının tanınmasındaki gerekçelerden biri ise, bu yapı bazı tacirler açısından da karmaşık sayılabilir. Kredi alanın ödeme gücünün bulunmaması ve bunu değerlendirecek bir dönemin ona tanınması anlamına gelen cayma hakkı dönemi sadece tüketiciler için değil kredi veren için “riskli müşteri”<sup>84</sup> sayılabilecek tüketici olmayan ancak ödeme gücünü yanlış değerlendiren kişiler için de tanımlanabilir.

Bu nedenle ilk olarak hangi tüketicilerin korunması gerektiği ve tüketici olmayan ancak sözleşme ilişkisinde zayıf taraf olan kişilerin de korunmasının nasıl sağlanacağı tartışmaya açılmalıdır. Bu sorulara verilecek cevaplar cayma hakkının hangi sözleşmelerde sözleşmesel adaleti sağlayacak bir mekanizma olduğuna ilişkin ilkeleri de gelecekte belirleyecektir. Sözleşme ilişkisine bakıldığında korunmayı hak edecek düzeyde zayıf taraf sayılabilen ancak tüketici tanımını dışında kalan kişilere de gerektiğinde cayma hakkının tanınması düşünülmelidir. Bu kişilere de sözleşme ilişkisinde bozuk olan dengenin sağlanması için cayma hakkı tanınması suretiyle bir koruma sağlanabilir. Elbette son keredede bu bir hukuk politikası tercihidir<sup>85</sup>.

## SONUÇ

Yukarıda açıkladığımız üzere, cayma hakkı sözleşmeye bağlılık ilkesinin bir istisnası değil, bu ilkenin tamamlayıcısıdır; bu hak sözleşmeye bağlılık ilke-

<sup>82</sup> Bazı durumlarda küçük ölçekte bir işletmesi olan tacir, bir tüketiciye göre daha fazla koruma ihtiyacında olabilir. **Francis Reynolds**, “Protection of Small Businesses in English Law”, in *Law and the Weaker Party*, Vol. IV, 1989, s. 203-213.

<sup>83</sup> **Reynolds**, *Small Businesses*, s. 203.

<sup>84</sup> Bkz. TKHK m. 24 gerekçesi.

<sup>85</sup> DCFR II. – 5-101 ve devamındaki cayma hakkına ilişkin hükümler sadece tüketici sözleşmelerinde değil tüm sözleşmelerde uygulama alanı bulan hükümlerdir; cayma hakkı sadece tüketicilere özgülenmemiştir; önemli olan cayma hakkının korunmasına ihtiyaç bulunan bir durumun varlığıdır. DCFR, full edition, V. 1, s. 345. Cayma hakkının yaygınlaştırılmasına karşı olan azınlıkta kalan görüş için bkz. **Rochefeld**, RTDCiv. 2001, s. 968. **Rochefeld**, cayma hakkının sözleşmenin kurulmasına ilişkin iradesini zedelediği ve özellikle de sözleşmenin diğer tarafı açısından hukuk güvenliğini zedelediği görüşündedir.

sinin gerçek işlevini yerine getiremediği noktada ortaya çıkmıştır; bu işlev bozukluğu tüketici olmayan kişiler bakımından da söz konusu olabilir. Bu nedenle cayma hakkının tanındığı kişinin değil durumun özelliklerine odaklanması kanaatimizce daha yerinde bir bakış açısidir. Bu nedenle bizim görüşümüze göre cayma hakkı sadece tüketici sözleşmelerine özgü bir hak olarak düşünülmemelidir; bugün çoğu kez tüketicinin korunması politikası kapsamında tanınması, gelecekte bu hakkın daha fazla uygulama alanı bulmayacağı ve diğer sözleşme ilişkilerine yaydırılmayacağı anlamına gelmez<sup>86</sup>.

### KISALTMALAR

<b>Art.</b>	: Artikel
<b>BK</b>	: Türk Borçlar Kanunu
<b>bkz.</b>	: Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>DCFR.</b>	: Draft Common Frame of Reference
<b>dn.</b>	: dipnot
<b>E.</b>	: Esas
<b>Ed.</b>	: Editör
<b>ERCL.</b>	: European Review of Contract Law
<b>f.</b>	: Fıkra
<b>İsv. BK</b>	: İsviçre Borçlar Kanunu
<b>İÜHFMC</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>K.</b>	: Karar
<b>Karş.</b>	: Karşılaştırınız
<b>K.g.</b>	: Karşı Görüş
<b>L.</b>	: Loi
<b>L.G.D.J.</b>	: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<b>m.</b>	: Madde
<b>MK</b>	: Türk Medeni Kanunu
<b>N.</b>	: Kenar Numarası
<b>OR.</b>	: Obligationenrecht
<b>PUAM.</b>	: Presses Universitaires d'Aix-Marseille
<b>RG.</b>	: Resmi Gazete
<b>TKHK</b>	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
<b>RTD civ.</b>	: Revue Trimestrielle de Droit Civil
<b>S.</b>	: Sayı
<b>s.</b>	: sayfa
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu
<b>V./vol.</b>	: Volume
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>YHGK.</b>	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
<b>ZSR.</b>	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

<sup>86</sup> K.g. **Eidenmüller**, ERCL, 2011, s. 24: “Withdrawal rights are a consumer protection tool, and should remain so”.

**KAYNAKÇA**

**Ağsakal, İbrahim**, Sigorta Sözleşmesinde Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Aykırılık ve Sonuçları, Ankara, 2015.

**Akipek, Şebnem**, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara, 1999.

**Anderman, Steven D. / Neal, Alan C. / Sigeman, Tore / Victorin, Anders**, (Ed.), (Law and the Weaker Party, An Anglo-Swedish comparative study, (Ed. C. I-IV (1981, 1982, 1983, 1989), Professional Books, Abingdon.

**Atamer, Yeşim M.**, Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul, 2016.

**Bar-Gill, Oren**, Seduction by Contract, Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets, Oxford University Press, Oxford, 2012.

**Baysal, Başak**, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul, 2017.

**Baysal, Başak**, Tüketici Kredisi, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, (Ed. M.M. İnceoğlu), [Kıs. Tüketici Kredisi] İstanbul, 2015, s. 273-325.

**Bocquillon, Jean-François / Mariage, Martine**, Introduction au droit, 9. Bası, Dunod, Paris, 2015.

**Deschenaux, Henri**, "La revision des contrats par le juge", ZSR 1942, s. 546a vd.

**Eidenmüller, Horst**, "Why Withdrawal Rights", ERCL, 2011, s.1-24.

**Gezder, Ümit**, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul, 1998.

**Hellner, Jan**, "The Applicability of General Rules of Private Law to Consumer Disputes: A Comment", Law and the Weaker Party, An Anglo-Swedish comparative study, (Ed. Steven D. Anderman/Alan C. Neal/Tore Sigeman/AndersVictorin (C. I-IV (1981, 1982,1983,1989), Professional Books, Abingdon, C.II, The English Experience, s. 113-117.

**Howells, Geraint**, "Consumer Credit and Behavioural Economics" [Kıs. Consumer Credit], in Verbraucherrecht und Verbraucherverhalten, Consumer Law and Consumer Behaviour, Heiderhoff, Bettina/ Schulze, Reiner (Eds.), s. 61-81.

**İnal, Emrehan**, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması ve Buna İlişkin Güncel Gelişmeler", Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu, Metinler Kitabı, İstanbul, 2013, s. 127 vd.

**Jäggi, Peter / Gauch, Peter**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1b (Art. 18 OR), 3. b., Schulthess, Zürich, 1980, Art. 18 OR N. 649.

**Jamin, Christophe**, "Plaidoyer pour le solidarisme contractuel", Etudes offertes à Jacques Ghestin, Paris, 2001, s. 441 vd.

**Mazeaud, Denis**, "Les contradictions légitime au détriment d'autrui en droit des contrats", in M. Behar-Touchais dir, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, 2001, s. 138.

**Micklitz, Hans-W.**, "The future of consumer law – plea for a movable system" (2013) 2 Journal of European Consumer and Market Law, sayı 1, s. 5-11.

**Micklitz, Hans-W /Stuyck, Jules/Terry, Evelyne/ Droshout, Dimitri (eds.)/[İşleyen]**, Cases, Materials and Text on Consumer Law, Hart Publishing, Oxford, 2010.

**Özdamar, Mehmet**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlal Eden Sigortacıya Uygulanacak Yaptırım Sorunu, İÜHFİM 2013 C. LXXI, S. 2, s. 347-360.

**Özdamar, Mehmet**, Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara, 2009.

**Özel, Çağlar**, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, 1999.

**Pichonnaz, Pascal**, “La protection du consommateur en droit des contrats: le difficile équilibre entre cohérence du système contractuel et régime particulier”, in *Liber amicorum Bernd Stauder, Droit de la consommation, Konsumentenrecht, Consumer law*, (Eds. Luc Thévenoz/Norbert Reich), [Kıs. FS Stauder], Nomos, Schultess, 2006, s.323-341.

**Reich, Norbert**, *General Principles of EU Civil Law*, Intersentia, Cambridge, 2014.

**Reynolds, Francis**, “Protection of Small Businesses in English Law”, in *Law and the Weaker Party*, Vol. IV, 1989, s. 203-213.

**Reynolds, Francis**, “The Applicability of General Rules of Private Law to Consumer Disputes”, in *Law and the Weaker Party, An Anglo-Swedish comparative study*, (Ed. Steven D. Anderman/Alan C. Neal/Tore Sigeman/AndersVictorin (C. I-IV (1981, 1982,1983,1989), Professional Books, Abingdon, C.II, The English Experience, s. 91-110

**Rochefeld, Judith**, “Le contrat?...si je veux!”, RTDciv. 2001, s. 970.

**Rösler, Hannes**, “Schutz des Schwächeren im Europäischen Vertragsrecht”, *Rabelsz*, Vol. 73, 2009, s. 889-911.

**Rzepecki, Nathalie**, *Droit de la consommation et Théorie Générale du Contrat*, PUAM, Aix-En-Provence, 2002.

**Sanlı, Kerem Cem**, *Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi*, İstanbul, 2015.

**Sauphanor-Brouillard, Natacha**, *Traité de Droit Civil, Les Contrats de Consommation: Règles Communes*, L.G.D.J., Paris 2012.

**Serozan, Rona**, *Tüketicinin Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri*, İÜHFMC, Cilt 61, Sayı 1-2, 2003, 339-356.

**Serozan, Rona**, *Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş İkinci Bası*, İstanbul, 2007

**Serrat, Maria Bech**, *Selling Tourism Services at a Distance: An Analysis of the EU Consumer Acquis*, Springer, 2012.

**Smits, Jan M.**, “Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law: The Right to Change Your Mind?” 29 *Penn St. Int'l L. Rev.* 671 2010-2011, s. 671-684.

**Stoffel-Munck, Philippe**, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, PUAM, Aix-Marseille, 1994.

**Thibierge-Guelfucci, Catherine**, “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, RTDciv. 1997, s. 357-385, N. 12.

**Twigg-Flesner, Christian / Schulze, Reiner**, *Protecting rational choice: information and the right of withdrawal*, in *Handbook of Research on International Consumer Law*, (Howells, Geraint/ Ramsay, Iain/ Wilhelmsson, Thomas/Kraft, David Eds), EE, Cheltenham, 2010, s. 130-157.

**Weatherill, Stephen**, “The Consumer Rights Directive: How and why a quest for “coherence” has (largely) failed” *Common Market Law Review* 2012, 49, s. 1279-1371.

**Zimmermann, Reinhard**, “Rückabwicklung nach Widerruf”, [Kıs. Widerruf] in *Revision des Verbraucher-acquis*, (Eds. Eidenmüller, H./Faust, F./Grigoleit, H.C./Jansen, N./Wagner, G./ Zimmermann, R), Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, s. 167-192.

**Zimmermann, Reinhard**, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta&Co Ltd., Cape Town, 2006, s. 578/579.

# AVUSTURYA TÜKETİCİ KREDİSİ KANUNU UYARINCA TÜKETİCİ KREDİ İTİBARININ DEĞERLENDİRİLMESİ\*

(ASSESSMENT OF THE CREDITWORTHINESS OF THE CONSUMER  
ACCORDING TO AUSTRIAN CONSUMER CREDIT LAW)

**Ahmet Hakan Dağdelen\*\***

## ÖZ

Sorumsuz bankacılık uygulamaları ve tüketicilerin aşırı borçlanmalarına ilişkin endişeler bağlamında, 2008/48/EC numaralı tüketici kredilerine ilişkin Avrupa Birliği Yönergesi, kredi kurumlarına yeni bir görev yüklemektedir: Tüketicilerin kredi itibarının önceden değerlendirilmesi. Bu görev doğrultusunda, bir kredi veren, talep edilen kredi bağlamında bir tüketicinin finansal yeterliliğini analiz etmek ve husule gelen ciddi şüpheler hakkında kendisini aydınlatmak ile görevlidir. Bununla beraber, bu Yönerge, kredi itibarı kavramına ilişkin bir tanım getirmediği gibi, bahsi geçen bu göreve aykırılık durumunda söz konusu olacak yaptırımları da düzenlememektedir. Bu çalışma, bahsi geçen bu görevin Avusturya Hukuku'na iktibası ile ilgilenmektedir. Bilhassa, bu görevin yasal dayanağı ve kapsamı, kredi itibarının tanımı, bu bağlamdaki bilgi kaynakları ve İdare Hukuku ile Özel Hukuk açısından söz konusu olabilecek yaptırımlara ilişkin genel bilgiler sunulmaktadır. Çalışmanın sonunda, Türk Hukuku açısından bu tip bir göreve ilişkin kısa bir değerlendirmeye yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Tüketici kredisi, kredi itibarı, sorumlu kredi, idari para cezası, özel hukuk yaptırımları, aşırı borçlanma

## ABSTRACT

*In response to concerns about irresponsible banking practices and overindebtedness of the consumers, the Consumer Credit Directive 2008/48/EC has brought a new duty for the credit institutions: Prior assessment of the creditworthiness of the consumers. According to this duty, a creditor has to undertake an analysis of the consumer's financial capability and to inform him of serious doubts on his financial capabilities in respect of the credit demanded. However, the Directive has not given a definition of the creditworthiness and has also not stipulated the necessary means to sanction creditors in the event of their violation of this duty. The present study deals with the implementation of this duty in Austrian Law. In particular, the legal basis and the scope of this duty, the definition of the creditworthiness, information sources in this regard, and the legal consequences of violation of this duty in respect of administrative law and civil*

---

\* Bu makale, 21.2.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 20.3.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 23.3.2017 tarihinde geçmiştir.

\*\* Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi, hkndgd@gmail.com.

law are briefly depicted. At the end of the study, there is a short review on such a duty in view of Turkish Law.

**Keywords:** Consumer credit, creditworthiness, responsible lending, administrative fine, civil law consequences, overindebtedness

\*\*\*

## I. Giriş

23 Nisan 2008 tarihinde kabul edilen 2008/48 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin<sup>1</sup>, Avusturya İç Hukukuna iktibası ve mevzuatın bu Yönerge ile uyumlu hale getirilmesi, 11.6.2010 tarihinde yürürlüğe giren Ödünç ve Kredi Hukuku'nun Değiştirilmesi Hakkında Kanun<sup>2</sup> (bundan sonra kısaca **DaKRÄG'** olarak anılacaktır) ile gerçekleşmiştir. Bu kanunun ilgili maddeleri çerçevesince yasa koyucu; Medeni Kanun'da<sup>3</sup> (bundan sonra kısaca **'ABGB'** olarak anılacaktır), Tüketicinin Korunması Kanunu'nda<sup>4</sup> (bundan sonra kısaca **'KSchG'** olarak anılacaktır) ve sair kanunlarda gerekli değişiklikleri yaptığı gibi, ilgili yönergenin iç hukuka iktibası amacıyla bu kanunun ikinci maddesinde Tüketici Kredisi Kanunu'na<sup>5</sup> (bundan sonra kısaca **'VKrG'** olarak anılacaktır) yer vererek, bu kanunu da yürürlüğü koymuştur.

2008/48 sayılı Yönerge'nin 8. maddesine paralel olarak VKrG; bir tüketici ile akdedilecek kredi sözleşmesinden evvel, kredi veren tarafa, tüketicinin kredi itibarını (*Kreditwürdigkeit*) değerlendirme görevini<sup>6</sup> yüklemektedir. Bununla beraber, Yönerge'nin 22. maddesi üye ülkelerin iç hukuk düzenlerini yönerge ile tam uyumlu hale getirmeleri esasını (*Vollharmonisierung*) öngörmektedir. Tüketici Kredileri konusunda bir önceki 87/102 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nde<sup>7</sup> izlenen, üye ülkelere tüketicinin korunmasına yönelik daha ileri düzeyde önlemler alınmasına izin veren asgari uyum esasından (*Mindestharmonisierung*), yeni yönerge ayrılmıştır<sup>8</sup>. Bu bakımdan, üye ülkelerin, kredi veren tarafa yükleniecek tüketicinin kredi itibarını değerlendirme görevinde aynı esasları izleyeceklerinden hareketle, bu çalışmada konunun sadece Avusturya Hukuku ile sınırlandırılması ilk bakışta soru işaretleri oluşturabilir. Bununla beraber, 2008/48/EC sayılı Yönerge, kredi itibarı kavramının içeriğini, kredi itibarının ayrıntılı olarak nasıl tespit edileceğini, kredi itibarı değerlendirilmesi görevinin yerine getirilmemesi ile bağlantılı olacak yaptırımları açıkça düzenle-

<sup>1</sup> Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102 EEC, Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi (ATRG) 2008, L 133/66.

<sup>2</sup> Darlehens- und Kreditrechtsänderungsgesetz BGBl I 2010/28.

<sup>3</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946.

<sup>4</sup> Konsumentenschutzgesetz BGBl 1979/140.

<sup>5</sup> Verbraucher kreditgesetz BGBl I 2010/28.

<sup>6</sup> Çalışmada, yükümlülük (*Pflicht*) ve külfet (*Obliegenheit*) terimleri arasındaki fark üzerinde durulmayacağından, bu kavramlar yerine görev terimi kullanılacaktır.

<sup>7</sup> Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit, ATRG 1987 L 42/48.

<sup>8</sup> **Atamer**, s. 242; **Jud**, Verbraucher kreditrichtlinie, s. 888; **Dehn**, Verbraucher kreditrichtlinie, s. 190.

mediğinden, üye ülkelere serbest bir şekilde hareket edebilecekleri geniş bir alan bırakmış ve bu konuda farklı uygulamaların doğmasına gebe bir durum yaratmıştır. Bu bakımdan, bu çalışmanın konusunun Avusturya Hukuku ile sınırlandırılması anlaşılabilir görünmektedir. Keza örneğin öğretide işaret edildiği üzere, 2008/48 sayılı Yönerge'nin uygulama alanına girmeyen kredi ilişkilerini üye devletlerin bağımsız bir şekilde düzenleme yetkileri de yine mevcudiyetini korumaktadır<sup>9</sup>.

## II. Yasal dayanak

Kural olarak, tüketicinin kredi itibarının değerlendirilmesi görevi Avusturya İç Hukuku'nda yasal dayanağını, § 7 VKrG'de bulmaktadır. Bununla beraber, VKrG'nin yürürlüğe girmesinden evvel de, kredi verenin, bu yönde bir görevi bulunduğu yürürlükteki mevzuat uyarınca kabul edilmekte ve bu yönde bir göreve ilişkin Bankacılık Kanunu<sup>10</sup> (bundan sonra kısaca '**BWG**' olarak anılacaktır) madde 39'da düzenlenen kredi kurumlarının özenli davranma görevine<sup>11</sup> ve § 25c KSchG'de düzenlenen tüketiciyi, borçlunun tehlikeli ekonomik durumu hakkında aydınlatma görevine işaret edilmektedir<sup>12</sup>.

§ 39 BWG'ye göre, bir kredi kurumunun yöneticisi işlerin görülmesinde, Anonim Şirketler Kanunu<sup>13</sup> madde 84 fıkra 1 gereğince bir yöneticiden beklenene özeni göstermek ile görevlidir. Bu özen görevinin kapsamına verilecek bir kredinin geri ödenmemesi riskinin değerlendirilmesi gereği de dâhil edildiğinden, § 39 BWG'den genel olarak kredi alacak kişinin kredi itibarının değerlendirilmesi yönünde bir görev çıkarımı yapılmaktadır<sup>14</sup>. Bununla beraber, § 39 BWG'de düzenlenen özen görevi ile ulaşılmak istenen amacın, kredi kurumlarının malvarlığı değerlerini korumaya yönelik olduğu ve bu bağlamda sadece ilgili kredi kurumunun, gerekli özeni göstermeyen yöneticisinden tazminat talebinde bulunabileceğine işaret edilmektedir<sup>15</sup>.

Diğer bir yasal dayanak olarak görülen § 25c KSchG, bir tüketicinin, bir üçüncü kişinin borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından sorumlu olmayı kabul ettiği sözleşmelerde, örneğin kefalet sözleşmesi, bu üçüncü kişinin, diğer bir ifadeyle asıl borçlunun, şüphe uyandıran ekonomik durumu hakkında, sözleşme öncesinde aydınlatılması konusunu düzenlemektedir. Bu aydınlatma ödevi ile bağlantılı olarak, kredi veren kuruma, asıl borçlunun kredi itibarının ortaya konulması amacıyla, bu kişinin ifa kabiliyetinin değerlendirilmesi görevi

<sup>9</sup> **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 15; **Jud**, Verbrauchercreditrichtlinie, s. 888.

<sup>10</sup> Bankwesengesetz BGBl 1993/532.

<sup>11</sup> **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 35 v.d.; **Foglar-Deinhardstein**, N. 80 v.d.; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 2.

<sup>12</sup> **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 37 v.d.; **Foglar-Deinhardstein**, N. 85 v.d.; **Koch**, Kreditvergabe, s. 106; **Heinrich**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 363; **Leupold/Ramharter**, s. 477; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 2.

<sup>13</sup> Aktiengesetz BGBl I 2009/71.

<sup>14</sup> **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 36; **Foglar-Deinhardstein**, N. 81; **Weissel**, Anwendung, s. 303; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 2.

<sup>15</sup> **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 36; **Foglar-Deinhardstein**, N. 82, 84; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 2. Aynı yönde: **Weissel**, Anwendung, s. 303.

(Bonitätsprüfung) yüklenmektedir<sup>16</sup>. Burada ortaya çıkan kavram farklılığının sebebi, § 7 VKrG uyarınca yapılacak değerlendirme görevinin (Kreditwürdigkeitsprüfung) kapsamının kredi sözleşmeleri ile sınırlı olmasına karşın, § 25c KSchG uyarınca asıl borçlunun ekonomik durumu üzerinde yapılması beklenen değerlendirmenin, asıl borçlunun akdedeceği kredi sözleşmeleri ile sınırlı olmaması gösterilebilir. KSchG, asıl borçlunun tehlike uyandıran ekonomik durumu karşısında, tüketicinin aydınlatılmaması ile bağlantılı olarak, biri Özel Hukuk diğer İdari Ceza Hukuku alanında iki yaptırım ihtiva etmektedir. Bunlardan ilki, § 25c KSchG, asıl borçlunun tehlike uyandıran ekonomik durumu hakkında aydınlatılmamış tüketicinin, aydınlatılmış olsaydı böyle bir sorumluluğu üstlenmeyecek olduğu ölçüde borcundan kurtulacağı öngörmektedir. Bundan başka, § 32 KSchG bu görevin yerine getirilmediği durumlar için, bu çalışmanın hazırlandığı vakitte, 1.450 Euro para cezası öngörmektedir.

Bu çalışmanın konusu oluşturan tüketicinin kredi itibarının değerlendirilmesi görevi, § 7 VKrG'de aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir<sup>17</sup>:

### **‘Tüketicinin kredi itibarının değerlendirilmesi**

§ 7. (1) *Kredi veren; kredi sözleşmesinin akdedilmesinden evvel, tüketicinin kredi itibarını, gerektiği takdirde tüketiciden talep edeceği, yeterli bilgilere dayanarak değerlendirir. Gerektiği takdirde, kredi veren yararlanmaya hazır bir veri tabanından da malûmat toplar.*

(2) *Bu değerlendirme tüketicinin kredi sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini tam olarak yerine getirebilmesi konusunda önemli kuşkular ortaya koyarsa, kredi veren, tüketiciyi, kendisinin kredi itibarı hususundaki bu tereddütlerden haberdar eder.*

(3) *Kredi veren ve tüketici, kredi sözleşmesinin akdedilmesinden sonra toplam kredi miktarının değiştirilmesi konusunda anlaşmaları takdirde, kredi veren, tüketici hakkında yararlanmaya hazır finansal bilgileri güncel duruma getirir ve toplam kredi miktarının her bir önemli artışından evvel tüketicinin kredi itibarını değerlendirir. Fıkra 2, buna uygun olarak uygulanır.*

(4) *Bir kredi başvurusu, bir veri tabanı sorgulaması sonucunda ret edilirse, kredi veren tüketiciyi vakit kaybeden ve ivazsız olarak sorgulamanın sonucu ve ilgili veri tabanının tafsilatı hakkında bilgilendirir, yeter ki bu kamu düzeninin veya kamu güvenliğinin amaçlarına aykırı düşmesin. Verilerin Korunması Kanunu 2000'in hükümleri saklıdır.*

(5) *§ 28 fıkra 2 Verilerin Korunması Kanunu 2000 – DSG 2000, BGBl I Nr. 165/1999 yürürlükteki ilgili güncel sürümü ile, kredi veren kurumların Verilerin Korunması Dairesinde kayıtlı ve bunlarda kullanımın § 8 fıkra 1 bent 2 veya bent 4 DSG 2000'e dayandığı ifa kabiliyetinin değerlendirilmesine yönelik bilgi toplama sistemlerine, bunlarda tutulan sözleşmelerin akdedilme tarihlerine bakılmaksızın, uygulanmaz.'*

## **III. Uygulama alanı**

### **A. Kişi yönünden**

#### **1. Kredi veren**

§ 3 fıkra 1 VKrG bu kanun uyarınca kredi vereni, bir kredi veren, bir kredi verme sözü veren veya sair bir kredilendirmede bulunan § 1 fıkra 1 bent

<sup>16</sup> **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 41; **Foglar-Deinhardstein**, N. 88; **Leupold/Ramharter**, s. 477; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 2.

<sup>17</sup> İlgili madde, bu çalışmanın yazarı tarafından Türkçe'ye tercüme edilmiştir.



1 KSchG anlamında bir tacir olarak tanımlamaktadır. KSchG'nin atf yapılan metninden, tacirin, ticari işletmesinin işletilmesi ilgili hukuki işlemlerde bulunan kişi olduğu anlaşılmalıdır. Bu kredi veren kavramının içine kamu tüzel kişilerinin de dâhil olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, VKrG'nin bir uygulama alanı, kamu tüzel kişilerinin bir ivaz karşılığında tecil ettikleri vergi borçları için söz konusu olabilirdi<sup>18</sup>. Buna karşın, kanun gerekçesinden, kamu tüzel kişilerinin VKrG kapsamına girmeyeceği sonucunun çıkarılabileceği belirtilmektedir<sup>19</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise kamu tüzel kişileri de VKrG kapsamında yer almaktadır<sup>20</sup>. Bu görüşe göre, öncelikle, VKrG ile iç hukuka iktibas edilen yönergeden, kamu tüzel kişilerinin kapsam dışında bırakıldığına ilişkin bir çıkarım söz konusu olmamaktadır<sup>21</sup>. Keza kanun koyucunun amacı da, DaKRÄG ile tüketicinin korunması için öngörülen standardın aşağıya çekilmemesi yönündedir<sup>22</sup>. Bu görüşe göre, kamu tüzel kişilerinin VKrG kapsamında yer aldığı en büyük kanıtını ise, § 4 fıkra 2 bent 5 VKrG oluşturmaktadır<sup>23</sup>. Bu düzenlemeye göre, bir eyalet, bir eyalet tarafından kurulan fon veya bir eyalet tarafından yetkilendirilen tüzel kişi tarafından, konut desteğine ilişkin yasal düzenlemeler çerçevesince akdedilen kredi sözleşmelerine, VKrG'nin ikinci bölümü uygulanmamaktadır. Bu görüşe göre, kamu tüzel kişilerini, en baştan VKrG'nin uygulama alanı dışında tutmak, bahsi geçen bu düzenlemeyi lüzumsuz kılmaktadır<sup>24</sup>. Yine bu görüşe göre kanun koyucunun, gerekçede kamu tüzel kişilerine ilişkin bir açıklamaya yer vermesi gerekirken, bu konuya hiç değinmemesinin, kamu tüzel kişilerinin de kapsam dâhilinde olduğuna işaret etmektedir<sup>25</sup>.

Son olarak, kredi veren tarafında bulanabilecek, kredi aracısı kurumların, kredi itibarı değerlendirme görevi ile yükümlü olmadıkları kabul edilmektedir<sup>26</sup>.

## 2. Kredi alan

§ 2 fıkra 2 VKrG kredi alanı, bir kredi veya benzeri bir kredilendirme talebinde bulunan, § 1 fıkra 1 bent 2 ve fıkra 3 KSchG anlamında bir tüketici olarak tanımlamaktadır. Fıkra 1 uyarınca tüketici, yukarıda tacir için verilen tanıma uymayan kişidir. Fıkra 1'den çıkan sonuca göre, tüketici terimi, gerçek kişiler ile beraber, tüzel kişileri de kapsamına almaktadır, zira düzenlemede gerçek kişilerle sınırlı olarak kaleme alınmamıştır. Fıkra 3 uyarınca işletmesinin faaliyete geçmesinden evvel bu doğrultuda gerekli şartların yerine getiril-

<sup>18</sup> **Wendehorst, Wendehorst/Zöchling-Jud**, § 2 N. 10.

<sup>19</sup> **Wendehorst, Wendehorst/Zöchling-Jud**, § 2 N. 10.

<sup>20</sup> **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 58 v.d..

<sup>21</sup> **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 58.

<sup>22</sup> **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 58.

<sup>23</sup> **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 58.

<sup>24</sup> **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 58.

<sup>25</sup> **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 58.

<sup>26</sup> **Foglar-Deinhardstein**, N. 177.

mesi amacıyla işlemlerde bulunan bir gerçek kişi de, yukarıda tacir için verilen tanıma henüz uygun hareket etmemektedir.

Fıkra 3 ile bağlantılı olarak, bir ticari işletmenin faaliyete alınması aşamasında yerine getirilen işlemler hususunda bir gerçek kişinin de, § 7 VKrG'nin uygulama alanına girip girmediği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre böyle bir durumda, bir kredi kurumu tarafından henüz kurulum aşamasında olan bir işletme ile bağlantılı olarak kredi alanın kredi itibarının doğru bir şekilde değerlendirilmesi, bu kredi kurumunun işletmenin faaliyet göstereceğini alanı, bu alanda gerekli masrafları kural olarak tanımaması<sup>27</sup>, keza bir iş planının başarılı olup olmayacağına önceden bilinemeyeceği gerekçeleri ile mantıklı görünmemektedir<sup>28</sup>. Yine böyle bir kişinin § 7 VKrG kapsamına alınması, iç hukuka iktibas istenen Avrupa Birliği Yönergesi'ne de yabancısıdır<sup>29</sup>. Bu görüş doğrultusunda, kredi kurumları böyle bir durumda kredi itibarı değerlendirmesi yapmak zorunda değildirler. Baskın görüş ise, bir ticari işletmenin faaliyete alınması aşamasında yapılan hazırlık işlemlerini gerçekleştiren kişinin de § 7 VKrG kapsamında olduğundan yanadır<sup>30</sup>. Bu görüş doğrultusunda, bir tüketicinin kredi itibarının değerlendirilmesinin zor veya kolay olmasının, § 7 VKrG uyarınca bir önemi olmadığı ifade edilmektedir. Bu durumda, kredi kurumunun kendisine sunulan iş planı, hesaplamalar ve benzerleri doğrultusunda bir değerlendirme yapabileceği ifade edilmektedir<sup>31</sup>.

## B. Konu yönünden

Kredi itibarı değerlendirmesi görevi, tüketici kredi sözleşmelerini ilgilendirmektedir. VKrG, kredi sözleşmesinin tanımını içermemektedir. Bu durumda yardıma, § 988 ABGB yetişmektedir. Bu düzenlemeye göre, kredi sözleşmesi, konusu para olan ivazlı bir ödünç sözleşmesidir.

Kredi itibarı değerlendirmesi görevinin konu yönünden sınırlarını, § 4 VKrG çizmektedir. Bu düzenlemeye göre,

- Toplam kredi miktarı 200 Euro'nun altında kalan,
- Kredinin 3 ay içinde geri ödeneceği ve pek az masrafın söz konusu olduğu,
- Kredi alanın sadece, kredi verene teslim etmiş olduğu bir şeyin değeri ile sorumlu olduğu,
- İşveren ile işçi arasında, bir iş ilişkisinden doğan yan borç niteliğinde ve piyasadaki faiz değerlerinden aşağıda olan bir yıllık efektif faiz oranı içeren,
- Bir mahkeme önünde veya sair bir kamu yapılandırması önünde bir sulh sözleşmesi olarak veya bunun bir sonucu olarak akdedilen,

<sup>27</sup> **Weissel**, Unternehmensgründer, s. 145.

<sup>28</sup> **Weissel**, Unternehmensgründer, s. 144.

<sup>29</sup> **Weissel**, Unternehmensgründer, s. 146.

<sup>30</sup> **Pesek**, Verbraucherkreditvertrag, s. 137; **Foglar-Deinhardstein**, N. 194; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 59 v.d.; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbraucherkreditrecht, § 7 N. 8; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 3.

<sup>31</sup> **Pesek**, Verbraucherkreditvertrag, s. 137; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 60; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbraucherkreditrecht, § 7 N. 8; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 26.

- Bir eyalet, bir eyalet tarafından kurulan fon veya bir eyalet tarafından yetkilendirilen bir tüzel kişi ile konut desteğine ilişkin yasal düzenlemeler çerçevesince akdedilen,
- Bir taşınmaz üzerindeki bir rehin veya sair bir hak ya da bir irtifak hakkı ile teminat altına alınan,
- Bir taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının, mevcut veya kurulması planlanan bir irtifak hakkının kazanılması ya da elde edilmesi amacıyla akdedilen tüketici kredi sözleşmeleri, kredi itibarı değerlendirmesine tâbi değildir.

#### IV. Değerlendirme

##### A. Kredi itibarı kavramı

VKRG, kredi itibarı kavramını doğrudan tanımlamamaktadır. Bununla beraber, § 7 fıkra 2 VKRG'nin, dolaylı olarak da olsa bu kavramın içeriğini verdiği ifade edilmektedir<sup>32</sup>. Bu düzenlemede, kredi alanın sözleşmeden doğan yükümlülüklerini tam olarak yerine getirememesine ilişkin husule gelen ciddi bir şüpheden bahsedilmektedir. Bundan başka, kanun gerekçesinde de kredi itibarı kavramına değinilmektedir. Burada bu kavram, tüketicinin, ekonomik varlığının/bağımsızlığının sınırlarını zorlamadan, önceden öngörülebilir şekilde sözleşmeden doğan ödeme yükümlülüklerini yerine getirebilmesi olarak ifade edilmektedir<sup>33</sup>. Ortak bir görüş, kredi itibarı değerlendirmesinde bulunurken, tüketicinin ifa kabiliyetinin esas alınmasının gerektiği ve tüketicinin borcunu ifa etmede gösterdiği, örneğin isteksizlik, ilgisizlik gibi davranışlarının göz önünde bulundurulmasının gerekmediği üzerinde bulunmaktadır<sup>34</sup>. Bununla beraber, kredi alanın, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kredi itibarı kavramı açısından hangi durumda yerine getirip getiremeyeceğinin kabulü üzerinde bir anlaşma olmadığı gibi, bu hususta çeşitli görüşler sürülmektedir.

Bir görüşe göre, kredi itibarı, tüketicinin haczedilebilir malvarlığı göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir; kredi sözleşmesi sonucunda, tüketici haczedilebilir malvarlığını kaybederek ödeme gücünden yoksun kalma tehlikesi ile karşılaşacaksa, tüketicinin kredi itibarı talep edilen kredi için yeterli değildir<sup>35</sup>. Bu görüş, tüketicinin haczedilebilir malvarlığını hangi süre ile

<sup>32</sup> **Wendehorst**, Bonität, s. 21; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 88; **Foglar-Deinhardstein**, N. 222; **Heinrich**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 365; **Leupold/Ramharter**, s. 475; **Heinrich**, **Schwimmann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKRG N. 4.

<sup>33</sup> 650 der Beilagen XXIV. Gesetzgebungsperiode – Regierungsvorlage – Vorblatt und Erläuterungen, s. 17.

<sup>34</sup> **Wendehorst**, Bonität, s. 25; **Pesek**, Verbraucherkreditvertrag, s. 116; **Foglar-Deinhardstein**, N. 217; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 90; **Weissel**, Anwendung, s. 305; **Weissel**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 295; **Heinrich**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 366; **Leupold/Ramharter**, s. 476; **Heinrich**, **Schwimmann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKRG N. 5.

<sup>35</sup> **Pesek**, Verbraucherkreditvertrag, s. 116; **Foglar-Deinhardstein**, N. 222 v.d.; **Leupold/Ramharter**, s. 475 v.d.; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 93; **Heinrich**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 368 v.d.; **Heinrich**, **Schwimmann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKRG N. 7. Son yazar (Heinrich), bu kapsamda haczi kabil malvarlığı değerlerinin elden çıkması olgusuna vurgu yapmaktadır. İsmi geçen ilk 3 yazarın görüşünü eleştirmekle birlikte varmış olduğu sonuç aynıdır. Bu görüş kapsamında değerlendirilebilecek, eko-

hangi kaybedecek olmasına ilişkin bir bilgi sunmamaktadır. Örneğin, düzenli ama miktarı değişken geliri olan bir tüketicisi almış olduğu krediyi parça parça öderken, 2 veya 3 ay süre ile haczedilebilir malvarlığından mahrum kalabilir, diğer yandan bir tüketicisi başka bir olayda, haczedilebilir malvarlığını tamamen kaybetmese de, uzun yıllar haczedilebilir malvarlığının çok az üzerinde bir malvarlığı ile bir yaşam sürmek zorunda kalabilir. Bu bağlamda İsviçre'deki tüketicisi kredileri konusundaki kanunun<sup>36</sup> 28. maddesinin 4. fıkrası bir hüküm ihtiva etmektedir, buna göre tüketicinin almış olduğu krediyi, haczedilemez malvarlığına dokunulmaksızın, kredi sözleşmesinde daha uzun bir zaman öngörülmüş olsa bile, 36 ay içinde ödeyebilir olması gerekmektedir. Ancak bu yönde kesin bir çizginin çekilmesinin adil olup olmayacağı tartışmaya açıktır. Örneğin, 36 içinde tüketicinin ödeyebileceği bir krediye, kredi itibarı yeterli iken, 37 ay içinde ödeyebileceği bir kredi için kredi itibarı yeterli değildir ve kredi veren açısından yaptırımlar tartışma konusu olabilecektir.

Diğer bir görüşe göre, kredi itibarının değerlendirilmesinde, tüketicinin sosyal açıdan kabul edilebilir asgari standartları göz önünde tutulmalıdır<sup>37</sup>. Buna göre, kredi sözleşmesi, tüketicisi için sosyal açıdan elverişsiz sonuçlara sebep olmamalıdır; örneğin ailesi ile beraber kirası daha düşük küçük bir apartman dairesine taşınmak, alışılan sosyal yaşamdan vazgeçmek zorunda kalmak gibi<sup>38</sup>. Bu tip değişiklikler, kredi sözleşmesi sebebiyle ileride meydana gelecekse, tüketicinin kredi itibarı talep edilen kredi için yeterli değildir.

Yukarıda özetlenen iki görüşü kabul etmeyen bir diğer görüşe göre ise, kredi itibarı, kredinin kullanım amacına göre belirlenmelidir<sup>39</sup>. Bir örnek ile somutlaştırılan bu görüşe göre, tüketicinin kredi itibarının değerlendirilmesinde, alınan kredi bir tatilin veya bir tüketim malının finanse edilmesinde kullanılacaksa, tüketicinin mülkiyetinde bulunan konutu, değerlendirme dışında kalmalıdır.

## B. Tespit

§ 7 fıkra 1 VKrG uyarınca, tüketicinin kredi itibarının tespiti, gerekli olması durumunda tüketiciden talep edilecek ve ilgili veri tabanı sorgulamasından elde edilecek bilgiler aracılığı ile gerçekleştirilecektir. Bu iki kaynak (tüketicisi ve ilgili veri tabanı) dışında, olası diğer bir bilgi kaynağına başvurulmasına yönelik bir mecburiyet kabul edilmemektedir<sup>40</sup>. Bununla beraber, kredi veren, verilerin korunması kanunun çizdiği sınırlar dâhilinde kalmak kaydıyla, başka kaynaklardan mecburiyeti olmadığı halde bilgi edinmişse, edinilen bu bilgilerin de, değerlendirmede göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>41</sup>. Kredi itibarı tespitinde yararlanılacak bilgilerin kapsamı, yoğunluğu, yeterliliği

---

nomik açıdan aşırı yük altına girme yönünde: **Weissel**, Schutz, s. 209; **Weissel**, Anwendung, s. 305.

<sup>36</sup> Bundesgesetz über den Konsumkredit AS 2002 3846.

<sup>37</sup> **Wendehorst**, Bonität, s. 25.

<sup>38</sup> **Wendehorst**, Bonität, s. 25.

<sup>39</sup> **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/55; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbraucherkreditrecht, § 7 N. 7, 10.

<sup>40</sup> **Wendehorst**, Bonität, s. 36; **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/56; **Foglar-Deinhardstein**, N. 324.

<sup>41</sup> **Foglar-Deinhardstein**, N. 324.

kredi itibarı kavramından ne anlaşılması gerektiği ile bağlantılı olacaktır. Kredi verenin, örneğin hali hazırda tüketici ile olan ilişkileri vesilesi ile tüketicinin ekonomik durumu hakkında yeterli bilgiye sahip olması durumunda, tüketiciden tekrardan bilgi talep edilmesine veya bir veri tabanı sorgulaması yapılmasına gerek kalmadığı ifade edilmektedir<sup>42</sup>.

Tüketiciden talep edilen bilgilerin doğruluğunu kontrol etme hususunda, öğretideki ağırlıklı görüş kredi verene ayrı bir görev daha yüklememekte ve kredi verenin bu bilgilerin doğruluğuna kural olarak güvenebileceğini kabul etmektedir<sup>43</sup>. Bir görüş ise kredi verenin, tüketicinin verdiği bilgiler ile yetinmemesinin ve ondan beyan ettiği bu bilgileri destekler nitelikte belgeler sunmasını beklemesinin gerektiğini ifade etmektedir<sup>44</sup>. Genel görüş bu yönde olmakla beraber, tüketicinin verdiği bilgilerin açıkça anlaşılacak şekilde doğru olmadığı, eksik veya eski olduğu durumlarda, kredi verenin bu bilgilere güvenmemesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>45</sup>.

Gerektiği takdirde, kredi verenin bir veri tabanı aracılığı ile de sorgulama yapması öngörülmektedir. Bir görüşe göre veri tabanı aracılığı ile sorgulamada bulunma ilk olarak, tüketicinin kendi ekonomik durumu hakkında yeterli bilgiye sahip olmaması ve bu hususta yeterli bilgi verememesi durumunda söz konusu olmaktadır<sup>46</sup>. Bu görüşün, hiçbir kredi kurumunun, kendi ekonomik durumu hakkında bilgi sahibi olmayan bir tüketiciye kredi vermeyeceğinden hareketle, uygulamada bir örneğine pek rastlanmayacağı yine öğretide ifade edilmektedir<sup>47</sup>. Bir veri tabanı ile sorgulamanın gerekeceği diğer bir durum olarak, kredi verenin, tüketicinin verdiği bilgilerin doğruluğundan ve gerçek durumu tam olarak yansıtıp yansıtmadığından şüphe duyması gösterilmektedir<sup>48</sup>.

---

<sup>42</sup> **Wendehorst**, Bonität, s. 34; **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 127, 132; **Foglar-Deinhardstein**, N. 279, 295; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 117, 120; **Winternitz/Jetscho**, s. 62; **Stabentheiner**, Verbrauchercreditgesetz, s. 540; **Zöchling-Jud**, Kreditwürdigkeit, s. 526; **Heinrich**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 377 v.d.; **Stabentheiner**, Bonitätsprüfung, s. 13; **Zöchling-Jud**, **Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 14, 19; **Heinrich**, **Schwimmann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 15, 18.

<sup>43</sup> **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 130; **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/57; **Foglar-Deinhardstein**, N. 293; **Leupold/Ramharter**, s. 475.

<sup>44</sup> **Wendehorst**, Bonität, s. 34; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 120, 122; **Heinrich**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 378; **Heinrich**, **Schwimmann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 17.

<sup>45</sup> **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 131; **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/57; **Foglar-Deinhardstein**, N. 293; **Leupold/Ramharter**, s. 487.

<sup>46</sup> **Wendehorst**, Bonität, s. 35; **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 132; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 120; **Zöchling-Jud**, Kreditwürdigkeit, s. 526; **Heinrich**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 377; **Zöchling-Jud**, **Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 20; **Heinrich**, **Schwimmann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 18.

<sup>47</sup> **Foglar-Deinhardstein**, N. 296.

<sup>48</sup> **Wendehorst**, Bonität, s. 35; **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 132; **Foglar-Deinhardstein**, N. 296; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 120; **Zöchling-Jud**, Kreditwürdigkeit, s. 526; **Weissel**, Schutz, s. 209; **Heinrich**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 377; **Zöchling-Jud**, **Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 20; **Heinrich**, **Schwimmann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 18.

VKrG'de, kredi verenin hangi veri tabanından veya tabanlarından yararlanabileceğine, gerekli bilgilerin nerede saklanacağına ilişkin somut bir düzenleme yer almamaktadır. Bu bağlamda, kredi verenin başvuracağı veri tabanındaki bilgilerin, § 28 fıkra 2 Verilerin Korunması Kanunu 2000<sup>49</sup> (bundan sonra kısaca '**DSG**' olarak anılacaktır) karşısında ne ölçüde güvenilir olacağına şüphe ile yaklaşılmış ve soru işaretleri doğmuştur<sup>50</sup>. DSG'deki bu düzenlemeye göre, her bir kişi, saklanması bir yasal düzenlemeye dayanmayan ve kamuya açık bir veri tabanında yer alan kendi hakkındaki bilgileri, herhangi bir gerekçe sunmaksızın tamamen veya kısmen sildirebilmektedir. Bu tehlike karşısında § 7 fıkra 5 VKrG, § 28 fıkra 2 DSG'ye dayanan bu sildirme hakkının, düzenlemede bahsi geçen veri tabanları için uygulama alanı bulmayacağı düzenlenmektedir. Bu bağlamda, § 7 fıkra 5 VKrG'de bahsi geçen Verilerin Korunması Dairesinde kayıtlı bilgi toplama sistemleri (*Informationsverbundsystem*), § 28 fıkra 2 DSG kapsamında görülecek kamuya açık veri tabanlarından (*Datenbank*) değildir<sup>51</sup>. Bir kimsenin herhangi bir gerekçe göstermeksizin hakkındaki bilgilerin silinmesini isteyemeyeceği ve kredi veren tarafından güvenilir bir şekilde yararlanılabilecek bu bilgi toplama sistemlerine somut örnek olarak 'Warnliste der österreichischen Kreditinstitute zum Zweck des Gläubigerschutzes und der Risikominimierung durch Hinweis auf vertragswidriges Kundenverhalten' ve 'Kleinkreditevidenz zum Zweck des Gläubigerschutzes und Risikominimierung' verilmektedir<sup>52</sup>. Bahsi geçen her iki sistem de Kreditschutzverband 1870 (KSV1870) tarafından işletilmekte ve sadece bankalar ile finansman kurumlarının, bu kapsamda örneğin Leasing şirketleri ve kredi veren sigorta şirketleri, kullanımına açık bulunmaktadır. İsmi geçen ilk sistemde (*Warnliste*), kredi müşterilerinin sadece aleyhlerine olan bilgiler saklanırken, örneğin muaccel kılınan, temerrüttün gerçekleştiği veya yasal takibin başlatıldığı kredi borçlarına ilişkin bilgiler gibi, diğer sistemde (Kleinkreditevidenz) kredi müşterilerinin hem lehine hem de aleyhine olan bilgiler saklanmaktadır, örneğin borcu muaccel kılma, çekilen ihtarlar yanında kredi borcunun ödeneceği kaynaklar, finansmanı gibi.

Öğretide ifade edildiği üzere yukarıda bahsi geçen iki güvenilir veri tabanından, VKrG kapsamında kredi veren olan nitelendirilebilecek olan herkes

<sup>49</sup> Datenschutzgesetz 2000 BGB I 1999/165.

<sup>50</sup> **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 132 v.d.; **Foglar-Deinhardstein**, N. 301 v.d.; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 123 v.d.; **Winternitz/Jetscho**, s. 64; **Stabentheiner**, Verbrauchercreditgesetz, s. 543; **Zöchling-Jud**, Kreditwürdigkeit, s. 526; **Koch**, Kreditvergabe, s. 107; **Kotschy**, s. 309; **Heinrich**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 380; **Stabentheiner**, Bonitätsprüfung, s. 16 v.d.; **Zöchling-Jud**, **Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 23 v.d..

<sup>51</sup> **Dehn**, **Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/56; **Foglar-Deinhardstein**, N. 304; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 124; **Stabentheiner**, Verbrauchercreditgesetz, s. 543; **Zöchling-Jud**, Kreditwürdigkeit, s. 526; **Kotschy**, s. 309; **Heinrich**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 380; **Stabentheiner**, Bonitätsprüfung, s. 18; **Zöchling-Jud**, **Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 24.

<sup>52</sup> **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 134; **Dehn**, **Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/56; **Foglar-Deinhardstein**, N. 306; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 124; **Winternitz/Jetscho**, s. 64; **Stabentheiner**, Verbrauchercreditgesetz, s. 543; **Zöchling-Jud**, Kreditwürdigkeit, s. 526; **Heinrich**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 380; **Zöchling-Jud**, **Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 22; **Heinrich**, **Schwimmann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 19.

yararlanamamaktadır<sup>53</sup>. Bu iki veri tabanından yararlanamayan kredi verenler için, kamuya açık, bu sebeple her ilgilinin hakkındaki bilgilerin § 28 fıkra 2 DSG uyarınca silinmesini talep edebileceği nispeten daha az güvenilir veri tabanlarından kredi itibarının tespit edilmesinde yararlanabilecekleri ifade edilmektedir<sup>54</sup>. Bununla beraber bir görüşe göre, bir kredi verenin, bahsi geçen bu iki güvenilir veri tabanından yararlanabilmesi mümkün ise, § 7 VKrG uyarınca kredi itibarı değerlendirme görevini, gerek olması durumunda, ancak bu iki veri tabanından sorgulama yaparak tam olarak yerine getirilebilecektir<sup>55</sup>. Diğer bir görüş ise, veri tabanları arasında bu bağlamda bir ayırım yapılmaması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>56</sup>.

Kredi verenin, tüketicinin kredi itibarını tespit etmesi gereken tek zaman dilimi, bir kredi sözleşmesinin kurulması öncesi ile sınırlı değildir. § 7 fıkra 3 VKrG'de gösterildiği üzere, mevcut bir kredi ilişkisinde, sonradan anlaşarak toplam kredi miktarının önemli şekilde artırıldığı her durumda, kredi veren, tüketicinin kredi itibarını yeniden değerlendirmek, yeniden bir tespitte bulunmak durumundadır. Bununla beraber, ilgili düzenlemede geçen 'önemli artış' ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda, farklı görüşler mevcuttur. Deneyime dayalı bir görüşe göre, toplam kredi miktarının %25 artırılması durumunda, kredi veren yeniden bir kredi itibarı değerlendirmesinde bulunmalıdır<sup>57</sup>. Bir diğer görüş, eser sözleşmesinde masrafların hangi durumda önemli miktarda artmış kabul edileceğine ilişkin yargı kararlarında kabul edilen %15 sınırının burada kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>58</sup>. Başka bir görüş, bu oranın kredi meblağına göre belirlenmesi gerektiğini ve bu meblağın değerine göre her olayda %10 ile %20 arasında değişim gösterecek bir değer, önemli bir artış olarak görülmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>59</sup>. Diğer bir görüş ise, toplam kredi miktarında önemli artışın her bir olayda ayrı olarak belirlenmesi gerektiğini ve yapılan artış sonucunda ortaya çıkan yeni toplam kredi miktarı karşında, bir önce yapılan değerlendirme sonucu ortaya çıkan kredi

<sup>53</sup> **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/56; **Foglar-Deinhardstein**, N. 316; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 125; **Heinrich**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 381.

<sup>54</sup> **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 135; **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/56; **Foglar-Deinhardstein**, N. 316, 320; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 125; **Winternitz/Jetscho**, s. 65; **Heinrich**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 381; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 25; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 21.

<sup>55</sup> **Zöchling-Jud**, Kreditwürdigkeit, s. 526; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 124 v.d.; **Heinrich**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 379 v.d.; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 25. Kural olarak bu görüşe katılan diğer bir yazar: **Foglar-Deinhardstein**, N. 322; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 21.

<sup>56</sup> **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 135; **Winternitz/Jetscho**, s. 65. Bu görüşe ilişkin bir eleştiri: **Foglar-Deinhardstein**, N. 323.

<sup>57</sup> **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/59; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 18.

<sup>58</sup> **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 140.

<sup>59</sup> **Foglar-Deinhardstein**, N. 216.

itibarının yeterli olmadığı sonucu çıkıyor ise, kredi verenin yeni bir değerlendirme yapmasının gerektiğini kabul etmektedir<sup>60</sup>.

### C. Sonuç

§ 7 VKrG, kredi itibarı değerlendirmesinin sonucu ile bağlantılı ve sarih olarak, kredi verene iki türlü açıklama yapma görevi yüklemektedir. § 7 fıkra 2 VKrG'ye göre kredi veren, tüketicinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getiremeyeceği yönünde önemli kuşkuvarın olması durumunda, kendisinin kredi itibarına dayanan tereddütler konusunda uyarıda bulunur. Bununla beraber, kredi sözleşmesinin akdedilmesine engel olacak bir yasak söz konusu değildir<sup>61</sup>. Bu uyarının içeriği, kredi itibarı kavramından ne anlaşılması gerektiği ile yakından ilgili olacaktır. Şayet kredi itibarı, tüketicinin haczedilebilir tüm malvarlığının kaybına göre değerlendirilecekse, bu yönde bir uyarı, şayet sosyal pozisyonu gereği kabul edilebilir asgari standartların kaybı söz konusu olacak ise, bu yönde bir uyarıda bulunulacaktır. Bu sayede, tüketici kredi sözleşmesi ile bağlantılı risklerden haberdar edilerek, kredi sözleşmesini akdederek bu riski alıp almayacağına kendisi karar verecektir<sup>62</sup>. Bu uyarının layığıyla yerine getirebilmesi için, kredi veren kurumun tüketiciyi, şahsen ve sözlü olarak aydınlatması gerektiği kabul edilmektedir<sup>63</sup>. Standard bir şekilde, yazılı olarak yapılacak bir uyarının yeterli olmadığı ileri sürülmektedir.

İkinci açıklama yapma görevi ise, fıkra 4'ten doğmaktadır. Bu düzenleme uyarınca kredi veren, kredi talebini bir veri tabanında yapmış olduğu sorgulama sonucunda elde etmiş olduğu bilgilere dayanarak ret ederse, tüketiciye bu sorgulamanın sonucu ve veri tabanının tafsilatı hakkında ivazsız olarak ve vakit kaybeden açıklama yapmak durumundadır, yeter ki bu açıklamaya kamu düzeni ve güvenliği bir engel teşkil etmesin. Bu yönde bir açıklama ihtiyacına gerekçe olarak, tüketiciyi bir veri tabanında hakkında saklanan olası yanlış

<sup>60</sup> **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 129 v.d.; **Heinrich**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 382; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 25.

<sup>61</sup> **Wendehorst**, Bonität, s. 24; **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 143; **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/60; **Foglar-Deinhardstein**, N. 329; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 144; **Stabentheiner**, Verbrauchercreditgesetz, s. 541; **Zöchling-Jud**, Kreditwürdigkeit, s. 527; **Jud**, Verbrauchercreditrichtlinie, s. 893; **Pesek**, Bonitätsprüfung, s. 6; **Weissel**, Schutz, s. 208; **Weissel**, Sicherheiten, s. 200; **Weissel**, Anwendung, s. 307; **Weissel**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 296; **Dehn**, Verbrauchercredit-Richtlinie, s. 195; **Leupold/Ramharter**, s. 475; **Stabentheiner**, Bonitätsprüfung, s. 13; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 32; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 27.

<sup>62</sup> **Wendehorst**, Bonität, s. 24; **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 143; **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/60; **Foglar-Deinhardstein**, N. 331; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 144; **Stabentheiner**, Verbrauchercreditgesetz, s. 541; **Zöchling-Jud**, Kreditwürdigkeit, s. 527; **Jud**, Verbrauchercreditrichtlinie, s. 892; **Pesek**, Bonitätsprüfung, s. 6; **Weissel**, Anwendung, s. 307; **Weissel**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 295; **Dehn**, Verbrauchercredit-Richtlinie, s. 195; **Leupold/Ramharter**, s. 475; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 13; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 32.

<sup>63</sup> **Foglar-Deinhardstein**, N. 333.



veya eksik bilgilerin varlığından haberdar ederek, tüketiciye bunların düzeltilmesi, tamamlanması imkânının sağlanması olduğu ifade edilmektedir<sup>64</sup>.

§ 7 VKrG'den doğan bu iki açıklama yapma görevinden başka, öğretilerde kredi verenin bunlar dışında ancak yine kredi itibarının değerlendirilmesi kapsamında görülebilecek açıklama yapma görevlerinin olup olmadığı tartışılmaktadır. Bir görüşe göre kredi veren, kredi talebini, yetersiz kredi itibarı sebebiyle ret ettiği her durumda, tüketiciyi kendisinin kredi itibarı hakkında bilgilendirmelidir<sup>65</sup>. Bu sayede, tüketici, bir başka kredi veren ile gireceği bir kredi ilişkisi sonucunda söz konusu olabilecek, benzer bir tehlikeden korunacaktır<sup>66</sup>. Bu yönde bir açıklamaya ihtiyaç olarak, birbirinden farklı kredi verenlerin çoğunlukla farklı bilgi seviyesinde bulunacakları gösterilmektedir. Bu görüş doğrultusunda kabul edilecek bir açıklama yapma görevinin varlığı öğretilerde eleştirilmiştir<sup>67</sup>. Bir gerekçeyle göre bu yönde bir görev, tüketicinin daha sonradan almış olduğu bir kredi ile hiçbir bağlantısı olmayan, kendisinden talep edilen krediyi vermeyi ret eden kişiyi haksız olarak sorumlu konumuna sokacaktır; diğer yandan, tüketiciye kredi itibarı konusunda açıklamada bulunulması, talep edilen kredi ve bunun kendine özgü şartları çerçevesince olmalıdır, bu yönde kabul edilecek bir açıklama yapma ödevinin uygulanması problemlidir<sup>68</sup>. Bundan başka, § 7 VKrG içeriğinden de bu yönde bir açıklama görevi çıkarılamayacağı ifade edilmektedir<sup>69</sup>.

Bir diğer tartışma ise, kredi itibarı kavramından ne anlaşılması gerektiği ile bağlantılı olarak, kredi verenin, tüketiciyi, kredi sözleşmesi sonucunda, tüketici açısından ortaya çıkabilecek hoşnut olmayan durumlar hususunda aydınlatma ile görevli olup olmadığı sorusu üzerinde şekillenmektedir. Tüketicinin, kredi sözleşmesinden doğan borcunu ancak evini satarak kapatabilmesi örneği ile somutlaştırılan bu tartışmada, kredi verene, kredinin finanse edilmesi yönünde danışmanlık görevinin üstlenilmiş olmasına bağlı olarak, bir açıklama yapma görevi yüklenmektedir<sup>70</sup>. Bu görüş kapsamında ileri sürüldüğü üzere, tüketici, kredinin finanse edilmesi yönünde bir danışmanlık talebinde bulunmuş ve kredi veren de bunu kabul etmiş ise, ortada bir finansal danışmanlık sözleşmesi vardır ve kredi veren, tüketiciyi, ancak evini satarak krediyi geri ödeyebileceği konusunda uyarmalıdır<sup>71</sup>. Uygulamadaki pek çok olayda,

<sup>64</sup> **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 141; **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/61; **Foglar-Deinhardstein**, N. 299; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 137; **Zöchling-Jud**, Kreditwürdigkeit, s. 527; **Leupold/Ramharter**, s. 470, 490; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 27; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 29.

<sup>65</sup> **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 31.

<sup>66</sup> **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 31.

<sup>67</sup> **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 144 v.d.; **Foglar-Deinhardstein**, N. 338 v.d.; **Dehn** N. 2/62; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 143 v.d.; **Weissel**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 296 v.d.; **Leupold/Ramharter**, s. 490.

<sup>68</sup> **Foglar-Deinhardstein**, N. 339; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 144; **Weissel**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 296; **Leupold/Ramharter**, s. 490.

<sup>69</sup> **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 145; **Foglar-Deinhardstein**, N. 340; **Weissel**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 296; **Leupold/Ramharter**, s. 490.

<sup>70</sup> **Foglar-Deinhardstein**, N. 341 v.d.; **Leupold/Ramharter**, s. 476.

<sup>71</sup> **Foglar-Deinhardstein**, N. 343 v.d..

tüketicinin bu yönde bir açıklamaya olan inancından ve bankanın kredinin geri ödenmesine ilişkin danışmanlık fonksiyonundan hareketle, tarafların bu şekilde bir sözleşmeyi zımnen akdetmiş oldukları bu görüş doğrultusundan kabul edilmektedir<sup>72</sup>.

## V. Yaptırımlar

### A. İdari para cezası

Kanun koyucunun VKrG'de, kredi itibarının değerlendirilmesi bağlamında, kredi veren hakkında öngörmüş olduğu tek yaptırım, idari para cezasıdır. § 28 bent 3 VKrG uyarınca, tüketicinin kredi itibarını § 7 fıkra 1 VKrG uyarınca değerlendirmeyen, tüketiciyi kuşku uyandıran kredi itibarı konusunda § 7 fıkra 2 VKrG uyarınca uyarmayan veya veri tabanı sorgulamasına dayanarak kredi talebinin ret edilmesi durumunda tüketiciyi § 7 fıkra 4 VKrG uyarınca sorgulama sonucu hakkında aydınlatmayan kredi verene 10.000 Euro'ya kadar idari para cezası uygulanacaktır.

§ 28 VKrG, kredi verenin § 7 fıkra 3 VKrG uyarınca, toplam kredi miktarının artırılmasına karar verildiği durumlarda, tüketicin ekonomik durumu hakkında elinde bulunan bilgileri güncellemesi ve kredi miktarının önemli ölçüde artması durumunda, kredi itibarının yeniden değerlendirilmesi görevine aykırılığın bir idari yaptırım öngörmemektedir. Burada bir redaksiyon hatası bulunduğu<sup>73</sup> ve baskın görüş çerçevesince İdari Ceza Hukuku'nda hâkim olan analogi yasağı sebebiyle bu hatanın sadece yasa koyucunun üstesinden gelebileceği ifade edilmektedir<sup>74</sup>. Azınlıkta kalan bir görüş ise, § 7 fıkra 3 VKrG'nin aslında fıkra 2'nin bir uygulama alanı olduğu, bu bakımdan fıkra 3'e aykırılık durumunda da bir idari para cezasının söz konusu olması gerektiğini ifade etmektedir<sup>75</sup>.

## B. Özel hukuk alanındaki yaptırımlar

### 1. Tazminat

Her ne kadar VKrG'de bu yönde bir düzenleme olmasa da, kredi verenin § 7 fıkra 1 ve 2 VKrG'den doğan görevlerini kusurlu olarak yerine getirmemesi durumunda, tüketicinin bir tazminat hakkının doğabileceği kabul edilmektedir<sup>76</sup>. Ancak bu tazminat hakkının dayanağı ve unsurları tartışmalıdır. Öncelikle, tüketicinin tazminat talebinin bir koruyucu kanunu hükmünün ihlali sebebiyle haksız fiil sorumluluğuna mı<sup>77</sup>, yoksa akdin kuruluşu aşamasında kusur-

<sup>72</sup> **Foglar-Deinhardstein**, N. 345 v.d..

<sup>73</sup> **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 147.

<sup>74</sup> **Pesek**, Verbraucherkreditvertrag, s. 149; **Foglar-Deinhardstein**, N. 364; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 147; **Zöchling-Jud**, Kreditwürdigkeit, s. 528; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbraucherkreditrecht, § 7 N. 38.

<sup>75</sup> **Leupolad/Ramharter**, s. 470 dipnot 7.

<sup>76</sup> Özel Hukuk alanında söz konusu olabilecek yaptırımlara ilişkin karşı görüşte: **Koch**, Kreditvergabe, s. 106; **Koch**, Replik, s. 45 v.d.. Özel Hukuk alanında yaptırımların olması gerektiği yönünde: **Dehn**, Verbraucherkredit-Richtlinie, s. 195; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbraucherkreditrecht, § 7 N. 35; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 149.

<sup>77</sup> Bu yönde: **Stabentheiner**, Verbraucherkreditgesetz, s. 541; **Stabentheiner**, Bonitätsprüfung, s. 14.

lu davranışa (culpa in contrahendo) mı dayanması gerektiği konusunda bir görüş birliği yoktur<sup>78</sup>.

Kredi verenin bahse konu görevlerini yerine getirmemesi durumunda, tüketicinin zararının nerede yattığına ilişkin olarak, kredi verenin üzerine düşen görevlerini özenli bir şekilde yerine getirmesi durumunda tüketicinin hangi durumda olacağı araştırılmaktadır<sup>79</sup>. Şayet tüketici, yetersiz kredi itibarı konusunda aydınlatılsa idi, kredi sözleşmesinin hiç veya akdedilen şartları ile yapılmayacağı söylenebiliyorsa, tüketicinin zararı istenmeyen kredi sözleşmesinin kendisinde yatmaktadır<sup>80</sup>. Tüketicinin tazminat alacağına ilişkin ise istenmeyen kredi sözleşmesinin kısmen, tamamen ortadan kaldırılması veya uyarlanması olduğu ifade edilmektedir<sup>81</sup>. Bu bakımdan, bir sözleşme bağlamında ortaya çıkacak bir zararın, aynen tazmin çözümüne (*Naturalrestitution*) dayanarak tazmin edileceği kabul edilmektedir<sup>82</sup>. Tüketicinin bir ikincil zararını (*Folgeschäden*) ise, baskın görüşe göre ödenmek durumunda kalınan temerrüt faizleri oluşturmaktadır<sup>83</sup>. Öğretide bir görüş ise, temerrüt faizi sebebi ile tüketicinin ödemiş olduğu meblağın, kredi veren karşısında bir tazminat alacağına değil, bir sebepsiz zenginleşme kapsamında görülecek bir iade alacağına vesile

<sup>78</sup> Bu yönde: **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 156; **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/83; **Foglar-Deinhardstein**, N. 373; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 180; **Zöchling-Jud**, Kreditwürdigkeit, s. 528; **Jud**, Verbrauchercreditrichtlinie, s. 891, 893; **Pesek**, Bonitätsprüfung, s. 4; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 42; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 44.

<sup>79</sup> **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 158; **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/89; **Foglar-Deinhardstein**, N. 397; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 155; **Zöchling-Jud**, Kreditwürdigkeit, s. 528; **Pesek**, Bonitätsprüfung, s. 77 **Leupold/Ramharter**, s. 479; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 45; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 40.

<sup>80</sup> **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 157; **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/89; **Foglar-Deinhardstein**, N. 381; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 156; **Zöchling-Jud**, Kreditwürdigkeit, s. 528; **Pesek**, Bonitätsprüfung, s. 5; **Leupold/Ramharter**, s. 479; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 45; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 40.

<sup>81</sup> **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 158; **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/89; **Foglar-Deinhardstein**, N. 427 v.d.; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 187 v.d.; **Pesek**, Bonitätsprüfung, s. 5; **Heinrich**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 364; **Leupold/Ramharter**, s. 479 v.d.; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 45; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 40.

<sup>82</sup> **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 158; **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/89; **Foglar-Deinhardstein**, N. 422; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 156, 187; **Zöchling-Jud**, Kreditwürdigkeit, s. 528; **Pesek**, Bonitätsprüfung, s. 5; **Leupold/Ramharter**, s. 479; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 45; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 40, 50.

<sup>83</sup> **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 161; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 158; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 45. İkincil bir zarar olgusuna vurgu yapılmadan bu yönde bir zarara işarette bulunan yazarlar: **Stabentheiner**, Verbrauchercreditgesetz, s. 541; **Weissel**, Anwendung, s. 308; **Weissel**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 297; **Dehn**, Verbrauchercredit-Richtlinie, s. 195; **Stabentheiner**, Bonitätsprüfung, s. 15; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 41.

olacağını ileri sürmektedir<sup>84</sup>. Tüketicinin, kendi kredi itibarının talep ettiği kredi için yeterli olduğuna ilişkin hatalı tahmini, bir görüşe göre, aksi yönde bir kabulün amaçlanan koruma ile ters düşeceğinden hareketle, zarar tazmininde birlikte kusur (*Mitverschulden*) olarak göz önünde bulundurulmamalıdır<sup>85</sup>; diğer bir görüşe göre ise kredi verene yüklenen kredi itibarını değerlendirme görevi, tazminatın belirlenmesinde bu hususun göz ardı edilmesi için yeterli bir gerekçe oluşturmamaktadır<sup>86</sup>.

Kredi sözleşmesinin ortadan kaldırılması sonucunda, verilen kredi ile bağlantılı olarak, kredi verenin sebepsiz zenginleşme alacağı ile ilgili sair tartışmalar doğmaktadır. Bu durumda tüketici kural olarak almış olduğunu hemen geri vermek zorundadır. Oysa bu durumun, kredi değerinin artık mevcut olmadığı durumlarda, örneğin alınan kredinin tatilde kullanılması, kredinin batırılması gibi, tüketicinin bu borcu ödeyememesi sonucuna varabileceği ve tam da kredi itibarı değerlendirmesi görevi ile ulaşılmak istenen amaca ters düşebileceği tartışılmaktadır<sup>87</sup>. Bu bağlamda ileri sürülen bir çözüme göre, bu durumda tüketicinin kredi değerini hemen geri ödeme borcunun kendisi de, tazmin edilmesi gereken bir zarar olarak görülmektedir<sup>88</sup>. Bu durumda, tüketicinin aynen tazmin esası uyarınca tazmini, sözleşmenin ortadan kaldırılması ile beraber, bu sebepsiz zenginleşme borcunun ödenme süresinin, tüketicinin ifa kabiliyetini ortadan kaldırmayacak şekilde uzatılması şeklinde olacaktır<sup>89</sup>. Bu çözüm yolu uyarınca kredi veren geri ödeme süresi boyunca, sözleşme ortadan kalktığı için sözleşmede kararlaştırılan faiz oranını değil, ancak ABGB'de öngörülen faiz oranını talep edebilecektir<sup>90</sup>. İkinci bir çözüm yolu olarak, bu durumda § 7 fıkra 2 Gabin Kanunu 1949'un<sup>91</sup> (bundan sonra kısaca '**WuchG**' olarak anılacaktır) kıyasen uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>92</sup>. Bu düzenleme uyarınca, bir kredi sözleşmesinde gabine maruz kalan kişi, kredi verene sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan sebepsiz zenginleşme borcunu ifa ederken, hükümsüz kredi sözleşmesinde alınan kredinin geri ödemesi için öngörülmüş vadelenlendirmeyi talep edebilmektedir. Bu düzenleme uyarınca, sebepsiz zenginleşme borçlusunu aynı zamanda, sözleşmenin kuruluşu sırasında geçerli olan temel faiz oranını (*Basiszinssatz*) iki katı oranında bir faiz ödemesi yap-

<sup>84</sup> **Foglar-Deinhardstein**, N. 384, 443.

<sup>85</sup> **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, VerbraucherKreditrecht, § 7 N. 44; **Foglar-Deinhardstein**, N. 454 v.d.. Sadece hafif ihmalin değerlendirme dışı tutulması gerektiği yönünde: **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 186 v.d.; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 49.

<sup>86</sup> **Pesek**, VerbraucherKreditvertrag, s. 162 v.d.; **Stabentheiner**, VerbraucherKreditgesetz, s. 541; **Leupold/Ramharter**, s. 488; **Stabentheiner**, Bonitätsprüfung, s. 15.

<sup>87</sup> **Pesek**, VerbraucherKreditvertrag, s. 165 v.d.; **Jud**, VerbraucherKreditrichtlinie, s. 891; **Pesek**, Bonitätsprüfung, s. 5; **Heinrich**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 364; **Leupold/Ramharter**, s. 482 v.d.; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, VerbraucherKreditrecht, § 7 N. 46, § 6 N. 78; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 52 v.d..

<sup>88</sup> **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/89; **Leupold/Ramharter**, s. 482.

<sup>89</sup> **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/89; **Leupold/Ramharter**, s. 484.

<sup>90</sup> **Leupold/Ramharter**, s. 484.

<sup>91</sup> Wuchergesetz 1949 BGBl 1949/271.

<sup>92</sup> **Pesek**, VerbraucherKreditvertrag, s. 181 v.d.; **Foglar-Deinhardstein**, N. 576 v.d.; **Pesek**, Bonitätsprüfung, s. 6 v.d..

mak durumundadır. Bu çözüm kapsamında ileri sürülen bir görüşe göre, tüketici, kredi sözleşmesinde daha düşük bir oran öngörülmediyse, sözleşmenin kuruluşu sırasında geçerli bu temel faiz oranının iki katı oranında faiz ödemesi yapmalıdır<sup>93</sup>. Yine § 7 fıkra 2 WuchG düzenlemesinin kıyasen uygulanması çözümünü benimseyen bir diğer görüşe göre ise bu temel faiz oranının iki katının tüketici sözleşmeleri için yüksek olduğu, bu yüzden tüketicinin sadece temel faiz oranında bir faiz ödemesi yapması gerektiği ifade edilmektedir<sup>94</sup>. Bu görüş uyarınca, sözleşme sabit faizli ise, sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki temel faiz oranı, değişken faiz oranlı ise, sebepsiz zenginleşme borcunun ödenme dönemlerindeki temel faiz oranları uygulanmalıdır<sup>95</sup>. Üçüncü bir çözüm yolu olarak ise, tüketicinin haczedilebilir malvarlığı değerlerini aştığı ölçüde, hemen talep edilebilir olan geri ödeme borcunun düşmesi önerilmektedir<sup>96</sup>.

Bu bağlamda işaret edilecek son bir tartışma konusu, kredi verenin § 7 VKrG'den doğan görevlerini yerine getirmeyerek, tüketiciye kredi itibarının yeterli olmadığı bir krediyi vermesi, bununla beraber tüketicinin malvarlığında meydana gelen beklenmedik bir artış sonucu, örneğin miras ya da talih oyunu, tüketicinin kredi itibarının sonradan alınan kredi için yeterli duruma gelmesidir. Bir görüşe göre bu durumda, § 7 VKrG ile amaçlanan, tüketicinin haczedilebilir malvarlığının tümünün kaybının önlenmesine yönelik korumaya artık ihtiyaç yoktur ve tüketici kredi sözleşmesinden doğan borcunu kararlaştırdığı gibi ifa etmelidir<sup>97</sup>. Bir diğer görüş ise, § 7 VKrG ile amaçlanan korumanın, tüketicinin istenmeyecek bir kredi sözleşmesinden uzak tutulmasına ve bu bağlamda tüketicinin sözleşme öncesinde tam olarak bilgilendirilerek bağımsız bir karar alabilmesine yönelik olduğu, bu sebepten ötürü sonradan tüketicinin malvarlığında meydana gelen bir artışın, tüketicinin tazminat hakkı açısından bir anlam ifade etmediği ileri sürülmektedir<sup>98</sup>.

## 2. Sözleşmenin irade sakatlığı sebebiyle iptali

Kredi verenin açıklama yapma görevine aykırılığı durumunda, tüketicinin kredi sözleşmesini hataya dayanan irade sakatlığına dayanarak iptal edileceği kabul edilmektedir<sup>99</sup>. Bu kabule göre burada söz konusu olan irade sa-

<sup>93</sup> **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 187; **Pesek**, Bonitätsprüfung, s. 7.

<sup>94</sup> **Foglar-Deinhardstein**, N. 593 v.d..

<sup>95</sup> **Foglar-Deinhardstein**, N. 595 v.d..

<sup>96</sup> **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 193 v.d.; **Heinrich**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 365; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 53, 57.

<sup>97</sup> **Leupold/Ramharter**, s. 479; **Foglar-Deinhardstein**, N. 406 v.d..

<sup>98</sup> **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 183; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 47. § 7 VKrG kapsamında amaçlanan koruma bağlamında aynı düşüncede: **Pesek**, 172.

<sup>99</sup> **Pesek**, Verbrauchercreditvertrag, s. 155; **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/64 v.d.; **Foglar-Deinhardstein**, N. 495 v.d.; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 209 v.d.; **Stabentheiner**, Verbrauchercreditgesetz, s. 542; **Zöchling-Jud**, Kreditwürdigkeit, s. 528; **Jud**, Verbrauchercreditrichtlinie, s. 891, 893; **Pesek**, Bonitätsprüfung, s. 4; **Weissel**, Anwendung, s. 308; **Heinrich**, Kreditwürdigkeitsprüfung, s. 364; **Leupold/Ramharter**, s. 492; **Stabentheiner**, Bonitätsprüfung, s. 15; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbrauchercreditrecht, § 7 N. 47; **Heinrich, Schwimann/ Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 58.

katlığı, tüketicinin kendi kredi itibarı konusunda hataya düşmüş olmasına dayanmaktadır. Kural olarak, tüketicinin kendi kredi itibarı konusundan hataya düşmesi, sözleşme dışı bir unsur ilişkine olduğu için bir saik hatası (*Motivirrtum*) olsa da, bu hata § 871 fıkra 2 ABGB uyarınca işlemde hata (*Geschäftsirrtum*) olarak görünmektedir<sup>100</sup>. Bu düzenlemeye göre, yürürlükteki hukuki düzenlemeler uyarınca, bir tarafın diğer tarafın hataya düştüğü bir konuda açıklama yapmak ile görevli olması durumunda, hata saik hatası olarak değil, açıklama yapmakla yükümlü tarafın sebebiyet verdiği işlemde hata olarak kabul edilir. Tüketicinin, kendi finansal durumu hakkında bilgisiz olmasına ilişkin özensizliği/ihmali ise, iptal hakkı bağlamında önemsiz addedilmektedir. Bir görüşe göre, bu durumun hemen hemen § 7 VKrG'nin uygulama bulacağı bütün olaylarda mevcut olacağı ve aksi düşüncenin bu düzenleme ile amaçlanan korumayı boşa çıkaracağı ileri sürülmektedir<sup>101</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, kendi hatasına dayalı olarak sözleşmeyi iptal eden tüketici culpa in contrahendo uyarınca, kredi veren karşısında sorumlu olup, kredi veren yeterince korunduğundan, iptal hakkının reddi yönünde bir kabule ihtiyaç yoktur<sup>102</sup>.

Bir önceki başlıkta işaret edilen, tüketicinin kredi değerini sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesince hemen iade etmek durumunda kalması problemi, kredi sözleşmesinin iptal edilmesi durumunda da kendini göstermektedir. Öğretide, bu problemin yine yukarıda işaret edilen çözüm yolları ile aşılacağı ifade edilmektedir.

## VI. Son söz

Kanun koyucunun iradesi doğrultusunda gelecekte Türk Hukuku bağlamında da söz konusu olabilecek tüketicinin kredi itibarının değerlendirilmesi görevine ilişkin AB yönergesi ile Avusturya Hukuku'ndaki uygulama ve tartışmalar, Türk hukukçulara olası bir normatif düzenlemeye ilişkin tartışmalarda aydınlatıcı rol üstlenebilir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un gerekçesi ve içeriğinden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu Tüketici Hukuku alanında düzenlemelerde bulunurken, Avrupa Birliği mevzuatını ve üye ülkelerde bunların iç hukuka iktibasını yakından takip etmektedir.

Hem düzgün işleyen bir kredi sistemi, hem de kredi veren kurumun korunması için, kredi talebinde bulunan kişinin kredi itibarının değerlendirilmesi, verilecek kredinin sonradan tahsil edilememesi riskinin belirlenmesinde büyük önemi haiz olduğundan, bu yönde bir göreve, kredi verenin özenli davranma görevi kapsamında Türk Hukuku bağlamında da yürürlükteki düzenlemeler vasıtası ile ulaşılabilir. Örnek olarak, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na tabi bir anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin ve yönetimle görevli kişilerin, 6102 sayılı Ticaret Kanunu madde 369 fıkra 1 uyarınca görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeni ile yerine getirmek durumunda olmaları, gösterilmesi gereken öze-

<sup>100</sup> **Pesek**, Verbraucherkreditvertrag, s. 155; **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/65; **Foglar-Deinhardstein**, N. 500; **Heinrich** s. 210; **Zöchling-Jud**, Kreditwürdigkeit, s. 528; **Pesek**, Bonitätsprüfung, s. 4; **Leupold/Ramharter**, s. 492; **Zöchling-Jud, Wendehorst/Zöchling-Jud**, Verbraucherkreditrecht, § 6 N. 76, § 7 N. 47; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 58.

<sup>101</sup> **Foglar-Deinhardstein**, N. 520 v.d..

<sup>102</sup> **Dehn, Apathy/Iro/Koziol**, Kreditgeschäft, N. 2/69; **Heinrich**, Bonitätsprüfung, s. 220; **Heinrich, Schwimann/Kodek**, Praxiskommentar, § 7 VKrG N. 63; **Pesek**, Verbraucherkreditvertrag, s. 91.

nin belirlenmesinde uygulamaya bakılması ve uygulamada bankaların kredi taleplerini cevaplamadan önce, başvuru sahibinin ödeme kabiliyetini topladıkları bilgiler ile değerlendirmeleri, Kredi Kayıt Bürosu ile irtibata geçmeleri gösterilebilir. Ancak bu şekilde ulaşılan bir görevin koruma amacına, yukarıda Avusturya Hukuku bağlamındaki açıklamalarda işaret edildiği gibi, kredi talebinde başvuran kişi girmemektedir. Avusturya Hukuku'nda olduğu gibi, kredi talebinde başvuran bir kişinin, benzer bir korumaya sahip olup olmayacağı ise ilk bakışta şüphe uyandırmaktadır.

Kredi talebinde bulunan kişinin, kendi kredi itibarı hususunda aydınlatılması görevine sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu davranış/culpa in *contrahendo* aracılığı ile ulaşılabilmesi durumunda, Avusturya Hukuku'ndakine benzer bir aydınlatma görevine Türk Hukuku açısından da ulaşılabilir. Ancak bu yönde bir fikir yürütmenin yerindeligi şüphe uyandırmaktadır. Öncelikle, sözleşme görüşmeleri aşamasında, bir tarafa bir açıklama yapma görevi yükleyebilmek için, açıklama yapılması gereken konuda, karşı tarafın serbestçe karar verebilmesine engel olan bir bilgi eksikliği/bilgi açığı içinde bulunması gerekmektedir. Oysa kredi itibarının değerlendirilmesi ve kredi talebinde bulunan kişinin bu hususta bilgilendirmesinde, kredi talebinde bulunan kişinin herhangi bir bilgi eksikliği bulunmamaktadır. Bu kişinin, talep ettiği krediye, kredi itibarının yeterli olmadığı çıkarımı yapılacak kendisi ile ilgili olan bütün bu bilgiler, zaten bu kişinin elinin altındadır. Kredi itibarının yetersiz olduğu sonucu çıkarılan bu bilgilerin nasıl işlenmesi gerektiği, kredi itibarının yetersiz olduğu sonucuna ulaşılması açısından da bir bilgi eksikliği söz konusu değildir. Fiil ehliyetine sahip olduğu kabul edilen bir kişinin dört işlem ile bu sonuca ulaşması mümkündür. Bu bakımdan, culpa in *contrahendo*'ya dayanılacak bir açıklama yapma görevi, ne kredi itibarının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak bilgilere, ne de bu bilgilerin işlenmesine ilişkin söz konusu olmaktadır.

Diğer yandan özenli davranma görevi bağlamında yapılacak, verilecek kredinin tahsiline ilişkin risk değerlendirmesinde, kredi veren, bu kredinin geri ödenmesinin, kredi talebinde bulunan kişinin ekonomik varlığı üzerinde nasıl bir etki doğuracağını da çok defa görmektedir. Kredi veren; kredi alanın, bu krediyi ancak çok zor şartlar altında, yaşam standartlarını veya ekonomik özgürlüğünü uzun süre kaybederek ödeyebileceğine, yapacağı bir risk değerlendirmesi ile vâkıf olabilir. Burada problemin kökeninde şu soru yatmaktadır: Acaba kredi verene bu durumda, kredi talep eden kişinin serbest şekilde karar verebilmesini sağlayacak, bir bilgi eksikliğini gidermeye yönelik bir açıklama görevinden öteye gidecek şekilde, adeta bir yasal danışman gibi (örneğin § 429 fıkra 1 bend 5 TMK) kredi alma işleminde, kredi talep edenini koruma amacı ile görüş bildirmeye yönelik bir açıklama yapma görevi yüklenebilecek midir? Bir tarafta kredi verenin kâr hesabı, diğer tarafta ise bir bireyin yok olan veya daralan ekonomik özgürlüğü. Bu sorunun cevabı ise, kuşkusuz kanun koyucunun, bireyleri nasıl görmek istediği, onların nasıl olması gerektiği konusundaki görüşü ile yakından alakalı olacaktır.

**KAYNAKÇA**

**Atamer Yeşim**, “Tüketici Kredisi Hukukunda reform projeleri ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyumu”, Türk-İsviçre Hukuk Günleri – Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul, 2010, s. 241.

**Dehn Wilma / Bollenberger Raimund**, Österreichisches Bankvertragsrecht Band IV: Kreditgeschäft (Yayına hazırlayanlar: **Peter Apathy/Gert Iro/Helmut Koziol**), 2. Bası, Viyana, 2012.

**Dehn Wilma**, “Die neue Verbrauchercredit-Richtlinie: Geltungsbereich – Umsetzungsoptionen - Sanktionen”, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA), 2009, s. 185.

**Foglar-Deinhardstein Stephan**, Die Bonitätsprüfung beim Verbrauchercredit, Viyana, 2013.

**Jud Brigitta**, “Die neue Verbrauchercreditrichtlinie”, Österreichische Juristen Zeitung (ÖJZ), 2009, s. 887.

**Heinrich Elke**, “Anforderungen an die Kreditwürdigkeitsprüfung im Verbraucherrecht”, Juristische Blätter (JBl), 2014, s. 363.

**Heinrich Elke**, Bonitätsprüfung im Verbrauchercreditrecht, Viyana, 2014.

**Koch Bernhard**, “Bonitätsprüfung nach der neuen Verbrauchercreditrichtlinie Replik zu Jud, ÖJZ 2009/96”, Österreichische Juristen Zeitung (ÖJZ), 2010, s. 45.

**Koch Bernhard**, “Informations-, Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten bei der Kreditvergabe nach der neuen Richtlinie 2008/48/EG vom 23. April 2008 über Verbrauchercreditverträge”, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA), 2009, s. 98.

**Kotschy Waltraut**, “Datenschutzrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem neuen Verbrauchercredit”, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA), 2011, s. 307.

**Leupold Petra/Ramharter Martin**, “Die Verletzung der Pflicht zur Warnung vor mangelnder Kreditwürdigkeit nach dem Verbrauchercreditgesetz Europäische Grundregeln und zivilrechtliche Konsequenzen”, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA), 2011, s. 469.

**Pesek Reinhard**, Der Verbrauchercreditvertrag, Viyana, 2012.

**Pesek Reinhard**, “Rechtsfolgen der mangelhaften Bonitätsprüfung”, Zeitschrift für Verbraucherrecht (VbR), 2014, s. 4.

**Schwimm Michael/Kodek Georg** (Yayına hazırlayanlar), ABGB Praxiskommentar Band 5a, Viyana, 2015.

**Stabentheiner Johannes**, “Das Verbrauchercreditgesetz EU-Vorgaben, Geltungsbereich, vorvertragliche Information, Bonitätsprüfung, Vertragsdokument”, Österreichische Juristen Zeitung (ÖJZ), 2010, s. 531.

**Stabentheiner Johannes**, “Die Regelungen des Verbrauchercreditgesetzes über die Bonitätsprüfung”, Eines Kredites würdig? (Yayına hazırlayanlar: **Beate Blaschek/Jasmin Habersberger**), Viyana, 2011, s. 9.

**Wendehorst Christiane**, “Was ist Bonität? Zum Begriff der „Kreditwürdigkeit“ in § 7 VKrG”, Eines Kredites würdig? (Yayına hazırlayanlar: **Beate Blaschek/Jasmin Habersberger**), Viyana, 2011, s. 19.

**Wendehorst Christiane/Zöchling-Jud Brigitta**, Verbrauchercreditrecht, 2010, Viyana.



**Weissel Georg**, “Der durch § 7 VKrG zivilrechtlich verschaffte Schutz: Rechtswohlthat oder Irrweg?”, *Zeitschrift für Finanzmarktrecht (ZFR)*, 2012, s. 208.

**Weissel Georg**, “Die Rolle von Sicherheiten bei der Prüfung nach § 7 VKrG”, *ecolex*, 2012, s. 198.

**Weissel Georg**, “Kreditvergabe und Kreditwürdigkeitsprüfung nach § 7 VKrG”, *Zeitschrift für Finanzmarktrecht (ZFR)*, 2011, s. 294.

**Weissel Georg**, “Schutz für Unternehmensgründer nach § 7 VKrG?”, *Österreichisches Recht der Wirtschaft (RdW)*, 2012, s. 143.

**Weissel Georg**, “Zur Anwendung von § 7 VKrG”, *Österreichisches Bankarchiv (ÖBA)*, 2012, s. 302.

**Winternitz Christian/Jetschgo Susanne**, “Die Bonitätsprüfung mittels Datenbankabfrage nach § 7 Abs 5 VKrG – sind manche Datenbanken gleicher?”, *Zeitschrift für Finanzmarktrecht (ZFR)*, 2012, s. 63.

**Zöchling-Jud Brigitta**, “Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers”, *ecolex*, 2010, s. 525.



**KOOPTASYON UYGULAMASINDA  
YENİ BİR PERSPEKTİF MÜMKÜN MÜ?  
(TTK m. 363/1’de Öngöröldüğü Haliyle Kooptasyon)\*  
(IS IT TIME FOR A NEW APPROACH IN THE COOPTATION PRACTICE?)  
(Cooptation as it is foreseen in Art. 363/1 of the TCC))**

**Yard. Doç. Dr./Asst. Prof. Dr. Koray Demir\*\***

**ÖZ**

Kooptasyon, tüzel kişinin organlarını oluşturan üyelerin yine bu organ üyelerince seçilebilmesi imkanını ifade eder. Anonim şirketler özelinde kooptasyon TTK m. 363/1 hükmü içerisinde ve boşalan yönetim kurulu üyeliklerinin yine kurul tarafından doldurulabilmesi anlamında öngörölmüştür. Türk Hukuku’nda kooptasyon müessesesi şimdiye kadar sınırlı bir biçimde kabul görebilmiş, anonim şirketin organsız kalmasını engellemeye değil de, şirket yönetim kurulunun tam sayı ile faaliyette bulunabilmesine yönelik bir kurum olarak anlaşılmış ve uygulanmıştır. Ancak burada temsil olunan görüş uyarınca, en geç TTK’nın yürürlük tarihi itibariyle kooptasyon müessesine yönelik öğreti ve uygulama sorgulanabilir hale gelmiştir; Kanun’un sistematığı ve hükmün amacı doğrultusunda, yeni dönemde kooptasyona, tek kişi kalmış yönetim kurullarında dahi izin vermek gerekir.

**Anahtar Kelimeler:** Kooptasyon, anonim şirket yönetim kurulu, yönetim kurulu üyelerinin seçimi, İsviçre, Alman, Fransız, İngiliz ve Amerikan Hukuku’nda kooptasyon.

**ABSTRACT**

*Legal term of cooptation is understood as the possibility of the organs of a juristic person to elect its own members. In case of joint-stock companies cooptation is foreseen in Art. 363/1 TCC and can be used to refill a vacated membership of the board of directors by the board itself. Institution of cooptation in turkish law is so far constrictive implemented. Cooptation is a tool to avoid lacking of organs of corporations. However; in turkish law it was and still is recognized and implemented as an instrument of completion of number of the board of directors in joint-stock companies. In our opinion the hitherto existing doctrine and practice on cooptation is questionable since we have a new commercial code. Due to the system of the new code and the purpose of the related article cooptation should be allowed, even if the board of directors consists of one person upon current vacancies.*

---

\* Bu makale, 26.12.2016 tarihinde Editörler Kurulu’na ulaşmış olup birinci hakem onayından 5.1.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 10.1.2017 tarihinde geçmiştir.

\*\* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (k.demir@tau.edu.tr)

**Keywords:** *Cooptation, board of directors of a joint stock company, election of the members of the board of directors, Cooptation in Swiss, German, French, English and US-American Law.*

\*\*\*

## GİRİŞ

Kooptasyon, latince “*cooptio*” fiilinden türetilmiş bir kelime olup<sup>1</sup> “yan seçim”, “yerine seçim” şeklinde türkçeleştirilebilecek bir anlama sahiptir. Hukuk dilinde ise kooptasyon terimi, daha ziyade tüzel kişiler bakımından kullanılır ve bu haliyle anılan terim, en geniş anlamıyla, tüzel kişinin organlarını oluşturan üyelerin yine bu organ üyelerince seçilebilmesi imkanını ifade eder<sup>2</sup>.

Hukukumuzda kooptasyon dar manada ve anonim şirketlerin yönetim kurulu üyelikleri bakımından Türk Ticaret Kanunu’nun (“TTK”) 363. maddesinde düzenlenmiştir<sup>3</sup>. Bilindiği üzere anonim şirketlerde yönetim kurulu genel kurul tarafından seçilir<sup>4</sup>. Diğer bir ifadeyle yönetim kurulu üyelerinin tamamının genel kurulca atanması esastır. Ancak TTK m. 363 uyarınca ve orada derç olunan şartlar dahilinde yönetim kurulunun da, geçici bir süre için, genel kurulun yanında ve/veya onun yerine yönetim kurulu üyesi seçebilmesine izin verilmiştir: TTK m. 363’e göre anonim şirketlerde bir yönetim kurulu üyeliği herhangi bir sebepten ötürü boşalacak olursa, yönetim kurulu, ilk genel kurulun onayına sunmak kaydıyla, kanuni şartları haiz birini geçici olarak yönetim kurulu üyeliğine seçebilecektir.

Anonim şirketlerde boşalan yönetim kurulu üyeliğinin yine yönetim kurulunca doldurulabilmesi yönünde tanınan bu imkanın tarihi açıdan bakıldığında oldukça eski olduğu görülmektedir. Bu manada kooptasyona yönelik bir maddeye ilk olarak 865 sayılı Ticaret Kanunu’nun 316. maddesinde rastlanmakta, anılan maddenin daha sonra 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (“eTTK”) 315. maddesinde biraz geliştirilerek tekrarlandığı ve oradan da ufak değişikliklerle ve fakat müessesevi manada aynen, TTK m. 363’e aktarıldığı görülmektedir. Hükmün eskiliği gözönünde bulundurulduğunda hükmün kaynağını tespit etmek de o ölçüde güçleşmektedir<sup>5</sup>.

Anonim şirketler hukukunda kooptasyona yasa eliyle açıkça izin verilmiş olmasına rağmen, bu müesseseye, hemen her dönemde, hem yargı kararlarında hem öğretilerde hem de ticaret sicili uygulamasında ihtiyatla yaklaşıldığı görülmektedir. İleride “Türk Hukuku’nda Kooptasyon” başlığı altında ayrıntısı ile değinilecektir; ancak henüz bu aşamada dahi şu kadarını ifade etmek gerekir ki, kooptasyona kanunen izin verilmiş olmakla birlikte uygulamada bu müesseseye yönelik hükmün dar yorumlandığı ve işlevsel olabilecek bir hükmün, ancak belirli ve dar sınırlar içerisinde kabul görebildiği anlaşılmaktadır.

<sup>1</sup> Bkz. **Roman Baumann Lorant**, Der Stiftungsrat – Das oberste Organ gewöhnlicher Stiftungen, Zürich 2009, s. 108.

<sup>2</sup> Bkz. **Urs Scherrer**, Wie gründe und leite ich einen Verein?, 12. Auflage, Zürich 2009, s. 69.

<sup>3</sup> Bkz. **İsmail Kırcı** (Kırcı/Şehirli Çelik/Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku, Cilt I, Ankara 2013, s. 423.

<sup>4</sup> Bkz. TTK m. 418/2-b.

<sup>5</sup> Kooptasyon müessesesinin hukukumuzda Fransız Hukuku’ndan alındığı yönünde bkz. **Necla Akdağ-Güney**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2016, s. 13, Dn. 37.

Bu minvalde TTK, yürürlük tarihi itibarıyla kooptasyon müessesesi bakımından esaslı bir değişikliği beraberinde getirmemektedir; ancak bu müesseseye yaklaşımı derinden etkileyebilecek, bir paradigma değişikliği üzerinde düşünmeye sevk edebilecek ve bu manada kooptasyonla dolaylı yoldan ilgili pek çok yeniliği hukuk gündemine sokmuştur. Örneğin; TTK ile birlikte artık anonim şirket yönetim kurullarının bir kişiden dahi oluşabilecek olması, yine yönetim kurullarının üst yönetim ve gözetim dışındaki görev ve yetkilerini devredebilecek olmaları, organ yokluğu nedeniyle tasfiye için “uzun” bir sürenin aranması, süresi dolan yönetim kurulunun şirket genel kurulunu toplantıya çağırabilmesi gibi yenilikler kooptasyon uygulamasına da bakışı değiştirebilecek ve kooptasyon ile ilgili TTK’nın 363. maddesinin yeni dönemde farklı yorumlanması ve uygulanmasına vesile olabilecektir.

Bu çerçevede işbu çalışmanın konusunu kooptasyon müessesesi oluşturmaktadır. Çalışma içerisinde anılan müessese yabancı hukuk sistemlerinden de istifade suretiyle tanıtılmaya çalışılacak, daha sonrasında Türk Hukuku bakımından geçmiş ve mevcut uygulamalar eleştirel bir gözle ele alınacak ve son tahlilde şu temel sorunun cevaplanmasına çalışılacaktır:

“Acaba yeni kanun kooptasyonu daha özgürce uygulamak imkanını bahşetmekte midir?”

## **I. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KOOPTASYON**

Yukarıda da ifade olunduğu üzere kooptasyon, her hukuk sisteminin genel olarak kabul edip uyguladığı bir müessese değildir. İşbu çalışma kapsamında yürütülen araştırmalar neticesinde aşağıda yer verilen hukuk sistemlerinde konunun ele alınış biçimi ile ilgili özellikle yasal verilere ulaşmak mümkün olmuştur:

### **A. İsviçre Hukuku’nda Kooptasyon**

Şirketler hukukumuzun mehazı niteliğindeki İsviçre Borçlar Kanunu’nda kooptasyona yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Kooptasyon müessesesine İsviçre öğretisinde de itibar edilmediği görülmektedir. Konu ile ilgilenen tüm yazarların üzerinde ittifak ettiği husus şudur<sup>6</sup>: İsviçre Hukuku’nda anonim şirketler bakımından kooptasyon imkanının esas sözleşme ile dahi öngörülmesi mümkün değildir. Çünkü İsviçre Borçlar Kanunu yönetim kurulu üyelerinin seçilmesi yetkisini emredici bir biçimde genel kurula bahşetmiştir; bu yetki dağılımını değiştiren bir esas sözleşme hükmü de yoklukla malul olacaktır.

İsviçre Hukuku öğretisinde anonim şirket yönetim kurulları açısından öngörülen bu yönde bir kooptasyon yasağını Federal Mahkeme’nin de takip ettiği ve ticaret sicillerinin de bu yönde bir uygulama içerisinde oldukları bildi-

---

<sup>6</sup> Pek çokları yerine **Peter Böckli**, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2009, § 13 N. 53c vd.; **Peter V. Kunz**, Kognition der Handelsregisterämter bei Eintragungen von GV-Beschlüssen, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Zürich 2015, Dn. 81; **Brigitte Tanner**, OR 705, Zürcher Kommentar Bd./Nr. V/5b, Zürich 2003, N 5; **Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel**, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 27 N 21; **Roland von Büren/ Walter A. Stoffel/Rolf H. Weber**, Grundriss des Aktienrechts, Zürich 2011, N. 579.

rilmektedir<sup>7</sup>. Halbuki aynı yönde bir kooptasyon yasağının İsviçre Hukuku'nda dernek yönetim kurulları ve vakıf yöneticileri bakımından öngörülmediği de gözlemlenmektedir. Anılan tüzel kişilerin yönetim kurullarının ve mevcut yöneticilerinin boşalan bir üyeliği doldurabileceği, bu imkanın dernek tüzüğü veya vakıf senedinde öngörülmüş olmasının kafi geleceği ifade olunmaktadır<sup>8</sup>.

Konu ile ilgili kaynaklarda anonim şirketler hukukunda kooptasyona karşı takınılan sert tutumun “pay sahipleri demokrasisi” kavramı<sup>9</sup> ile de ilişkilendirilmeye çalışıldığı görülebilmektedir. Ancak bu noktada ister istemez İsviçre öğretisinin içine düştüğü şu çelişki gündeme gelmektedir: Anonim şirketler bakımından organların görev ve yetki alanlarını ve pay sahiplerinin yönetim kurulu üyelerini seçme haklarını üstün tutan İsviçre öğretisi, yine bir kişi birliği olan ve hatta üyelerinin demokratik katılımının yasa tarafından da daha üstün tutulduğu dernekler bakımından aynı kaygıyı gütmemektedir. Bu noktada akla şu soru gelir: Acaba İsviçre Hukuku'nda anonim şirketler bakımından güdülen demokratik kaygılar aynıyla ve hatta daha fazlasıyla dernekler bakımından da söz konusu değil midir ki, öğreti dernekler bakımından cevaz verdiği kooptasyon uygulamasına anonim şirketler bakımından cevaz vermek istemektedir? Kanaatimizce, kooptasyon suretiyle seçimin geçici niteliğinden ötürü bu türden kaygılar her iki kişi birliği için de güdülmemelidir.

## B. Alman Hukuku'nda Kooptasyon

Bilindiği üzere Alman Hukuku'nda anonim şirketlerin idaresi ve temsili bakımından çift kurullu (dualist) bir yapı mevcuttur. Buna göre üst kurul niteliğindeki *Aufsichtsrat* şirketin temel politikalarının belirlenmesi, bu politikaların yürütülmesinin gözetimi ve denetiminden sorumludur; *Aufsichtsrat*, şirketin esas sermayesinin büyüklüğüne göre, en az üç ve en fazla yirmibir üyeden oluşur<sup>10</sup> ve bu üyeler genel kurul tarafından seçilir. *Aufsichtsrat* bu şekilde bir defa teşekkül ettikten sonra alt kurul niteliğindeki *Vorstand* üyelerini seçer; bu alt kurul da şirketi kendi sorumluluğunda ve *Aufsichtsrat* tarafından belirlenen politikalar çerçevesinde idare ve temsil eder.

Görüldüğü üzere Alman Hukuku'nda kooptasyon müessesine ihtiyaç *Vorstand* üyelikleri bakımından, kural olarak, ortaya çıkmayacaktır. Çünkü anılan kurulda bir veya birkaç üyeliğin herhangi bir sebepten boşalması halinde *Aufsichtsrat* kurul halinde toplanarak yeni üyeleri tespit edebilecektir. An-

<sup>7</sup> Bkz. **Böckli**, § 13 N. 94. Yazara göre İsviçre'de, daha çok Fransız Kantonları'nda kurulan şirketlerin esas sözleşmelerine kooptasyona yönelik hükümlerin konulması talep olunmaktadır. Ancak İsviçre'de ticaret sicili müdürlükleri bu talepleri reddetmekte, yönetim kurulu üye sayısının esas sözleşmede yazılı rakamın altına düşmesi halinde ise şirkete hemen müdahale etmemektedir. Orada müdürlükler, ilk olarak söze konu şirkette temsil yetkisinin dahi kullanılmadığı hallerde devreye girmektedir. Bu süre zarfında murakıplardan ya da münferit pay sahiplerinin talebi ile mahkemelerden ilgili şirket genel kurulunu toplamaları beklenmektedir. Bkz. **Böckli**, § 13 N. 94a ve 96.

<sup>8</sup> Bkz. **Scherrer**, s. 69; **Lukas Berger**, HregV 90, Stämplis Handkommentar, Bern 2013, N. 14 ve **Baumann Lorant**, s. 108.

<sup>9</sup> Anılan kavram için bkz. **Rolf Watter/Karim Maizar**, Aktionärsdemokratie – Über erweiterte Zuständigkeiten der Generalversammlung und Erleichterungen bei der Stimmrechtsausübung in schweizerischen Aktiengesellschaften, Grundfragen der juristischen Person, Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, 2007, s. 403-432.

<sup>10</sup> Bkz. AlmPOK § 95.

çak genel kurul tarafından atanması öngörülen *Aufsichtsrat* üyelikleri bakımından bu üyeliklerden bir veya birkaçının herhangi bir sebepten ötürü boşalması halinde yine kooptasyon müessesesine ihtiyaç duyulabilecektir.

Görülebildiği kadarıyla Almanya'da kooptasyon, bir dönem için uygulanabilmiş bir müessesedir; tahlile konu müesseseye 1861 tarihli Genel Alman Ticaret Kanunu'nun ("*ADHGB*") yürürlüğü zamanında esas sözleşmede yer verilmesi kaydıyla izin verilmiştir. Ancak 1937 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun ("*AlmPOK*") yürürlüğü ile birlikte bu müesseseden vazgeçilmiş ve kooptasyon, kendisine alternatif iki yeni müessese (yedek üye ve mahkeme kanalıyla atama müesseseleri) ile ikame edilmiştir<sup>11</sup>.

Bu minvalde, bugün için Alman Hukuku'nda kooptasyon müessesesi tanınmamakla birlikte mer'i AlmPOK'un 101. maddesinin 3. fıkrası ile 104. maddesi bu boşluğu yukarıda anılan iki müessese üzerinden doldurmaktadır. Anılan ilk hüküm gereğince Alman Hukuku'na tabi anonim şirketlerde üst kurul niteliğindeki *Aufsichtsrat* seçilirken genel kurul, bu üyelerin göreve devam edememe halini göz önünde bulundurarak yedek üye veya üyeler de seçebilecektir. Diğer bir ifadeyle *Aufsichtsrat* üyelerinin seçildiği genel kurulda<sup>12</sup>, üyeliklerin vaktinden önce düşmesi halinde ve başkaca bir atama kararına ihtiyaç duyulmaksızın üye olacak yedek üyelerin de tayin edilmiş olması, Alman Hukuku'nda açıkça düzenlenmiştir ve bu nedenle mümkündür.

Ancak AlmPOK'un 104. maddesi, yukarıda anılan yedek üye seçiminden istifade edilmemiş olması ihtimaline binaen bir de mahkeme kanalıyla üye atanması usulünü öngörmektedir<sup>13</sup>. Anılan hükmün uygulama alanı, yine, *Aufsichtsrat* üyeliklerinden bir veya birkaçının vaktinden önce boşalması haline özgüdür ve bu noktada hüküm, sayısal yetersizlik bakımından basit ve vasıflı olmak üzere ikili bir ayırım yapmaktadır<sup>14</sup>: Basit sayısal yetersizlik hali *Aufsichtsrat* üyeliklerinde yaşanan boşalmalara rağmen kurulun işlemeye, karar almaya devam edebilmesi halidir; vasıflı sayısal yetersizlik ise, kuruldaki üye noksanının kurulu hiç karar alamayacak ("*beschlussunfähig*") hale getirmiş olmasıdır<sup>15</sup>.

Her iki halde de kalan üyelerden birinin dahi ya da *Vorstand*'ın kurul olarak<sup>16</sup> ya da münferit pay sahiplerinin birinin talebi ile şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkeme, boşalan üyelikleri doldurabilecektir. Bu noktada mahkemeye yeni üyelerin kim olabileceği ile ilgili başvuru sahibi tekliflerde

<sup>11</sup> Bkz. **Florian Marxer**, Die personalistische Aktiengesellschaft im liechtenischen Recht, Zürich 2007, s. 23 ile **Gerald Spindler/Eberhard Stilz**, § 104, Aktiengesetz, 3. Auflage, 2015, N. 5.

<sup>12</sup> Yedek üyelerin asıl üyelerin seçildiği genel kurulda seçilmesi zorunluluğu için bkz. **Uwe Hüffer/Jens Koch**, § 101, Aktiengesetz, 12. Auflage, 2016, N. 14.

<sup>13</sup> Tamamı için bkz. **Hüffer/Koch**, § 104, N. 1 vd.

<sup>14</sup> **Hüffer/Koch**, § 104, N. 2.

<sup>15</sup> AlmPOK m. 108'e göre *Aufsichtsrat* toplam üye sayısının en az yarısı ile toplanır, bu sayı hiçbir şekilde üçün altında olamaz ve yine kurul, toplantıda mevcut olan üyelerin çoğunluğu ile karar alır.

<sup>16</sup> Vasıflı sayısal yetersizlik hallerinde mevcut *Aufsichtsrat* üyeleri ile *Vorstand*'ın mahkemeye başvurmak yönünde bir hakkı değil, yükümlülüğü olduğundan bahsedilmektedir. Başvurulmaması halinde ortaya çıkabilecek zararlardan dolayı anılan kişilerin sorumluluğu doğabilecektir. Bkz. **Hüffer/Koch**, § 104, N. 3.

bulunabilir; ancak mahkeme bu teklifler ile bağlı değildir<sup>17</sup>. Aynı şekilde basit sayısal yetersizlik hallerinde mahkemenin atama yapabilmesi için sayısal yetersizlik halinin en az üç aydan bu yana sürüyor olması gerekmektedir. Basit sayısal yetersizlik halleri için öngörülmüş bu üç aylık bekleme süresinin, genel kurula, vaki boşluğu tamamlayabilmesi için bahşedilmiş bir süre olduğundan bahsedilmektedir<sup>18</sup>.

Bu haliyle AlmPOK'un 104. maddesinin amacı, yukarıda anıldığı haliyle bir yedek üye seçiminin gerçekleştirilmediği hallerde, üst kurul niteliğindeki *Aufsichtsrat*'ın işlevsel kalmaya devam etmesinin teminat altına alınmasıdır ve bu hüküm sayesinde şirket, sayısal eksiklik hallerine rağmen masraflı bir genel kurul sürecini yaşamak zorunda bırakılmamaktadır<sup>19</sup>.

Görüldüğü üzere Alman Hukuku'nda da, İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi, kooptasyon müessesesi tanınmamaktadır. Ancak İsviçre Hukuku'nun aksine Alman Hukuku'nda bu müessesenin yerine kaim olabilecek yedek üye seçimi ve mahkeme kanalıyla atama gibi birbirini tamamlayan iki farklı müessese öngörülmüştür.

Ancak bu noktada son olarak ifade etmek gerekir ki; kanaatimizce, bu iki müessese de kooptasyon müessesesini tam olarak ikame edebilecek nitelikte değildir. Özellikle yedek üyelerin seçilmediği hallerde mahkemenin resen değil, sadece başvuru üzerine atama yapabilmesinin öngörülmüş olması, sorumluluklarına yol açacak olsa da, ilgili kişilerce bu yönde bir başvurunun yapılmaması halinde bu iki müessese *Aufsichtsrat*'ın işlevsiz kalmasını engellemekte ya da eksik sayı ile devam etme zorunluluğuna çare olamamaktadır. Diğer bir ifadeyle Alman Hukuku'nda da, İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi, sayısal eksiklik meselesinin bir sonraki genel kurula kadar "sineye çekilmek" zorunda kalılabileceği haller, teorik de olsa, mevcuttur.

### C. Fransız Hukuku'nda Kooptasyon

Fransız Hukuku anonim şirket yönetim kurulları bakımından kooptasyona müsaade eden hukuk sistemlerindedir. Konu ile ilgili yürürlükteki hüküm, *Code de Commerce*'in "Anonim Ortaklığın Sevk ve İdaresi" üst başlığı ile "Genel Yönetimin Yönetim Kurulu" yan başlığı altında düzenlenen L225-24 maddesidir; anılan maddenin çevirisi aşağıdaki gibidir<sup>20</sup>:

*"Bir ya da birden fazla yönetici koltuğunun ölüm ya da istifa dolayısıyla boşalması durumunda, yönetim kurulu, iki genel kurul arasında, geçici nitelikte üye seçimine gidebilir.*

*Yönetici sayısı kanunda aranan asgari sayının altına düşmüş ise, kalan yöneticiler, (yönetim) kurulun(un) tamamlanması için, derhal olağan genel kurulu toplantıya çağırmalıdır.*

<sup>17</sup> Hüffer/Koch, § 104, N. 5.

<sup>18</sup> Bkz. Martin Henssler/Lutz Strohn, § 104 AktG, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, 2016, N. 11. Diğer bir ifadeyle bir sonraki olağan genel kurulun toplanmasına üç aydan az bir süre kalmışsa, basit sayısal yetersizlik haline istinaden mahkeme atama yapamayacaktır. Gecikmesinde sakınca olan haller saklıdır.

<sup>19</sup> Bkz. Hüffer/Koch, § 104, N. 1.

<sup>20</sup> Takip eden çevirideki kıymetli yardımları için Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Sayın Onur Görmez'e teşekkürü bir borç bilirim.



*Yönetici sayısı, kanunda asgari sayının altına düşmemiş, ancak esas sözleşmede aranan asgari sayının altına düşmüş ise yönetim kurulu, boşalmanın gerçekleştiği günden itibaren üç ay içerisinde kurulun (üye sayısının) tamamlanması için geçici üye seçimini yerine getirmelidir.*

*Yukarıdaki birinci ve üçüncü fıkralar kapsamında kurul tarafından gerçekleştirilen seçimler en yakın olağan genel kurulun onayına sunulur. Onaylamama durumunda, (onaylamama kararı) öncesinde (yönetim) kurul(ü) tarafından alınmış kararların ve tamamlanmış işlemlerin geçerliliğine hanel gelmez.*

*Kurul gerekli geçici üye seçimini yapmaz ya da genel kurulu toplantıya çağırılmaz ise, tüm ilgililer, seçimin yapılması ya da üçüncü fıkrafta öngörülen seçimin onaylanması için, mahkemeden, genel kurulu toplantıya çağırarak görevli bir kayyum atanmasını isteyebilir."*

Görüldüğü üzere Fransız Hukuku'nda kooptasyon, konu ile ilgili akla gelebilecek ve hukukumuzda da kısmen tartışmalı pek çok hususun yanıtını da içerecek şekilde düzenlenmiştir. Anılan düzenlemenin, çalışmanın devamı bakımından belki de en önemli kısmı, Fransız kanun koyucusunun konuya asgari yasal üye sayısı bakımından yaklaşmış olması ve yönetim kurulu ifadesi ile birlikte yöneticiler ifadesini de kullanıyor olmasıdır. Fransız Hukuku'nda monist sisteme tabi anonim şirketlerin kanun gereği en az üç yönetim kurulu üyesinin bulunması zorunluluğu<sup>21</sup> da dikkate alınacak olursa, yukarıda aktarılan kooptasyon hükmü esasen şu hususu beyan eder görünmektedir: Bir Fransız anonim şirketine yönetim kurulu üyeliklerinden biri veya birkaçı boşalır ve bu şekilde yönetim kurulu üyelerinin sayısı yasal asgari rakam olan üçün altına düşecek olursa, bu halde kalan üyeler genel kurulu toplantıya çağırarak suretiyle bu boşluğu genel kurulca doldurulmasını sağlamak durumundadırlar. Ancak kanuni asgari yasal sayının altına düşülmediği sürece, kalan üyeler boşalan üyeliklere seçimi muvakkaten yapabileceklerdir.

Fransız Hukuku'nda kooptasyona yasal asgari sayının altına düşülmedikçe izin veriliyor olmasındaki temel mantığın şu olduğu tahmin edilebilir: Esas sözleşmede belirlenen rakam ne olursa olsun yasa koyucu bir anonim şirketin üç yönetim kurulu üyesi ile dahi yönetilebileceğini kabul etmektedir ve kooptasyon düzenlemesi ile şirketi, mümkün mertebe, organsız bırakmamak gayreti içerisinde.

#### **D. İngiliz Hukuku'nda Kooptasyon**

İngiliz Hukuku da anonim şirketler bakımından kooptasyona müsaade eden hukuk sistemlerindedir. Konu ile ilgili yasal düzenleme olan *Companies Act*'in içerisinde kooptasyon ile ilgili doğrudan bir hüküm bulunmamakla birlikte anılan yasanın eki niteliğindeki esas sözleşme örneğinin 79. maddesi dik-

<sup>21</sup> Fransız Hukuku'nda idare ve temsil açısından iki tür anonim şirket kurulabilmektedir. Birinci tür anonim şirket Alman Hukuku'nda olduğu gibi çift kurullu, yani dualist sisteme tabi olanlardır. Bu türden şirketlerde de üst yönetim kurulunun en az üç üyeden teşekkül etmesi gerekir. Konu ile ilgili bkz. **Eric Homburger**, OR 707, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Zürich 1997, N. 15 ile **Anneliese Büggel**, Gesellschaftsrecht in den Ländern der Europäischen Gemeinschaft, Düsseldorf 2010, s. 52 (Çevrimiçi: [http://www.boeckler.de/pdf/p\\_ah\\_ar\\_11.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/p_ah_ar_11.pdf) adresinden ulaşılabilir.) (16.12.2016)

kate alındığında, İngiliz Hukuku'nda da esas sözleşmede yer verilmek kaydıyla kooptasyona izin verildiği görülmektedir<sup>22</sup>. Anılan madde Fransız Hukuku'nda olduğu gibi kooptasyon müessesesini ayrıntısı ile düzenlemektedir. İlgili maddede sadece, yöneticilik pozisyonu dolayısıyla bir boşluk olması hâlinde kalan yöneticilerin bu boşluğu takip eden ilk olağan genel kurulca tasvip olunmak üzere doldurabilecekleri hususu öngörülmektedir.

### E. Amerikan Hukuku'nda Kooptasyon

Amerikan Şirketler Hukuku yazılı kaynakları arasında başlıca düzenleme, bilindiği üzere, *Delaware General Corporation Law*'dur. Anılan yasanın 223. maddesi kooptasyon müessesesini düzenlemektedir. Bu hüküm sayesinde söze konu eyalette kurulan Amerikan anonim şirketleri bakımından da kooptasyon mümkün olabilmektedir.

Anılan hükmün içeriğine geçmeden önce ilgili yasa uyarınca yönetim kurullarının ne şekilde teşekkül ettiğine de, kısaca değinmek gerekir: Söze konu yasanın 141b hükmü uyarınca yönetim kurulu en az bir üyeden oluşmak durumundadır; ancak esas sözleşme ile kurulun daha fazla üye ile de teşekkül edebileceği öngörülebilir, kurulun kaç üyeden teşekkül edeceği hususu yine esas sözleşmede belirtilmelidir.

Bu meyanda yönetim kurulu üyeliklerinde herhangi bir sebepten ötürü bir veya birden çok boşalma yaşanması halinde kurulda oluşan bu boşluk, *geriye tek bir üye kalmış olsa dahi*, kooptasyon yolu ile doldurulabilir. Geride birden fazla üyenin kaldığı durumlarda, kalan üyelerin çoğunluğunun alacağı bir kararla boşalan üyelik koopte edilebilir.

Anılan maddenin 2. fıkrası c bendi, tek bir pay sahibine dahi somut kooptasyon kararına karşı mahkemede itiraz hakkı tanımaktadır. Ancak bu itiraz hakkının kullanılabilmesi için, geride kalan üye sayısının toplam üye sayısının yarısının altına düşmüş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle yönetim kurulunda yaşanan boşalmalar neticesinde mevcut yönetim kurulu üye sayısının, üye tam sayısının yarısından aşağı düştüğü hallerde alınan kooptasyon kararlarına karşı mahkeme nezdinde itiraz olunabilir. Bu şartla gerçekleşen bir itiraz, mahkeme eliyle ilgili şirket genel kurulunun, yönetim kurulunun seçimi gündemiyle toplanması ile sonuçlanmaktadır.

Bu noktada son olarak *Model Corporation Business Act* adlı Amerikan düzenlemesine de değinmek gerekir. Anılan düzenleme Amerikan Barosu tarafından hazırlanmış ve yirmidört eyalet tarafından uygulanan yasal bir düzenlemedir. Bu düzenlemenin 8.10 no'lu maddesinde de kooptasyon müessesesine yer verildiği görülmektedir. Anılan madde uyarınca kalan yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun olumlu oyları ile yönetim kurulu üyeliklerinde yaşanabilecek boşalmalar doldurabileceklerdir<sup>23</sup>.

### F. Ara Sonuç

Görüldüğü üzere karşılaştırmalı hukukta kooptasyona izin veren ve vermeyen ülkeler mevcuttur. Kooptasyona yer vermeyen hukuk sistemlerinde ko-

<sup>22</sup> Bkz. Companies Act, Tables A to F Regulations 1985, Table A, Art 79 ile **Homburger**, N. 18.

<sup>23</sup> Amerikan Hukuku'nda bu düzenleme ile getirilen kooptasyon imkanının esas sözleşme ile kısıtlanabileceği ve hatta kaldırılabilceği yönünde bkz. **Alan R. Palmiter**, *Corporations*, 6. Bası, 2009, s. 143.

optasyona karşı temel çekince anonim şirket içerisindeki görev ve yetki dağılımı ve bir ölçüde hissedar demokrasisi iken, kooptasyona yer veren ülke hukuklarındaki temel mantık da şirketin, mümkün merteye, organsız kalmasının engellenmesidir. İsviçre gibi kooptasyona katı bir biçimde karşı konulan ülkelerde dahi dikkat çeken husus, genel kurul dışında tamamlanmasına müsaade etmeseler de, sicil müdürlüklerinin şirketin temsil kabiliyetini yitirdiği bir noktaya gelinceye kadar yönetim kurulunda yaşanan boşluklara müsamaha göstermek eğiliminde olmalarıdır.

Kooptasyona izin veren ülke hukuklarına bakıldığında, bu ülkelerin kooptasyon müessesini mümkün merteye detaylı bir biçimde düzenlemeye gayret gösterdikleri görülmektedir. Bu manada Fransız sisteminde dikkat çeken husus yasal asgari üye sayıları dikkate alınarak kooptasyona müsaade edilmiş olmasıdır. Amerikan Hukuku'nda da tek bir üyenin dahi boşalan üyelikleri kooptasyon yolu ile doldurabilmesi ve toplam üye sayısının yarısının altına düşüldüğü hallerden sonra alınacak kooptasyon kararlarına karşı münferit pay sahiplerine tanınan itiraz hakkı dikkat çekmektedir.

Kooptasyona izin vermemekle birlikte yedek üye seçimi ve boşalan *Aufsichtsrat* üyeliklerine mahkeme kanalıyla atanma imkanlarını öngören Alman Hukuku da, kooptasyona alternatif teşkil edebilecek müesseseleri göstermesi bakımından anlamlıdır. Yine Alman Hukuku'nda yönetim kurulu üyeliklerindeki eksilme dolayısıyla yapılan, basit ve vasıflı sayısal eksiklik (karar alamaz hale gelmek) ayrımı da dikkat çekmektedir.

## II. TÜRK HUKUKU'NDA KOOPTASYON

### A. Yasal Altyapı

Yukarıda giriş kısmında da ifade edildiği üzere Türk Hukuku'nda kooptasyona yönelik bir hükme 865 sayılı Ticaret Kanunu'ndan itibaren rastlamak mümkündür. Anılan kanunun konu ile ilgili 316. maddesinin lafzı şu şekildedir:

*“Bir azalık inhilâl ederse meclisi idare şeraiti kanuniyeyi haiz bir zatı muvakkaten intihap ile ilk içtima edecek heyeti umumiyenin tasdikına arzeyler. Bu suretle intihap olunan aza heyeti umumiyenin içtimasına kadar vazifesini ifa eder.”*

Yine 865 sayılı Ticaret Kanunu'nun 345. maddesi gereği meclisi idare azalığının inhilâl ettiği hallerin başında ilgili azanın iflası, haczen takibi, kısıtlanması ve ağır hapis veya sahtekarlık veya dolandırıcılık fiillerinden biri ile mahkumiyetine karar verilmesi gelmektedir.

865 sayılı Ticaret Kanunu'nu yürürlükten kaldıran eTTK'da da anılan hükmün sadeleştirilerek ve yine yukarıda anılan 345. madde ile birleştirilmek suretiyle aynen tekrarlandığı görülmektedir. eTTK'nın konu ile ilgili 315. maddesinin lafzı şu şekildedir:

*“275 inci madde hükmü mahfuz olmak üzere bir azalık açılırsa idare meclisi kanuni şartları haiz bir kimseyi geçici olarak seçip ilk toplanacak umumi heyetin tasvibine arz eder. Bu suretle seçilen aza umumi heyet toplantısına kadar vazifesini yapar.*

*İdare meclisi azalarından biri iflasa tabi kimselerden olup da iflasına karar verilir veya hacir altına alınır yahut azalık için lüzumlu kanuni vasıfları kaybederse, vazifesi sona ermiş olur. Ağır hapis cezasıyla veya sahtekarlık, emniyeti*

*suiistimal, hırsızlık, dolandırıcılık suçlarından dolayı mahkumiyet halinde dahi hüküm aynıdır.”*

eTTK'yı yürürlükten kaldıran TTK da kooptasyona yönelik 363. maddesi üzerinden selefinin özünü korumuş, önceki hükmü görev süreleri bakımından tamamlamakla yetinmiştir<sup>24</sup>. TTK'nın konu ile ilgili 363. maddesinin lafzı şu şekildedir:

*“(1) 334 üncü madde hükmü saklı kalmak üzere, herhangi bir sebeple bir üyelik boşalırsa, yönetim kurulu, kanuni şartları haiz birini, geçici olarak yönetim kurulu üyeliğine seçip ilk genel kurulun onayına sunar. Bu yolla seçilen üye, onaya sunulduğu genel kurul toplantısına kadar görev yapar ve onaylanması halinde selefinin süresini tamamlar.*

*(2) Yönetim kurulu üyelerinden birinin iflasına karar verilir veya ehliyeti kısıtlanır ya da bir üye üyelik için gerekli kanuni şartları yahut esas sözleşmede öngörülen nitelikleri kaybederse, bu kişinin üyeliği, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer.”*

Görüldüğü üzere Cumhuriyet tarihimizin her üç ticaret kanunu da kooptasyon müessesesini özü itibarıyla aynı kalacak şekilde düzenlemiştir. Diğer ifadeyle, kooptasyon müessesesine yönelik hükümler 1926 yılından bu yana özü itibarıyla değişmeksizin günümüze kadar gelmişlerdir.

## B. Öğretideki Görüşler

Kooptasyona ilişkin yasal altyapının esaslı bir değişikliğe uğramaksızın 1926 yılından bu yana devam etmiş olması sayesinde kooptasyona yönelik doktrinde de bir kesinti yaşanmamış, hangi dönemde dile getirilmiş olursa olsun, eski kanun dönemine ait görüşlerden de istifade edilmeye devam olunabilmiştir<sup>25</sup>.

Bu manada Türk Hukuku'nda kooptasyona yönelik ilk tafsilatlı değerlendirmelere *Arslanlı*'da rastlanmaktadır<sup>26</sup>. *Arslanlı*'ya göre yönetim kurulu üyelerini seçmek hakkı genel kurula aittir ve bu hak genel kurulun elinden alınamaz; ancak yönetim kurulunda bir üyelik açılırsa, Ticaret Kanununun 315 inci (şimdi 363 üncü) maddesi uyarınca yönetim kurulu kanuni şartları haiz bir kimseyi geçici olarak seçip ilk toplanacak genel kurulun onayına sunar. *Arslanlı*'ya göre bu hüküm bir yetki devri olarak nitelendirilmemelidir; anılan hüküm sayesinde yönetim kurulu esasen genel kurula ait bir yetkiyi onun yerine kullanmış olur. Yine *Arslanlı*'ya göre yönetim kurulu açılan üyeliği doldurmakla yükümlüdür; diğer bir ifadeyle kooptasyon bir zorunluluktur<sup>27</sup>; ancak kooptasyon kararı sadece kanunun öngördüğü toplantı ve karar yeter sayılarına riayetle alınabilecek bir karardır. Diğer bir ifadeyle; *Arslanlı*'ya göre yönetim kurulundaki vaki açılmalar neticesinde kurul toplanamaz ve karar

<sup>24</sup> İki düzenleme arasındaki farklılıklar için bkz. **Abuzer Kendigelen**, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 255.

<sup>25</sup> Bkz. **Ömer Teoman**, Ticaret Hukukunun Güncel Sorunları I, Ticaret Sicili Memuru'nun TTK m. 315, f. 1 Uygulamasındaki Denetim Yetkisi, Otuz Yıl Ticaret Hukuku – Tüm Makalelerim – Cilt II, 1982-2001, İstanbul 2001, s. 295.

<sup>26</sup> Bkz. **Halil Arslanlı**, Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahvil-ler, İstanbul 1960, s. 105 vd. *Arslanlı* öncesi dönemde *Hürş* ve *Arar*'ın kısa değerlendirmeleri için bkz. **Teoman**, s. 296 vd.

<sup>27</sup> Aksi yönde açıkça **Teoman**, s. 302.

alamaz hale gelmişse, bu açılmaların kooptasyon yolu ile de doldurulması mümkün değildir; genel kurulun seçim gündemiyle toplantıya çağrılması gerekir. *Arslanlı'nın* görüşünü Alman Hukuku terminolojisi ile ifade etmek gerekirse, *Arslanlı* kooptasyonun ancak basit sayısal eksikliklerin giderilebilmesi için kullanılabilir, hatta kullanılması zorunlu bir müessese olduğunu ifade etmektedir. Kendi ifadesiyle *Arslanlı*, kooptasyon hükmünü yönetim kurulunun "tam kadro" ile vazife görmesinin teminatı olarak görmektedir.

*Arslanlı'yı* takip eden dönemde öğretilerde de benzer görüşlerin ortaya çıktığı görülmektedir. Örneğin *Domaniç*<sup>28</sup> de, kooptasyon imkanından vasıflı sayısal yetersizlik hallerinde, yani kurulun ekseriyetini yitirdiği, bu nedenle toplanamaz ve karar alamaz hale geldiği durumlarda faydalanılamayacağı ve bu hallerde yönetim kurulunda açılan boşlukların ancak genel kurul kararı ile doldurulabileceğini ifade etmektedir. Ancak *Domaniç'e* göre ekseriyetin kaybolduğu hallerde dahi kalan üyeler üye vafına sahip olmaya devam etmektedir; dolayısıyla genel kurul ancak boşalan üyeliklere atama yapabilecektir. Son olarak *Domaniç*, istifa nedeniyle yaşanabilecek boşalmalarda üyelerin ekseriyetin kaybına sebep olmaksızın tek tek istifa etmelerini, her bir istifa neticesi boşalan pozisyonun yine ekseriyetle kapatılarak devam olunmasını muteber bir yöntem olarak nitelendirmektedir.

*Çevik* de şimdiye kadar anılan görüşler yönünde görüş bildiren yazarlardandır. *Çevik'e*<sup>29</sup> göre, yönetim kurulunun ekseriyeti kaybettiği hallerde kooptasyon müessesesinden istifade olanağı ortadan kalkacak, bu hallerde genel kurulun yönetim kurulunca toplantıya çağrılması imkanı da olmadığından, şirket genel kurulunun murakıplarca toplanması gerekecektir. *Çevik'te* dikkat çeken bir husus, yönetim kurulu üyelerinin ekseriyeti bozacak şekilde istifa etmelerinin şirketi organsız bırakmak amacına yönelik olması halinde, bu hususu bir nevi hakkın kötüye kullanımı olarak görmüş olması ve yönetim kurulu lehine kanunen tanınmış kooptasyon müessesesine karşılık olmak, onu daha da kısıtlayarak uygulamak adına yukarıda Alman Hukuku bahsinde değinilen yedek üye seçimini önermiş olmasıdır.

Benzeri mülahazalara *İmregün'de*<sup>30</sup> de rastlanmaktadır. *İmregün'de* de dikkat çeken husus ise, kooptasyon yerine yedek üye seçimini önermesi ve yedek üye seçimine yönelik olası bir yasal dayanağa da işaret etmiş olmasıdır. *İmregün'e* göre anonim şirketlerde yedek üye seçimi Kooperatifler Kanunu m. 55/2 hükmüne istinaden ve bu hükmün kıyasen uygulanması suretiyle mümkün olabilecektir<sup>31</sup>.

İlerleyen dönemde ve hatta TTK'nın yürürlük tarihi olan 2012 yılından sonra dile getirilen görüşlerde de yukarıda özetlenmeye çalışılan anlayışın büyük ölçüde benimsendiği ve korunduğu görülmektedir; yeni dönemde eski döneme nazaran gözlemlenebilen önemli bir farklılık ise, kooptasyonun zorunlu

<sup>28</sup> Tamamı için bkz. **Hayri Domaniç**, Anonim Şirketler, İstanbul 1978, s. 365.

<sup>29</sup> Tamamı için bkz. **Orhan Nuri Çevik**, Anonim Şirketler, Ankara 1988, s. 485 vd.

<sup>30</sup> Bkz. **Oğuz İmregün**, Anonim Ortaklıklar, Ankara 1989, s. 193 vd.

<sup>31</sup> Anılan kanunun 56. maddesine göre yedek üyeler, kooperatif yönetim kurulunun toplantı nisabını kaybetmesi halinde ve denetim kurulu tarafından göreve çağrılacaklardır.

olmadığı yönünde bir görüşün yerleşmeye başlamasıdır<sup>32</sup>. Diğer bir ifadeyle bugün için Türk Hukuku'na hakim olan genel kanaat, kooptasyonun yönetim kurulunun işleme devam edebildiği hallerde uygulanabilecek bir yöntem olduğu ve fakat uygulama zorunluluğunun da bulunmadığı yönündedir.

Özetlemek gerekirse; Türk Hukuk öğretisinde kooptasyon müessesesine yaklaşım ufak farklılıklarla da olsa şu şekildedir: Yönetim kurulu üyelerinin seçimi genel kurulun yetkisi dahilindedir. Boşalan üyelikler yönetim kurulu eliyle doldurulabilir; fakat yönetim kurulunun kurul olarak karar alabilme yeteneğinin kaybolmamış olması gerekir. Bu şart da evvel emirde kurulun, sayısal eksikliğe rağmen, toplantı ve karar sayılarını karşılayacak kadar bir üyeye sahip olmasını gerektirmektedir. Toplantı ve karar yeter sayılarının sağlanamadığı hallerde boşalan yönetim kurulu üyelikleri genel kurulca tamamlanmalıdır. Bu haliyle Türk öğretisi, kooptasyonun organ yokluğunu engelleyici bir araç değil, *Arslanlı*'nın da ifade ettiği şekilde, yönetim kurulunun "tam kadro" halinde çalışmasını temin edici bir vasıta olduğunu ifade etmekte ve kooptasyonu ancak bu sınırlar içerisinde kabul etmektedir.

### C. Yargıtay Uygulaması

Görülebildiği kadarıyla Yargıtay'ın TTK dönemi öncesine ait kooptasyon ile ilgili üç kararı bulunmaktadır<sup>33</sup>; TTK'nın yürürlük tarihi sonrasında ise konu ile ilgili henüz bir karara varılmamıştır. Kooptasyon ile ilgili atf yapılan kararlardan 1990 yılına ait olanı<sup>34</sup>, anılan müessese ile ilgili ilke kararı olması hasebiyle ayrıca anılmalıdır. Bu karar ile Yargıtay, öğretilen görüşlere katılmış, ancak bu görüşleri de iki açıdan yumuşatmıştır:

Öncelikle Yargıtay, anılan kararında, kooptasyon hükmünün uygulanabilmesi için toplantı yeter sayısını değil, karar yeter sayısını esas almıştır. Bildiği üzere eTTK zamanında yönetim kurulu mevcut üye sayısının yarısından bir fazlası ile toplanır ve toplantıda mevcut üyelerin ekseriyeti ile karar alabilirdi. Bu hüküm özellikle kanuni asgari sayıya uyarak kurulan, yani üç üyeli kurullar bakımından şöyle bir sakıncayı beraberinde getirmekteydi: Üç üyeli kurullarda toplantı yeter sayısı üye tam sayısı, karar yeter sayısı ise bu sayının ekseriyeti olan iki olmaktadır. Yargıtay anılan kararında ve sadece kooptasyona hasredilecek bir biçimde, yani kooptasyon söz konusu olduğunda, toplantı yeter sayısının tutulmamasına rağmen alınan tamamlama kararlarının da geçerli olacağına hükmetmiştir<sup>35</sup>. Diğer bir ifadeyle Yargıtay kooptasyon bakımından,

<sup>32</sup> Bkz. **Fahman Tekil**, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1998, s. 152 vd.; **Ersin Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2009, N. 548; **Hasan Pulaşlı**, Yeni Şirketler Hukuku, Genel Esaslar, Ankara 2012, s. 575; **İsmail Cem Soykan**, Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, İstanbul 2012, s. 100 vd.; **Ersin Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014, N. 547b; **Kırca**, s. 423; **Mehmet Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2016, s. 235; **Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı**, Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s. 370; **Akdağ-Güney**, s. 13 vd.

<sup>33</sup> Y. 11. HD. 08.02.1990 T., E. 1989/5478, K. 1990/708; 11. HD. 19.09.1991 T., E. 1991/2331, K. 1991/4669 ile 11. HD. 28.09.1992 T., E. 1991/2651, K. 1992/9311. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

<sup>34</sup> Y. 11. HD. 08.02.1990 T., E. 1989/5478, K. 1990/708. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

<sup>35</sup> Bkz. Y. 11. HD. 08.02.1990 T., E. 1989/5478, K. 1990/708. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

öğretinin aksine, toplantı yeter sayısını değil, karar yeter sayısını esas almakta ve karar yeter sayısına uyulduğu müddetçe alınan kooptasyon kararlarını da geçerli saymaktadır.

Yargıtay'ın öğretideki görüşleri yumuşattığı söylenebilecek bir ikinci husus ise, genel kurulun tasvibi, onayı ile ilgilidir. İhtilafa konu somut olayda kooptasyon kararı, hemen arkasından toplanan bir genel kurulca tasvip edilmiş bulunmaktadır. Bu hususun kooptasyon kararına etkisi anılan kararın son paragrafında şu sözlerle ifade edilmektedir:

*“Şu hale göre yönetim kurulunun gerikalan iki üyesi İrfan ile H. Doğaner'in ölen üye Hüseyin'in yerine sadece İlhan'ı geçici olarak tayin ettikleri, bu tayin kararının TTK.nun 315/f-1 maddesi hükmüne aykırı olmadığı, bir an için yönetim kurulu kararında bir sakatlık bulunduğu varsayılsa bile bu kararın 28.4.1987 tarihli Genel Kurul toplantısında tasvip edilmesinin şirketin iradesini açıklayan en yetkili organ olan Genel Kurul'un karara icazet verdiğini gösterdiği nazarı itibare alınarak davanın reddine karar verilmesi lazım gelirken haklı bulunmayan aksine düşüncelerle Genel Kurul kararının iptali cihetine gidilmesi bozmayı gerektirmiştir.”*

Özellikle alıntılanan bu son paragrafta yapılan tespitlerden ise, şu sonucu da çıkarmak mümkün görünmektedir: Usulüne uygun olarak toplanmamış olsa da, bir genel kurulun toplanmış olması ve kooptasyon kararını onaylamış bulunması önceki “sakat” kooptasyon kararını da iyileştirebilecektir. Diğer bir ifadeyle Yargıtay, *obiter dictum*, toplantı (ve hatta karar) yeter sayısına ulaşamadığı hallerde dahi, kalan üye veya üyelerin genel kurul toplantıya davet edebileceği anlamına da gelebilecek bir hüküm kurmuş bulunmaktadır; usulüne uygun olarak toplanmamış olsa da, genel kurulun vereceği bir onayın ise, “sakat” kooptasyon kararını da iyileştireceğini, üstü kapalı da olsa, satır aralarında belirtmiş olmaktadır<sup>36</sup>.

#### D. Değerlendirme

Yukarıda da görüldüğü üzere Türk Hukuku'nda öğretisi, kooptasyonu sadece basit sayısal eksiklikler bakımından kullanılabilir bir araç olarak görmek eğilimindedir. Bu manada öğretide, yönetim kurulunu seçmek yetkisinin genel kurula ait olduğu, kooptasyona yönelik hükmün yönetim kurulunun sadece “tam kadro” ile devam edebilmesi için öngörülmüş olduğu, yönetim kurulunun sayısal eksiklikler nedeniyle toplanamaz ve karar alamaz hale geldiği durumlarda, yani vasıflı sayısal yetersizlik halinde şirketin organsız kalacağı, organsızlığın ise ancak genel kurulun çağırılması ile ortadan kaldırılacağı ifade olunmaktadır. Her halükarda şirketlere, organsız kalma tehlikesinin bertaraf edilebilmesi adına Alman Hukuku'nda görüldüğü haliyle yedek üye seçimi gibi bir çözüm önerilmektedir. Yargıtay da, ilke olarak, aynı görüşü benimsemekle birlikte, konuya daha pragmatik yaklaşmakta ve karar yeter sayısının korunmuş olmasını yeterli görmekte ve hatta usulsüz dahi olsa, toplanabilmiş bir genel kurul kararının iyileştirici etkisi olabileceğini ifade etmektedir.

Ancak burada temsil olunan görüş uyarınca, TTK'nın yürürlüğü ile birlikte getirilen değişiklik ve yenilikler ışığında, kooptasyona yönelik hüküm daha özgür bir biçimde uygulanabilmelidir. Hatta; kanaatimizce, vaki boşalmalar

<sup>36</sup> Aynı yönde bir tespit için bkz. **Tekil**, s. 160.

neticesinde yönetim kurulunda geriye sadece bir üyenin kaldığı hallerde dahi, kooptasyonu uygulamak imkanını şirketlere tanımak gerekir. Bu sonuca ise, kooptasyon hükmünün amacı ve Kanun'un sistematiği dairesinde yürütülen bir yorum faaliyeti neticesinde varılmaktadır. Şöyle ki;

### 1. Kooptasyon Hükmünün Amacı

Yukarıda ele alındığı haliyle karşılaştırmalı hukuk tahlili göstermiştir ki, söze konu ülkeler yönetim kurulu üyeliklerinde yaşanan boşalmaları organ yokluğu düzleminde ele almakta ve, ya kooptasyona izin vermekte ve geriye tek üye kalsa dahi serbestçe uygulanmasına müsaade etmekte ya da kooptasyona yer vermeyerek ona alternatif olabilecek yedek üye seçimi ve mahkeme kanalıyla atama gibi yöntemleri tercih etmektedirler. Kooptasyona izin verilmeyen ülkelerde genel kurula ait seçim ve atama yetkisine saygı duyulduğu görülmektedir. Ancak kooptasyona alternatif teşkil eden yöntemlerde dahi şirket yönetim kurulunun sayısal eksiklik nedeniyle işlevsiz ve dolayısıyla şirketin organsız kalması engellenememektedir. Hukukumuzda kooptasyon hükmüne 865 sayılı Ticaret Kanunu'ndan bu yana yer verilmektedir ve alternatifi olabilecek yedek üye seçimi ve mahkeme kanalıyla atama türünde bir düzenlemeden de uzak durulmaktadır. Bu da gösterebilmektedir ki, Türk kanun koyucu organsızlık söz konusu olduğunda tercihini kooptasyondan yana kullanmaktadır.

Ancak uygulamada, kanun koyucunun tercihi ile oluşturulan ve devam ettirilen kooptasyon hükmü genel kurulun yetkilerine saygı çerçevesinde şimdiye kadar asla organ yokluğu düzleminde ele alınmamış, mevcut hükümlerin amacı ve kullanımı da, esasen karar alma yeteğini kaybetmemiş bir yönetim kurulunu esas sözleşmede yazılı üye sayısını tamamlamaya zorlamaktan, bu yönde bir imkan bahşetmekten ibaret kalmıştır. Halbuki yönetim kurulu tam sayıda da olsa, üyelerin mazeretleri gereği toplantıya icabet etmemeleri hali ortaya çıkabilmekte ve buna rağmen kurullar işlemekte ve kararlar alabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, Türk öğretisi ile Yargıtay içtihadındaki çelişki şu soru ile özetlenebilmektedir: Acaba bir yönetim kurulu üyesinin, örneğin, istifası ile toplantılara mazereti gereği sıklıkla icabet edememesi arasında ne gibi bir nitelik farkı vardır ki, kanun, ilkinde sayının tamamlanmasını emretmiş olsun, diğerinde ise, bu yönde bir müdahaleye gerek duymasın? Kanaatimizce kooptasyon hükmünün varlık sebebinin, tamamlanmasa da işlemeye devam edebilecek yönetim kurullarının tamamlanması olarak görülmemesi gerekir. Çünkü yönetim kurulu ölüm, istifa gibi haller dışında da, zaten, her zaman için tam sayı ile çalışmamaktadır, böyle bir zorunluluk da bulunmamaktadır. Bu yönde bir anlayış kooptasyon imkanını öngören TTK'nın 363. maddesini de işlevsiz ve kadük bırakmaktadır.

Karşılaştırmalı hukuk tahlilinde de görüldüğü üzere, alternatif bir düzenlemenin ve alternatif bir hukuk politikası tercihinin yokluğunda, kooptasyon hükmünün amacı yönetim kurulunu tam sayıya ulaştırmak değil, şirketi organsız bırakmamak olmalıdır. Halbuki Türk Hukuku'ndaki genel eğilim kooptasyon hükmü ile organsızlık meselesini çözmekte, problemin çözümünü yasada yer almayan yedek üye gibi başka müesseseler üzerinden aramaktadır; her halükarda şirketin organsız kalmasını takip eden süreçte mahkeme tarafından atanacak bir kayyımın çağrısıyla toplanacak bir genel kurulda alınacak bir karar ile sorunun çözümü zorlanmaktadır. Halbuki Alman Hukuku'nda da değinildiği üzere, genel kurul her istenilen anda toplanabilecek ve daha az masraflı bir enstrüman değildir. Diğer bir ifadesiyle Türk Hukuku'nda organsızlık



meselesini daha az masrafla çözebilecek bir araç halihazırda vaz edilmişken, bu imkandan, genel kurulun yetkilerine saygı gerekçesiyle istifade edilmemekte ve şirketler anılan sorunun çözümü için yasada yer almayan alternatiflere muhtaç bırakılmaktadırlar. Anılan alternatiflerin sorun çözme yeteneği ise, yukarıda Alman Hukuku bahsinde de gösterilmeye çalışıldığı üzere, sınırlıdır.

## 2. Sistematik Yorum

Kooptasyona yönelik hükmün amacının organsızlığın engellenmesi olduğu sistematik bir yorum yöntemi ile de ortaya konabilmektedir. Şöyle ki, anonim şirketlerde organ yokluğunu düzenleyen TTK’nın 530. maddesi, selefi niteliğindeki eTTK’nın 435. maddesinin aksine, artık organ yokluğunun kabulü için “uzun süre” şartını getirmektedir<sup>37</sup>. Anılan hükmün birinci fıkrasına göre, şirketin yönetim kurulu da dahil kanunen gerekli organlarından birinin *uzun süreden beri* mevcut olmaması halinde, ancak bu halde, şirketin feshine karar verilebilmektedir. Bu noktada akla şu soru gelir: Acaba kanun koyucu, örneğin vasıflı sayısal eksiklik nedeniyle artık toplanamaz ve karar alamaz duruma gelmiş bir yönetim kurulunda dahi, uzun süre beklenmesini mi istemektedir? Yoksa aynı kanun koyucu acaba sayısal eksiklik meselesinin kooptasyon yöntemi ile çözülebileceğini düşünmüş olduğu için, sadece pat durumlarına, yani kilitlenme hallerine has bir biçimde ve bu kilitlenme halinin devamlılığı şartıyla mı organ yokluğuna ve devamla şirketin feshine karar verilmesini istemektedir? TTK’nın konu ile ilgili 530. maddesinin gerekçesi incelendiğinde görülmektedir ki, kanun koyucu ikinci soruyu olumlamaya daha yakındır. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, sayısal noksanın kooptasyon yoluyla giderilebileceğini ve organ yokluğuna yol açmayacağını düşünmüş olabilir. Gerekçede açıkça belirtildiği üzere, TTK ile getirilen “uzun süre” kıstası mutlak şartlardandır<sup>38</sup> ve “*yönetim kurulu üyelerinin istifaları ile kurulun boşaldığı ve yerlerini doldurma imkanının kalmadığı hallerde yönetim organının mevcut olmadığı sonucuna varılmalıdır.*” Görüldüğü üzere kanun koyucu üyeliğin değil, kurulun boşaldığı bir halden bahsetmektedir. Alıntılanan kısmın mefhumu muhalifinden, kurulun boşalmadığı hallerde boşalan yerlerin kooptasyon ile doldurulabileceği ve bu şekilde organ yokluğu sonucunun da engellenebileceği sonucu çıkarılabilmektedir.

Yine gerekçede belirtildiği üzere, “uzun süre” kıstasının getirilmesi kötüye kullanmaların önüne geçmek şeklinde bir amaca da sahiptir. Bilinmektedir ki, öğreti ve Yargıtay’a kısmen hakim olan görüş nedeniyle şimdiye kadar uygulamada, bir kişinin istifası ile şirketi organsız bırakmak, şirket içi ve fakat şirketin işleyişi ile ilgisi olmayan sürtüşmeler nedeniyle ve sırf şirketi organsız bırakmak adına istifa etmek mutad bir yöntem halini almıştır. Kanaatimizce kanun koyucu, kooptasyon hükmü ile organ yokluğu maddesinin birleşimi üzerinden yeni dönemde bu yolu da kapatmak istemiş olabilir.

Kooptasyon hükmünün TTK döneminde farklı yorumlanabilmesine temel teşkil eden tek hüküm organ yokluğunu düzenleyen hüküm ve bu hükme ait gerekçe de değildir. Yukarıda da ifade olunduğu üzere mevcut öğreti, esasen,

<sup>37</sup> Bkz. **Kendigelen**, s. 432.

<sup>38</sup> *Kendigelen*’e göre organ yokluğunun ne kadar devam ettiğinin bir önemi bulunmamaktadır; çünkü mahkeme durumun kanuna uygun hale getirilmesi için zaten bir süre verecektir. Bkz. **Kendigelen**, s. 433.

TTK m. 363 ile onun seleflerinde geçen “yönetim kurulu” ifadesinden yola çıkmakta ve kooptasyon için, toplanabilen ve karar alabilen bir “kurulun” gerekli olduğuna savunmaktadır. Halbuki, yeni dönemde Kanun, anonim şirket yönetim kurullarının tek kişiden dahi oluşabileceğini ifade etmektedir. Bu hüküm bir yanıyla yasada geçtiği yere bağlı olarak “kurul” kelimesini göreceli hale getirmektedir; yani artık yasada geçen kurul ifadeleri mutlaka kurulu değil, üye veya üyeleri de ifade edebilecektir. Diğer yanıyla anonim şirketlerin tek bir yönetim kurulu üyesinin dahi olabileceği hükmü, kanun koyucunun zihninde yer alan “model” anonim şirkette, bir kişinin dahi gerekli yönetim ve temsil işlerinin üstesinden gelebileceğini ifade edebilecektir. Bu noktada kooptasyon dolayısıyla şu soru akla gelir: Acaba tek başına yönetim ve temsil işlerinin altından kalkabileceği düşünülen bir yönetim kurulu üyesi, şirketin organsız kalmasını engellemek maksadıyla ve geçici bir süreyle -ki bu süre, olağan genel kurulun her sene en az bir defa toplanması zorunluluğu göz önünde bulundurulduğunda, bir yıldan fazla olamayacaktır- yeni bir üye seçimini yapmamalı mıdır, yapmamalı mıdır? Fransız Hukuku’nun tahlili göstermiştir ki, orada yasal asgari sayının altına düşülmediği sürece kooptasyona izin verilmektedir. Bu iznin temelinde de yasal asgari sayıyı sağlayan bir kurulun yasanın öngördüğü işleri de yapmaya ehil olduğunun kabulü yatmaktadır. Öyleyse, kanaatimizce, Türk Hukuku’nda da, tek kişi kalan kurullarda dahi, boşalan üyeliklerin kooptasyon yoluyla tamamlanmasına izin vermek, sona kalan tek üyenin kooptasyon hükmünü uygulamaya ehil olduğunu kabul etmek gerekir.

Bu noktada Türk ve İsviçre öğretisinde geride kalan yönetim kurulu üye veya üyelerine karşı, bunların yapacakları tercihler dolayısıyla bir güvensizlik hissedilmektedir. Ancak bu güvensizlik de kanaatimizce yersizdir; çünkü uygulamada genel kurulca seçilen yönetim kurulu üyeleri de mevcut yönetim kurulu üyelerinin belirlediği bir gündemle toplanan bir genel kurulda belirlenmekte ve çoğu zaman aynı kişilerin önerdiği isimler yönetim kurulu üyeliğine seçilmektedir. Şirketler büyüdükçe, ortak sayısı arttıkça, yönetim kurulunun üye önerisi de neredeyse zorunlu hale gelmektedir. Çünkü yönetim kurulu üyeleri şirketin idaresi ve temsili bakımından kimlerin uygun aday olabileceğini genel kuruldan çoğu zaman daha iyi takdir edebilmektedirler<sup>39</sup>. Diğer bir ifadeyle genel kurulun yönetim kurulunu seçmek yetkisi, *filen*, mutlak değildir ve Kanun’un kooptasyona yönelik hükmü bu açıdan da bir istisna hükmü olarak görülebilir.

Yeni dönemde anonim şirket yönetim kurullarının tek kişiden oluşabilecek olması yanında üst yönetim ve gözetim yetkileri hariç, şirketin idaresi ve temsilinin delege edilebilecek olması da kanaatimizce, sistematik yorumda hesaba katılması gereken hususlardandır. Ekonomik hayatın gerçeklerine uygun olarak ülkemizde yönetim kurulunun sayısal çokluğu ve işlevi de göreceli hale gelmiştir. Yönetim kurulları çoğu zaman üst politikaları belirledikten sonra sadece gözetim ve denetim görevi ile iştigal etmektedir. Bu çerçevede, vasıflı dahi olsa, yaşanan sayısal eksikliklerde yönetim kurulunun kalan üye veya üyelerinin elinden kooptasyon imkanını almak ve kısıtlamak ve onları tek çıkar yol olarak, genel kurulu da artık toplantıya çağıramayacakları için, mahkeme kanalıyla kayyım atanması ve atanan kayyımın sırf bu gündemle genel kurulu toplamasına mecbur etmek, kanaatimizce, şeklin esasın önüne çıkarılmasıdır.

<sup>39</sup> Bkz. **Tanner**, OR 698, N. 104 ile **Katja Roth Pallenda**, Organisation des Verwaltungsrates, Zürich 2007, N. 209.

Bu anlayış ise, şirket işleyişini gereksiz yere sekteye uğratabilecek ve şirkete gereksiz masraflar yükleyebilecektir. Halbuki bir kişi dahi kalmış olsa ve ona, üye sayısını önce ikiye çıkarmak imkanı tanınsa, sonrasında sayı arttıkça ittifak veya ekseriyet ile atanacak diğer üyeler üzerinden de geçici olarak bu imkana yer verilse, şirketin günlük işlerine çok da etki etmeyen sayısal azlık bertaraf edilebilir. İsviçre uygulaması da göstermektedir ki, yönetim kurulunun sayıca azalması, temsil yetkisi kullanılabilirdiği ölçüde ve süreçte, “sineye” çekilebilmektedir. Bu noktada unutulmamalıdır ki, yönetim kurulunun kalan üye veya üyelerince seçilen üyeler de tüm yükümlülük ve sorumlulukları ile yönetim kurulu üyesi olmuşlardır ve genel kurul onayına sunulacaklardır. Diğer bir ifadeyle bu kişilerden de özenli, sadık bir yönetim bekleneciktir; aksine bir tutum ise sorumluluklarına yol açacaktır. Bu yönüyle de kooptasyon yoluyla seçilen üyelere karşı hissedilen güvensizlik yersiz kalmaktadır.

Bu noktada pratik bir işlevi bakımından da kooptasyon müessesesine değinmek gerekir. Bilindiği üzere anonim şirketlerde kontrolü değiştirecek ölçüde bir hisse devrini takip eden süreçte yeni pay sahipleri kendi yönetim kurulu üyeleri ile çalışmak istemektedirler. Bu halin temini için ise, bir yol, kapanış günü hisseler henüz teslim edilmeden “eski” pay sahiplerinin genel kurulu toplaması ve “yeni” pay sahiplerinin gösterdiği adayları yönetim kuruluna seçmeleridir<sup>40</sup>. Ancak bu yöntem kapanış günü uygulanması hasebiyle oldukça stresli olabilmektedir; özellikle çağrılı toplanılacak genel kurullarda genel kurul planlamasına ayrıca bir vakit ve mesai harcanması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bir diğer yöntem ise, anılan kooptasyon hükmünün uygulanması ile tek tek istifa eden her bir eski üye yerine kalan üye veya üyelerce “yeni” pay sahibinin gösterdiği adayların seçilmesidir. Diğerine nazaran daha az stres ve masraflı bu yöntem şimdiye kadar öğretilen mevcut görüşler nedeniyle ancak sınırlı bir biçimde uygulanabilmiştir.

Bu noktada yeni dönemde kooptasyon müessesesinin daha özgürce uygulanabilmesini mümkün kılacak iki hususu daha, son olarak, belirtmek gerekir:

Bilindiği üzere TTK öncesi dönemde şirket genel kurulları murakıplar tarafından da toplanabilmekteydi. Ancak TTK murakebe sistemini kaldırdığı gibi, yerine kısmen kaim olan bağımsız denetçilerin de bu yönde bir yetkisi bulunmamaktadır. Bu yönüyle eski öğretinin devamı halinde, en fazla iki üyeden oluşan yönetim kurullarına sahip şirketler bakımından ölüm veya istifa halinin şirketin organsızlığı ile sonuçlanacak olmasının kabulü zorunluluk arz edecektir. Bu hallerde, şirket genel kurulu bir pay sahibinin başvurusu üzerine, en erken mahkemenin atayacağı bir kayyım vasıtasıyla toplanabilecektir. Bu çözüm ise masraflı olabileceği gibi, kısa bir süre de almayacaktır.

Yine belirtmek gerekir ki, yeni dönemde Yargıtay, henüz kooptasyona yönelik yeni bir karar almamış olsa da, yönetim kurullarının görev ve işleyişine yönelik bir tavır değişikliğinin işaretlerini ilk kararlarında vermeye başlamıştır<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Hisse devrinden sonra yeni pay sahiplerinin iştiraki ile genel kurulun toplanması ve yönetim kurulunun tayini de TTK m. 198/1 ve 2 hükümleri dolayısıyla hemen mümkün olamamaktadır. Anılan hükümler gereği hisse devrinin sicile bildirilmesi gerekirken, bildirim tescil ve ilanına kadar geçen süre zarfında paya ait oy hakkı donmaktadır.

<sup>41</sup> Yargıtay yeni dönemde, yönetim kurullarının süresi bitmiş olsa da, olağanüstü ve acil durumlar için idare ve temsil görevlerine devam edeceğine hükmetmiştir. Diğer bir ifadeyle süre bakımından işlevsiz kalmış bir kurul işlemeye devam edebilecektir. Bkz. Y.

### III. SONUÇ

Yukarıda arz ve izah olunan sebeplerden ötürü işbu çalışma kapsamında kooptasyon hükmünün, ölüm, istifa ya da 363/2'de sayılan nedenlerden kaynaklanan boşalmalardan sonra geride tek bir yönetim kurulu üyesinin kaldığı veya toplantı ve karar nisaplarına ulaşılamadığı hallerde de kullanılabilmesi hususu önerilmektedir. Bu hallerde kalan tek üye ikinci bir üyeyi seçebilir. Bu üyenin görevi kabul etmesi üzerine, iki üye birlikte üçüncü bir üyeyi seçebilir ve bu şekilde devam edilerek esas sözleşmede öngörülen yönetim kurulu üye sayısına yeniden ulaşılabilir. Karşılaştırmalı hukuk tahlili ve Yasa'nın sistematik yorumu göstermiştir ki, kooptasyon hükmünün amacı şirketin organsız kalmasının engellenmesidir. Şimdiye kadar öğretilde dile getirilen çekinceler, uygulamada kötüye kullanmaların önünü açmış, şirketlerin organsız kalmasını engelleyememiş ve kanaatimizce, en geç TTK'nın yürürlük tarihi itibariyle daha da tartışılır hale gelmiştir. Çünkü yeni dönemde Kanun, tek üyeli kurullara dahi izin vermekte, organ yokluğu meselesini uzun süreye tabi kılarak esasen organın kilitlenmesi hallerine hasretmektedir. Yine genel kurulun toplanmasındaki zorluklar ve hisse devirleri açısından öngörülebilecek pratik mülahazalar dolayısıyla da mevcut uygulama üzerinde yeniden düşünmek yerinde olacaktır.

*De lege lata* bu sonuca ulaşmış olmakla birlikte *de lege ferenda* şu öneriyi de ayrıca getirmek isteriz: Yukarıda karşılaştırmalı hukuk tahlilinde de gösterilmeye çalışıldığı üzere, kooptasyon müessesesinin kabul gördüğü ülke hukuklarında ayrıntılı bir düzenlemeye gidildiği ve özellikle pay sahiplerinin mağduriyetlerinin önüne geçmek adına kooptasyon yoluyla seçilen üyelere itiraz gibi birtakım ek önlemlerin alındığı görülmektedir. Bu manada işbu çalışma kapsamında kooptasyon hükmünün ilk fırsatta geliştirilerek korunması ve özellikle Amerikan Hukuku'nda ele alındığı haliyle ekseriyetin kaybolması neticesinde kooptasyona başvurulduğu durumlarda pay sahiplerine mahkeme nezdinde bir itiraz hakkı tanınması önerilmektedir. Bu minvalde TTK'nın 363. maddesinin şu şekilde yeniden tanzim edilmesi üzerinde düşünülebilir; mevcut düzenlemeyle farklılık arz eden kısımların altı çizilidir:

*"363-(1) 334 üncü madde hükmü saklı kalmak üzere, herhangi bir sebeple bir veya birden fazla üyelik boşalırsa, kalan üye veya üyeler, kanuni şartları haiz birini, geçici olarak yönetim kurulu üyeliğine seçip ilk genel kurul onayına sunarlar. Birden fazla üyeliğin boşaldığı hallerde bu yolla seçilen üyeler, üyeliğin kabulünü müteakip, kabul sırasına göre diğer üyelerin seçimine iştirak ederler. Bu yolla seçilen üye veya üyeler, onaya sunuldukları genel kurul toplantısına kadar görev yapar ve onaylanmaları halinde seleflerinin sürelerini tamamlarlar.*

*(2) Yönetim kurulu üye tam sayısının ekseriyetinin yitirildiği hallerde yapılan seçimlerde her bir pay sahibinin mahkemeye müracaat hakkı saklıdır. Bu yönde bir müracaat olması halinde mahkeme, yönetim kuruluna seçilen üyelerin onayı, onaylanmamaları halinde yerlerine yeni üye seçilmesi gündemiyle bir genel kurulun toplanmasına karar verebilir. Mahkemenin kararı kesindir.*

11. HD., 25.02.2014 T., E. 2012/13135 ve K. 2014/3515 no'lu kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Kanaatimizce vasıflı sayısal yetersizlik halinin giderilmesi için kalan üyelerce yapılacak atamalar da bu manada olağanüstü ve acil durumlardan sayılabilir ve süre değil ama sayısal noksan yüzünden işlevsiz kalmış kurullara da, kooptasyon veya genel kurul çağrısı ile sınırlı kalacak bir biçimde, işlemeye devam etmek imkanı tanımlanabilir.

(3) Yönetim kurulu üyelerinden birinin iflasına karar verilir veya ehliyeti kısıtlanır ya da bir üye üyelik için gerekli kanuni şartları yahut esas sözleşmede öngörülen nitelikleri kaybederse, bu kişinin üyeliği, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer.”

#### **KAYNAKÇA**

- Akdağ-Güney**, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2016.
- Arslanlı Halil**, Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960.
- Bahtiyar Mehmet**, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2016.
- Baumann Lorant, Roman**, Der Stiftungsrat – Das oberste Organ gewöhnlicher Stiftungen, Zürich 2009.
- Berger Lukas**, HregV 90, Stämplis Handkommentar, Bern 2013.
- Bilgili Fatih /Demirkapı Ertan**, Şirketler Hukuku, Bursa 2013.
- Böckli Peter**, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2009.
- Büggel Anneliese**, Gesellschaftsrecht in den Ländern der Europäischen Gemeinschaft, Düsseldorf 2010, s. 52 (Çevrimiçi: [http://www.boeckler.de/pdf/p\\_ah\\_ar\\_11.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/p_ah_ar_11.pdf) adresinden ulaşılabilir.) (16.12.2016)
- Çamoğlu Ersin** (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014.
- Çamoğlu Ersin** (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2009.
- Çevik, Orhan Nuri**, Anonim Şirketler, Ankara 1988.
- Domanıç Hayri**, Anonim Şirketler, İstanbul 1978.
- Forstmoser Peter /Meier-Hayoz, Arthur /Nobel Peter**, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- Henssler Martin/Strohn Lutz**, § 104 AktG, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, 2016.
- Homburger Eric**, OR 707, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Zürich 1997.
- Hüffer Uwe/Koch Jens**, § 101 AktG, Aktiengesetz, 12. Auflage, 2016.
- İmregün Oğuz**, Anonim Ortaklıklar, Ankara 1989.
- Kendigelen Abuzer**, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012.
- Kırca İsmail** (Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku, Cilt I, Ankara 2013.
- Kunz, Peter V.**, Kognition der Handelsregisterämter bei Eintragungen von GV-Beschlüssen, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Zürich 2015.
- Marxer Florian**, Die personalistische Aktiengesellschaft im liechtensteinischen Recht, Zürich 2007.
- Pallenda, Katja Roth**, Organisation des Verwaltungsrates, Zürich 2007.
- Palmiter, Alan R.**, Corporations, 6. Bası, 2009.
- Pulaşlı Hasan**, Yeni Şirketler Hukuku, Genel Esaslar, Ankara 2012.

**Scherrer Urs**, *Wie gründe und leite ich einen Verein?*, 12. Auflage, Zürich 2009.

**Soykan, İsmail Cem**, *Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu*, İstanbul 2012.

**Spindler Gerald/Stilz Eberhard**, § 104 AktG, *Aktiengesetz*, 3. Auflage, 2015.

**Tanner Brigitte**, OR 705, *Zürcher Kommentar Bd./Nr. V/5b*, Zürich 2003.

**Tekil Fahiman**, *Anonim Şirketler Hukuku*, İstanbul 1998.

**Teoman Ömer**, *Ticaret Hukukunun Güncel Sorunları I*, *Ticaret Sicili Memuru'nun TTK m. 315, f. 1 Uygulamasındaki Denetim Yetkisi*, *Otuz Yıl Ticaret Hukuku – Tüm Makalelerim – Cilt II*, 1982-2001, İstanbul 2001, s. 294-307.

**von Büren, Roland /Stoffel, Walter A. /Weber, Rolf H.**, *Grundriss des Aktienrechts*, Zürich 2011.

**Watter Rolf/Maizar Karim**, *Aktionärsdemokratie – Über erweiterte Zuständigkeiten der Generalversammlung und Erleichterungen bei der Stimmrechtsausübung in schweizerischen Aktiengesellschaften*, *Grundfragen der juristischen Person*, *Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag*, 2007, s. 403-432.

# VAKIF TÜZEL KİŞİLİĞİ BAKIMINDAN TESCİLİN İYİLEŞTİRİCİ ETKİSİ VE MK M. 103/II HÜKMÜNÜN İŞLEVİ\*

(THE CURATIVE EFFECT OF INSCRIPTION AND THE FUNCTION OF  
ARTICLE 103/II OF THE TURKISH CIVIL CODE WITH REGARDS TO LEGAL  
ENTITY OF FOUNDATIONS)

**Araş. Gör./Res. Asst. Barış Demirsatan\*\***

## ÖZ

Vakfın kurulmasını engelleyen sebeplerin varlığı halinde vakfa karşı iptal davası açılabileceğini düzenleyen MK m. 103/II hükmüyle Medenî Kanun, vakfın tesciline iyileştirici etki tanımıştır. Böylece hukuki işlemlere ilişkin genel hükümsüzlük rejimi kıyas yoluyla vakıf kurma işlemine vakıf tescil edildikten sonra uygulanmaz. Dolayısıyla vakıf tescil edildikten sonra, vakıf kuruluş işlemini etkileyen hükümsüzlük sebepleri işlemi ve vakfı amacın hukuka veya ahlâka aykırı olması hali dışında geçersiz kılmaz. Buna karşılık yürürlükten kalmış olan Medenî Kanun ile kaynak İsviçre hukukunda bu şekilde somut bir hüküm mevcut değildir. Vakıf amacının başlangıçtan itibaren imkânsız olması durumunda, tescil vakfa tüzel kişilik kazandırmaz. Zira kurulduğu anda MK m. 116/I uyarınca infisah edecek bir vakfa kanunun cevaz verdiği kabul edilemez. Tescilin iyileştirici etkisi ise mutlak değildir. Vakfın kuruluş işlemini etkileyen hükümsüzlük sebepleri, vakfa karşı iptal davası açılabilmesine dayanak oluşturur. İptal davası, vakfı tasfiye sürecine sokan ve vakfın sona ermesine yol açan bir yenilik doğuran dava niteliğini taşır. İptal davasında davacı sıfatı ve dava açma süresi gibi hususlar, iptal sebebi oluşturan hukuka aykırılığa göre belirlenmek gerekir.

**Anahtar Kelimeler:** Vakıf, Vakıf senedi, Vakfın kuruluşu, Vakfın sona ermesi, Tescilin iyileştirici etkisi

## ABSTRACT

*As per Article 103/II of the Turkish Civil Code, inscription of foundation has a curative effect since it prescribes that a request for annulment can be raised against a foundation of which deed is void. Thus the general regime of invalidity cannot be applied even mutandis mutatis to the foundation deed after inscription. Once the inscription has been made, any of reason of invalidity -except illegality or immorality of purpose- affecting the foundation deed does not make*

---

\* Bu makale, 23.1.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 20.2.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 23.2.2017 tarihinde geçmiştir.

\*\* İÜHF Medenî Hukuk Anabilim Dalı/İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi – baris.demirsatan@istanbul.edu.tr

*the legal entity of foundation and its deed void whereas the previous Turkish Civil Code and the reference Swiss Code do not contain any concrete provision granting a curative effect. This effect, however, is not absolute. Following the completion of foundation inscription, any reason of invalidity affecting the foundation deed transforms into a basis for cancellation of foundation. The request for cancellation is a foundational lawsuit which triggers the liquidation and extinction of the respondent foundation. Any matter such as the title of claimant or peremptory time limit must be determined as per the reason of cancellation.*

**Keywords:** Foundation, Deed of foundation, Establishment of foundation, Dissolution of foundation, Curative effect of inscription

\*\*\*

## I. Giriş

Yürürlükten kalkan 743 sayılı Medenî Kanundan farklı olarak, Medenî Kanun m. 103/II hükmüyle ilgililerin veya Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün vakfın kurulmasını engelleyen sebeplerin varlığı halinde iptal davası açabileceği düzenlemiştir. Bu hüküm bir yandan vakıf kurma işlemini etkileyen geçersizlik nedenlerinin vakıf tüzel kişiliğinin doğumuna etkisi bakımından uygulama alanı bulacakken; diğer yandan da vakıf tüzel kişiliğine karşı iptal davası açılma olanağı tanımak suretiyle vakıflar için mahkeme kanalıyla ayrı bir sona erme nedeni oluşturmaktadır.

Burada, vakıf kurma işlemini etkilemesi söz konusu farklı geçersizlik nedenleri dikkate alınarak MK m. 103/II hükmünün vakıf tüzel kişiliğinin kurulması ve sona ermesi bakımından etki ve sonuçlarına değinilecektir.

## II. Vakıf tüzel kişisinin doğumunda

### a. Genel olarak

Türk Medenî Kanunu hükümleri çerçevesinde vakıf, iki aşamalı olarak kurulur. Öncelikle vakıf kurma iradesi<sup>1</sup>, vakıf kurma işlemiyle beyan edilir; sonrasında bu vakıf kurma işlemine dayalı olarak vakfın yerleşim yeri mahkemesi nezdinde yapılan başvuru sonucunda bu mahkemede tutulan vakıf siciline tescil ile vakıf tüzel kişiliği doğar (MK m. 102/I)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Vakıflarda esas olan kurucunun iradesinin gerçekleştirilmesi olup vakıfların kamusal denetimi de aslında vakıf kurucusunun iradesini temin etmeyi hedefler: JdT 1996 I 110; **Habib Tabet/Yvan Leupim**, “La fondation de droit suisse au prisme de l’Ordonnance sur le Registre du commerce du 17 octobre 2007”, REPRAX 2/2013, s. 4; Vakıflara üyelik kavramının yabancı olduğu ve vakfedenin ölümünden sonra vakıfla ilgili bir çıkar sahibi kalmayabileceği için kamusal denetimin bulunduğu yönünde: **Rona Serozan**, Medenî Hukuk, İstanbul, 2015, II §6 N. 10 ve 12

<sup>2</sup> MK m. 577/II (İMK m. 539/II) hükmü ise esasen bir vakıf kurma işlemi bulunmadığı halde istisnai şekilde vakıf kurma işlemi varsayımı (faraziyesi) öngörmektedir: **Hans Michael Riemer**, BK – Berner Kommentar Band/Nr. 1/3/3: Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80-89bis ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Bern, 1981, Art. 80, N. 3; **Murat Doğan**, Vakıflarda Mal Varlığı, Ankara, 2000, s. 11 dn. 26; Tahvil şeklinde: **Sanem Aksoy Dursun**, Ölümüne Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler”, İÜHFİM, C. 66, S. 2, 2008, s. 314; **Cem Baygın**, “Ölümüne Bağlı Tasarruflarda Yorum”,



Vakıf kurma işlemi, tek taraflı ve yöneltmesi gerekmeyen bir irade beyanından ibarettir<sup>3</sup>. Bu işlem sağlararası işlem olarak yapılabileceği gibi ölüme bağlı tasarrufa da konu edilebilir. Sağlararası işlem olarak, vakıf kurma işlemi resmi şekle tabidir<sup>4</sup>. Yöneltmesi gerekmeyen bir irade beyanı bulunduğundan yorumlamada irade ilkesi esastır<sup>5</sup>. Sağlararası işlem olarak, malvarlığına yaptığı etki yönünden ise bu işlemin vasfı tartışmalı olmakla beraber kendine özgü nitelikler taşıdığı, esasen tüzel kişi yaratmaya yönelmiş olduğu ifade edilmektedir<sup>6</sup>. Ölüme bağlı tasarruf olarak ise bu işlem geçerlilik koşulları bakımından vasiyetname hükümlerine tabi olur<sup>7</sup>.

---

AÜEHFD, C. 4, S. 1-2, 2000, s. 579; Tahvil sonucunda bir faraziye öngörüldüğü şeklinde: **François Chaix**, Commentaire Romand: Code Civil II, 2016, Art. 539, N. 11 ve 13. Görevli mahkeme konusunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun düzenlemeleri çerçevesinde açıklamalar için: **Şükran Ekecik**, "Vakıfların Kuruluşu Sürecine Dair Yargılama Hukuku Sorunları", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. I, Ankara, 2014, s. 811 vd.

<sup>3</sup> **Rona Serozan**, Tüzel Kişiler Özellikle: Dernekler ve Vakıflar, İstanbul, 1994, s. 92; **Tufan Ögüz**, Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, İstanbul, 2007, s. 18; **Mustafa Dural/Tufan Ögüz**, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2016, s. 346; **Riemer**, Art. 80, N. 4 vd.; **Thomas Aebersold**, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch: OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 2011, Art. 81, N. 1; **Mario M. Pedrazzini/Niklaus Oberholzer**, Grundriss des Personenrechts, Bern, 1989, s. 245. Birden fazla kişi birlikte vakıf kurarsa, müşterek irade beyanı söz konusu olur (**Riemer**, Art. 80, N. 6). Bu çerçevede ölüme bağlı vakıf kurma işleminin esas olarak tüzel kişiliği kurmaya yönelik bir işlem mi olduğu yoksa tüzel kişilik kurma ve bu kişiye malvarlığı özgüleme şeklinde iki işlemi mi içerdiği tartışmalıdır. İki ayrı işlem bulunduğu fikrinde: **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, İstanbul, 1987, s. 285; Tek işlem olduğu fikrinde: **Hüseyin Hatemi**, Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Maalesi, İstanbul, 1969, s. 310 vd.; **Kemal Oğuzman**, Miras Hukuku, İstanbul, 1995, s. 158; Genel olarak vakıf kurma işleminde mantıksal ve zamansal olarak ayrı düşünülecek malvarlığı özgüleme ve tüzel kişilik yaratma unsurlarının bulunduğu hakkında: **Serozan**, II §6 N. 8

<sup>4</sup> Noterlik Kanunu m. 89 gereği noter tarafından re'sen düzenlenmek gerekir: **Kemal Oğuzman/Özer Selici/Saibe Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2016, s. 392; **Ögüz**, s. 20; **Murat Doğan**, "Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Vakıf Kuruluşu ve Vakıfların Mal Varlıkları", KHÜHFD, C. 4, S. 1, 2016, s. 45 Senette değişikliklerin de aynı şekle tabi olacağı yönünde: Yarg. 18. HD., 25.3.2002, 139/2943 (Kazancı); Şekil şartı aranmasının gerekliliği hakkında: **Ferit Hakkı Saymen**, Türk Medeni Hukuku Cilt II: Şahsın Hukuku, İstanbul, 1960, s. 464

<sup>5</sup> **Serozan**, Tüzel Kişiler, s. 93; **Aebersold**, Art. 81, N. 3; **Martin Eisenring**, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, 2012, Art. 81, N. 1; **Peter Tuor/Bernhard Schynder/Jörg Schmid/Alexandra Jungo**, ZGB - Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 2015, §17 N. 14; **August Egger**, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi - Kişinin Hukuku, İkinci Kısım Tüzel Kişiler mad. 52-89, Çeviri: Av. Volf Çernis, Ankara, 1949, m. 81, N. 6; Dikkate alınacak olan tescil anındaki kurucu iradesidir: **Ergun Özsunay**, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1978, s. 405; Buna karşılık ölüme bağlı tasarrufla kurulan vakıflarda tasarrufun yapılma anı esas alınabilecektir. Vakfın üçüncü kişilerle sözleşme ilişkisine girildiğinde, senedin yorumlanmasında güven ilkesinin uygulanacağı şeklinde: **Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller**, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern, 2008, §19 N. 19.13

<sup>6</sup> **Doğan**, s. 15; **Ögüz**, s. 19; Tasarruf işlemi görüşünde: **Aydın Zevkiler/M. Beşir Acabey/K. Emre Gökyayla**, Medeni Hukuk, Ankara, 2000, s. 644 ve karşı. s. 646. Ayrıntılı

Vakıf kurma işleminin yapılmasından sonra mahkemeye başvuru, sağlararası işlemlerle kurulan vakıflarda vakfeden tarafından yapılır<sup>8</sup>. Başvurunun işlemden sonra ne kadarlık bir süre içinde yapılacağına dair bir yasal düzenleme yoktur<sup>9</sup>. Bu çerçevede başvurunun her zaman yapılabileceği sonucuna varılabileceği gibi aynı zamanda, vakıf kurma işleminden dönmenin de mümkün olduğu sonucuna varılabilir<sup>10</sup>. MK m. 102 hükmünü aşacak şekilde Vakıflar Genel Müdürlüğüne, kuruluş işleminin yapılmasından itibaren üç ay içinde

bilgi ve karşı: **Riemer**, Art. 80, N. 11 vd.; Ayrıca: **Hatemi**, s. 163 vd.; Borçlandırıcı işlem fihrinde: **Yücer**, s. 2968; Vakıf kurma işleminin borçlandırıcı nitelikte olduğu ve tüzel kişiliğin kazandırılmasının tasarrufi etkiye sahip olduğu şeklinde: **Julia Xoudis**, Commentaire Romand: Code Civil I, 2010, Art. 81, N. 12

<sup>7</sup> **Dural/Öğüz**, s. 348 dn. 431; **Mustafa Dural/Turgut Öz**, Miras Hukuku, İstanbul, 2015, s. 167; **Özsunay**, s. 402. Miras sözleşmesi kapsamında da mirasbırakan vakıf kurabilir. Bu tasarruf, sözleşmenin bağlayıcı içeriğine girmez, vasiyetname hükümlerine tabi olmaya devam eder: **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 284. Ehliyet bakımından miras sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği da savunulmuştur: **Özsunay**, s. 387. Sağlararası işlemlerle kurulan vakıflara koşul olarak ölüme bağlı kurulan vakıflarda ölüme bağlı tasarruf da vasiyetname olarak ve irade ilkesine göre yorumlanır. Vasiyetnamenin yorumlanması hakkında bkz. **Mehmet Serkan Ergüne**, Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul, 2012, s. 17 vd.; **Aksoy Dursun**, s. 319 vd.; **Baygın**, s. 570 vd. Buna karşılık öğretilerde miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriği kapsamında da vakıf kurma işleminin yer alabileceği savunulmaktadır. Bu yönde: **Göktürk Uyan**, "Miras Sözleşmesindeki İki Taraflı Bağlayıcı Kayıtlı Vakıf Kurulması", İÜHF M, C. 65, S. 2, 2007, s. 328 vd. Ölüme bağlı tasarrufta bağlayıcı şekilde yüklem olarak vakıf kurulmasının öngörülebileceği ve buna göre kurulan vakfın sağlararası işlemlerle kurulan vakıf sayılacağı hakkında: **Paul Piotet**, "Clause d'un pacte successoral prévoyant la constitution d'une fondation et sa dotation", JdT 1980 I 317

<sup>8</sup> Vakıf kurma işleminin noterlikte yapılmasından sonra kurucu ölürse, mirasçılar da tescil talebinde bulunabilir. Bu durum vakıf kurma işleminin geri alınabilirliği bakımından bir farklılık getirmez. Buna karşılık VT m. 3/II ile VY m. 5/III hükümlerinde senedin düzenlenmesini izleyen üç ayda bu istemde bulunulmaması halinde Vakıflar Genel Müdürlüğüne tescil isteminde bulunma yetkisi tanınmaktadır. Genel Müdürlüğe Medeni Kanunda böyle bir yetki verilmemiştir. Bu itibarla ilgili düzenleyici işlemlerin hukuka uygunluğu tartışmaya açıktır. En azından, Vakıflar Genel Müdürlüğüne bu yetkinin mirasçıların karşı koymaması koşuluyla tanındığının kabul edilmesi uygun olacaktır. Aynı hükümlerle, vakıf senedi düzenleyen kurucu tüzel kişinin sona ermesi durumunda da tescil istemi için Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne yetki tanınmıştır. Esasen tüzel kişilerin hak ehliyeti tasfiye sürecine girmekle kural olarak tasfiye amacıyla sınırlanır. Bu çerçevede Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne tanınan yetkinin tasfiye amacıyla bağdaştığı ve tüzel kişinin tasfiye memurları itiraz etmediği ölçüde geçerli olabileceği sonucuna ulaşılmalıdır. İsviçre hukukunda ise tescil istemi vakfın yönetim organı tarafından yapılır (İTST m. 17/c ve m. 18). Pratikte vakfeden ve vakıf yönetim organını oluşturan kişiler büyük ölçüde keşişe de, Türk hukukunda vakfın akibetinin İsviçre hukukuna nazaran vakıf kurucularının eline bırakıldığı şeklinde bir gözlem yapılabilir. Diğer yandan ölüme bağlı tasarruf, hükümlerini vakıf kurucusunun ölümüyle doğuracağından, vakfedenin sağken bu tasarrufa dayanarak vakfın tescil edilmesini istemesi olanaklı değildir: Yarg. 11. HD., 11.5.1981, 1800/7965 (**Ekecik**, s. 808-809)

<sup>9</sup> VT m. 3/II ile VY m. 5/III hükümlerinde ise kanuni bir dayanak bulunmadığı halde tescil talebinde bulunulması için üç aylık bir süre öngörülmüştür. İsviçre'de başvurunun her zaman yapılabileceği hakkında: **Aebersold**, Art. 81, N. 9

<sup>10</sup> Kurucu, bir üçüncü kişiye karşı vakıf kurma borcu altına girmiş olabilir. Bu durumda bu sözleşmeye ayrıklıktan ötürü sorumlu tutulması olasılığı saklıdır. Bu olanağın varlığı hakkında: **Riemer**, Art. 80, N. 7

başvuru yapılmadığı takdirde re'sen mahkemeye tescil için başvurma yetkisini tanıyan idari mevzuata bu nedenle mutlak bir üstünlük tanınmamalıdır<sup>11</sup>. Buna karşılık vasiyetnamenin geri alınmasına ilişkin hükümler çerçevesinde ölüme bağlı tasarrufla yer alan vakıf kurma işleminin, mirasbırakan tarafından geri alınması miras açılana dek her zaman mümkün olacaktır<sup>12</sup>.

Vakıf kurma işlemini takiben mahkemeye vakfın tescili için yapılan başvurunun kabul edilmesi sonucunda mahkeme nezdinde sicile tescille birlikte vakıf tüzel kişilik kazanır (MK m. 102/I)<sup>13</sup>. Bu başvurunun kabul edilmesi veya reddedilmesine ilişkin olarak verilen karar istinaf kanun yoluna götürülebilir (MK m. 103; HMK m. 341/V, m. 387)<sup>14</sup>. Mahkemelere tescil kararı için tanınan bu yetki, çekişmesiz yargı işleri kapsamında kalmaktadır ve verilen karar kesin hüküm niteliği taşımaz<sup>15</sup>. Fakat kanun yolunun tükenmesiyle bu çerçevede

<sup>11</sup> Bu yönde: **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 396; **Mehmet Ayan/Nurşen Ayan**, *Kişiler Hukuku*, Konya, 2015, s. 282; **Doğan**, s. 94. **Hüseyin Hatemi**, "Önceki Hukukumuzda ve Türk Medeni Hukukunda Vakıf Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Düşünceler", *MHAD*, C. 11, S. 14, 1977, s. 83. Tescil için başvurulmuşsa dahi bundan feragat edilmesi mümkündür: **Hatemi**, s. 250. Aynı içerikteki yürürlükten kalkan tüzük hükmünü üstün tutan aksi yöndeki görüş: **Öğüz**, s. 39; Yürürlükteki yönetmelik açısından: **Dural/Öğüz**, s. 350. Görüşlerin ayrıntıları için: **Ahmet İşeri**, *Türk Medeni Hukukuna Göre Vakıf*, Ankara, 1968, s. 121 vd.; Yargıtay ise bir kararında vakıf kurma işleminden dönmenin mümkün olmadığını kabul ederken, bir başka kararında usul hukuku hükümleri çerçevesinde yapılacak feragat yine mevzuat hükümlerinin saklı olduğu belirterek geçerlilik tanımıştır. Kararlar için: **Suat Ballar**, *Yeni Vakıflar Hukuku*, İstanbul, 2015, s. 342; Sağlararası işlem olarak yapılan vakıf kurma işleminden yine resmi şekilde dönülebileceği, ölüme bağlı tasarruf söz konusu olduğu durumda kuruma ilişkin genel düzenlemelerin uygulanacağı hakkında: **Zevkiler/Acabey/Gökyayla**, s. 650

<sup>12</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 392; **Rona Serozan/B. İlkay Engin**, *Miras Hukuku*, Ankara, 2014, §4 N. 100; **Oğuzman**, s. 158; **Piotet**, s. 317

<sup>13</sup> İMK m. 52 hükmü uyarınca da vakıf tüzel kişiliği ticaret siciline vakfın tescil edilmesiyle doğar. Aile ve kilise vakıflarında ise vakıf kurma işleminin yapılması İsviçre hukukunda İMK m. 52/II hükmünde yapılan 12.12.2014 tarihli değişikliğe dek yeterliydi: **Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo**, §17 N. 2. Yeni düzenlemede özel hukuk tüzel kişisi olarak sadece ekonomik amaç gütmeyen dernek tüzel kişilerinin doğumu için tescil şart kılınmamıştır.

<sup>14</sup> Bu hüküm sadece vakfın kuruluşunda değil, vakıf kuruluş işleminin (senedinin) değiştirilmesine ilişkin yargısal başvurularda da uygulanmaktadır. Yarg. 18. HD., 27.5.2010, 4909/8025; Yarg. 18. HD., 31.1.2005, 10957/138 (Kazancı)

<sup>15</sup> **Öğüz**, s. 42; **Özsunay**, s. 410; **Ballar**, s. 339; **Bülent Köprülü**, *Medeni Hukuk*, İstanbul, 1984, s. 581; Yarg. 18. HD., 18.5.2004, 3164/4142; Yarg. 15.9.2003, 5088/6397 (Kazancı); **Ekecik**, s. 799; Ancak Yargıtay yeni tarihli bazı kararlarında, görevli mahkemenin tayini hususu bakımından vakıf tescilini çekişmeli yargı işlerinden kabul etmiştir. Zira Türk hukukunda vakıflara ilişkin işlerde öteden beri 743 sayılı MK m. 74 ve HUMK m. 8 uyarınca asliye hukuk mahkemeleri görevli olarak kabul edilmişken, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun çekişmesiz yargı işlerinde vakıflara ilişkin bir istisna tanımadan kural olarak sulh mahkemelerini görevi sayması sonucunda tereddüt hâsıl olmuştur: Yarg. 18. HD., 17.5.2012, 3923/5822; Yarg. 18. HD., 19.1.2015, 19202/653, Yarg. 18. HD., 8.5.2014, 20679/8423 (Kazancı); **Ekecik**, s. 801. VT m. 3/IV hükmü ise burada değerlendirilmeye esas alınmaz, zira mahkemelerin görevi kanunla belirlenir.

tekrar bir başvuru yapılması söz konusu olmaz<sup>16</sup>. İstinaftan sonra temyiz kanunun yoluna başvurulması da çekişmesiz yargı işlerinde temyiz yolunun kapalı olması nedeniyle mümkün olmayacaktır (HMK m. 362/I(ç)).

### b. Kuruluş işleminin hükümsüzlüğü

Tüzel kişiliği kuran hukuki işlem, MK m. 5 gereği, ölüme bağlı tasarrufla kurulan vakıflar saklı kalmak üzere, genel geçerlilik koşullarına tabidir<sup>17</sup>. Kural olarak, TBK m. 27'ye aykırı bir vakıf kurma işleminin herhangi bir şekilde sonuç doğurmaması lazım gelir. Ancak kurucu işlem hükümsüz olsa dahi, üçüncü kişilerle görünüşteki tüzel kişi sıfatıyla hukuki ilişkiye girildiyse, genel hükümlerle varılan sonucun doğrudan doğruya benimsenmesi güç olur. Vakıflarda söz konusu olduğu gibi tescille kurulan bir tüzel kişilik varsa veya ezandan idari olarak kaydedilmiş bir tüzel kişi ile karşı karşıya kalındığında, bu kayıtların tüzel kişilerin varlıkları hususunda dışarıya karşı fiili bir güven verdiği söylenebilir. Özellikle tüzel kişinin varlığı hususunda kamuya verdiği fiili güven, hukuki ilişkilerde bulunduğu müddet uzadıkça artacaktır. Bu nedenle, genel olarak kesin hükümsüzlüğün sonuçlarının tamamen benimsenmesi olanaksızdır<sup>18</sup>. Bu kapsamda, tüzel kişiliğe dair sürekli bir görünümün yaratıldığından bahisle, sürekli borç ilişkilerinde genel olarak kabul edildiği üzere hükümsüzlüğün ileriye etkili olarak sonuçlarını doğuracağı bir çözüm olarak ileri sürülebilir<sup>19</sup>. Fakat bu kabulde dahi, hükümsüzlüğün hangi andan itibaren

<sup>16</sup> Mahkeme nezdindeki sicile de kabul kararının kesinleşmesiyle tescil yapılmak gerekir: **Öğüz**, s. 44. Tartışma için: **Doğan**, s. 125 vd. Bu sonuç sistematik açıdan doğru olduğu kadar pratik açıdan da yerinde olacaktır.

<sup>17</sup> **Serozan**, Tüzel Kişiler, s. 98-99; **Egger**, m. 814, N. 17; **Xoudis**, Art. 52, N. 12. Karş. **Hasan Güneri**, Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri, Ankara, 1976, s. 59-60, Yazar yürürlükten kalkan Medenî Kanun çerçevesinde amaca aykırılık halinde tescil edilmiş vakfın ancak mahkeme kararıyla hükümsüz sayılacağını kabul etmektedir. Aynı yönde: **Güral**, s. 97; **Pascal Montavon**, Abrégé de droit civil Art. 1er à 640 CC/LPart, 2013, s. 164; **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 262 Genel olarak tescil edilmiş vakfın mahkeme kararıyla sicilden silineceği yönünde: **Riemer**, Art. 89, N. 46 vd.

<sup>18</sup> Nitekim MK m. 5 kıyasen uygulamayı öngördüğünden TBK m. 27 hükmünün doğrudan uygulanması gibi bir sonuç her zaman için reddedilebilir. İrade bozukluklarına ilişkin hükümlerin her tip hukuki işleme kıyasen (MK m. 5 gereği) uygulanabileceği hakkında: **Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/Murat Develioğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016, N. 781; Vakıf kurma işlemine İMK m. 7 (MK m. 5) uyarınca irade bozukluğu hükümlerinin uygulanabileceği: **Riemer**, Art. 80, N. 18, Art. 89, N. 47; Ayrıca: **Doğan**, s. 99. Tüzel kişiler açısından tescilin iyileştirici etkisinin amacının temelinde üçüncü kişilerin korunması olduğu ancak pozitif düzenlemelerin iyiniyetten bağımsız hükümler içerdiği hakkında: **Markus Kick**, Die verbotene juristische Person, Freiburg, 1993, s. 83

<sup>19</sup> Bu yönde: **Jale Güral**, Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi, Ankara, 1953, s. 97-98 ve s.142-143; Ayrıca: **Güneri**, s. 59-60; Farklı bir görüş ise üçüncü kişilerin yetkisiz temsil hükümlerine istinaden korunmasını savunmaktadır. Bu görüş çerçevesinde hükümsüz tüzel kişinin organları, tüzel kişinin kurucularının temsilcisi sayılmaktadır: **Serozan**, Tüzel Kişiler, s. 99; **Hatemi**, s. 259. Bununla birlikte tüzel kişilik kurma işleminin, kurucuların tüzel kişi organlarına temsil yetkisi verme olarak nasıl temellendirileceği karanlıkta kalmaktadır. Çevirme kurumunun koşulları arasında sayılan (Bütün koşullar için: **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 1: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2014, §44 N. 31 vd.) yedek işlemin hükümsüz işlemle benzer sonuçlar doğurması ve bu işlemden ileriye gitmemesi (I) ile tarafların asıl işlemin hükümsüz olacağını bilmesi durumunda yedek işlemi yapmak isteyen olmaları (II) unsurlarının bu olasılıkta vakıf

dikkate alınacağı, organlarının niteliği ve sorumluluğu, tasfiyesine hangi esasların uygulanacağı gibi yanıtlanması gereken pek çok soruyla karşı karşıya kalınması mümkündür.

Bu konuda hem tüzel kişilik, hem de üçüncü kişilerin korunması bakımından ortaya çıkabilecek sorunların çözülmesi için pozitif bir dayanağın bulunması yerinde olacaktır. Nitekim Türk Ticaret Kanunu, m. 353 hükmüyle, ticaret siciline bir anonim ortaklığın tescil edilmesiyle bu ortaklığın tüzel kişiliğe sahip olduğuna ilişkin doğacak güveni (TTK m. 355/I) korumuş; ana sözleşmenin hükümsüzlüğüne ve bu itibarla ortaklığın kurulmamış sayılacağına karar verilemeyeceğini düzenlemiştir<sup>20</sup>. Bu bakımından anonim ortaklığın ticaret siciline tescili<sup>21</sup>, ortaklığın kuruluş işlemine dair hukuka aykırılıkları giderici bir özellik taşır. Sadece sınırlı durumlarda, bu şekilde geçerli olarak kurulmuş ortaklığın feshedilmesi için dava açılma olanağı tanınmıştır<sup>22</sup>. Aynı hukuki durum, limited ortaklıklar için TTK m. 644/I(b) hükmü göndermesiyle, kooperatifler için de Kooperatifler Kanunu m. 98 uyarınca geçerlidir. Buna karşılık kollektif ve komandit ortaklıklar bakımından TTK m. 214 ve 305 hükümleri gereği ortaklığın tesciline herhangi bir iyileştirici etki tanınmamıştır. Esasen üçüncü kişiler yönünden aynı ölçüde korunma gereksinimi bulunduğu halde ortaklık türü bakımından ayırım yapılmış olmasının isabeti tartışmaya açıktır.

### c. Kuruluş bakımından MK m. 103/II'nin işlevi

#### 1. Genel olarak

Yürürlükten kalkan Medeni Kanun, vakıf senedinin<sup>23</sup> hükümsüz olması durumunda, bu senede dayalı olarak vakfın tescil edilmesi haline ilişkin olarak bir düzenleme içermemekteydi. Bu nedenle yukarıda belirtildiği gibi vakıf kur-

---

kurma işlemiyle temsil yetkisi verme işlemi arasında gerçekleşmiş olacağını kabul etmek güçtür.

<sup>20</sup> **İsmail Kırcı/Feyzan H. Şehirli Çelik/Çağlar Manavgat**, Anonim Şirketler Hukuku Cilt I, Ankara, 2013, s. 360 vd.; Oysa yürürlükten kalkan TTK m. 299/V hükmünde, kuruluştaki hukuka aykırılıklar nedeniyle belli koşullarda ortaklığın yokluğuna karar verilebileceği düzenlenmişti. Öğretide, yokluk sonucu bağlanmış olması nedeniyle düzenleme özellikle üçüncü kişilerin korunması çerçevesinde eleştirilmiştir. Bu hususta: **Murat Alışkan**, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul, 2007, s. 116-117 ve 125 vd. Bu hüküm daha sonra 559 sayılı kanun hükmünde kararname ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bunun sonucunda ise hükümde yer alan iyileştirici etki de kaldırılmış ve kuruluştaki hukuka aykırılıkların ortaklığın tüzel kişilik kazanmasına tescile rağmen engel olacağı sonucu doğmuştur: **Mehmet Bahtiyar**, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul, 2001, s. 94

<sup>21</sup> **Ömer Korkut**, "Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksikliklerin Hukuki Sonuçları ve Tescilin Sağlığa Kavuşturucu Etkisi", MÜHF-HAD, C. 18, S. 2, 2012, s. 413

<sup>22</sup> İsviçre hukukunda da İBK m. 643 hükmüyle anonim ortaklığın geçerlilik şartları tamam olmadığı takdirde bile tescille tüzel kişiliği kazanacağı açıkça düzenlenme gereği duyulmuştur. İBK m. 764/II gereği bu sonuç limited ortaklıklar bakımından da uygulanacaktır. **Riemer**, Art. 52, N. 31. Ancak şunu belirtmek gerekmektedir ki tescilin iyileştirici etkisinin reddedildiği İsviçre'de ortaklıklara ilişkin olarak Federal Mahkeme eski tarihli kararlarında bu etkiyi kabul etmiştir: ATF 15 I 629; **Kick**, s. 83

<sup>23</sup> Vakıf senedi, vakıf kurma iradesinin belirtildiği irade beyanının yer aldığı belgeyi ifade eder. Bkz. **Şebnem Akipek Öcal**, "Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflarla İlgili Mevzuatta Değişiklikler ve Yenilikler", KHÜHFD, C. 4, S. 1, 2016, s. 18

ma işleminin hükümsüzlüğü genel hükümlere tabi olmaktadır. Dolayısıyla vakfın tescilinin iyileştirici bir etkisinin bulunmadığı öğretilerde kabul edildiği<sup>24</sup> gibi ayrıca, irade bozukluklarının tescilden sonra da ileri sürülebileceği kabul edilmektedir<sup>25</sup>.

MK m. 103/II hükmü ise, vakıf senedini hükümsüz kılan sebeplerin varlığı halinde vakfın iptali için Vakıflar Genel Müdürlüğü ile ilgililere iptal davası açma hakkı tanıyarak, vakfın tescilinin vakıf senedini hükümsüz kılan sebeplerin iyileştirici bir etkiye sahip olacağını düzenlemiştir<sup>26</sup>. Vakfın tescili için yapılan yargısal başvuru, her ne kadar vakıf senedinin geçerliliğinin de incelenmesini sağlıyorsa<sup>27</sup> da her durumda bu yönden sağlıklı bir sonucun gerçekleşmesi mümkün değildir. Bu olasılıklarda, vakfın tescil edilmiş olması, vakfa artık tüzel kişiliğini mutlak olarak kazandırmaktadır<sup>28</sup>. Zira vakfın iptalinin istenebi-

<sup>24</sup> **Serozan**, Tüzel Kişiler, s. 99; **Hatemi**, s. 232 vd. Yazarlar MK m. 2'ye başvurulmasının mümkün olacağı istisnai halleri saklı tutmaktadır. Yargıtay'ın da bu yönde vermiş olduğu bir karar vardır: Yarg. Ticaret Dairesi, 18.2.1954, 8110/933 (**Hatemi**, s. 232 dn. 32); **Egger**, m. 81, N. 9; Sorunun pratik değeri olmadığı fikrinde: **İşeri**, s. 110; Şekle aykırılık halinde tescilin işlemi geçerli kılacağı yönünde aksi yönde: **Özsunay**, s. 400 dn. 44; Ayrıca karş. **Şakir Berki**, "Vakıflar", AÜHFMD, C. 38, S. 1-4, 1988, s. S. 147 vd., yazar vakfın tescil edilmesine karşın hüküm doğurmayacağı durumlara örnek verirken amacın hukuka aykırılığına ve imkansızlığa değinmekle yetinmektedir.

<sup>25</sup> **Hatemi**, s. 258 vd.; **Özsunay**, s. 418; **İşeri**, s. 141; **Köprülü**, s. 565; **Hıfzı Veldet Velidedeoğlu**, Türk Medenî Hukuku Cilt I/2 Şahsın Hukuku, İstanbul, 1956, s. 248; **Aebersold**, Art. 82, N. 5; İrade bozukluğunun sonradan genel hükümlere göre ileri sürülebileceğini kabul eden bu yazarların da vakfın tesciline iyileştirici bir etki tanımadıkları görülmektedir. MK m. 103/II hükmüne karşılık gelen İsviçre hukukunda da bu sonuç büyük ölçüde kabul edilmektedir: **Egger**, Art. 81, N. 9; ATF 96 II 273; **Hausheer/Aebi-Müller**, N. 19.19; **Harold Grüniger**, Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I, 1996, Art. 81, N. 28; **Aebersold**, Art. 81, N. 11; **Tuor/Schynder/Schmid/Jungo**, §17 N. 11, Yazarlar hakkın kötüye kullanılmasını olasılığını saklı tutmaktadır; **Tabet/Leupin**, s. 6-7; JdT 1972 I 162; Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar: **Riemer**, Art. 81, N. 117 vd. ve Art. 52, N. 32; Vakıf tasfiye edilene dek, üçüncü kişilerin korunması gerekçesiyle iyileştirici etki tanınması fikrinde: **Montavon**, s. 170; Ayrıca: **Kick**, s. 83 vd.; Federal Mahkemenin bazı kararlarıyla vakıflara hükümsüzlüğün yargı kararıyla tespit edilmesine dek şekli bir varlık tanıdığı şeklinde: **Xoudis**, Art. 52, N. 20; İstisnai durumlarda iyileştirici etkinin tanınması görüşünde: **Parisima Vez**, Commentaire Romand: Code Civil I, 2010, Art. 81, N. 32. Yürürlükteki mevzuat açısından vakfedenin dava ile itirazını tescile dek kabul eden görüş: **Ballar**, s. 380

<sup>26</sup> Amaçtaki hukuka ve ahlâka aykırılık durumları dışında tescilin tüzel kişilik kazandıracığı şeklinde: **Öğüz**, s. 28, 40-41 ve 58. Tescilden önce, kurucu işlem bünyesinde bulunduğundan geçersizlik nedeninin hükümsüzlük rejimine tabi olmaya devam edecektir. Öte yandan vakıf tüzel kişilik kazanmadığı için kıyasen tasfiyeye ilişkin hükümleri uygulanması veya vakıf senedinin hükümsüzlüğünün tespiti davasında davalı olarak vakfın gösterilmesi durumlarında gerçek bir iyileştirici etkiden bahsetmek, vakfa geçersizlik nedenine karşın tüzel kişilik kazandırılmadığından yerinde olmaz. Bu durumlarda şekli bir varlıktan bahsedilebilir: **Kick**, s. 85

<sup>27</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 398; **Dural/Öğüz**, s. 351; **Özsunay**, s. 409; **İşeri**, s. 101; **Ümit Yaşar Doğanay**, Hükmi Şahıslar (Ders Notları), İstanbul, 1969, s. 97; **Ekecik**, s. 820 vd.

<sup>28</sup> **Öğüz**, 28; Aksi yönde: **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 400; Ayrıca bkz. **Dural/Öğüz**, s. 350

lıyor olması, vakfın tüzel kişilik kazandığı ön kabulünü gerektirir<sup>29</sup>. Aksi takdirde genel hükümler çerçevesinde vakıf senedinin hükümsüzlüğünün tespit edilmesi istenebilirdi ve ayrı bir düzenleme yapılmasına gerek kalmazdı<sup>30</sup>. Böylece vakıf senedini hükümsüz kılacak sebeplerin, vakfın tescilinden sonra genel hükümler çerçevesinde ileri sürülmesinin önüne geçilmiş olunmaktadır. İptal davasının tanınmasının iyileştirici etki getirmediği kabul edildiği takdirde bu düzenlemenin öngörülmesinin hiçbir işlevi kalmayacağı gibi iptal davası olarak tanımlanması da anlamsız kalacaktır. Söz konusu iyileştirici etki sayesinde vakıf ile hukuki ilişkiye giren üçüncü kişiler arasındaki hukuk işlemler ayakta kalacak ve vakfın iptal davasıyla iptaline hükmedilmesi halinde dahi tasfiye süreci kapsamında gerekleri yerine getirilmiş olacaktır. İyileştirici etki ile vakfa tüzel kişilik tanınmadığı durumda ise üçüncü kişiler ancak *culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde olumsuz zararlarının giderilmesini elde edebilirlerdi<sup>31</sup>.

## 2. Amaca ilişkin hukuka veya ahlâka aykırılık ile amacın imkânsız olması

Vakıf tescilinin iyileştirici etkisinin, vakıf amacının başlangıçtaki imkânsızlığı<sup>32</sup> veya ahlâka yahut hukuka aykırılığı nedeniyle hükümsüz olan vakıf senetlerini içerip içermediği hususuna ayrıca değinmek gerekir<sup>33</sup>. Vakıf amacı sonradan imkânsızlaşırsa, MK m. 116/I hükmü uygulanır ve vakıf kendiliğinden sona erer. Vakfın amacının kuruluştan sonra ahlâka veya hukuka aykırı hale gelmesi durumunda da vakıf, MK m. 116/II gereği mahkeme kararı ile dağıtılır ve tasfiye süreci başlatılır. Ancak vakıf amacının başlangıçtaki imkânsızlığı ile hukuka veya ahlâka aykırılığına ilişkin bir çözüm MK m. 116 hükmünden çıkmamaktadır.

Esasen, tüzel kişinin amacının hukuka veya ahlâka aykırı olması<sup>34</sup>, tüzel kişiliğin kazanılmasına engeldir (MK m. 47/II) ve bu hukuka aykırılık tüzel kişiliğin doğum anında bulunmaktadır. Buna karşılık MK m. 103/II hükmü de, özel düzenleme niteliğiyle, vakfın kurulmasını engelleyen başka bir deyişle tescil anında vakıf senedine ilişkin olarak bulunan sebepleri kapsamaktadır. Dolayısıyla hüküm lafzen, amacı hukuka ya da ahlâka aykırı bir vakfın tescil edilmesi halinde dahi vakfın tüzel kişilik kazanmasını öngörmektedir<sup>35</sup>. Düzen-

<sup>29</sup> Benzer yönde, kurulmayan tüzel kişinin sona erdirilemeyeceği hakkında: **Xoudis**, Art. 52, N. 23. MK m. 103/II uyarınca iptal davası açılmasının tek başına tüzel kişiliği ortadan kaldırmayacağı şeklinde: **Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş-Karaman**, Türk Medenî Hukuku – Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul, 2012, s. 682

<sup>30</sup> **Öğüz**, s. 45

<sup>31</sup> Olumsuz zarar ve *culpa in contrahendo* kavramları hakkında: **Mehmet Serkan Ergüne**, Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008, s. 151 vd.

<sup>32</sup> Amacın hâlihazırda imkânsız görüldüğü halde mutlak anlamda imkânsızlığın söz konusu olmaması, vakıf için geçerli bir amacın varlığı için yeterli olacaktır: **Saymen**, s. 461

<sup>33</sup> Burada, sadece vakıf senedinde yazılı olan amaç olmayıp fiilen vakıf tarafından güdülen amaç da dikkate alınır: **Aebersold**, Art. 80, N. 8

<sup>34</sup> Kamu düzenine aykırılık da bu kapsamdadır: **Öğüz**, s. 58

<sup>35</sup> Ayrıca, MK m. 116/II hükmünün lafzen yasak amaç güttüğü sonradan anlaşılan vakıfların da mahkeme kararıyla dağıtılacağına ilişkin bir ifade içermesi nedeniyle tescilin

lemenin gerekçesinde, en önemli dava sebepleri olarak ehliyetsizlik ve irade bozuklukları sayılmışken, amacın ahlâka aykırılığına ilişkin herhangi bir değerlendirilmede bulunulmamıştır. Öğretide ise, amaca ilişkin geçersizlik sebeplerinin tescile rağmen vakfa tüzel kişilik kazandırmayacağı vurgulanmaktadır<sup>36</sup>. Bu itibarla iki olasılık söz konusudur; ya özel hüküm olarak MK m. 103/II'ye üstünlük tanınacak ve amaca ilişkin geçersizlik sebeplerinin de tescilin iyileştirici etkisi kapsamında kaldığı sonucuna ulaşılacak<sup>37</sup> ya da amaca ilişkin geçersizlik sebepleri bakımından MK m. 103/II hükmünde örtülü boşluk (istisna boşluğu) olduğu kabul edilmek gerekecektir<sup>38</sup>.

MK m. 103/II hükmüyle her ne kadar vakfın tescil edilmesine iyileştirici bir etki tanınmış olsa da düzenlemenin amacı itibarıyla hukuka veya ahlâka aykırı olan bir tüzel kişiye iptal davası kesinleşinceye dek (HMK m. 367/II) varlık tanımak mümkün değildir. Başka bir deyişle hukuk düzeninin hukuka veya ahlâka aykırı amaç güden tüzel kişilerden arındırılmış kılınmasına ilişkin menfaat, üçüncü kişilerin korunmasına ilişkin menfaate karşı ağır gelecektir. Bu nedenle MK m. 103/II hükmünde örtülü boşluk olduğu ve vakıf amacının hu-

---

amaçtaki hukuka veya ahlâka aykırılığa karşın tüzel kişilik kazandıracağı şekilde bir izlenim yaratması olanaklıdır. Fakat burada yasak amacın sonradan anlaşılması, vakıfta başlangıçtan itibaren güdülen fiili amacı düzenlenmekte olup tescilin iyileştirici etkisi yönünde bir gerekçe olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Benzer düzenleme içermeyen İsviçre hukukunda başlangıçtaki fiili amacın da İMK m. 52/III hükmü kapsamına gireceği görüşünde: **Xoudis**, Art. 52, N. 13

<sup>36</sup> **Öğüz**, s. 28; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 386; Ortaklıklarda: **Alışkan**, s. 125 vd.; Yürürlükten kalkan Medeni Kanun bakımından, duruma göre vakfın tasfiyesine veya hukuka yahut ahlâka aykırı kuralların iptaline gidileceği yönünde: **Bilge Öztan**, Tüzel Kişiler, Ankara, 1998, s. 121

<sup>37</sup> Ortaklıklar hukukunda TTK m. 353 ile sağlanan tescile güven ilkesinin MK m. 47/II'ye yeğleneceği yönünde: **Hasan Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara, 2015, s. 636 ve s. 627; İsviçre'de aynı yönde: **Viviane Premand**, Les sociétés de famille dans les formes de la société anonyme et à responsabilité limitée, 2010, N. 1079; **Marc Bauen/Robert Bernet/Nicolas Rouiller**, La société anonyme suisse, 2007, N. 87 ve 638; **Riemer**, Art. 52, N. 31; ATF 107 Ib 186 "İMK m. 52/III hükmünün lafzına karşın amacı hukuka veya ahlâka aykırı bir anonim ortaklık, ticari siciline tescil edilmekte birlikte iyileşme kuramı gereği [*Heilungstheorie*] tüzel kişilik kazanır. Bu ise, söz konusu ortaklığa karşı herhangi bir yaptırım uygulanmayacağı anlamına gelmez. ... İBK m. 643/II ile ilişki kurulmak suretiyle İMK m. 52/III'ün düzenlediği ilkedden, hukuka aykırı bir amaç güden anonim ortaklığın feshedilmesi ve tasfiye bakiyesinin müsadereye yönelik İMK m. 52/III hükmünün emredici niteliği gereği kamuya özgülenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmak gerekir." Ayrıca konu hakkında: **Roland von Büren/Walter A. Stoffel/Rolf H. Weber**, Grundriss des Aktienrechts mit Berücksichtigung der laufenden Revision, 2011, N. 1180; **Kick**, s. 84-85 ve s. 113 vd. Türk hukukunda ayrıntılı bilgi: **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, s. 365 vd., Yazarlar sonuç olarak MK m. 47/III hükmüne üstünlük tanımakta ancak TTK m. 210/III düzenlemesi nedeniyle hükmün uygulama alanına kamu düzenine aykırılığın girmeyeceğini kabul etmektedir. Ayrıca İsviçre hukuku, yürürlükten kalkan ve yürürlükteki Türk Ticaret Kanunları açısından değerlendirmeler: **Murat Yusuf Akın**, "İsviçre Hukuku örneğinde Türk Medeni Kanunu Madde 47/II ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde 353 üzerine düşünceler", BATİDER, C. 26, S. 1, 2010, s. 179 vd.

<sup>38</sup> Öte yandan, MK m. 47/II hükmünün *tüzel kişilik kazanma* bakımından özel bir düzenleme olarak yorumlanması ve kabul edilmesi halinde, herhangi tartışmaya gerek kalmaksızın hukuka ve ahlâka aykırı amaç güden vakıfların tescille tüzel kişilik kazanamayacağı sonucuna varmak gerekir.



kuka veya ahlâka aykırı olduğu durumlarda hükümün uygulama alanı bulmacağı kabul edilmek gerekir<sup>39</sup>. Bu olasılıkta vakfın tescil edilmiş olması, vakfa hiçbir şekilde tüzel kişilik kazandırmaz<sup>40</sup>. Dolayısıyla vakfa karşı iptal davası açılması söz konusu olmak ancak vakfı kuran işlemin hükümsüzlüğünün tespiti dava edilebilir<sup>41</sup>. Ayrıca, tüzel kişiliğin başlangıçtan beri kazanılmadığı hallerde, üçüncü kişilerle hukuki ilişki kurulduğunda, tüzel kişiliğin tasfiyesi hakkında hükümlerin uygulanabileceğine yönelik görüşler<sup>42</sup> dikkate alındığında bu kabulün üçüncü kişileri hukuki korumadan yoksun bırakmayacağı görülecektir<sup>43</sup>.

Vakıf amacının imkânsız olması halinde ise benzer bir akıl yürütmeye gerek kalmaz. Zira amacın sonradan imkânsızlaşması<sup>44</sup> halinde, imkânsızlaşma anında vakıf sona ererek tasfiye sürecine girer; böyle bir düzenleme öngören kanun sistematiğinde amacın baştan imkânsız olması durumunda vakfın varlık kazanmasına ve faaliyete geçmesine cevaz verilmeyeceği olmaz. Amaç başlangıçta imkânsızsa tüzel kişilik hiçbir şekilde kazanılamaz<sup>45</sup>. Oysaki vakıf amacı-

<sup>39</sup> Örtülü boşluk, amaca göre sınırlama ile doldurulur ve hükme istisnai bir durum daha eklenir: **Çiğdem Kırcı**, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, s. 98 vd.; Ayrıca kavram ve örtülü boşluğun doldurulması için: **Serozan**, I 58 N. 47 vd.; **Halûk N. Nomer/Pakize Ezgi Akbulut**, Medeni Hukuka Giriş Dersleri Bölüm I, İstanbul, 2016, N. 152 vd.

<sup>40</sup> Ancak aile vakfı olarak kurulmakla birlikte, İMK m. 335 (MK m. 372) hükmüne aykırı vakıfların, olağan vakfa tahvil edilmesi söz konusu olabilecektir: JdT 1969 I 37

<sup>41</sup> **Barış Demirsatan**, “Hukuka Aykırı Tasfiyenin Tüzel Kişiliğe Etkisi”, İÜHFMD, C. 74, S. 2, 2016, s. 687 dn. 4

<sup>42</sup> Bu konuda: **Kick**, s. 86-87; **Xoudis**, Art. 52, N. 21, Yazar tasfiye hükümlerine kıyasen başvurulmasının fiili şirket kuramıyla temellendirildiğini belirtmektedir.

<sup>43</sup> Ayrıca, amacı hukuka veya ahlâka aykırı bir vakfın tüzel kişilik kazanılabileceği varsayılsa dahi böyle bir tüzel kişiyle yapılan sözleşmelerin ortak bir ahlâka veya hukuka aykırı amacın güdülmesi veya bir tarafın bu amacından karşı tarafın yararlanması nedeniyle kesin hükümsüz olması (**Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, §42 N. 15 ve N. 45-46; **Halûk N. Nomer**, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2015, s. 77 ve 80) yüksek bir olasılıktır. Bu durumda da tüzel kişiliğin kazanılabileceği kabulü ile işlemlerin ayakta tutulması mümkün olamaz. Dolayısıyla üçüncü kişilerin korunma gereksinimi vakfın amacının hukuka veya ahlâka aykırılığında daha zayıftır.

<sup>44</sup> Bu imkânsızlaşma subjektif olarak da gerçekleşebilir, başka bir deyişle vakfın amacını gerçekleştirme için yeter malvarlığının bulunmaması da MK m. 116/I uyarınca tüzel kişinin infisah etmesine yol açar (**Özsunay**, s. 460-461; **Teoman Akunal**, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1988, s. 142; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 420). Aynı çerçevede, imkânsızlığın başlangıçta bulunması da tescilin reddi sebebi sayılmıştır (MK m. 107; **Riemer**, Art. 80, N. 24). Buna rağmen vakıf tescil edilmiş olursa, bu konudaki açıklamalar doğrultusunda vakıf, amaçtaki imkânsızlık nedeniyle tüzel kişilik kazanamamış olacaktır. Amacın yeterli olarak belirlenmemiş olması olasılığında da aynı sonuca varılmak gerekir. Özgülenen malvarlığı üzerinde sonradan ortaya çıkan üstün hak iddiaları halinde de, eğer vakıf amacını yerine getiremeyecek durumda kalıyorsa, başlangıçtan beri amaçta imkânsızlık bulunduğu ve tüzel kişiliğin kazanılabileceği sonucuna varmak gerekir. Aksi yönde iptal davası sebebi şeklinde: **Ahmet M. Kılıçoğlu**, Medeni Hukuk, Ankara, 2016, s. 551

<sup>45</sup> **Ayan/Ayan**, s. 292; **Ferhat Erçin**, “Vakıf Hukukunda Vakfedenin Amacının Önemi”, Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, Yıl 25-26, S. 1-2 (Prof. Dr. Aslan Gündüz’ün Anısına Armağan), 2005-2006 s. 184

nın sonradan hukuka veya ahlâka aykırı hale gelmesinde vakıf infisah etmemekte, MK m. 116/II hükmü kapsamında mahkeme kararıyla dağıtılmadıkça hukuki varlığını aynen koruyabilmektedir.

### III. Vakıf tüzel kişinin sona ermesinde

#### a. Genel olarak

MK m. 103/II hükmü vakfın tescil edilmesine iyileştirici bir etki tanımış olsa da, mutlak anlamda bir iyileşme söz konusu değildir. Vakıf senedini vakıf tescil edildiği anda hükümsüz kılan nedenler vakfın iptal edilmesine yol açabilir.

Bu çerçevede MK m. 103/II hükmüyle, vakıf tüzel kişiliğini sona erdiren bozucu bir yenilik doğuran dava öngörülmüştür<sup>46</sup>. Zira bu dava ile vakfın iptaline ilişkin verilen kararın kesinleşmesiyle, kurulmuş vakıf tüzel kişisi tasfiye sürecine girmekte ve tasfiye sürecinin hukuka uygun olarak tamamlanmasıyla tüzel kişilik sona ermektedir<sup>47</sup>. Vakfın tasfiye sürecine girmesi ve sona ermesine ilişkin diğer prosedürel noktalarda, kural olarak MK m. 116/II uyarınca açılan davalarda geçerli olan hususlar uygulanacaktır. Fakat bu davada vakıf senedinin hükümsüzlüğü iptal ve tüzel kişiliğin sona erme sebebi olduğundan, tasfiyenin son aşaması olarak yapılacak yapılabilecek MK m. 54/I ve VK m. 27 hükümleri esas alınmaz. Zira bu hükümler geçerli bir tüzel kişilik kurma işleminin varlığı kabulüne dayanır. Bu nedenle tasfiye sonucunda artakalan malvarlığı vakfın kurucusuna veya külli haleflerine özgülenmek gerekir. Aksi takdirde çoğu olasılıkta vakıf kurucusunun bu davayı açmakta herhangi bir menfaati kalmamış olacaktır.

Öte yandan doğmuş ve varlığını sürdüren bir tüzel kişiliğin sona erdirilmesine ilişkin bir dava söz konusu olduğundan, her zaman için ileriye etkili olacaktır<sup>48</sup>. Aksi yönde bir yorum, düzenlemenin getirdiği tescilin iyileştirici etkisinin sağlayacağı korumayı yok eder. Dolayısıyla madde gerekçesinde yer alan, MK m. 2'nin gerekli kıldığı haller dışında hükmün geçmişe etkili olabileceği şeklindeki ifadede isabet bulunmadığı vurgulanmalıdır.

Davalı sıfatının her halükarda vakfa ait olacağına bir duraksama olmamakla birlikte, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün, ilgililerin açtığı iptal davalarında vakfın yanında ayrıca davalı olarak gösterip gösterilmeyeceği hükümden anlaşılmamaktadır<sup>49</sup>. Ancak vakıf ile Genel Müdürlük arasında şekli veya maddi yönden zorunlu dava arkadaşlığını öngören bir yasal düzenleme bulunmadı-

<sup>46</sup> Bu itibarla, kurulmuş vakfın sona erdirilmesine yol açan davalar MK m. 116/II düzenlemesi ile sınırlı değildir. Bu yönde: **Öğüz**, s. 136

<sup>47</sup> Davanın tüzel kişiliği sona erdirmeye sonucunu doğuracağı şeklinde: **Öğüz**, s. 46; TTK m. 353 bakımından fesih kararıyla tasfiyenin başlayacağı hakkında: **Korkut**, s. 422. Tasfiye sürecinin hukuka uygun olarak başlayıp tamamlanmasıyla tüzel kişiliğin sona erebileceği hakkında: **Demirsatan**, s. 696

<sup>48</sup> Ortaklıklardaki TTK m. 353 hükmü bakımından bu yönde: **Korkut**, s. 421

<sup>49</sup> MK m. 103/II hükmünde öngörülen dava ya reddedilecektir ya da kabulü ile birlikte vakıf tasfiye sürecine girecektir, bu nedenle vakıf dışında bir davalı gösterilmesine gerek duyulmaz; anonim ortaklığın haklı nedenle feshi davasında ise son çare olan ortaklığın feshi dışında ortaklar arası çıkar çatışmalara da çözüm olması için başka kararlar da verilebileceği gerekçesiyle davanın pay sahiplerine de yöneltilmesinin yerinde olacağı görüşü için: **Sinan H. Yüksel**, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul, 2017, s. 874 vd.

ğından Vakıflar Genel Müdürlüğüne de davanın ayrıca yöneltilmesi gerekli değildir<sup>50</sup>. Yetkili mahkeme de davalı tüzel kişinin yerleşim yerini de oluşturan sicilde kayıtlı olduğu mahkeme olacaktır (HMK m. 6). Vakfın tesciline ilişkin istemden farklı olarak burada, çekişmeli yargıya ait gerçek anlamda bir dava bulunmaktadır<sup>51</sup>.

## **b. İptal sebepleri**

### **1. Genel olarak**

Vakfın kurucu işlemini etkileyen geçersizlik sebepleri, MK m. 103/II hükmünün sağladığı iyileştirici etkiyle vakfın iptal davasıyla sona erdirilmesi için birer iptal sebebine dönüşmektedir. Bununla birlikte, vakıf senedini etkileyen geçersizlik sebeplerinin tescilden sonraki etkisi bakımından her bir sebebe göre, özellikle dava süresi ve davacı sıfatı yönünden ayrı bir değerlendirme yapılması gerekir. Esasen hükmün sadece iptal davasının açılabilceğini düzenlemesi ve bu kapsamda dava süresi ve davacı sıfatını ayrıca düzenleme gereği duymamış olması eleştiriye açıktır. Zira genel hükümsüzlük rejiminde geçersizlik sebepleri ileri sürebilecek kişiler, ileri sürme süresi gibi yönlerden farklılık gösteren pek çok geçersizlik nedeni bulunmaktadır. Genel hükümsüzlük rejimini sınırlayan MK m. 103/II hükmünde de çeşitli iptal nedenleri dikkate alınarak daha ayrıntılı bir düzenleme yapılması beklenebilirdi.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, MK m. 107/I ve II uyarınca, vakıf senedinde vakfın amacı ve vakfa özgülenen malvarlığı unsurları yeterli biçimde belli edilmiş<sup>52</sup> ise vakıf senedinde bulunan diğer eksiklikler işlemin geçersizliğine ya da vakfın iptal edilmesine yol açmayacaktır.

<sup>50</sup> Zorunlu dava arkadaşlığı ise ya maddi hukuktan kaynaklanır ve davaya konu hakkın niteliğinden kaynaklanır ya da usuli sebeplere dayalı olur ve kural olarak yasal düzenlemeden ileri gelir: **Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes**, Medenî Usûl Hukuku, Ankara, 2013, s. 328-329; **Baki Kuru**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2016, s. 481 ve 484. Mülhak vakıflara ilişkin olarak verilen 4.3.1959 tarihli ve 3/18 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararı, bu karara dayanak oluşturan mülga 2762 sayılı kanununun 40. maddesiyle aynı içerikteki VK m. 76 hükmü nedeniyle geçerliliğini korumaktadır. İlgili düzenleme ve karar, salt mülhak vakıfları kapsadığı ve yönetim ile mülkiyet ve intifa haklarıyla ilgili davalarla sınırlı olduğu için MK m. 103/II hükmü kapsamındaki davalarda uygulanma olanağına sahip değildir.

<sup>51</sup> **Öğüz**, s. 45

<sup>52</sup> Bu konuda: **Öğüz**, s. 32-34. Vakfa özgülenen malvarlığı amacı gerçekleştirmeye yeterli olmadığı halde vakıf tescil edilmişse, bu durumda tescilin iyileştirici etkisi söz konusu olmayacak, amacın baştan imkânsız olması durumu gerçekleştirecektir (Ayrıca bkz. **Dural/Öğüz**, s. 356 ve dn. 457; **Ercin**, s. 172). Vakıf kurucusunun vakfa özgülediği malvarlığı unsurları üzerinde tescil anında tasarruf yetkisinin bulunması gereklidir (**Doğan**, s. 52; **Xoudis**, Art. 81, N. 4). Aksi takdirde vakıf, özgülenen malvarlığı unsurlarını amacını gerçekleştirmeye yeterli olmayacak derecede edinemediği olasılıkta tüzel kişilik kazanamayacaktır. Vakfa amacı gerçekleştirmeye yeter malvarlığı unsuru özgülenmediği takdirde, ölüme bağ tasarrufla kurulan vakıflarda MK m. 107/III hükmü uygulanacaktır. Bu düzenlemenin sağlararası işlemin kurulan vakıflara uygulanma olanağının varlığı tartışmalıdır. Uygulanamayacağı yönünde: **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 381; Aksi yönde: **Dural/Öğüz**, s. 357. Sonradan yeterli malvarlığının sağlanacağı durumlarda başlangıçta daha küçük bir malvarlığı tahsisinin yapılabileceği yönünde: **Tu-**

## 2. Ehliyete ilişkin hükümsüzlük sebepleri

Vakıf kurucusu olabilmek için kurucunun işlem yapıldığı anda tam fiil ehliyetine sahip olması sağlararası işlemle kurulan vakıflarda şarttır<sup>53</sup>. Gerçek kişilerde, tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler bakımından vakıf kurmak yasak işlemler arasında sayılmıştır<sup>54</sup>. Daha açık bir deyişle, bu kişiler ne kendileri ne de yasal temsilcileri aracılığıyla vakıf kurabilir. Bu durum da, esas olarak, tam fiil ehliyetine sahip olmayan gerçek kişiler bakımından bir hak ehliyeti kısıtlaması olduğu sonucunu getirir<sup>55</sup>. Bu kişilerin yaptıkları vakıf kurma işlemleri ehliyet dışı (*ultra vires*) işlem olarak kalır<sup>56</sup>. Tüzel kişilerde de, vakıf kurmanın ehliyet kapsamında kalıp kalmayacağı her bir ilgili tüzel kişiye ilişkin düzenleme çerçevesinde tespit edilecektir<sup>57</sup>. Diğer yandan ehliyetin vakıf sene-

---

**or/Schnyder/Schmid/Jungo**, §17 N. 4; Amacın genel bir şekilde ifade edilmesinin yetersiz olacağı hakkında: **Köprülü**, s. 568; **Saymen**, s. 459; **Ercin**, s. 183. Vakfedilen malvarlığının vakfedenlere ait olması gerektiği şeklinde: **Ercin**, s. 169. Yazar ayrıca vakfın kurulma anında özgülünen hakların fiilen mevcut olması gerektiğini belirtmektedir: s. 173. MK m. 101/II uyarınca gerçekleşmesi kesin olmayan beklenen haklar vakfa özgülemeye elverişli değildir. Bu nedenle, temettü, kar payı hakkı gibi haklar en azından her zaman için özgülemeye elverişli sayılamaz. Benzer şekilde üçüncü kişilerin yapması umulan kazandırmalar da beklenti olarak dahi bir hak sayılmayacağından vakfa özgülenmesi mümkün değildir: **Öğüz**, s. 51. Diğer yandan özgülenecek malvarlığı unsurlarının belirli olması, sağlararası işlemle kurulan vakıflar itibarıyla tasarruf işlemlerinde belirliliğin zorunlu bir sonucudur. Tasarruf işlemlerinde belirlilik için: **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012, s. 177; **Gülşah Vardar Hamamcıoğlu**, Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul, 2014, s. 55. Bu bakımdan ölüme bağlı tasarrufla mirasçı atanmak suretiyle kurulan vakıflarda terekeye mirasçı atama iradesinin varlığının bulunması yeterliken, sağlararası işlemle kurulan vakıflarda özgülenen malvarlığı unsurları somut olarak belirtilmelidir.

<sup>53</sup> **Dural/Öğüz**, s. 347; **Kılıçoğlu**, s. 547; **İpek Yücer**, "Gerçek Kişilerin Vakıf Kurma Ehliyeti", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. III, İstanbul, 2011, s. 2965; Ölüme bağlı tasarrufla kurulan vakıflarda ise ehliyet, ölüme bağlı tasarrufa ilişkin düzenlemelere ve bu itibarla vasiyetname düzenleme ehliyetine tabi olacaktır (**Dural/Öğüz**, s. 348; **Serozan**, II §6 N. 7). Bu itibarla, sınırlı ehliyetsizlerin ölüme bağlı tasarrufla vakıf kurması mümkündür. Mal ortaklığı rejiminde, özgülenecek malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin varlığı saklı kalmak üzere, evliliğin vakıf kurma işlemi üzerinde herhangi bir sınırlayıcı etkisi yoktur. Karş. **Yücer**, s. 2975

<sup>54</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 392

<sup>55</sup> Bir işlem hem kişi hem de yasal temsilcisi tarafından yapılmıyorsa artık hak ehliyet-sizliğinden söz etmek gerekir: **Oğuzman**, s. 98

<sup>56</sup> Ölüme bağlı tasarruf ile kurulan vakıflarda ise kurucu işlemin geçerliliği ölüme bağlı tasarruflara ilişkin düzenlemeler çerçevesinde belirlenir.

<sup>57</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 393; **Hatemi**, s. 286; **Eisenring**, Art. 81, N. 3; **Montavon**, s. 167; **Ercin**, s. 175. Yazar vakıfların vakıf kurma hususunda ehliyetli olmadığını, vakfın amacını bizzat gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Aynı yönde: **Doğan**, Vakıf Kuruluşu, s. 47. Bu husus öğretilerde tartışmalı olup Yargıtay da aksi yönde karar vermiştir: **Ercin**, s. 179 dn. 42; **Ballar**, s. 291; Yarg. 18. HD., 11.11.1997, 10574/10679 (Kazancı); Vakıfların vakıf kuramayacağı görüşünde: **Hatemi**, s. 288-289. Derneklerin vakıf kurabileceği gibi hukuki yapılarını değiştirmek suretiyle vakfa dönüşebilecekleri fikrinde: **Ercin**, s. 178; **Ekecik**, s. 825. Bir kişi topluluğu olan dernek tüzel kişisinin, bir malvarlığı unsuru topluluğu olan vakıf tüzel kişisine dönüşmesi söz konusu değildir. Bu iki farklı tip tüzel kişilik arasında, anonim ve limited ortaklıklardaki gibi bir tür farklılığı bulunmaz ve tür değişimi olanağı yoktur. Ayrıca, derneğin tasfiyesiz şekilde sona ererek vakıf kurulmasına dayanak oluşturacak yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu çerçevede bir dernek ancak fesih ve tasfiye sonucu artakalan

dinin düzenlediği andan başka vakfın tescili için yapılan başvuru anında da bulunması gerekir<sup>58</sup>. Resmi senedin düzenlenmesinden sonra vakıf kurucusu vefat eder veya ayırt etme gücünü kaybederse, bu başvuruyu ilk durumda elbirliği ile mirasçılar ikinci durumda yasal temsilci yapabilir<sup>59</sup>. Buna karşılık vakıf senedi düzenlendiği anda ehliyet bulunmadığı halde, mahkemeye tescil için yapılan başvuru esnasında bu koşul sağlanıyorsa ve vakıf bir şekilde tescil edilmişse artık ehliyete ilişkin değil, vakıf senedi bulunmadan yapılan bir tescille ilişkin esaslar uygulanmalıdır.

Bu şekilde vakıf kurma işlemi ehliyet dışı olsa da vakfın tescil edilmesiyle birlikte bu hukuka aykırılık tüzel kişiliğin kazanılmasına engel olmaz ancak MK m. 103/II anlamında bir iptal sebebi sayılır<sup>60</sup>.

Ehliyetin kamu düzeninden sayılması nedeniyle burada iptal davası açma hakkı Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün yanı sıra hukuki menfaati olan herkeşe ait olacaktır<sup>61</sup>. Yine aynı gerekçeyle, iptal davasını sınırlayan bir hak düşürücü süre de bulunmaz. Ehliyetsizliğe dayanan vakfın iptali davası, MK m. 2 hükmü saklı kalmak üzere her zaman açılabilir.

### 3. Temsil yetkisinin eksikliği

Ölüme bağlı tasarruflarda temsil mümkün değilken, sağlararası vakıflar açısından temsil için herhangi bir engel yoktur. Nitekim 4721 sayılı Medenî Kanun, yürürlükten kalkan Medenî Kanundan farklı olarak vakıf kurmaya yönelik temsil yetkisine şekil şartı getirirken<sup>62</sup>, temsil yoluyla sağlararası vakıf kurma işleminin yapılabileceğini teyit etmektedir. Kuramsal olarak, vakıf senedi temsilen noter huzurunda düzenlendiği takdirde, bu işlem askıda hükümsüzdür<sup>63</sup>. Ancak vakfın tescil edilebilmesi için vakıf kurucusunun mahkemeye başvurması gerektiğinden, başvuru işleme icazet anlamına gelecek; aksi olası-

---

malvarlığının kurulmuş bir vakfa tahsis edilmesi kararı verebilir. Ayrıca VY m. 5 gereğince, tüzel kişinin kuruluş işleminde vakıf kurmanın öngörülmüş olması veya yetkili organın bu hususta karar almış olması da aranmaktadır.

<sup>58</sup> Dava şartı olarak da ayırt etme gücünün varlığı aranacaktır (HMK m.114/I(d)).

<sup>59</sup> Bununla birlikte sağlararası işleme vakıf kuruluşu söz konusu olduğundan, bu kişilerin vakıf kurma işleminden dönmesi mümkündür. Benzer şekilde: **Doğan**, Vakıf Kuruluşu, s. 49, ancak yazar vakfeden mahkemeye başvurduktan sonra tescil isteminden feragat edilemeyeceği görüşündedir.

<sup>60</sup> Bu çerçevede, vakfın tesciliyle birlikte MK m. 449 hükmüyle tam ehliyeti bulunmayanlar için öngörülmüş sağlararası işleme vakıf kurma işlemi yasağı, etkisini iptal davası sebebi olarak gösterebilecek, ehliyet dışı vakıf kurma işleminin bu durumu tescilden sonra başkaca nazara alınmayacaktır.

<sup>61</sup> Manevi veya ailevi menfaatler ilgili sayılmaya yeterli olabilir. Genel anlamda ilgili sayılmayacak kişiler de Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne dava açılması için başvuruda bulunabilir. Yürürlükten kalkan MK m. 81 bağlamında: **İşeri**, s. 211; İsviçre'de: **Egger**, m. 88/89, N. 5

<sup>62</sup> Böylece asıl işlemin şekle tabi olması durumunda verilecek temsil yetkisinin şekle tabi olup olmayacağı hususundaki tartışmanın dışında kalınarak, bu nokta netleştirilmektedir. Tartışma hakkında: **M. Murat İnceoğlu**, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul, 2009, s. 139 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, §46 N. 60

<sup>63</sup> Tek taraflı işlemler bakımından da yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulanacağı ve konudaki farklı görüşler hakkında: **İnceoğlu**, s. 371 vd.

lıkta da vakfın tescil edilmesi söz konusu olamayacaktır. Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün başvurusu üzerine yargısal süreç başlamış olsa dahi, vakfedenin dinlenilmesi, temsil söz konusu olduğundan, gerekli sayılmak gerekir (VT m. 3/IV).

Pratik olarak gerçekleşme olasılığı düşük olsa da, vakfeden dinlenilmeden vakfın tesciline karar verilirse, iyileştirici etki tekrar uygulama alanı bulur. Zira vakfın kurulmasını engelleyen bir geçersizlik sebebi söz konusudur. Vakfeden bu olasılıkta, ehliyete ilişkin açıklamalarda belirtildiği gibi her zaman<sup>64</sup> iptal davasını açabilecektir. Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün yanında, hukuki menfaati bulunan ilgililer de iptal davasını açmaya yetkili kabul edilmek gerekir. Zira temsil yetkisinin eksikliği halinde söz konusu olan askıda hükümsüzlük ve işleme icazet verilmemesi durumunda gerçekleşen kesin hükümsüzlük kural olarak hukuki menfaati bulunan herkes tarafından ileri sürülebilmektedir. Bu davada, vakif kuruluşuna ilişkin olarak yetkisiz olarak temsil edilmiş olan vakfedenin bu işleme açık veya örtülü bir şekilde<sup>65</sup> icazet verip vermemesi belirleyici olacaktır. İcazetin varlığı veya yokluğuna ilişkin bir sonuca varılmıyorsa, yetkisiz olarak temsil edilmiş vakfedenin dinlenilmesi ve bu beyana göre sonuca varmak lazım gelir.

#### 4. Şekle aykırılık

Sağlararası işlemle kurulan vakıflarda, MK m. 102 gereği vakıf senedinin noter tarafından düzenlenmesi gerekir. MK m. 107 uyarınca sonradan giderilebilecek şekle aykırılıklar dışında, vakıf senedinin şekil şartına aykırı olması da işlemin kesin hükümsüzlüğü sonucunu doğurur<sup>66</sup>. MK m. 103/II hükmü bu olasılıklarda da iyileştirici etkisini gösterir ve vakıf senedinin resmi şekilde düzenlenmemiş olması ancak bir iptal sebebi olarak değerlendirilebilir<sup>67</sup>. Şekil şartının düzen sağlamanın yanı sıra işlemi yapan tarafı işlemin ciddiyeti ve sonuçları üzerinde düşünmeye sevk ettiği dikkate alınır, iptal davası açma hakkının Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün yanında ilgili olarak sadece kurucu ile kurucunun külli haleflerine tanınması gerektiği sonucuna ulaşılmak gerekir<sup>68</sup>. Diğer yandan Türk hukukunda genel olarak şekle aykırılığın ileri sürülmesi, zaman yönünden sınırlandırılmamıştır<sup>69</sup>. Bu çerçevede şekle aykırılıktan kay-

<sup>64</sup> İcazetin verilmemesiyle oluşan hukuki durum, her zaman ileri sürülebileceği gibi işleme icazet verip vermeme bakımından da herhangi bir sınırlamaya kanunda yer verilmemiştir: **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, §49 N. 5

<sup>65</sup> Kural olarak temsil yetkisi şekle tabi ise, verilecek icazet de aynı şekle tabi olmak gerekir (**İnceoğlu**, s. 399; **Kocayusufpaşaoğlu**, §49 N. 15; ATF 75 II 342; JdT 1950 I 366). Ancak borçlar hukuku işlemlerine ilişkin bu kuralın doğrudan doğruya uygulanması mümkün değildir. Temsil yetkisinin eksikliği tescilden sonra bir iptal davası sebebine dönüştüğünden, teknik olarak söz konusu olan iptal davası haktan feragattir ve bu feragat işlemi herhangi bir şekle tabi olmayacaktır.

<sup>66</sup> **Hatemi**, s. 243; Vakfa taşınmaz özgülmesi durumunda vakıf senedinin tapu sicilinde yapılması konusunda öğretide farklı görüşler sürülmüştür: **Saymen**, s. 465; **Veli-dedeoğlu**, s. 246

<sup>67</sup> Karş. **Dural/Öğüz**, s. 346 dn. 425

<sup>68</sup> Kaldı ki genel olarak şekle aykırılığın mutlak anlamda bir kesin hükümsüzlük yaratmayacağı yönünde de görüşler öğretide ileri sürülmektedir. Bu görüşler hakkında bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, §29 N. 2 vd.

<sup>69</sup> Şekil şartına aykırı ölüme bağlı tasarrufların iptalindeki hak düşürücü süre burada kıyasen uygulanamayacaktır. Zira bu husustaki düzenleme ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlük rejimi için özel olarak öngörülmüştür. Genel bir kıyasa elverişli değildir.

naklanan iptal davasında da bir süre sınırı olmayacaktır, fakat kurucuların bunu ileri sürmesi halinde MK m. 2'ye dayanılarak iptal talebinin reddedilmesiyle diğer olasılıklara nazaran daha sık karşılaşılabılır<sup>70</sup>.

## 5. İrade bozuklukları

Gerek sağlararası işlem olarak kurulmuş olsun, gerekse ölüme bağlı tasarruf olarak kurulacak olsun, vakıf kurucu işlem yöneltmesi gerekmeyen<sup>71</sup> bir irade beyanından oluşur. Bu itibarla sağlararası işlemlerde vakfın tescil edilmesine kadar, ölüme bağlı tasarrufla kurulan vakıflarda miras açılana dek bu işlemin serbestçe geri alınması mümkün olduğundan, irade bozukluğunun<sup>72</sup> kurucu işlemi etkilemesi vakfın tescilinden<sup>73</sup> sonra dikkate alınmayı gerektiren bir hukuki sorun olur<sup>74</sup>.

Vakfın kurucu işleminin irade bozukluğu ile etkilenmiş olması, tescil gerçekleştirildikten sonra vakıf tüzel kişiliğinin kazanılmasına engel oluşturmaz. Bununla birlikte, bu irade bozuklukları MK m. 103/II bakımından bir iptal davası sebebi oluşturacaktır. Ancak ilgili düzenleme, irade bozukluklarına ilişkin olarak genel hükümlere nazaran daha dar bir şekilde uygulanmalıdır, aksi takdirde genel hükümlerle öngörülen hükümsüzlük rejiminden daha geniş bir şekilde vakfa sona vurma olanağı tanınmış olacaktır. Oysaki MK m. 103/II ile gelen iyileştirici etkinin temel işlevi, tüzel kişinin ayakta tutulmasını sağlamaktır.

Bu kapsamda irade bozukluğu nedeniyle iptal davası açma hakkı sadece vakıf kurucusu ile külli haleflerine ait olacaktır. İrade bozukluğunu ileri sürme hakkı, irade bozukluğuna uğrayan işlem tarafına aittir. İşleme taraf olmayan üçüncü kişilerin ilgili sıfatıyla, vakfın iptalini dava etmesi mümkün olmamalıdır. Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne de aynı gerekçelerle iptal davası açma hakkı tanınmayacaktır<sup>75</sup>. Ayrıca kurucunun, tescilden sonra da açık veya örtülü şekilde icazet vermek suretiyle iptal sebebinin ortadan kaldırmış ve böylece iptal davası hakkında feragat etmiş olabilir. İptal davası için de TBK m. 39/1 hükmünde yer alan hak düşürücü süreler kıyasen uygulanmak gerekir<sup>76</sup>.

<sup>70</sup> Nitekim Yargıtay yürürlükten kalkan Medeni Kanun döneminde vakıf senedinin şekle aykırılığının vakıf kurucusu tarafından ileri sürülmesinin MK m. 2'ye aykırı olacağı yönünde karar vermiştir: Yarg. 6. HD., 7.12.1973, 5440/4803 (Kazancı)

<sup>71</sup> Bu nedenle vakıf kurulmasında muvazaa da söz konusu olamaz: **Hatemi**, s. 257. Vakıf kurma işlemi tam iki taraflı bir sözleşme de olmadığından aşırı yararlanmaya ilişkin bir geçersizlik sebebinin doğması olanaksızdır. Öte yandan, yöneltmesi gerekmeyen bir irade beyanı olmadığı gerekçesiyle temel hatası olarak sayılmayacak saik hatalarının iptal davası hakkı vereceği da kabul edilmemelidir. Zira bu durumda vakfın akıbeti son derece belirsiz şekilde kurucunun ellerine bırakılmış olur. Bu yönde: **Hatemi**, s. 257; **İşeri**, 142; **Doğan**, s. 99

<sup>72</sup> Bu bozukluğun pratik olarak hata haliyle gerçekleşebileceği yönünde: **Hatemi**, s. 257

<sup>73</sup> Vakıf kurucusu tescil isteminde bulunduğu takdirde irade bozukluğundan haberdarsa ve irade bozukluğunun etkisinde değilse, bu istem artık örtülü icazet sayılmak gerekir: **Hatemi**, s. 256

<sup>74</sup> **Hatemi**, s. 256

<sup>75</sup> Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD., 18.2.1954, 8110/923 (**Ballar**, s. 382): "Bankanın İdare Meclisinin vakıf muamelesini yaparken hataya düşmüş olması, ancak nisbi bir butlan sebebi olduğundan, bunu sadece vakfa karşı ileri sürebilir, yoksa vakıf ileri süremez."

<sup>76</sup> Yürürlükten kalkan Medeni Kanunda: **Hatemi**, s. 258

## 6. Ölümüne bağlı tasarrufla kurulan vakıflarda tasarrufun hükümsüzlüğü

Ölümüne bağlı bir tasarruf olarak vakıf kuruluş işlemi de hükümsüz olabilir ve bu çerçevede ölümüne bağlı tasarrufla kurulan vakıflar açısından ayrı bir değerlendirme yapılması icap eder. Çünkü ölümüne bağlı tasarruflar, genel olarak hukuki işlemlerden daha farklı bir geçersizlik rejimine tabi tutulmuştur<sup>77</sup>. Bu bakımdan da kurucu işlemin geçerliliği ölümüne bağlı tasarruflara özgü esaslara göre belirlenebilir<sup>78</sup>.

MK m. 103/II uyarınca iptal davası için sebep oluşturacak ölümüne bağlı tasarrufun geçersizliği, aynı zamanda, MK m. 108 uyarınca mirasçılar için saklı tutulmuş olan düzenlemeden ayrılmak gerekir<sup>79</sup>. MK m. 108 mirasçılar için ayrı ve özel bir dava imkânı tanımamaktadır; ölümüne bağlı tasarrufla kurulan vakıf nedeniyle saklı payları zedelenen mirasçıların tenkis davası açabileceğini düzenlemektedir<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> **Oğuzman**, s. 185

<sup>78</sup> **Serozan**, Tüzel Kişiler, s. 99 ve ehliyet açısından: s. 93; **Öğüz**, s. 30; **Doğan**, s. 99-100

<sup>79</sup> İsviçre’de muadil düzenleme olan İMK m. 82 hükmü “*Vakfa, bir bağışlama gibi, kurucunun mirasçıları veya alacaklıları tarafından itiraz edilebilir.*” şeklindeyken; yürürlükten kalkan Medeni Kanununun 76. maddesi ise “*Bağışlamada olduğu gibi vakfedenin mirasçıları ve alacaklıları tarafından vakfa itiraz olunabilir.*” ifadesini içermektedir. MK m. 108, bu kapsamda hakların saklı olduğunu belirtmek suretiyle hükümde yeni bir dava hakkı öngörülmediğini vurgulamıştır. Bu bağlamda esasen vakfa itiraz şeklinde ayrı bir haktan bahsetmek isabetli olmaz. Ayrıca, edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından MK m. 241 (İMK m. 220) hükmü uyarınca da vakfa karşı dava açılması mümkündür: **Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo**, §17 N. 10.

<sup>80</sup> **Ayan/Ayan**, s. 281; **Akipek/Akintürk/Ateş-Karaman**, s. 684-685; **Öğüz**, s.137-138; **Serozan**, II §6 N. 16. Aynı düzenleme için İİK m. 277 vd. hükümleriyle alacaklılara tanınan tasarrufun iptali davasının vakıf kurma işlemi için de açılabilirliğini düzenlemiştir. Şu var ki tenkis veya tasarrufun iptali davalarının kabulü durumunda, vakfa kalacak malvarlığı amacın gerçekleşmesine yetersiz olacağına amacını imkânsızlaşan vakıf infisah eder ve tasfiye sürecine girer (**Dural/Öğüz**, s. 376; **Eisenring**, Art. 82, N. 3; **Grüninger**, Art. 83, N. 4; **Doğan**, s. 142 ve 159; **Oğuz Sadık Aydos**, “Vakfın Sona Ermesi”, İNÜHFD, C. 4, S. 1, 2013, s. 142-143). Kurulmuş tüzel kişinin geçmişe etkili olarak sona ermesi söz konusu olmaz. Bu davalar sonucunda vakfa malvarlığı kalacaksa ve bu malvarlığı amacı gerçekleştirilmeye yeterli ise vakfın varlığını muhafaza eder. Bu itibarla MK m. 108 hükmü çerçevesinde açılan davaların vakıf tüzel kişiliğinin sona ermesine yönelik etkisi dolaylıdır. Vakıf, varlıklarını üçüncü kişilere devretmişse tenkis davası ve tasarrufun iptali davalarına ilişkin ilkeler uygulama alanı bulur. Bu çerçevede tasarrufun iptali davasında kötünietli üçüncü kişiler İİK m. 282 gereği sorumlu tutulabilirken, tenkis davasında bu olanağın varlığı ve hukuki temeli tartışmalıdır (Ayrıntılı bilgi: **Dural/Öz**, s. 283-284). Öte yandan kural olarak tasfiye alacaklıları önce gelmekle birlikte, bu esas vakfın bu davalar sonucunda infisah etmesi halinde tasfiye alacaklıları ile tasarrufun iptali veya tenkis davası davacıları arasındaki ilişkide de kabul edilmek gerekir. MK m. 108 düzenlemesinin temel işlevi, vakıf kurma işleminin tenkis ve tasarrufun iptali davası açısından değerlendirileceğini hüküm altına almıştır. Tenkis davası yönünden: **İşeri**, s. 128; Sağlararası işlemle kurulan vakıflar bakımından bu yönde: **Eisenring**, Art. 82, N. 2; **Hans Michael Riemer**, CS – Commentaire Stämpfli: Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60-89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52-59 ZGB), 2012, Art. 82, N. 3. Bununla birlikte pratik olarak fazla bir uygulama alanı yoktur: **Riemer**, CS-Art. 82, N. 2; Genel hükümlerle tanınan imkânlar nedeniyle bu düzenlemeye ayrıca dayanılmasına gerek duyulmadığı şeklinde: **Vez**, Art. 82, N. 8 vd. Ölümüne bağlı tasarrufun iptali davalarının da bu kapsama girdiği yönünde: **Aydos**, s. 142; **Ballar**, s. 377; Yürürlükten



Öncelikle işaret etmek gerekir ki ölüme bağlı tasarruf herhangi bir şekilde iptal davasıyla hükümsüz kılınmazsa, MK m. 103/II kapsamında bu nedenle herhangi şekilde vakfa karşı iptal davası yönelilemez. Bu olasılıkta vakıf kurucu işlem geçerliliğini muhafaza etmiş olmaktadır. Çünkü ölüme bağlı tasarruflar, kural olarak iptal edilmedikleri takdirde hüküm ifade eder<sup>81</sup>.

Vakıf kurmayı içeren ölüme bağlı tasarruf, MK m. 557 vd. hükümleri uyarınca iptal edilince<sup>82</sup>, vakıf kurma işlemi hükümsüz hale gelir<sup>83</sup>. Zira bu davada verilen mahkeme kararı geçmişe etkili olarak yenilik doğurucudur. Ölüme bağlı tasarruf herhangi bir hüküm doğurmaz. Bu çerçevede ölüme bağlı tasarrufun iptal edilmesinden sonra vakıf tescil edilmişse, tescili engelleyen bir sebep olarak bu durum MK m. 103/II hükmü gereğince süre sınır olmaksızın iptal davası açma olanağı verir.

Vakıf tescil edildikten sonra da, ölüme bağlı tasarrufun iptali dava edilebilir<sup>84</sup>. Bu davada iptal yönünde karar verilmişse, vakıf kurucu işlem yine hükümsüz hale gelir. Bu durumda da MK m. 103/II uyarınca vakfın iptali istenebilir. Zira geçmişe etkili olan bu kararlar vakfın kurulmasını engelleyen bir sebep gerçekleşir. Çünkü ölüme bağlı tasarrufun iptali, sadece bu işlemi hükümsüz kılar. Oysa bu işlem hükümsüz olsa da MK m 103/II gereği vakıf kendiliğinden sona ermez. Vakfın tescil edilmiş olmasından kaynaklanan iyileştirici etki hükmünü sürdürür.

Bu itibarla, vakfın MK m. 103/II uyarınca iptali ile MK m. 557 vd. gereği ölüme bağlı tasarrufun iptali birbirinden nitelik ve sonuçları bakımından tamamen ayrı davalardır. Biri ölüme bağlı tasarrufu geçmişe etkili olarak<sup>85</sup> sona erdirirken, diğeri vakıf tüzel kişisini ileriye etkili şekilde sona erme sürecine

---

kalkan Medeni Kanun bakımından saklı paylı mirasçılardan tenkis veya iptal davası açabileceği şeklinde: **Öztan**, s. 127; **Velidedeoğlu**, s. 248. Dava sonucunda vakfın sona ermesinin mutlak bir sonuç olmadığı, amacın veya yönetim organlarının değiştirilmesine de karar verilebileceği görüşünde: **Vez**, Art. 82, N. 3

<sup>81</sup> **Fikret Eren**, Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara, 1966, s. 130; Karş. JdT 1972 I 162, Bu kararda Federal Mahkeme geçersiz ölüme bağlı tasarrufa dayalı olarak kurulan vakfın hükümsüzlüğünün her zaman ileri sürülebileceğini kabul etmiştir. Bunun gerekçesi ise iptale tabi hükümsüzlük sebeplerinin kanunda sınırlı olarak sayılmış olması, somut olayda yer alan geçersizlik nedeninin (vakıf kuruluşunun bağlayıcı bir ölüme bağlı tasarruf olarak düzenlenmesi) işlemin genel hükümler çerçevesinde kesin hükümsüzlüğe yol açacak olmasıdır. Ölüme bağlı tasarruf, kesin hükümsüz veya yok hükmünde sayıldığı takdirde, işleme karşı ayrıca bir dava açılmış olması gerekmez.

<sup>82</sup> Davanın Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne de yönetilmesi gerektiği görüşünde: Yarg. 2. HD., 9.6.1972, 3826/3689 (**Oğuzman**, s. 191 dn. 500). Buna karşılık vakıf henüz tescil edilerek tüzel kişilik kazanmadıysa bu durumda davalı tarafta sadece Vakıflar Genel Müdürlüğü bulunacaktır.

<sup>83</sup> Benzer şekilde: **Kılıçoğlu**, s. 551

<sup>84</sup> Ölüme bağlı tasarrufla kurulması hedeflenen vakfın amacı hukuka veya ahlâka aykırı ise, bu tasarruf iptal edilmemiş de olsa bu husus tescil başvurusunun reddini gerektirir: **Dural/Öğüz**, s. 352; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 398. Öte yandan ölüme bağlı tasarrufun iptali ile birlikte vakfın iptali de objektif dava birleşmesi şeklinde dava edilebilir.

<sup>85</sup> **Dural/Öz**, s. 231; **Serozan/Engin**, §4 N. 254; **Oğuzman**, s. 195; **Eren**, s. 138; Ayrıca: **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 341

sokmaktadır. Ancak MK m. 103/II uyarınca bu sebeple dava açılabilmesi için öncelikle MK m. 557 vd.'na göre vakfı kuran ölüme bağlı tasarrufun iptal edilmesi lazım gelir<sup>86</sup>. Bu olasılıkta, ölüme bağlı tasarruf iptal edildikten sonra vakfın iptali için açılacak dava için herhangi bir süre kısıtlaması söz konusu değildir. Bu durumda da iptal davası açmak herhangi bir süreye tabi olmayacaktır<sup>87</sup>. Ancak davacı sıfatının sahipliği bakımından ölüme bağlı tasarrufların özelliği dikkate alınmak gerekecektir. Ölüme bağlı tasarrufun iptali, salt davanın tarafları arasında hüküm doğurur<sup>88</sup>. Bu nedenle ölüme bağlı tasarruf gerek vakfın tescilinden önce gerekse sonra iptal edilmiş olsun, MK m. 103/II uyarınca vakfın iptaline ilişkin davayı açmak sadece ölüme bağlı tasarrufu iptal ettirmiş kişiye ve yasal düzenleme gereği Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne ait olacaktır.

#### IV. Sonuç

Medenî Kanun m.103/II hükmünde yer alan düzenleme, sistematik açıdan örtülü bir şekilde de olsa vakıf tüzel kişiliğinin doğumu ve vakıf kurma işleminin geçerliliği arasındaki ilişkide önemli bir ilkeyi Türk hukukuna somut olarak getirmektedir.

Mahkemeye vakfın tescili için başvurulduğunda yapılacak denetim vakıf kurma işleminin de geçerliliğinin incelenmesini sağlar. Bununla birlikte tescil isteminin kabulü çekişmesiz yargı işidir ve bu karar kesin hüküm oluşturmaz. MK m. 103/II, öngördüğü iptal davası ile amaçtaki imkânsızlık ya da hukuka veya ahlâka aykırılık dışında, vakfın tescil edilmesi halinde tüzel kişiliğin doğacağını hüküm altına almaktadır. Böylece vakıf kurma işlemini geçersiz kılan sebeplerin daha sonra ileri sürülüp sürülemeyeceği, vakıf tüzel kişiliğine bu sebeplerin etkisi, vakıf kurulmuşsa nasıl sona ereceği gibi pek çok sorunun ortaya çıkması engellenmekte olup üçüncü kişilerin korunması sağlanmaktadır. Bir başka deyişle MK m. 103/II vakfın tesciline iyileştirici bir etki tanımaktadır.

Buna karşılık MK m. 103/II mutlak bir iyileştirici etki sağlamamaktadır. Hükümle birlikte, vakfın kurulmasını engelleyen sebeplerin varlığının iptal davasına konu edilebileceği kabul edilmiştir. Bu şekilde vakfın mahkeme kararıyla sona erdirilmesi mümkün kılınmıştır. Açılan iptal davasının kabulüne ilişkin olarak verilen kararın kesinleşmesiyle birlikte vakıf ileriye etkili olarak sona erer ve özgüleme kuralı hariç olmak üzere genel hükümler çerçevesinde tasfiye edilmek gerekir. Dava açma süresi ve davacı sıfatı bakımından ise hükmün lafzına karşın her bir olası geçersizlik sebebine göre ayrı bir değerlendirme yapılmak gerekir.

<sup>86</sup> Bu davada artık vakıf tüzel kişiliği doğmuş olduğu için davalı sıfatı vakfa ait olacaktır. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 343; **Dural/Öz**, s. 233; **Ballar**, s. 380; Ayrıca Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün de davalı olması gerektiği Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Bu konuda: **Oğuzman**, s. 191, dn. 500

<sup>87</sup> Bununla birlikte iptalden sonra uzun süre vakfın iptaline yönelik dava açılmamış olması, bu davanın daha sonra açılmasına MK m. 2 uyarınca engel olabilir.

<sup>88</sup> **Dural/Öz**, s. 231; **Oğuzman**, s. 195; Ayrıca: **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 341; **Eren**, s. 138 vd.; Yarg. İç. BK., 7.12.1955, 16/25

## **KISALTMALAR**

<b>Art.</b>	: Article/Artikel
<b>ATF</b>	: Arrêts du Tribunal Fédéral
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>BATİDER</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>dn.</b>	: Dipnotu
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HMK</b>	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>İBK</b>	: İsviçre Borçlar Kanunu
<b>İİK</b>	: İcra ve İflas Kanunu
<b>İMK</b>	: İsviçre Medenî Kanunu
<b>İNÜHFD</b>	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>İTST</b>	: İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü
<b>İÜHFM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>JdT</b>	: Journal des Tribunaux
<b>Kazancı</b>	: Kazancı Çevrimiçi Hukuk Bilgi Bankası
<b>KHÜHFD</b>	: Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>m.</b>	: Madde
<b>MHAD</b>	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
<b>MK</b>	: Medenî Kanun
<b>N.</b>	: Paragraf/Kenar Numarası
<b>REPRAX</b>	: Droit des sociétés et droit du registre du commerce: revue de la législation et de la pratique
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>TBK</b>	: Türk Borçlar Kanunu
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu
<b>vd.</b>	: Ve devamı
<b>VT</b>	: Türk Medenî Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük
<b>VY</b>	: Vakıflar Yönetmeliği
<b>Yarg.</b>	: Yargıtay

**KAYNAKÇA**

**Aebersold, Thomas**, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch: OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 2011

**Akın, Murat Yusuf**, “İsviçre Hukuku örneğinde Türk Medeni Kanunu Madde 47/II ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde 353 üzerine düşünceler”, BATİDER, C. 26, S. 1, 2010

**Akipek G., Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş-Karaman, Derya**, Türk Medeni Hukuku – Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul, 2012

**Akipek Öcal, Şebnem**, “Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflarla İlgili Mevzuatta Değişiklikler ve Yenilikler”, KHÜHFD, C. 4, S. 1, 2016

**Aksoy Dursun, Sanem**, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler”, İÜHFMD, C. 66, S. 2, 2008

**Akünel, Teoman**, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1988

**Alışkan, Murat**, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul, 2007

**Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen**, Kişiler Hukuku, Konya, 2015

**Aydos, Oğuz Sadık**, “Vakfın Sona Ermesi”, İNÜHFD, C. 4, S. 1, 2013

**Bahtiyar, Mehmet**, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul, 2001

**Ballar, Suat**, Yeni Vakıflar Hukuku, İstanbul, 2015

**Bauen, Marc/Bernet, Robert/Rouiller, Nicolas**, La société anonyme suisse, 2007

**Baygın, Cem**, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, AÜEHFD, C. 4, S. 1-2, 2000

**Berki, Şakir**, “Vakıflar”, AÜHFD, C. 38, S. 1-4, 1988

**Chaix, François**, Commentaire Romand: Code Civil II, 2016

**Demirsatan, Barış**, “Hukuka Aykırı Tasfiyenin Tüzel Kişiliğe Etkisi”, İÜHFMD, C. 74, S. 2, 2016

**Doğan, Murat**, Vakıflarda Mal Varlığı, Ankara, 2000

**Doğan, Murat**, “Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Vakıf Kuruluşu ve Vakıfların Mal Varlıkları”, KHÜHFD, C. 4, S. 1, 2016 [Vakıf Kuruluşu]

**Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan**, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2016

**Dural, Mustafa/Öz, Turgut**, Miras Hukuku, İstanbul, 2015

**Egger, August**, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi – Kişinin Hukuku, İkinci Kısım Tüzel Kişiler mad. 52-89, Çeviri: Av. Volf Çernis, Ankara, 1949

**Eisenring, Martin**, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, 2012

**Ekecik, Şükran**, “Vakıfların Kuruluşu Sürecine Dair Yargılama Hukuku Sorunları”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. I, Ankara, 2014

**Erçin, Ferhat**, “Vakıf Hukukunda Vakfedenin Amacının Önemi”, Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, Yıl 25-26, S. 1-2 (Prof. Dr. Aslan Gündüz'ün Anısına Armağan), 2005-2006

**Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012

**Eren, Fikret**, Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara, 1966

- Ergüne, Mehmet Serkan**, Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008
- Ergüne, Mehmet Serkan**, Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul, 2012
- Güneri, Hasan**, Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri, Ankara, 1976
- Hatemi, Hüseyin**, Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul, 1969
- Hatemi, Hüseyin**, “Önceki Hukukumuzda ve Türk Medeni Hukukunda Vakıf Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Düşünceler”, MHAD, C. 11, S. 14, 1977
- Hausheer, Heinz/Aebi-Müller, Regina E.**, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern, 2008
- İnceoğlu, M. Murat**, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul, 2009
- İşeri, Ahmet**, Türk Medeni Hukukuna Göre Vakıf, Ankara, 1968
- Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Medeni Hukuk, Ankara, 2016
- Kırca, Çiğdem**, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001
- Kırca, İsmail/Şehirali Çelik, Feyzan H./Manavgat, Çağlar**, Anonim Şirketler Hukuku Cilt I, Ankara, 2013
- Kick, Markus**, Die verbotene juristische Person, Friburg, 1993
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm 1: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2014 [Borçlar Hukuku]
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, Miras Hukuku, İstanbul, 1987
- Korkut, Ömer**, “Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksikliklerin Hukuki Sonuçları ve Tescilin Sağlığa Kavuşturucu Etkisi”, MÜHF-HAD, C. 18, S. 2, 2012
- Köprülü, Bülent**, Medeni Hukuk, İstanbul, 1984
- Kuru, Baki**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul, 2016
- Montavon, Pascal**, Abrégé de droit civil Art. 1er à 640 CC/LPart, 2013
- Nomer, Halûk N.**, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2015
- Nomer, Halûk N./Akbulut, Pakize E.**, Medeni Hukuka Giriş Dersleri Bölüm I, İstanbul, 2016
- Oğuzman, Kemal**, Miras Hukuku, İstanbul, 1995
- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe**, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2016
- Öğüz, Tufan**, Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, İstanbul, 2007
- Özsunay, Ergun**, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1978
- Öztan, Bilge**, Tüzel Kişiler, Ankara, 1998
- Pedrazzini, Mario M./Oberholzer, Niklaus**, Grundriss des Personenrechts, Bern, 1989
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet**, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2013
- Piotet, Paul**, “Clause d'un pacte successoral prévoyant la constitution d'une fondation et sa dotation”, JdT 1980 I

**Premand, Viviane**, Les sociétés de famille dans les formes de la société anonyme et à responsabilité limitée, 2010

**Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara, 2015

**Riemer, Hans Michael**, BK - Berner Kommentar Band/Nr. I/3/1: Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52-59 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Bern, 1993

**Riemer, Hans Michael**, CS – Commentaire Stämpfli: Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60-89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52-59 ZGB), 2012

**Riemer, Hans Michael**, BK – Berner Kommentar Band/Nr. I/3/3: Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80-89bis ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Bern, 1981

**Saymen, Ferit Hakkı**, Türk Medenî Hukuku Cilt II: Şahsın Hukuku, İstanbul, 1960

**Serozan, Rona**, Medeni Hukuk, İstanbul, 2015

**Serozan, Rona**, Tüzel Kişiler Özellikle: Dernekler ve Vakıflar, İstanbul, 1994 [Tüzel Kişiler]

**Serozan, Rona/Engin, B. İlkey**, Miras Hukuku, Ankara, 2014

**Tabet, Habib/Leupim, Yvan**, « La fondation de droit suisse au prisme de l'Ordonnance sur le Registre du commerce du 17 octobre 2007 », REPRAX 2/2013

**Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016

**Tuor, Peter/Schynder, Bernhard/Schmid, Jörg/Jungo, Alexandra**, ZGB - Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 2015

**Uyan, Göktürk**, “Miras Sözleşmesindeki İki Taraflı Bağlayıcı Kayıtlı Vakıf Kurulması”, İÜHFİM, C. 65, S. 2, 2007

**Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah**, Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul, 2014

**Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet**, Türk Medenî Hukuku Cilt I/2 Şahsın Hukuku, İstanbul, 1956

**Vez, Parisima**, Commentaire Romand: Code Civil I, 2010

**von Büren, Roland/Stoffel, Walter A./Weber, Rolf H.**, Grundriss des Aktienrechts Mit Berücksichtigung der laufenden Revision, 2011

**Xoudis, Julia**, Commentaire Romand: Code Civil I, 2010

**Yücer, İpek**, “Gerçek Kişilerin Vakıf Kurma Ehliyeti”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. III, İstanbul, 2011

**Yüksel, Sinan H.**, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davasında Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul, 2017

**Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre**, Medeni Hukuk, Ankara, 2000

# ZARAR SİGORTALARINDA SİGORTA ETTİRENİN PRİM ÖDEME BORCUNDA TEMERRÜDÜ\*

(DEFAULT OF POLICYHOLDER IN PAYMENT OF THE PREMIUMS WITH  
REGARDS TO THE NON-LIFE INSURANCE)

**Araş. Gör./ Res. Asst. Barış Demirsatan\*\***

## ÖZ

Bu çalışmada, sigorta ettirenin prim ödeme borcu, borçlu, alacaklı, ifa yeri ve zamanı yönlerinden incelenmiş olup ayrıca temerrüde ilişkin sonuçları tespit edebilmek için sigorta sözleşmesinin ifa süresi ve karşılık ilişkisi bakımından nitelendirilmiştir. Bu çerçevede yetkisiz olarak sigorta ettireni temsil edenin hukuki sorumluluğunun da incelenmesine gerek görülmüş ve esasen kanunen öngörülmüş *culpa in contrahendo* esasına dayalı götürü bir tazminatın öngörüldüğü sonucuna varılmıştır. Diğer yandan, poliçenin tesliminin de prim ödeme borcunun muacceliyeti için bir koşul olmadığı, sigorta ettirene defi hakkı sağladığı kanısına ulaşılmıştır. Nitelendirmenin ardından temerrüdün genel olarak koşul ve sonuçlarına değinilmiş ve Türk Ticaret Kanunu'ndaki temerrüde ilişkin hükümlerin bağlayıcılığı değerlendirilmiştir. Daha sonra, sigorta hi-mayesinin başlangıcından sonraki ve önceki döneme göre TTK m. 1434 hük-münde yer alan sonuçlar açıklanmıştır. Son olarak tam iki taraflı sözleşmelere ilişkin hükümlere tabi tutulan bir sözleşme olarak sigorta sözleşmesinde öde-mezlik definin uygulama alanı bulacağı hususu vurgulanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Sigorta sözleşmesi, Prim ödeme borcu, Sigorta etti-renin temerrüdü, Ödemezlik defi, Temerrüdün sonuçları

## ABSTRACT

*This paper examines the policyholder's obligation to pay premium, within the context of the concepts of debtor, creditor, place of performance and timing of performance, in addition to the characterizing of an insurance agreement with respect to the performance period and its synallagmatic nature, so as to determine the consequences relating to default. In this respect, the examination of an unauthorized representative's legal liability, who acts on behalf of the policyholder, was necessary and a conclusion has been reached with respect to it that an obligation to compensate in lump sum is foreseen. In addition, it concludes that the delivery of the policy does not constitute a condition for the obligation to pay premium to become due and payable and that such grants the policyholder a right of defense. Following the characterization, the conditions and consequences*

\* Bu makale, 11.4.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşmış olup birinci hakem onayından 18.4.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 21.4.2017 tarihinde geçmiştir.

\*\* İÜHF Medenî Hukuk Anabilim Dalı/İstanbul Üni. Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi, baris.demirsatan@istanbul.edu.tr

of default have been outlined in general. Thereafter, the consequences contained in Article 1434 of the Turkish Commercial Code in accordance with the period that corresponds to before and after the commencement of insurance coverage have been explained. Finally, it has been emphasized that the non-payment exception is applicable.

**Keywords:** Insurance contract, Obligation to pay the premiums, Default of policyholder, Exception of non-performance, Consequences of the default

\*\*\*

### Giriş

Bu çalışmada, Türk Ticaret Kanunu'nda zarar sigortaları başlığı altında düzenlenen sigorta sözleşmelerinde sigorta ettirenin prim ödeme borcunda temerrüdü ve temerrüdün sonuçları incelenmektedir. Prim ödeme borcunun ifasıyla bağlantılı olarak sigortacının, prim borcunun ifa edilmemesi halinde ödemelik define dayanma olanağına da değinilmesi gerekli görülmüştür. Bu itibarla çalışma, esas olarak sigorta sözleşmesine ilişkin genel hükümler arasında yer alan sigorta ettirenin prim ödeme borcunda temerrüdüne ilişkin TTK m. 1434 düzenlemesini konu almaktadır. Yürürlükten kalkan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu dönemine ait tartışmalara<sup>1</sup> ise mevcut düzenleme ve konu karşısında temas etme gereği görülmemiştir.

TTK m. 1434 hükmü, sigorta sözleşmelerinde genel olarak uygulanacak ancak can sigortalarında TTK m. 1502 uygulama alanı bulduğu ölçüde TTK m. 1434 uygulama alanı bulamayacaktır. TTK m. 1502 düzenlemesiyle, bir yıldır yürürlükte bulunan ve bu döneme ilişkin primlerin ifa edilmiş olduğu can sigortası sözleşmelerinde, sigortacının, prim ödeme borcu ifa edilmediğinde sigorta sözleşmesini feshedemeyeceği ve primin ifasını talep edemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu halde sigorta sözleşmesi, sigorta bedelinin ifa edilmiş prime oranla tespit edildiği prim ödemesinden muaf sigortaya dönüşmektedir. Bunun haricinde, primin ifasının yargısal yolla talep edilemiyor olması, bir yıldır yürürlükte kalmış ve bu süreye karşılık gelen primin ifa edildiği can sigortalarında, bu süreden sonraya karşılık gelen prim ödeme borcunu eksik borç kavramına yaklaştırmaktadır.

Burada, öncelikle prim ödeme borcu, konunun gerektirdiği ölçüde açıklanacak, ardından prim ödeme borcunda temerrüde düşmenin sonuçları değerlendirilecektir. Sigortacının prim borcunun ifa edilmemesi nedeniyle ödemelik define dayanma olanağı da incelenecektir.

<sup>1</sup> Bu hususta: **Saibe Oktay**, "537 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin İptalinden Sonra Ortaya Çıkan Durum", Sigorta Hukuku Dergisi, Yıl: 1999, S. 1, s. 7 vd.; **Samim Ünan**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Cilt 1: Genel Hükümler, İstanbul, 2016, s. 356 vd.; **Zehra Şeker**, "Sigorta ettirenin taksitlendirilmiş primi ödeme borcunda temerrüde düşmesinin sonuçları", GSÜHFD, 2002, Yıl: 1, S.1, s. 653 vd.; **Mertol Can**, Türk Özel Sigorta Hukuku, Ankara, 2009, s. 283 vd.; **Mertol Can**, "Sigorta Ettirenin Sigorta Primini Ödeme Borcunu İfade Temerrüde Düşmesinin Sonuçları", [Temerrüt], BATİDER, Cilt 23, S. 1, s. 155 vd.; **Ali Ayli**, Zarar Sigortalarında Prim Ödeme Borcu, İstanbul, 2003, s. 181 vd.



## 1. Prim Ödeme Borcu

### 1.1. Genel olarak

Sigorta sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından olan<sup>2</sup> sigorta ettirenin prim ödeme borcu, sigorta sözleşmesinden doğan asli borçlardandır<sup>3</sup>. Prim, sigorta sözleşmesinin esaslı unsurlarından olduğundan taraflar üzerinde uzlaşma sağlamadığı takdirde sigorta sözleşmesi kurulmaz<sup>4</sup>. Bu çerçevede sigorta priminin belirli veya sözleşme kurulduğu anda belirlenebilir olması gerekir<sup>5</sup>.

Bu borç, sigortacının, zarar sigortalarında sigorta tazminatının, can sigortalarında sigorta bedelini ödeme borcunun<sup>6</sup> karşılığını oluşturur<sup>7</sup>. Nitekim TTK m. 1401 hükmünde yer alan tanımda da primin, sigortacının ediminin karşılığını oluşturduğu ifade edilmiştir.

Prim ödeme borcu, her zaman bir para borcudur<sup>8</sup>. Bu husus TTK m. 1430/I ve II düzenlemelerinden açıkça anlaşılmaktadır. Zira “ödeme” ve “nakden” ibareleri para borçlarına özgüdür. Prim ödeme borcunun, genel hükümler

<sup>2</sup> **Bernard Corboz**, “Le contrat d’assurance dans la jurisprudence récente”, SJ 2011 II, s. 258

<sup>3</sup> **Ayli**, s. 4; **Yvonne Lambert-Faivre**, Droit des Assurances, Paris, 1995, N. 464; Karakteristik edim olarak: **Ünan**, s. 317; Sigorta ettirenin temel edimi olarak: **Kerim Atamer**, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Zarar Sigortaları’na Giriş”, BATİDER, 2011, S. 1, s. 45

<sup>4</sup> **Ali Bozer**, Sigorta Hukuku, Ankara, 1965, s. 132; Ayrıca: **Ünan**, s. 320; Karş. Sözleşmede gösterilmediği halde esaslı unsur yokluğu nedeniyle sözleşmenin geçersiz olabileceği şeklinde: **İrem Aral**, “Sigorta Sözleşmelerinde Prim Ödeme Borcu”, MÜHF-HAD, C. 13, S. 3-4, s. 122; Ayrıca bkz. **Haydar Arseven**, Sigorta Hukuku, İstanbul, 1991, s. 120, Yazar kural olarak sözleşmenin kurulmamış olacağı ancak zorunlu tarifenin söz konusu olduğu hallerde tarifeye zımni gönderme yapıldığı gerekçesiyle sözleşmenin kurulmuş olacağı görüşündedir. Alman hukukunda primin taraflarca serbestçe belirlenebileceği, tutarın kararlaştırılmamış olduğu ihtimallerde sigortacının tarifesinin örtülü kabulünün söz konusu olabileceği şeklinde: **Ulrich Knappmann**, Prölss/Martin-Versicherungsvertragsgesetz: VVG 29. Auflage, 2015, §33 N. 3; **Frank Baumann**, Das neue Versicherungsvertragsgesetz, Freiburg-Berlin-Münih, 2008, s. 93

<sup>5</sup> **Alexandre Guyaz**, “L’assurance de protection juridique dans les dossiers de responsabilité civile / Introduction”, Les relations entre la responsabilité civile et les assurances privées Colloque du droit de la responsabilité civile 2015 Université de Fribourg, 2016, s. 142; **Felix Rajower**, “Die Einforderung von Versicherungsprämien nach VVG”, AJP 2002, s. 502; Karş. **Rayegan Kender**, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, 14. Bası, İstanbul, 2015, s. 174. Yazara göre sigortacının yapacağı ödeme tutarının tayin edilmiş olması halinde, primin tespit edilmiş olması gerekli değildir. Riziko, süre ve bedel nazara alınarak prim belirlenebilir. Şu var ki sigorta priminin en azından her halde belirlenebilir olduğu fikrimizce kabul edilemez.

<sup>6</sup> Zarar sigortalarında sigorta tazminatı, can sigortalarında sigorta bedeli terimleri sigortacının edimini ifade etmek için kullanılan terimlerdir. Bu çalışma esas olarak zarar sigortalarını konu edinse de, sigorta sözleşmesine ilişkin genel olarak yapılan açıklamaların da bulunması nedeniyle, kapsayıcı olması açısından sigortacının ödeme yapma borcu ifadesi kullanılmıştır.

<sup>7</sup> **Şaban Kayıhan**, Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu, Ankara, 2004, s. 93; **Aral**, s. 117; **Huriye Kubilay**, Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, İzmir, 1999, s. 40; **Kender**, s. 235. Belirtmek gerekir ki sigortacının edimini rizikoyu taşıma edimi olarak kabul eden görüş bakımından prim ödeme borcu bu edimle mübadele edilir. Primin, sigortacı tarafından satılan teminatın karşılığı olduğu şeklinde: **Lambert-Faivre**, N. 430

<sup>8</sup> **Kender**, s. 235; **Işıl Ulaş**, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Ankara, 2012, s. 56; TTK m. 1452/II uyarınca TTK m. 1430/II hükmü emredici olup bu maddeye aykırılık halinde kısmi hükümsüzlük söz konusu olmaktadır: **Ünan**, s. 557

itibarıyla ifa yerine veya ifa uğruna eda yolu ile ifa edilebilmesine ilişkin olarak TTK m. 1430/II düzenlemesi, taksitlendirilmiş primlerde dahi ilk taksitin nakden ödenmesi gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla bu düzenlemeden, tarafların ifa yerine ve ifa uğruna edaya ilişkin olarak anlaşmalarının kısıtlandığı anlaşılmaktadır.

Prim borçlusu, taksitlendirilmiş primlerde sonraki taksitleri ifa etmek uğruna<sup>9</sup> kambiyo senedi verebilir<sup>10</sup>. Kambiyo senedi yerine yazılı borç ikrarı verilmesi, alacak temlikli veya senedin ifa yerine verildiğinin kabul edilmesi emredici düzenlemeye aykırılık nedeniyle hükümsüz olur<sup>11</sup>, ilgili prim taksiti ifa edilmemiş sayılır.

Kambiyo senedinin tahsil edilmesiyle prim ödeme borcu da ifa edilmiş olur<sup>12</sup>. İfa uğruna eda söz konusu olduğundan kambiyo senedinin tahsil edilmesi bakımından sigortacı, sigorta ettirene karşı vekil gibi sorumludur<sup>13</sup>. Sigortacının senedi, ifa uğruna eda anlaşmasıyla doğan vekâlet benzeri hukuki ilişkiden kaynaklanan özen borcuna aykırılık nedeniyle tahsil edememesi durumunda TBK m. 192 hükmü uygulanır ve prim borcu özen borcuna uygun davranılması halinde ne ölçüde tahsilat sağlanabilecek ise o ölçüde sona erer. Zira ifa uğruna edada, alacaklının özen borcuna aykırılığı doğrudan doğruya para çevirme süreciyle ilgiliyse, alacaklının özen borcuna aykırılıktan doğan bir zarardan bahisle borçlunun borcu ile söz konusu tazminat alacağını takas etmesi yerine, genel bir ilkeyi ifade eden TBK m. 192 uygulama alanı bulur<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Madde lafzında açıkça tahsil ile ifanın gerçekleşeceği düzenlendiğinden bu konuda bir tereddüt yoktur. Kaldı ki kambiyo senedi verilmesi kural olarak ifa uğruna eda oluşturur, böylece asıl alacak sona ermez (TBK m. 133/II). **Kemal Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2015, N. 1783; **Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya**, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 2015, N. 289; **Fırat Öztan**, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 1997, s. 378-379; **Ünan**, s. 326

<sup>10</sup> Nakden ödeme dışındaki ödeme şekilleri de ancak alacaklının rızası ile geçerlilik kazanabilir. Bu hususta: **Nami Barlas**, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992, s. 9-10

<sup>11</sup> **Kayihan**, s. 94. Ayrıca TTK m. 1452/II hükmüne de dayanılmaktadır: **Kender**, s. 243-244

<sup>12</sup> Bununla birlikte sigortacının, sigorta ettirenin verdiği kambiyo senetlerini hemen reddetmeyerek ifayı kabul etmiş gibi hareket etmesi durumunda, sigortacının riziko gerçekleştigi takdirde sigorta himayesi başlamış gibi sorumlu olacağı yönünde: Yarg. 11. HD., 27.11.1997, 7768/8645 (www.kazanci.com) Karar uyarınca teknik olarak bir tazminat ödenmesi söz konusu olmadığından, BK m. 44 (TBK m. 52) uyarınca indirim yapılması ise hukuki temel bakımından eleştiriye açıktır. Bu hükmün uygulanabilmesi için sigortacının sözleşmeye aykırılıktan ötürü tazminatla sorumlu olduğunun kabulü gerekirdi. Fransız hukukunda bu durumda kambiyo senediyle ödemenin bozucu şarta bağlanmış sayıldığı hakkında: **Lambert-Faivre**, N. 470; Posta çekiyle ödeme yapılan bir olayda İsviçre Federal Mahkemesi prim ödemesinin sigortacı hesabına aktarılmasıyla gerçekleşmiş olacağını kabul etmiştir: **Raymond Jeanprêtre**, "Le paiement de la dette au compte de chèques postaux du créancier", RVJ 1968, s. 260; ATF 55 II 200

<sup>13</sup> Ayrıntılı bilgi için: **Baki İlkay Engin**, "İfa Uğruna Edim", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001, s. 855

<sup>14</sup> **Engin**, s. 856; Ayrıca bu yönde anlaşılabilir şekilde: **Rona Serozan**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2014, §7 N. 35; Aksi yönde takas mekanizmasının kullanılacağı fikrinde: **Ahmet Cemal**, "Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Uğruna Edim", İÜMHAD, C. 3, S. 5, s. 253-254

## 1.2. Sigorta ettirenin prim ödeme borcu ve sigortacının sigorta tazminatı veya bedeli ödeme borcu arasındaki karşılık ilişkisi

Yukarıda ifade edildiği üzere TTK m. 1401 hükmü gereğince prim borcu, sigortacının TTK m. 1427 hükmünde düzenlenen ödeme yapma borcunun karşılığını oluşturur. Bu itibarla, sigorta sözleşmesi kanun gereği tam iki taraflı (*sinallagmatik*) bir sözleşme sayılmaktadır. Şu var ki sigorta sözleşmesini tam iki taraflı kılan, Türk Ticaret Kanunu düzenlemesidir<sup>15</sup>. Salt borçlar hukuku açısından bakıldığında, sigorta sözleşmesinin tam iki taraflı sözleşme sayılması olanaklı değildir<sup>16</sup>. Çünkü prim borcunun karşılığını oluşturan sigortacının sigorta tazminatını veya bedelini ödeme borcu<sup>17</sup> şarta bağlıdır<sup>18</sup>. Riziko (risk) adı verilen şart gerçekleşmedikçe, bu borç doğmaz. Bu şekilde sigorta sözleşmesi yürürlükte kaldığı sürede, şart gerçekleşmediği takdirde, sigortacı tarafından tahsil edilen primlerin iade edilmesi gerekirdi. Zira karşılık (*sinallagma*) ilişkisinde bir edim diğerinin varlık sebebinin oluşturur. Başka bir deyişle karşılıklı edimlerin kaderleri birbirine bağlanmıştır, mesela birinin imkânsızlaşması diğerinin de sona ermesine yol açar (TBK m. 136/II). Nitekim sigortacının asli borcunun, ödeme yapmak olmasının bu sonuca yol açması karşısında, sigortacının asli ediminin tehlikeyi taşıma borcu olduğu ileri sürülmüştür<sup>19</sup>. Bu görüşe göre sigortacının asli edimine, sigortanın türüne göre sigorta tazminatı veya bedelini ödemek için ifaya hazırlık hareketi vasfındaki gerekli olan eylemleri veya işlemleri yerine getirmek dâhil olmaktadır. Böylece sigorta sözleşmesinin tam iki taraflı niteliği genel ilkelerle açıklanabilmektedir. Oysa bu görüş, sigortacının edimini açıklayışı bakımından yapay olduğu kadar ifa ile ifaya hazırlık fiillerini de iç içe geçirmektedir<sup>20</sup>. Bu itibarla sigorta ettirenin prim ödeme ve

<sup>15</sup> Kanunun açıkça düzenlediği hallerde, sigortacının edimine ilişkin tartışmanın kuramsal önemini kaldığı hakkında: **Karl Zieg**, Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, 1994, s. 27

<sup>16</sup> Sigorta sözleşmesinin olağan tam iki taraflı sözleşmelere göre farklılık arz ettiği şeklinde: **Zehra Şeker**, “Sigorta sözleşmesinin hukuki niteliği üzerine”, [Nitelik], Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 1055

<sup>17</sup> **Şeker**, Nitelik, s. 1048 vd.; **Can**, s. 273, Ancak yazar s. 311 vd.’nda sigortacının rizikoyu taşıma borcunun da bulunduğunu belirterek açıklamalarda bulunmaktadır. Karş. **Can**, Temerrüt, 155, dn. 3

<sup>18</sup> **Theo Guhl**, Le Droit Fédéral des Obligations, Çeviri: René des Gouttes, Zürich, 1947, s. 699; **Karş. Bozer**, s. 117. Yazara göre sigortacının borcu doğmuştur ancak ödemesi kanuni şarta bağlıdır. Bu nedenle de sözleşme tam iki taraflı sayılmak gerekir. Benzer şekilde bkz. **Can**, Temerrüt, 155; Oysa burada doğmuş bir borcun ne zaman ödeneceğinin belirlenmesi yani vade söz konusu değildir. Ya şart gerçekleşir ve borç doğar veya şart gerçekleşmez ve borç doğmaz. Şart gerçekleşmeyince ifa edilmiş edimin de iadesi gerekir: **Oğuzman/Öz**, C. II, İstanbul, 2013, s. 354; **Turgut Öz**, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul, 1990, s. 97-98. Sigorta sözleşmesinin şarta bağlı niteliğine ilişkin ayrıntılı tartışmalar için: **Bozer**, s. 121

<sup>19</sup> **Şeker**, Nitelik, s. 1044-1045; Bu görüşte: **Kender**, s. 92 vd.; **Rayegan Kender**, “Zarar Sigortalarında Prim Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”, Hukuk Araştırmaları, 1996, C. 10, S. 1-3, s. 753; **Kubilay**, s. 30; **Arseven**, s. 20; İsviçre hukukunda sigortacının rizikoyu üstlendiğini belirterek tam iki taraflı bir sözleşmenin bulunduğu görüşünde: **Corboz**, s. 247; **Thierry De Mestral**, La prime et son paiement, Lozan, 2000, s. 24 ve dn. 16; Yürürlükteki Türk Ticaret Kanununda bu eğilimin etkisi gözlemlenmektedir. Zira TTK m. 1421 hükmü kenar başlığı, “rizikoyu taşıma yükümlülüğü” şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>20</sup> **Şeker**, Nitelik, s. 1051

sigortacının TTK m. 1427 uyarınca ödeme yapma borçları arasında kanun gereği bir mübadele ilişkisi tesis edildiği ve sigorta sözleşmesinin kural olarak tam iki taraflı sözleşmelere özgü hükümlere tabi tutulması gerektiği sonucunun kabul edilmesi daha uygundur.

### 1.3. Prim borçlusu

Prim borçlusu sıfatı, sigorta sözleşmesinin karşı tarafını oluşturan sigorta ettirene aittir (TTK m. 1430/I)<sup>21</sup>. Sigorta ettiren sıfatına birden fazla sahipse, TTK m. 7 gereği prim ödeme borcundan müteselsilen sorumlu olur<sup>22</sup>.

Para borcu olarak sigorta priminin bizzat sigorta ettiren tarafından ifasında sigortacının menfaati bulunmayacağından üçüncü kişi<sup>23</sup> de prim ödeme borcunu ifa edebilir<sup>24</sup>. Sigortacının üçüncü kişinin ifasını reddetmesi halinde, sigortacı alacaklı temerrüdüne düşer; primin üçüncü kişi tarafından TBK m. 107 uyarınca tevdi edilmesiyle de ifa hükmü doğar<sup>25</sup>.

Başkası lehine sigorta sözleşmelerinde ise TTK m. 1431/IV uyarınca, primin tahsili için yapılan takip semeresiz kaldığında<sup>26</sup> durum sigortalıya bildirilirse ve sigortalı kabul ederse sigorta sözleşmesi kanun gereği sigortalıya devrolur<sup>27</sup>. Böylece borçlu sıfatı da sigorta sözleşmesini devralarak sigorta ettiren sıfatını kazanmış olan başlangıçtaki sigortalıya geçer.

<sup>21</sup> **Ünan**, s. 318; **Kayhan**, s. 137; **Gladys Laffely Maillard**, “Les assurances sur la vie, notamment les assurances de capitaux à prime unique, et leur traitement fiscal”, Archives 66, s. 623; Yarg. 11. HD., 2.3.1978, 893/946 (www.kazanci.com); Sigorta ettiren kavramı hakkında: **Aslıhan Sevinç Kuyucu**, Gemi Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul, 2016, s. 105 vd.

<sup>22</sup> TTK m. 7 benzeri bir hüküm içermeyen İsviçre hukukunda bu durumda ancak İBK m. 143 (TBK m. 162) hükmünde öngörülen şartların gerçekleşmesiyle müteselsil sorumluluğun söz konusu olabileceği hakkında: **Rajower**, s. 502

<sup>23</sup> **Willy Koenig**, Droit des assurances, (Çeviri: André Möckli), Lozan, 1942, s. 55

<sup>24</sup> Fransız hukukunda aynı ilke: **Hubert Groutel**, Droit des assurances (Mémentos) [Kindle Elektronik Kitap formatında], Paris, 2015, N. 2359; Alman hukukunda, borçlunun şahsının önem taşımadığı hallerde üçüncü kişinin ifası mümkündür ancak borcunun itirazı varsa alacaklının ifayı reddetmeye kural olarak hakkı vardır (Al. MK §267). Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu §34 ile, Al. MK §268’in yanında, sigortalı, sigorta tazminatı üzerinde rehin hakkı olan alacaklı ve lehdarın ifasını kabul yükümlülüğü sigortacıya yüklenmiştir: **Knappmann**, §34 N. 1 vd.

<sup>25</sup> **Halil Akkanat**, Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçlar, 1996, İstanbul, s. 98

<sup>26</sup> Takibin semeresiz kalması deyiminden takipte aciz vesikası verilmesi olarak anlaşılması gerektiği hakkında: **Talih Uyar**, “Takip Hukukunda Aciz Vesikası”, TBBD, 2007, S. 70, s. 357; Yarg. İç. BK. 6.11.1971, 5/3: “Ortağa müracaat şartlarından birincisi; şirket aleyhine yapılan icra takibinin semeresiz kalması halidir. (İcra takibinin semeresiz kalması) deyimini, borçlunun yeter miktarda mevcudu bulunmaması nedeniyle alacağın tamamen veya kısmen tahsil olunamamasını, aciz halini ifade eder ki kesin veya geçici aciz belgesi ile ispat olunur.”

<sup>27</sup> **Ünan**, s. 340; İsviçre hukukunda ise İSSK m. 18/II hükmü ile başka hesabına sigorta halinde, taraf olmayan sigortalıdan primlerin tahsil edilebilmesi belli koşullar altında kabul edilmiştir. Kanunun 18/III hükmü ise TTK m. 1431/V düzenlemesine paralel olarak başkası lehine sigorta sözleşmesi kurulduğu hallerde sigorta tazminatı veya bedeli borcu ile prim ödeme borcunun takas edilebileceğini düzenlemektedir. Bu hususlarda: **De Mestral**, s. 45 vd.; **Koenig**, s. 55; **Guhl**, s. 733

Sigorta sözleşmesinin, sigortacı ile sigorta ettirenin yetkisiz temsilcisi arasında kurulması ihtimaline ilişkin olarak TTK m. 1406/I ve II fıkralarında özel hüküm sevk edilmiştir. Buna göre, yetkisiz temsilci ilk sigorta döneminin primlerinden sorumlu iken, yetkisiz olarak temsil edilen sigorta ettiren, sigorta sözleşmesine icazet verebilmektedir. Bu hükümlerden hareket edilerek yetkisiz temsil halinde sigorta priminin borçlusunun yetkisiz temsilci olduğu ve icazet bulunmadıkça bir sigorta dönemi yürürlükte kalacak biçimde sigorta sözleşmesinin kurulduğu kabul edilemez. Burada, kanun tarafından yetkisiz temsilciye yüklenmiş, bir sigorta dönemine ilişkin prim tutarında<sup>28</sup> götürü ve *culpa in contrahendo* kökenli bir tazminat<sup>29</sup> söz konusudur<sup>30</sup>. Aksi halde, kanunda bu şekilde düzenlenmiş haliyle yetkisiz temsil ile kurulmuş sigorta sözleşmesinin varlığını açıklamak olanaksızdır. Zira bu varsayımda, üçüncü kişi lehine kurulmuş bir sözleşme olmamasına karşın; yetkisiz temsilci, tarafı olmadığı sözleşmeden doğan prim ödeme borcunun borçlusu olurken, adına böyle bir sözleşme kurulduğundan haberdar dahi olmayabilecek sigorta ettiren, sözleşmeye taraf olmakta, bu sözleşmeden doğan haklara sahip olmakta, prim ödeme borcu haricindeki borç ve külfetlerine de katlanmaktadır. Bu tablonun, borçlar hukuku ve sözleşmenin kurulmasına ilişkin ilkelerle açıklanması mümkün değildir. Bu itibarla TTK m. 1406/I hükmünün ifade bakımından yerinde olmadığı ifade edilmek gerekir, çünkü sigorta sözleşmesi kurulmuş izlenimini doğurmaktadır.

TTK m. 1406/I, salt yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu düzenler. Bu durumda da, genel hükümlere uygun olarak, yetkisiz temsil ile sigortacı ve sigorta ettiren arasında kurulmuş ve askıda hükümsüz bir sigorta sözleşmesi bulunmaktadır. TTK m. 1406/II uyarınca yetkisiz olarak temsil olunan sözleşmeye icazet vererek, bu sözleşmeye geçerlilik kazandırabilir. İcazet verilmemesi halinde ise işlem kesin olarak hükümsüz olur; ancak TTK m. 1406/III uygulanabilir ise, yani yetkisiz temsilcinin menfaati söz konusu ise, sözleşmeye yetkisiz temsil olunanın icazet verilmemesi halinde sigorta sözleşmesi, sigortacı ile yetkisiz temsilci arasında kurulmuş varsayılır<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Geçerli bir sigorta sözleşmesi kurulması halinde sigortacının elde edeceği edim, bu tutara eşit olduğundan, TTK m. 1406/I hükmünde düzenlenmiş götürü tazminatı aşan zarar tutarının talep edilip edilemeyeceğine ilişkin bir tartışma pratik olarak söz konusu olmayacaktır. Kuramsal olarak, götürü tazminatı aşan tutar bakımından sigortacının talepte bulunma imkânı bulunmak gerekir. Burada amaç, yetkisiz temsilciyi korumak ve sorumluluğunu sınırlamak olmayıp aksine sigortacıyı himaye etmektir.

<sup>29</sup> Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun *culpa in contrahendo* temelli olduğu hakkında: **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm I, İstanbul, 2014, §49 N. 27; **Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016, N. 435. Ayrıca madde lafzında kusura ilişkin bir şart koşulmamaktadır. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu da kural olarak kusura bağlı olmadığından yetkisiz temsilcinin bu madde uyarınca sorumlu tutulması için kusurun gerekmediği kabul edilmelidir. Karş. **Ulaş**, s. 77, Yazar yetkisiz temsilcinin primden dolayı sorumlu olacağını belirtmektedir.

<sup>30</sup> Aksi yönde: **M. Murat İnceoğlu**, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul, 2009, s. 452; Yetkisiz temsilcinin primden sorumlu tutulduğu şekilde: **Atamer**, s. 46. Ayrıca karş. **Zehra Şeker Ögüz/Aslıhan Sevinç Kuyucu**, Yeni Türk Ticaret Kanununda Sigorta Hukuku, İstanbul, 2011, s. 8

<sup>31</sup> Bu konuda toparlama yapmak gerekirse, sigorta ettirenin yetkisiz olarak temsil edildiği bir durumda, temsil yetkisinin eksikliği nedeniyle askıda hükümsüz bir sigorta sözleş-

#### 1.4. Prim alacaklısı

Sigorta priminin alacaklısı, sigorta sözleşmesinin tarafı olarak sigortacıdır. Sigorta sözleşmesinde sigortacı olarak birden fazla sigorta şirketi yer alıyorsa, TBK m. 169 hükmü koşulları gerçekleşmediği takdirde, TTK m. 7 hükmü teselsül karinesini sadece borçluluk bakımından öngördüğünden, sigortacılar primi kısmi alacaklı olarak talep edebilir<sup>32</sup>. Bununla birlikte sigortacıların, adi ortaklık oluşturarak ve bu sıfatla sigorta sözleşmesini sigorta ettirenle kurmaları halinde TBK m. 638/I hükmü nedeniyle elbirliği suretiyle alacaklı sıfatını kazanmış olması mümkündür.

Sigorta primi, sigortacı veya sigortacının temsilcisine<sup>33</sup> eda edilmekle ifa edilmiş olur. Sigortacı, prim alacağını temlik etmişse alacaklı sıfatı primi temellük eden kişiye geçer. Bu durumda, sigorta ettirenin prim borcu ile sigortacının ödeme yapma borcu arasındaki karşılık bağı kırılacağından, prim ödeme borcunda sigorta ettirenin temerrüde düşmesi halinde prim alacağını devralan kişi sadece aynen ifa ve gecikme tazminatı yani prim ödeme borcunun ifası ile temerrüt faizi ve aşkın zararın giderilmesini talep edebilir<sup>34</sup>. Keza alacağını devretmiş sigortacı da, primi talep hakkı bulunmadığından, temerrüde ilişkin aşağıda değinilecek sonuçlara başvuramaz.

#### 1.5. Primin belirlenmesi

Sigorta primini belirlenmesi konusunda taraflar, primin para borcu olması dışında sözleşme serbestisinden faydalanırlar. Prim tutarı, primin değişme koşulları gibi konularda taraflar dilediği düzenlemeyi kabul edebilir. Prim tutarının sigortacılık tekniği uyarınca hesaplanması aktüerya biliminin konusudur<sup>35</sup>. Sigortacılık tekniği bakımından taraflarca kararlaştırılmış prim tutarı-

---

mesi sigortacı ile yetkisiz olarak temsil olunan sigorta ettiren arasında kurulur. Sigorta ettiren icazet verdiği takdirde tümüyle geçerli bir sözleşmenin sonuçları doğar. İcazet verilmediği veya verilmeyeceği anlaşıldığı takdirde, bu sözleşme kesin hükümsüz olur ve yetkisiz temsilci TTK m. 1406/I uyarınca *culpa in contrahendo* esasına göre sigortacıya karşı sorumlu tutulur; bununla birlikte yetkisiz temsilcinin menfaati bulunuyorsa icazet verilmemesi üzerine sözleşmenin sigortacı ve yetkisiz temsilci arasında kurulmuş olduğu farz edilir ve birinci fıkra uygulama alanı bulmaz (TTK m. 1406/III). Bkz. **Zehra Şeker Ögüz**, *Sözleşme Öncesi İhbar Görevi*, İstanbul, 2010, s. 71 vd.

<sup>32</sup> Aynı yönde: **Rajower**, s. 503; Müşterek sigorta hakkındaki hükümde birden fazla sigorta sözleşmesinin yapılması düzenlenmiş iken, tek bir sigorta sözleşmesinde birden fazla sigortacının bulunması durumu açıkça hüküm altına alınmamıştır. Müşterek sigorta hakkında: **Merih Kemal Omağ**, “Özel Sigorta Hukukunda Rizikonun Dağıtılması İlkesi”, İKÜHFD, C. 1, S. 1-2, 2002, s. 104-106; **Kübra Yetiş Şanlı**, “Birden Çok Sigorta”, İÜHF M, C. 63, S. 1-2, 2005, s. 313; **Samim Ünan**, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt II Birinci Bölüm: Zarar Sigortaları*, İstanbul, 2016, s. 175 vd.

<sup>33</sup> Temsil yetkisi bulunmuyorsa, temsilciyle işlem yapanın korunduğu istisnai haller saklı kalmak üzere, ifa sonucu doğmaz. Bu bakımdan acentenin primi tahsil yetkisinin varlığı önem taşır: Yarg. HGK., 3.3.2010, 17-98/120 (www.kazanci.com)

<sup>34</sup> **Vedat Buz**, *Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, [Sözleşmeden Dönme]*, Ankara, 1998, s. 303-304; Ancak karş. **Vedat Buz**, *Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara, 2005, s. 323

<sup>35</sup> Bu çerçevede sigorta edilen riskin oranlı parasal ve orantılı karşılığının prim olduğu şeklinde: **Pierre-Grégoire Marly**, *Droit des assurances (Cours)*, Paris, 2013, N. 18

nın kabul edilmez olmasının, sigorta sözleşmesinin geçerliliği üzerinde bir etkisi yoktur<sup>36</sup>.

Tarafların sigorta primini belirleme hususundaki özgürlükleri Sigortacılık Kanunu'nun 12. maddesinde sigortacı bakımından ifade edilmiştir. Hüküm uyarınca sigorta şirketleri sigorta primlerini belirleme serbesttirler. Buna karşılık zorunlu sigortalara ilişkin tarifelerin, hazine müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan tarafından tespit edilerek Resmi Gazete'de yayımlanacağı düzenlenmiştir. Böylece zorunlu sigortalar bakımından sigorta şirketleri, ilgili tarifeye bağlı olmaktadır. Sigorta şirketi açısından bu durum primin belirlenmesi için idari yönden bağlayıcıdır. Bununla birlikte Sigortacılık Kanunu m. 12'nin, TBK m. 27 anlamında bağlayıcı olup olmayacağı konusunda açıklık yoktur. Başka bir deyişle Resmi Gazete'de yayınlanan tarifeye aykırı şekilde primin belirlendiği sigorta sözleşmesinin akibeti düzenlenmemiştir.

Sigortacılık Kanunu m. 12, sigorta sözleşmesinin içeriğine ilişkin olması nedeniyle bu hükme aykırılık kesin hükümsüzlük sonucunu doğurmalıdır<sup>37</sup>. Tespit edilen tarife, bir yandan sigorta ettirmek zorunda olan kişilerin aşırı prim yüküyle karşılaşmasını engellerken, diğer yandan sigortacıların sürdürülebilir bir prim geliri elde edebilmesini sağlamaktadır. Bu bakımdan da resmi tarifenin sadece idari alanda sonuç doğurmaması gerektiği ifade edilebilir. Sözleşmenin tümüyle kesin hükümsüz sayılması, düzenlemenin amacına aykırı düşer; zira zorunlu sigortanın himayesi sağlanmamış olur. Dolayısıyla burada kısmi hükümsüzlük doğar, prime ilişkin sözleşme düzenlemesi tümüyle hükümsüz olur ve bu hüküm yerine resmi tarife uyarınca üzerinde anlaşılması gereken prim geçer<sup>38</sup>. Bu sonuç, TTK m. 1530/I hükmünün de gereğidir<sup>39</sup>.

### 1.6. Primi ifa zamanı

Borç, kural olarak doğmakla muaccel olur (TBK m. 90). Bu ilke, sigorta primi borcu için de geçerlidir. TTK m. 1431/I<sup>40</sup> uyarınca sigorta primi, sigorta sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte ödenmek gerekir. Aynı düzenlemede kara ve deniz eşya taşıma sigorta sözleşmeleri istisna tutularak, ödemenin sigorta poliçesinin karşılığında yapılacağı belirtilmekle birlikte, poliçenin teslimi<sup>41</sup> muacceliyet koşulu değildir<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> Sigorta tekniğinin primin belirlenmesi bakımından dikkate alınan harici bir unsur olduğu şeklinde: **Marcel Fontaine**, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, Brüksel, 1966, s. 122 vd.

<sup>37</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, §42 N. 24

<sup>38</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, §44 N. 21

<sup>39</sup> Yürürlükten kalkan TTK döneminde muadil düzenleme m. 1466 bakımından: **Veysel Başpınar**, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Ankara, 1998, s. 169; Ayrıca bkz. **Nagehan Kırkbeşoğlu**, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, İstanbul, 2011, s. 223 vd.

<sup>40</sup> İSSK m. 19 uyarınca da aksine anlaşma yoksa sigorta primi sözleşmenin kurulmasıyla muaccel olur.

<sup>41</sup> Poliçenin teslim alınmış olması primin veya prim taksitlendirilmişse ilk taksitin tahsil edildiğine ilişkin bir karine oluşturur. Zira aynı anda ifanın öngörüldüğü tam iki taraflı sözleşmelerde de bir edimin ifa edilmiş olması karşılık edimin alındığına karine oluşturmaktadır. Sigorta sözleşmesinde: **Ulaş**, s. 57-58; Satış sözleşmesi örneğinde: **Cevdet Yavuz**, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, 2014, s. 219, Yarg. 19. HD., 4.5.2010, 10591/5483: "B.K.nun 182/2.maddesi uyarınca "Hilafına adet veya mukavele mevcut değil ise satıcı ile alıcı borçları aynı zamanda ifa etmekle mükelleftirler". Bu-

Police düzenlenmesi ve teslimi, sigortacının yan borçlarından birisini oluşturur (TTK m. 1424). Poliçenin tesliminin muacceliyet koşulu olarak kabul edilmesi yerinde olmaz. Bu, bir muacceliyet koşulu olsa idi primin sözleşme kurulduğu anda ödeneceğinin belirtilmesine yasadaki gerek duyulmazdı; primin, poliçe teslim edildiğinde ödeneceğini ifade etmek yeterli olurdu. Kanun koyucu bu düzenleme ile poliçenin teslim borcu ifa edilmediği takdirde, sigorta ettirene, ödemezlik defii benzeri<sup>43</sup> primi ifadan kaçınma defii sağlamaktadır<sup>44</sup>. Sigorta ettiren bunu ileri sürdüğü takdirde, geçmişe etkili olarak defii sonuç doğuracak, sigortacının ifa ve ifaya ilişkin tüm istemleri defii ile bastırılmış olacaktır<sup>45</sup>.

Taraflar, primin taksitle ödenmesini de kararlaştırabilir. Bu durumda yukarıdaki açıklamalar salt ilk taksit için geçerli olur. Sözleşme taraflarının primin muacceliyetine ilişkin olarak yaptığı anlaşmaların, taksitlerin vadelerinin, yasadaki ifadeyle ödeme zamanının, taksitlerini tutarının ve temerrüdün sonuçlarının poliçe ile birlikte yazılı olarak verilmesi yahut poliçeye derç edil-

---

na göre asıl olan peşin satıştır. Peşin satışta mal ve satış bedelinin aynı anda verildiğine dair yasal karine mevcuttur .... Bu durumda mahkemece somut olay bakımından ispat külfetinin yasal karinenin aksini iddia eden davacıda olduğu gözetilmeden ispat külfetinin tayininde yanılıya düşülerek ...." (www.kazanci.com); Karş. **Kender**, s. 240, dn. 166

<sup>42</sup> Aksi yönde: **Ünan**, s. 334; **Kayıhan**, s. 149; **Ulaş**, s. 78; **Aral**, s. 132; **Can**, s. 281; **Sammim Ünan**, Hayat Sigortası Sözleşmesi, İstanbul, 1998, s. 110; **Arseven**, s. 122; **Kender**, s. 240. Yazar poliçenin teslimi ile birlikte muacceliyet ve temerrüdün gerçekleşeceğini kabul etmektedir. Yazara göre poliçe teslim edilirken primin tahsili de talep edilecek ve bu da temerrüt ihtarı hükmünde olacaktır. Türk öğretisinde poliçenin teslim edilmesinin muacceliyet koşulu olarak kabul edildiği hakkında: **Rayegan Kender**, "Poliçe verme yükümlülüğüne aykırılıktan doğan hukuki sonuçlar", [Poliçe verme yükümlülüğü], Sigorta Hukuku Dergisi, 1997, s. 10; Karş. **Ayli**, s. 66 vd. ve 140, Yazar sigorta ettirenin defii niteliğinde olan hapis hakkı benzeri bir primi alkoyma hakkının bulunduğu fikrindedir.

<sup>43</sup> Ödemezlik defii salt karşılık ilişkisi içindeki edimler hakkında kullanılabilir (Hangi edimlerin ödemezlik definin kapsamına gireceğine ilişkin olarak güven ilkesinden faydalanılacağı hakkında bkz. ve karşı. **Serozan**, §6 N. 19; **Herdem Belen**, 6098 sayılı Borçlar Kanunu (Kısa Şerh), İstanbul, 2014, s. 205). Yasal düzenleme ile yan borç olan poliçenin teslimi sanki karşılık ilişkisindeymiş gibi sigorta ettirenin prim ödeme borcunu ifa etmekten kaçınmasını sağlamaktadır. Karş. Asli edimin ifa edilmemesi söz konusu olmadığından ödemezlik definin uygulanamayacağı görüşünde: **Ayli**, s. 65

<sup>44</sup> Karş. **Kayıhan**, s. 152, dn. 272, Yazar burada karşılıklı edimler arasında ilişki olmadığından ödemezlik definin söz konusu olmadığını kabul etmektedir. Şu var ki yazarın kabul ettiği görüş uyarınca sigorta primi muaccel olmadığından itiraz söz konusu olması gerekmektedir, defii tartışmasına yer olmamaktadır. Şu var ki öğretilerde bir görüş ödemezlik definin varlığının alacağın muacceliyetine engel olacağını savunmaktadır. Sigorta hukukundaki hâkim görüş, bu şekilde gerekçelendirilebilse de defii hakkının kendiliğinden sonuç doğurması defii hakkının doğasıyla uyumsuzdur. Dolayısıyla bu açıdan da poliçenin teslim edilmemesi olmasının prim ödeme borcunun temerrüdüne engel olacağı savunulamaz. Bu hususta: **Oğuzman/Öz**, C. I, N. 1115; **Haluk N. Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2015, s. 340; **Barlas**, s. 73-74

<sup>45</sup> Ödemezlik defii bakımından bu yönde: **Barlas**, s. 112; **Nomer**, s. 340; **Belen**, s. 205; Definin etkisinin temerrüt anından veya definin doğumundan itibaren mi doğacağı hususunda: **Vedat Buz**, "Ödemezlik Definin Borçlu Temerrüdüne Etkisi", BATİDER, C. 29, S. 4, Eylül 2013, s. 103 vd.



mesi gerektiği TTK m. 1431/II ile hüküm altına alınmıştır<sup>46</sup>. Bu halde çözülmesi gereken iki mesele akla gelmektedir. Birincisi, kuramsal olarak poliçede bu hususların hiç belirtilmemiş olması, ikincisi ise kararlaştırılandan farklı olarak poliçeye aktarılmış olmasıdır.

Poliçe bir ispat aracından ibarettir<sup>47</sup>. Poliçe verilmediği takdirde dahi sigorta sözleşmesi tüm hükümleriyle yürürlükte olup sözleşmenin ispatı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na tabidir. İspat aracı olan poliçenin sözleşmede yer alan değinilen hususları içermemesi sözleşmenin içeriğini değiştirmez veya sözleşmenin belirli hükümlerinin ileri sürülmesine engel olmaz. Sigortacı, sadece poliçenin teslim borcunda<sup>48</sup> temerrüde<sup>49</sup> düşmesinden kaynaklanan olumsuz zararı gidermekle yükümlü olur<sup>50</sup>. Bu husus dikkate alındığında, sigorta poliçesinde primin taksitle ödeneceğinin, vade tarihlerinin, taksit tutarlarının ve temerrüt sonuçlarının yer almamasının herhangi bir yaptırımı olmaması gerekir. Sigorta ettiren, primlerin taksitle ödeneceği, taksit tutarı gibi hususları genel hükümler uyarınca ispat edebilir. Yoksa sigortacının bu yükümlülüğü yerine getirmemesi sigorta ettirenin aleyhine bir sonuç doğurur. Primin vadeye bağlanması kural olarak sigorta ettiren lehinedir.

Temerrüdün sonuçlarının da poliçede yer almasının da ayrı bir hukuki sonucu olmaz. Bu hükümler poliçeye derç edilmese dahi prim ödeme borcunun ifa edilmemesi halinde borca aykırılık ve temerrüt sonuçları gerçekleşir. Aksi halde hiçbir zaman temerrüdün sonuçlarının gerçekleşmeyeceği gibi bir sonuç ortaya çıkar. Temerrüde ilişkin Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan sonuçlar kanun gereği doğar ve TTK m. 1452 uyarınca Türk Ticaret Kanunu bakımından sadece sigorta ettiren lehine değiştirilebilir. Bu durumda temerrüde ilişkin sonuçlara poliçede yer verilmemesi halinde, düzen-

<sup>46</sup> Poliçenin eki olacağı şeklinde: **Kender**, s. 247; Bu hükmün sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünün bir görünümü olduğu hakkında: **Şeker Ögüz/Sevinç Kuyucu**, s. 38; **İrem Aral Eldeleklioğlu**, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu", İTİCUSBD, Yıl: 11, 2012/2, S. 22, s. 217

<sup>47</sup> **Kender**, s. 184; **Can**, s. 257, **Ulaş**, s. 64; **Kubilay**, s. 52; İFM, 5C\_48/2007 (www.swisslex.ch): "Poliçedeki prim tutarı, sözleşme ile tutmuyorsa geçersizlik söz konusu olmaz. Poliçe, anlaşmanın içerik ve varlığını ispat aracından ibarettir." Ayrıca, poliçe sigorta sözleşmesinin ispatı için tek delil değildir: **Ünan**, s. 244; Yürürlükten kalkan mevzuat açısından poliçenin sigorta sözleşmesinin ispatı için kesin ve münhasır delil olduğu görüşünde: **Bozer**, s. 134

<sup>48</sup> Yan borç olduğu şeklinde: **Kender**, s. 179; **Kender**, Poliçe verme yükümlülüğü, s. 8

<sup>49</sup> Yasada gecikme denilmekle birlikte teknik anlamda temerrüt, borçlunun, poliçe teslim etme borcuna zamansal aykırılık nedeniyle sorumluluğunu doğurabilir. Madde metninde sigortacının kusurlu olması gerektiği yönünde ibare olmamakla birlikte tazminat sorumluluğunda asıl olanın, temerrütte dahi, kusur sorumluluğu olduğu nazara alınarak, sigortacının kusursuzluğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulmasına olanak tanınmak gerekir.

<sup>50</sup> Bu hususta geniş bilgi için: **Kender**, Poliçe verme yükümlülüğü, s. 7 vd.; **Ünan**, s. 246; Karş. Yürürlükten kalkan mevzuata göre olumsuz zararın da istenebileceği şeklinde: **Bozer**, s. 140-141. Yazar sigorta ettirenin sözleşmeden dönmesi ihtimaline dayalı olarak bu hususu belirtmektedir. Ancak poliçe verilmesi asli bir borç oluşturmadığından sözleşmeden genel hükümlere göre dönülmesi mümkün olmayacaktır. Söz konusu zararın olası kapsamı için: **Ünan**, s. 168 vd. Ayrıca karş. **Ayli**, s. 68, Yazar asli borçta temerrüt olmamasına rağmen tam iki taraflı sözleşmelere özgü temerrüt hükümlerine başvurulabileceği görüşündedir.

lemenin hukuken sonuç doğurmaması yine sigorta ettiren aleyhine olacaktır. Sigorta ettiren aleyhine olan ve Türk Ticaret Kanunu kapsamında kalan hükümler de, yukarı da değinildiği üzere, poliçenin ispat aracı olması niteliği gereği yine de sigorta ettirene karşı ileri sürülebilir. Böylece hükümde yer alan her husus bakımından da aynı sonuca ulaşılmış olmaktadır.

Poliçede tarafların sigorta sözleşmesini kurarken kararlaştırdıkları koşullardan farklı hükümlerin yer alması, maddi hukuk yönünden, teyit mektubunda yer alan ve asıl sözleşmeden sapan hükümlerin bulunmasıyla özdeş bir durum yaratmaktadır. Sözleşme hükümlerinden farklı hükümler içeren teyit mektubu, sözleşmenin tadiline yönelik bir icap oluşturur<sup>51</sup>. Teyit mektubunu alan kişinin susmasına kabul sonucunun bağlanabilmesi için susmanın, karşı taraf bakımından güven kuramı<sup>52</sup> çerçevesinde yorumlanması gereklidir<sup>53</sup>. Buna göre, sözleşme hükümlerinden esaslı olarak sapılması halinde karşı tarafın teyit mektubuna itiraz etmemesine teyit mektubunu gönderen tarafın güven duymakta haklı olmayacağı, buna karşılık yan noktalarda farklı hükümler içermesi halinde susmaya tadil icabının kabulü olarak güven duymakta haklı olabileceği ifade edilmektedir. TTK m. 1425/II hükmünde ise anılan sonuçtan farklı bir çözüm öngörülmüştür<sup>54</sup>.

Sigortacının, sözleşmeden ayrılarak poliçeye sigortalı, lehtar ve sigorta ettiren aleyhine hüküm eklemesi halinde, bu hükümlerin geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır (TTK m. 1425/II). Burada genel hükümler nazara olarak bir yorum yapmak yerinde olur. Poliçeye aleyhe eklenen hükümler sigorta sözleşmesinin tadiline yönelik bir icap teşkil eder<sup>55</sup>. Bu hükümlerin açıkça kabul edilmesi karşısında sözleşme de tadil edilmiş olur. Düzenleme ile önüne geçilen, güven kuramı ile, sigorta ettirenin, aleyhine hükümler içeren poliçeye ilişkin olarak susmasının kabul olarak yorumlanmasıdır. Aslında güven kuramı uyarınca da sigorta ettirenin aleyhine olan hükümlere ilişkin susmasına kabul sonucunu bağlamak istisnai hallerde mümkün olabilirdi. Böylece, poliçe ile sigorta sözleşmesinin tadil edilmesine yönelik icapta bulunmak yasaklanma-

<sup>51</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, §14 N. 7

<sup>52</sup> Sigorta sözleşmesi de irade beyanlarının yorumlanmasına ilişkin ilkelere ve özellikle güven kuramına tabi olur. Bkz. ATF 135 III 410; ATF 135 III 1; **Guillaume Etier**, "Droit des assurances privées", JdT 2011 II, s. 172; **Emine Yazıcıoğlu**, Tekne Sigortası Sözleşmesi, İstanbul, 2003, s. 57; Bu çerçevede *in dubio contra stipulatorem* gibi ilkeler dikkate alınacak ve sigortacı aleyhine yorum yapılması söz konusu olabilecektir. **Corboz**, s. 256; ATF 123 III 264

<sup>53</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, §14 N. 9 vd.

<sup>54</sup> Ayrıca bu konuda: **Ünan**, s. 252 vd. İsviçre hukukunda ise bu hususta açık hüküm sevk edilmesi yoluna gidilmiştir. İSSK m. 12 uyarınca poliçede sigorta sözleşmesinden farklı hükümler varsa, poliçenin eline geçmesinden itibaren sigorta ettiren itiraz etmezse, poliçede yer alan yeni hükmü varsayım olarak kabul edilmiş sayılır. Bkz. **Guhl**, s. 702; **Corboz**, s. 251; **Etier**, s. 172; İFM, 16.12.2011, 4A\_219/2011 (www.swisslex.ch); **Franz Werro/Pascal Pichonnaz/Anne-Christine Fornage**, "Jurisprudence choisie en droit des contrats", La pratique contractuelle 3 Symposium en droit des contrats, 2012, N. 85. Bununla birlikte yasa her bir poliçede bu hususun belirtilmesi gerektiğini de düzenlemiştir: **Roland Brehm**, "Droit des assurances privées", JdT 2009 I, s. 29-30; İFM, 29.4.2008, 4C\_98/2007 (www.swisslex.ch): Kararın gerekçesine göre İSSK m. 12 bir kabul faraziyesi öngörmekte olsa da bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması sigortacının sözleşmesel sorumluluğunu doğuracaktır.

<sup>55</sup> Bu yönde: **Kender**, s. 182 ve 184

mıştır, sadece susmanın kabul olarak yorumlanması önlenmiştir. Dolayısıyla sigorta ettiren, bu icabı açıkça kabul ederse, sigorta sözleşmesi poliçedeki hükümlere göre değiştirilmiş olacaktır. Buna karşılık, sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine olmayan poliçeden bulunan farklı hükümlerin doğrudan doğruya sigorta sözleşmesini tadil etmesi gibi bir sonuca varılması isabetli olmaz<sup>56</sup>. Bu halde de sözleşmenin tadiline yönelik bir icap vardır ve herhangi bir yasaklama da öngörülmediğinden sigorta ettirenin bu icaba karşılık susması güven kuramına göre yorumlanmak gerekecektir.

Bu itibarla, primlerin taksitle ödenmesi, temerrüdün sonuçları<sup>57</sup>, vade tarihi gibi hususlardan sigorta sözleşmesinin kurulması esnasında kabul edilen hükümlerden farklı bir düzenleme poliçeye eklendiğinde, bu bir tadil icabı olarak hüküm ifade eder; sigortalı, sigorta ettiren ve lehtar aleyhine olup olmamasına göre yukarıda belirtilen sonuçlar doğar.

### 1.7. Prim ödeme borcunu ifa yeri

Bir para borcu olarak sigorta prim ödeme borcunun, genel hükümler çerçevesinde sigortacının ödeme anındaki yerleşim yerinde ifa edilmesi gerekirken, TTK m. 1432 hükmü ile bu borcun ifa yeri, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinde yer alan adresi olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla kural, alacaklı sigortacının sigorta ettirenin sözleşmede yer alan adresinden prim borcunu tahsil etmesidir. Sigortacı, ancak primi tahsil için sigorta ettirenin adresine gelmesi halinde ifayı kabul hazır addedilebilecek ve sigorta ettireni temerrüde düşürebilecektir<sup>58</sup>. Pratikte binlerce sigorta sözleşmesi akdetmiş ve binlerce sigorta ettireni bulunan sigortacı açısından bu hüküm elverişsizdir<sup>59</sup>. Düzenlemenin aksinin kararlaştırılması kanunda da açıkça belirtildiği gibi olanaklı-

<sup>56</sup> Karş. Lehe değişikliklerin geçerli olduğu şekilde: **Ulaş**, s. 65

<sup>57</sup> Temerrüde ilişkin olarak, salt Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan hükümler nisbi emredicidir. Bu itibarla 3095 sayılı kanundan daha yüksek bir temerrüt faizi oranı veya götürü bir tazminat da temerrüt faizine ilişkin emredici hükümler çerçevesinde kararlaştırılabilir.

<sup>58</sup> **Kender**, s. 241; Ayrıca: **Ünan**, s. 346-347; Genel olarak bu hususta: **Oğuzman/Öz**, C. I, N. 1029 ve 1044; **Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 808; **Serozan**, §4 N. 2; **Andreas Von Tuhr**, La partie générale du code des obligations, (Çeviri: Maurice de Torrenté/Emile Thilo), Lozan, 1931, §61, I; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N. 1079

<sup>59</sup> Nitekim Fransız hukukunda primin sigortacı veya sigortacının temsilcisinin yerleşim yerinde ifa edilmesi gerekmektedir: **Groutel**, N. 2388; **Marly**, N. 105; İsviçre hukukunda da İSSK m. 22 uyarınca kural olarak sigortacının yerleşim yeri ifa yeri olarak kabul edilmiş olup herhangi bir gereklilik söz konusu olmadan düzenli şekilde primin sigorta ettirenin yerleşim yerinden tahsil edilmesi durumunda, açıkça bu uygulamadan vazgeçtiğini beyan etmedikçe sigortacı primi sigorta ettirenin yerleşim yerinde tahsil etmekle yükümlüdür, aksi halde sigorta ettiren temerrüde düşmüş sayılmaz: **Marius Schraner**, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)- Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1e, 1990, Art. 74, N. 68. Bu hükmün emredici olduğu hakkında: **Guhl**, s. 734. Alman hukukunda ise önceki ve mevcut düzenlemede prim borcunun gönderilecek borç olduğu düzenlenmiştir. Bu çerçevede sigorta ettiren yerleşim yerinde primi sigorta ettirene gönderir. İlgili AB mevzuatına göre sigorta ettirenin sadece göndermeye değil, zamana ilişkin riski de üstlenmesi gerektiği ve bu itibarla primin sigortacıya zamanında ulaşması gerektiği hakkında: **Knappmann**, §36 N. 2

dır. İfa yerinin farklı bir yer olması sonucuna yol açabilecek herhangi bir sözleşme hükmü, genel işlem şartı kapsamında sözleşmeye dâhil olmuş ise sadece sigorta ettirenin adresinden başka bir yerin ifa yeri olduğu gerekçesiyle TBK m. 25 hükmüne aykırı sayılamaz. İfa yeri değişikliğinin prim borçlusu bakımından son derece ağır bir güçlük doğurması gerekir.

TTK m. 1432 düzenlemesinin ikinci cümlesi ise, sigorta sözleşmesinde sigorta ettirenin sözleşmedeki adresinden farklı bir yerin ödeme yeri olarak kararlaştırılması halinde, priminin fiilen sigorta ettirenin sözleşmedeki adresinde ödeniyor olduğu takdirde, sözleşmede kararlaştırılmış ifa yeri hükmünün yok sayılacağını belirtmektedir. Esasen bu hükümle ifade edilen, sigorta sözleşmesi kurulduktan sonra prim ödeme borcunun ifa yerine ilişkin sözleşme hükmünün taraflarca zımni olarak tadil edilmesidir<sup>60</sup>. Sigorta sözleşmesinin tarafları, herhangi bir sözleşme gibi, her zaman sözleşme hükümlerini açık veya örtülü şekilde değiştirebilir. Durumun herhangi başka bir sözleşme tipindeki ifa yerinin örtülü olarak değiştirilmesinden farkı yoktur. Örtülü tadil ile prim ödeme borcunun ifa yeri sigorta ettirenin adresinden başka bir yer olarak kararlaştırılması mümkün olduğu gibi, sigorta ettirenin adresi iken daha farklı bir yerin de kararlaştırılması mümkündür. Bununla birlikte tarafların örtülü olarak ifa yerinin değiştirme hususunda iradelerinin uyduğu sonucuna ulaşabilmek için prim ödeme borcunun farklı bir yerde ifa edilmesinin fiili bir uygulama<sup>61</sup> niteliği taşıması gerekir, arızı olarak gerçekleşmiş bir durum bu sonuca varmak için yeterli olmaz. Bu bakımdan TTK m. 1432 c. 2 herhangi bir yenilik veya değişiklik getirmediği gibi ifade bakımından dar kalmaktadır. Öte yandan düzenlemedeki 'yok sayılır' ifadesi de eleştiriye açıktır. Zira bu halde sadece bir sözleşme hükmü sonradan taraflarca değiştirilmektedir. Yok sayılan veya geçersiz olan değil<sup>62</sup>, değiştirilen bir sözleşme düzenlemesi vardır. Başka bir deyişle sözleşme tadilinin sonucu yok sayılma değil, sadece değiştirilmiş sözleşmenin hükümlerini devam ettirmesidir.

<sup>60</sup> İfa yerinin ancak tadil sözleşmesiyle değişebileceği hakkında: **Serozan**, §4 N. 2; Tadil ve örtülü tadil kavramı için: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 128 ve dn. 40a; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 31 N. 9; Resmi şekle tabi sözleşmelerin şekle uyulmadan uzun süren uygulama ile tadil edilmeleri halinde şekil aykırılığını ileri sürmenin MK m. 2'ye aykırı olacağı hakkında: **Ahmet Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015, s. 149; Sigorta sözleşmesinde zımni tadilin primin taksitle ödenmesi bağlamında mümkün olduğu hakkında: **Yazıcıoğlu**, s. 206; Ayrıca: **Seçkin Topuz/Ferhat Canbolat**, "Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi", HÜHFD, 1(1) 2011, s. 7 vd.; **Nilay Şenol**, Bayilik Sözleşmesi, Sona Ermesi ve Sonuçları, İstanbul, 2011, s. 220

<sup>61</sup> Yarg. 4. HD., 29.12.1978, 4502/15065 (www.kazanci.com); Kira sözleşmesi bakımından benzer şekilde süreklilik aranması: **Topuz/Canbolat**, s. 11; Yarg. HGK., 16.01.2013, 19-670/171 (www.kazanci.com)

<sup>62</sup> Benzer hüküm içeren yürürlükten kalkan Türk Ticaret Kanunu açısından: **Arseven**, s. 124, Yazar sözleşmedeki hükmün geçersiz olduğu fikrindedir.

## 2. Prim ödeme borcunda temerrüt

### 2.1. Genel olarak

#### 2.1.1. Temerrüdün koşulları

Borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için temel olarak gerekli dört koşul vardır<sup>63</sup>. Birincisi ifası mümkün bir borcun varlığı, ikincisi borcun muaccel olması, üçüncüsü borçluya borcun ifası için ihtar çekilmiş olması, sonuncusu alacaklının ifayı kabule hazır olmasıdır. Prim ödeme borcu, para borcu olduğundan ve bu itibarla imkânsızlaşamayacağından, birinci koşul bakımından herhangi bir güçlük karşılaşılmaz.

Muacceliyet bakımından, yukarıdaki açıklamalar nazara alınarak şu ayırım yapılabilir: (I) Prim vadeye bağlanmamıştır ve sözleşmenin kurulmasıyla muaccel olur, (II) Prim taksitde bölünmemekle birlikte vadeye bağlanmıştır (III) Prim taksitler halinde vadeye bağlanmıştır<sup>64</sup>. Bu ayırımın yapılması üçüncü unsur bakımından önem arz eder. Zira belirli vade bulunuyorsa, vadenin dolmasıyla ihtaraya gerek kalmaksızın temerrüt gerçekleşir<sup>65</sup>. Dolayısıyla sigorta ettirenin temerrüdünden bahsedebilmek için belirli vadeye bağlanmamış sigorta primleri bakımından sigortacının, sigorta ettirene ihtar çekmesi lazım gelir<sup>66</sup>. Türk Ticaret Kanunu m. 1434 ile sadece temerrüdün bazı sonuçlarını özel olarak düzenleme yoluna gitmiştir. Sigorta hukukuna özgü temerrüt kavramı ve koşulları yoktur. Bu bakımdan da temerrüt olarak gerçekleşen borca aykırılığa ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ve Türk Ticaret Kanu-

<sup>63</sup> **Oğuzman/Öz**, C. I, N. 1501 vd.; **Nomer**, s. 334 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N. 1279 vd.; Ayrıca: **Eren**, s. 1092. Kusur, temerrütte salt tazminat yükümlülüğü ile beklenmedik halden sorumluluk bakımından önem taşır, bunlar dışındaki temerrüdün sonuçlarında kusurun bir rolü yoktur. TTK m. 1434'ün uygulamasında da kusur bir koşul oluşturmaz. Oysa İsviçre hukukunda İSSK m. 45 uyarınca, aciz hali saklı kalmak üzere sigorta ettirenin kusursuzluğu onun sorumluluğunun doğmasına engel olur. Belli bir sürenin gözetilmesi gereken hallerde kusursuz mütemerrit sigorta ettiren, ifayı engelleyen sebebin ortadan kalması üzerine, gerekli işlemi derhal yapabilir. Alman hukukunda da 2008 tarihli kanunla, temerrüt ile ilgili genel düzenlemelerine koşut şekilde, temerrütten sigorta ettirenin sorumlu olmadığı hallerde ilk primin temerrüdüne ilişkin sonuçların doğmayacağını düzenlemiştir (§37): **Baumann**, s. 66-67

<sup>64</sup> Burada esasen tek bir edim olarak prim söz konusu olup bu edim kısım kısım muaccel olmaktadır. Kuramsal olarak gerçekleşebilecek diğer bir ihtimal primin irat olarak tespit edilmiş olmasıdır. Ancak sigorta süresi ve primin tutarının önceden belirlenmiş olması karşısında tarafların irat şeklinde prim belirleme iradesinin tespit edilmesi güçtür. Burada ayırım, sigortacının zamana yaygın, sürekli, bir halde primi elde etmesinde menfaatinin bulunmasına göre yapılabilir. Ancak sigortacı açısından böyle bir özel menfaatin bulunup bulunmadığını ispat edilmesi gerekir.

<sup>65</sup> **Barlas**, s. 56

<sup>66</sup> Aksi yönde, ilk taksit veya taksitlendirilmemiş prim açısından poliçenin teslimi ile birlikte temerrüdün gerçekleşeceği ve ihtaraya gerek olmadığı görüşünde: **Kayhan**, s. 223. Poliçenin teslimi, muacceliyet koşulu olmadığı için bu görüş kabul edilemez. Kaldı ki muacceliyet koşulu sayan görüş açısından dahi poliçenin teslim edilmesi, TBK m. 117/II kapsamında vade dahi teşkil etmez. Diğer yandan poliçenin teslimi de her halükarda aynı zamanda prim ödeme borcunun ifa talebini içeren bir ihtar olarak anlaşılabilir, aksine poliçenin teslimi ve prime ilişkin ihtar ayrı hukuki vakıalar teşkil eder. Bu yönde: **Ünan**, s.336

nu'nda ayrıca hükme bağlanmamış hususlarda Türk Borçlar Kanunu uygulanacaktır<sup>67</sup>.

### 2.1.2. Temerrüde ilişkin hükümlerin niteliği

TTK m. 1452/III uyarınca, sigorta sözleşmesinin tarafları TTK m. 1434 hükmünden ayrılarak sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine bir düzenlemeyi kabul edemez, başka bir ifade ile TTK m. 1434 nisbi emredici bir hükümdür. Dolayısıyla sigortacının temerrütten kaynaklanan haklarını TTK m. 1434 ile öngörülen çerçeveden daha kolay veya etkili şekilde kullanmasını sağlayacak bir temerrüt rejiminin öngörülmesi olanaksızdır. Buna karşılık TTK m. 1434 çerçevesinin dışında kaldığı ölçüde genel hükümlere tabi temerrüt sonuçlarını taraflar, dilediği gibi düzenleyebilir. Eş söyleyişle TTK m. 1452'nin öngördüğü istisnai koruma TTK m. 1434 ile sınırlıdır. TTK m. 1434/II ve III hükümleriyle düzenlenen sigorta sözleşmesini sona erdirmeye hakkına ilişkin olarak düzenlemeler TTK m. 1452'nin kapsamına girer.

### 2.1.3. Temerrüdün genel sonuçları

TTK m. 1434/III hükmü, temerrüt nedeniyle sigortacının genel hükümler uyarınca elinde bulunan hakların saklı olduğunu düzenlemektedir. Bu düzenleme, TTK m. 1434 ile genel hükümler arasındaki ilişkinin açığa çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır. Zira sistematik olarak bakıldığında genel hükümlere başvuru olanağının salt sigorta himayesinin başlangıcından sonra gerçekleşen temerrüde inhisar ettirildiği izlenimi doğmaktadır.

Yukarıda belirtildiği gibi, kavram olarak temerrüt ve koşulları genel hükümlere tabidir<sup>68</sup>. Böylece, borcun varlığının sonucu olan prim ödeme borcunun aynen ifasını talep hakkı her hâlükârda mevcuttur. Prim ödeme borcunda temerrüde düşülmesiyle birlikte, para borcu bahis konusu olduğundan, TBK m. 120 ve 3095 sayılı Kanun uyarınca temerrüt faizi işlemeye başlar. Ticari bir iş söz konusu olduğundan, 3095 sayılı Kanun m. 2/II uyarınca sigortacının açık talebiyle temerrüt faizi oranı, avans faiz oranı olur. Ayrıca, temerrüt faizi oranı TTK m. 1434 hükmünde düzenlenmediğinden, sigorta sözleşmesinde bu oranın taraflarca belirlenmesinde bir engel yoktur<sup>69</sup>. Sigorta ettirenin kusuru-

<sup>67</sup> **Oktay**, s. 20; Genel olarak sigorta sözleşmesi ve Türk Borçlar Kanunu ilişkisi için: **Ulaş**, s. 13; **Ünan**, s. 553; Ayrıca bkz. TTK m. 1451 ve bu hususta yürürlükten kalkan Türk Ticaret Kanununda yer almayan içerikli hükme ilişkin olarak bkz. **Can**, s. 270

<sup>68</sup> **Ayli**, s. 87; **Kender**, Prim Ödenmemesi, s. 753

<sup>69</sup> Cezaî şart veya götürü tazminat belirlenmesinde de engel yoktur. Temerrüt faizine ilişkin olarak TBK m. 120 sınırlamasının ticari iş niteliğindeki sigorta sözleşmelerine uygulanıp uygulanamayacağı açık değildir. Yargı uygulamasında güncel içtihatlar TBK m. 120'nin ticari işlere uygulamayacağı yönünde iken önceki kararlarda aksi yönde yorumlanacak ibareler vardır. Faiz serbestisi yönünde: Yarg. 12. HD., 22.1.2015, 23693/1515; Yarg. 19. HD., 5.6.2014, 7350/10605; Yarg. 19. HD., 1.7.2013, 8556/12306 (www.kazanci.com); TBK m. 120 lehinde: Yarg. 23. HD., 29.1.2014, 7845/511; Yarg. HGK., 12.9.2012, 19-314/557 (www.kazanci.com). Bu hususta: **Kürşad Yağcı**, "Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren Tbk m. 88 ve Tbk m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (Ttk m. 8 ve Ttk m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği", İÜHFİM, C. 71, 2013, S. 2, s. 432 vd.; **Yeşim M. Atamer/Kerem Cem Sanlı**, "Borçlar Kanunu'ndaki Faiz Serbestisini Sınırlayan Hükümlerin Uygulama Alanı: Hukuk, Ekonomi ve Davranışsal Ekonomi Perspektifinden Bir İnceleme", Yargıtay Dergisi, C. 42, S.

nun bulunması halinde, temerrüt faiziyle karşılanamayan bir zarara uğrayan sigortacının aşkın zararının giderilmesi isteminde bulunması da olanaklıdır. Bu bakımdan TTK m. 1434/III'te yapılan atf isabetli değildir. Zira aksi yönde bir yorum, zikredilen sonuçların salt o fıkrada doğduğu gibi kabul edilemez bir sonuca varmayı gerekli kılar. Tam iki taraflı sözleşmelere ilişkin sonuçlar bakımından da para borçları açısından aynen ifadan vazgeçmek suretiyle tazminat istemek hakkı da pratik olarak anlam ifade etmeyecektir<sup>70</sup>. Buna karşılık sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı TTK m. 1434/II ve III hükümlerinde özel olarak ve belli kayıtlarla düzenlenmiştir. Dolayısıyla temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshi haklarının kullanma koşulları TTK m. 1434 hükmüne tabidir<sup>71</sup>. Bu maddedeki koşulların dolanılması suretiyle genel hükümlere uygun şekilde sözleşmenin sona erdirilmesi mümkün değildir<sup>72</sup>. Nitekim TTK m. 1434/III'te de "diğer" hakların saklı olduğu ifade edilmekle yetinilmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere, temerrüdün bu hükümde özel olarak düzenlenen sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı haricindeki sonuçları bakımından genel hükümlerin uygulanacağını belirtmeye gerek yoktur. Dolayısıyla bu göndermenin gereksiz yahut en azından yerinin sistematik yönden isabetsiz olduğu ifade edilebilir.

Sigorta sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurup doğurmadığı konusu da temerrüdün sonuçları bakımından önemlidir. Zira sürekli borç ilişkisi doğurduğu ölçüde, temerrüt nedeniyle sözleşmesinin sonlandırılması ileriye etkili olacaktır (TBK m. 126). Öğretide sigortacının asli edimine ilişkin tartışmaya bağlı olarak bu konuda da iki görüş vardır<sup>73</sup>. Çünkü bir sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğurup doğurmadığı asli edim bakımından<sup>74</sup> alacaklının ifaya olan

---

3, 2016, s. 430 vd. Temerrüt faizi bakımından bir sınırlama kabul edilmediği takdirde, cezai şart ve götürü tazminat tutarlarının emredici olarak belirlenmiş temerrüt faizi tutarını aştığından bahisle hükümsüzlüğü ileri sürülemezdir.

<sup>70</sup> Zira kuramsal olarak bu hakkın kullanılması alacaklı aleyhine olabileceği gibi aynen ifa isteminden de daha farklı bir istem sonuçta söz konusu olmayacaktır. Çünkü bu hakkın kullanılması sonucu doğacak olumlu zararın giderilmesi talep hakkı, temerrüde düşülen para borcu ile temerrüt faizi ve aşkın zarar isteminden ibaret olurdu. Daha açık bir deyişle kusurdan bağımsız olarak var olan para borcu ile temerrüt faizinin, tazminat borcuna dönüşmesi ve yine tazminat niteliğinde olan aşkın zararın giderilmesi isteminin de bu tazminata dâhil olması gibi bir sonuç ortaya çıkar. Karş. Para borçlarında gecikme faizi ve aşkın zararın olumlu zarar olarak değerlendirileceği şeklinde: **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015, s. 118. Para alacağının tazminat borcu haline getirilebileceği şeklinde: **Von Tuhr**, §73, IV; **TeKinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 962, dn. 41; **Ayşe Havutçu**, Tam İki Taraf Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir, 1995, s. 75; TBK m. 125 hükmündeki seçimlik haklardan prim için en uygunun aynen ifa olduğu şeklinde: **Kender**, s. 248; Yine bu hakkın bulunduğu hakkında: **Ayli**, s. 175

<sup>71</sup> Yürürlükten kalkan Türk Ticaret Kanunu bağlamında: **Kender**, Prim Ödenmemesi, s. 753; Karş. **Can**, Temerrüt, s. 155, dn. 2, Yazar sigorta sözleşmesinin tam iki taraflı niteliğinden hareket etmek suretiyle yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu'nun temerrüde ilişkin hükümlerinin uygulanabileceğini ifade etmiştir.

<sup>72</sup> Aksi yönde anlaşılabilir şekilde: **Didem Algantürk Light**, "Sigorta Sözleşmesi Süresi İçinde Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri", İTİCUSBD, Yıl:11, 2012/2 S. 22, s. 3

<sup>73</sup> Bu hususta: **Şeker**, Nitelik, s. 1056 vd.

<sup>74</sup> Bu noktayı nazara almadan sigorta sözleşmesinden doğan sürekli edimlerin bulunduğunu kabul eden görüş: **Bozer**, s. 118

menfaatini zamana yaygın olmasına göre tespit edilir. Buna göre sigorta sözleşmesi, sigortacının asli edimi para borcundan ibaret kabul edilirse ani edimli bir sözleşme; rizikoyu taşıma olarak kabul edilirse sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirilmek gerekecektir<sup>75</sup>. Dolayısıyla burada da üstün tutulan görüş uyarınca sigorta sözleşmesi kural olarak ani edimli bir sözleşmedir<sup>76</sup>. Buna karşılık sigorta sözleşmesinin ani edimli olması, sigortacılık kurumu için, tıpkı tam iki taraflı sözleşme kavramında karşılaşıldığı gibi, uygunluk göstermez. Örnek vermek gerekirse, bu durumda sigorta sözleşmesinin sona ermesi geçmişe etkili olacak ve tahsil edilmiş primlerin iadesine sebebiyet verecektir. Bu itibarla kanunun koyucu böyle sonuçları bertaraf etmek için sigorta sözleşmesinin sürekli borç ilişkisine özgü sonuçlara tabi kılacak hükümler sevk etmiştir (Mesela: TTK m. 1419, TTK m. 1434). Bu nedenle tabi olduğu hükümler açısından sigorta sözleşmesi karma yapıdadır. Kanunen sürekli borç ilişkisine özgü hükümlere de tabi kılınmıştır. Prim ödeme borcunda temerrüt de sigorta sözleşmesinin sürekli borç ilişkilerine tabi tutulduğu konulardandır. Sigorta himayesinin başlaması sürekli edimin ifasıyla benzeştirilerek, kural olarak sigorta himayesinin başlangıcı için şart olan ilk prim taksitinin ifasında temerrüt ve sonraki taksitlerde temerrüt olarak ayırım gözetilmiş, ilk halde sözleşmeden dönme hakkı tanınırken, ikinci halde sözleşmenin ancak fesih ile sona erdirileceği hükme bağlanmıştır. Böylece rizikonun gerçekleşmesi üzerine ödeme yapma ihtimaliyle karşı karşıya olan sigortacının, temerrüt nedeniyle sözleşmeye son verildiğinde bu süreçte tahsil ettiği primleri iade etmesinin önüne geçilmiştir.

Aşağıda prim ödeme borcunda temerrüdün TTK m. 1434/II ve III hükümlerinde yer alan farklı sonuçlarına değinilecektir. Düzenlemede ayırım, ilk veya tamamen ödenmesi gereken primde temerrüt ile sonraki primlerde temerrüt olarak yapılmakla birlikte, bu ayırımı sigorta himayesinin başlaması esas alınmalıdır. Kanun koyucunun sigortacının rizikoyu taşıma borcu olduğu şeklindeki yaklaşımı düşünüldüğünde, sigorta himayesinin başlangıcı ile sözleşme ilişkisi sürekli borç ilişkilerine yaklaşmış kabul edeceği ve bu durumda TTK m. 1434/II'de yer alan cayma<sup>77</sup> ve III'te yer alan fesih terimleri de böylece

<sup>75</sup> Sigortacının en an rizikoyu karşılamak için hazır olacağını belirtmek suretiyle sürekli borç ilişkisi oluşturduğu görüşünde: **Kender**, s. 167; Primin irat olarak tayin edilmesi hali saklı kalmak üzere ani edimli sözleşme görüşünde: **Şeker**, Nitelik, s. 1058. Karş. **Can**, s. 273-274, Yazar sigortacının borcunu tazminat ödeme olarak belirtmekle birlikte, sigorta sözleşmesinin uzun süreler için yapılmasını sürekli borç ilişkisinin doğumuyla ilişkilendirmektedir. Sigortacının ediminin para borcu ödemek olduğu şeklinde: **Koenig**, s. 37-38 ve 58. Fransız hukukunda, sigortacının sürekli bir edim olarak riski taşımayı ve şarta bağlı şekilde sigorta tazminatını ödemeyi üstlendiği şeklinde: **Marly**, N. 19. Bununla birlikte yazar, rizikoyu taşıma borcunun varlığının esasen tartışmalı olduğunu, zira edimin içeriğinin belirsiz olduğunu, icra edilme kabiliyetinden yoksun olduğunu da belirtmektedir (N. 20). Ayrıca: **Karl Sieg**, Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, 1994 s. 27; **Heinrich Honsell** (Ed.), Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 1998, §1 N. 27 vd.

<sup>76</sup> **Şeker**, Nitelik, s. 1058

<sup>77</sup> Cayma, bu hüküm kapsamında teknik olarak sözleşmeden dönmeye karşılık gelir. Zira temerrüdün bir yaptırımı olarak, henüz sürekli borç ilişkisi niteliği göstermeyen sözleşmesel ilişkiye son verilmektedir. Cayma, bu nedenle, sözleşmenin kurulmasına dair irade beyanlarının muhatabına ulaşmadan veya ulaşmış olsa bile öğrenilmesinden önce geri alınması (TBK m. 10) olarak nitelendirilemez. Burada cayma, sözleşmenin kurulmasına ilişkin bir işleve sahip değildir, aksine kurulmuş ve hüküm ifade eden bir sözleşmeden doğan borcun ihlal edilmesine bağlanan bir yaptırımdır. Cayma ve geri



hukuki temellerine dayandırılmış olacaktır. Bu nedenle ilgili ayırım, sigorta hi-mayesinin başlamış olup olmasına göre yapılmıştır.

## 2.2. Sigorta himayesi başlamadan prim ödeme borcunda temerrüt

### 2.2.1. Sigortacının sözleşmeden dönme hakkı

Sigorta himayesi, kural olarak sigorta priminin, taksite bölünmüş ise ilk taksitinin ifa edilmesiyle başlar (TTK m. 1421)<sup>78</sup>. Bunun öncesinde riziko ger-çekleşse dahi sigortacının TTK m. 1427 uyarınca ödeme borcu doğmaz. TTK m. 1434/II hükmü de sigorta himayesini başlatacak sigorta priminin ifasında te-merrüdün sonuçlarını düzenlemiştir.

Hükme göre, primin ifasında temerrüde düşülmesi halinde, temerrüt ta-rihinden itibaren üç ay içinde sigortacı sözleşmeden dönebilir. Esasen madde metninden bu sonuç doğrudan anlaşılmamaktadır ve bu yönüyle eleştiriye açık ifadeler kullanılmıştır.

İlk olarak yasa metninde “primin zamanında ödenmemesi” ifadesi yer almaktadır. Zamanında ödememe terimi borçlar hukuku terminolojisine uzak-tır. Borca zamansal aykırılık kural olarak temerrüt sonucunu doğurur. Burada prim ödeme borcunda temerrüde düşülmesi hali ifade edilmek istenmiştir. Salt ifanın gecikmesi, borca aykırılık ve temerrüt olarak değerlendirilmez. Bu itibar-la da hüküm kapsamına girmez. Nitekim aksi yönde yapılacak bir yorum, si-gortacının haklarını sınırlayan madde düzenlemesinin amacına uygun olmaz. İkinci olarak sigortacının dönme hakkı hak düşürücü süreye bağlanırken, bu sürenin vadeden itibaren başlayacağı belirtilmiştir. Oysa prim için vade belir-lenmesi gerekmez, kanun koyucunun buradaki maksadı vadesiz prim borcu bakımından sözleşmeden dönme hakkını ortadan kaldırmak değildir. Burada vade ile kastedilmek istenen temerrüt tarihidir. Zira belirli vade varsa, vadenin dolmasıyla temerrüt gerçekleşmektedir. Kanun koyucu burada her zaman prim için belirli vade kararlaştırılacağı varsayımıyla hareket ederek vadenin dolma-sıyla temerrüdün gerçekleşmesini bir tutmuştur.

TTK m. 1434/II hükmü bu ihtimalde prim ödeme borcunda temerrüde düşülmesi hali için tek bir özel sonuç öngörmüştür: Sözleşmeden dönülmesi. Buna karşılık sözleşmeden dönülmedikçe, aynen ifa ve temerrüt faizi istem hakkı varlığını sürdürür.

Sigorta himayesi başlamadan prim ödeme borcunda temerrüt gerçekleş-tiğinde, temerrüt tarihinden itibaren üç ay içinde her zaman<sup>79</sup> TBK m. 123

---

alma kavramlarının sözleşmeden dönme hakkıyla ilişkisi hakkında: **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s. 69-70

<sup>78</sup> **Kender**, s. 244; **Kayıhan**, s. 160; **Ünan**, s. 166; Yarg. 11. HD., 16.2.1996, 622/1091 (www.kazanci.com): “Bu durum karşısında, 1.8.1994 gününde düzenlenen ve 19.8.1994 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek şekilde yeni sigorta sözleşmesi taraflar arasında kurulmuş ise de, prim ödenmemesi sebebiyle sigortacının sorumluluğu henüz başlamamış olduğundan, bu arada oluşan riziko sebebiyle sigortacının hasar giderim sorumluluğu başlamamıştır. Rizikodan habersiz bulunan sigortacıya kazadan sonra ve ihbardan önce prim ödenmiş olması ise geçersiz bir prim ödemesi olması nedeniyle hu-kuken bir sonuç doğurması mümkün değildir.” Ayrıca ilk prim kavramı için: **Ünan**, s. 167-168; **Sieg**, s. 90 vd.

<sup>79</sup> Bir yenilik doğuran hak olarak dönme hakkından açık veya örtülü şekilde feragat edil-mesi olanaklıdır. Bu durumda ancak sonraki primler bakımından dönme veya koşulları

hükmündeki merasime gerek kalmaksızın<sup>80</sup> bozucu yenilik doğuran bir beyanla<sup>81</sup> sigortacı, sigorta sözleşmesinden dönebilir. Sözleşmeden dönmenin sonuçları doğar: Sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer. Prim borcu, sigortacının kabulü ile kısmen ifa edilmişse sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre<sup>82</sup> iade edilir. Sigorta ettiren kusuru ile temerrüde düşmüş ise dönme hakkını düzenleyen TTK m. 1434'ten ayrı olarak, TBK m. 125/III uyarınca sigortacının olumsuz zararını<sup>83</sup> karşılamakla yükümlü olur. Zira sözleşmeden dönme hakkının kullanım koşullarını düzenleyen TTK m. 1434/II hükmü, temerrüde ilişkin sonuçları düzenlemediğinden genel hükümler uygulama alanı bulur.

### 2.2.2 Sigortacının primi talep etme külfeti

TTK m. 1434/II son cümle uyarınca, sözleşmenin ayakta tutulması için sigortacının, primin veya taksitlendirilmiş ilk prim taksitinin tahsili amacıyla primin talep edilebilir olduğu andan itibaren, yani muaccel olmasından itibaren, dava açması veya icra takibinde bulunması<sup>84</sup> gereklidir. Bu, bir külfet teşkil eder. Zira primin muaccel olmasından itibaren<sup>85</sup> üç ay içinde dava veya takip yoluna gidilmezse ve bu süreçte ifa gerçekleşmezse, sözleşme geçmişe etkili olarak ermekte, sigortacı hak kaybına uğramaktadır<sup>86</sup>. Sözleşmenin varlığının

---

varsa fesih hakkı kullanılabilir. Feragat beyanı gelecek prim taksitlerini de kapsayacak biçimde yapılmış ise bu beyanın sözleşmenin temerrüt rejimini sigorta ettiren lehine bir tadil icabı olarak kabul edilmesi mümkündür. Keza, sigorta sözleşmesi kurulması sırasında da taraflar fesih veya dönme hakkını ortadan kaldırmış olabilir.

<sup>80</sup> Yürürlükten kalkan TTK bakımından genel şartlarda yer alan benzer düzenleme açısından da ilgili hükümlerin Borçlar Kanunu anlamında mehil verme koşuluunu bertaraf ettiği hakkında: **Oktay**, s. 22 vd.

<sup>81</sup> Yenilik doğuran haklara ilişkin özellikleri taşıyacaktır. Yenilik doğuran haklara ilişkin olarak bkz. **Kemal Oğuzman/Nami Barlas**, Medeni Hukuk Temel Kavramlar, İstanbul, 2015, N. 566 vd.; **Mustafa Dural/Suat Sarı**, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2015, N. 1057 vd.; **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 55 vd.

<sup>82</sup> Sözleşmeden dönülmesi üzerine sözleşmenin tasfiyesinin hangi hukuki sebebe dayanaacağı öğretide tartışmalıdır. Bu hususta örnek olarak bkz. **Oğuzman/Öz**, C. I, N. 1688 vd.; **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s. 117 vd.; **Rona Serozan**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007, s. 511 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N. 1320

<sup>83</sup> Olumsuz zarar kapsamında örnek olarak sigorta sözleşmesinin kurulması için yapılan masraflar, fesih beyanına ilişkin olarak yapılan masraflar verilebilir. Olumsuz zararın kapsamına ilişkin ayrıntılı bilgi için: **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s. 243 vd.; **M. Serkan Ergüne**, Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008, s. 287 vd.

<sup>84</sup> Benzer hüküm içeren (İSSK m. 21/I) İsviçre hukukunda icra dairesi nezdinde takip talebinin bulunulmasının yeterli olacağı hakkında: Assistalex, 1993, N. 4047

<sup>85</sup> TTK m. 1434/II, sürenin vadeden başlayacağını belirtse de prim için her durumda vade belirlenmesi gerekli değildir. Bu nedenle düzenlemenin primin muaccel olması şeklinde yorumlanması lazım gelir.

<sup>86</sup> İsviçre hukukunda (İSSK m. 21/I: "Bu kanununun 20. maddesi [Temerrüt ihtarına ilişkin hüküm] uyarınca tayin edilen sürenin dolmasından itibaren iki ay içinde ifa edilmeyen prim sigortacı tarafından takip edilmezse, sigortacı sözleşmeyi sona erdirmiş ve ödenmemiş primden vazgeçmiş addedilir.") burada bir faraziye olduğu kabul edilmektedir. Harekete geçmemekle sigortacının sözleşmeden dönme hakkını kullandığı şeklinde bir varsayım söz konusudur. Bkz. ATF 128 III 186. Yasa hükmü ile örtülü olarak yenilik doğuran hakkın kullanıldığına görüşünde: **Guillaume Vionnet**, L'exercice des droits formateurs, 2008, s. 185. Bu kabul, İSSK m. 21/I hükmünün lafızıyla uyum içindedir.

korunması için öngörülmüş ve temerrütten bağımsız bu külfetin maddedeki sistematik yeri bu nedenle eleştiriye açıktır. Zira temerrütle bağlantılı olduğu izlenimi doğmaktadır. Esasen sözleşmenin varlığını koruması için sigortacıya yüklenmiş bir külfettir ve temerrüt olgusundan tamamen farklılık arz eder. Sadece prim ödeme borcunun muaccel olması yeterlidir. Yasa koyucu böylece sigortacıyı bir an evvel harekete geçmeye zorlamıştır. Sözleşme borç ihlali nedeniyle değil, külfetin yerine getirilmemesi nedeniyle sona erdiğinden, sigorta ettirenin bu nedenle sorumluluğuna gidilemez. Bununla birlikte hükümde yer alan üç aylık süre içinde takibi lazım gelen prim ödeme borcu ifa edildiği takdirde, sigortacının bu külfeti sona ermiş olur.

Bu külfet bir kez yerine getirildikten sonra, sigorta himayesi başlamadıkça, temerrüde düşülen prim taksitleri bakımından temerrüdün gerçekleşmesi halinde sigortacı aynen ifayı talep edebilir veya temerrüt tarihinden itibaren üç ay içinde sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden bu süre içinde dönülmemesi halinde ise artık sigorta ettiren sadece aynen ifaya yönelik talepte bulunabilir.

## 2.3. Sigorta himayesi başladıktan sonra prim ödeme borcunda temerrüt

### 2.3.1. Kapsam

TTK m. 1434/III ise sigorta ettirenin sonraki primlere ilişkin temerrüdünü düzenlemektedir. Bu durumda sigortacıya tanınan hak dönme değil fesihlidir. Sigorta sözleşmesinin sona ermesi ileriye etkili olacaktır. Bunun da temel dayanağı sigortacının ödeme yapma borcununun, rizikonun ancak sigorta priminin ilk taksitinin ödenmesinden sonra gerçekleşmesiyle doğacak olmasıdır. TTK m. 1421 uyarınca, kara ve deniz eşya taşıma sigortaları saklı kalmak üzere, sigortacının rizikoyu taşıma yükümlülüğü primin veya ilk taksitinin ödenmesiyle başlar. Böylelikle sigortacının sorumluluğunun başlaması, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde süreklilik arz eden edimin ifasına başlaması ile eş tutulmuştur. Buna göre TTK m. 1434/III hükmü sadece sigortacının rizikoyu üstlenme sürecinin başlamasıyla uygulama alanı bulur. Bu itibarla sözleşmenin kurulmasıyla birlikte sigortacının sorumluluğunun başladığı sigorta sözleşmelerinde, prim ödeme borcunda temerrüdün gerçekleştiği her halde TTK m. 1434/III hükmü uygulanmak gerekirken; ilk sigorta prim taksitinin ödenmemiş olduğu ve bu nedenle sigorta himayesinin başlamamış olduğu hallerde sigorta sözleşmesi ayakta kaldığı müddetçe sonraki taksitlerde temerrüdün gerçekleşmesi halinde TTK m. 1434/III değil TTK m. 1434/II hükmü uygulanmak gerekir<sup>87</sup>.

---

Ayrıca temerrütten doğan haklar bağlamında düzenlenmiş olması burada sistematik bakımdan da bir uyumun varlığını göstermektedir. Karş. **Von Tuhr**, §74, IV, 6 ve dn. 60: Yazar sözleşmenin sona erdirilmesinin beyanla kullanılan bir yenilik doğuran hak olduğunu ifade ettikten sonra, İSSK m. 21/I hükmünün fesih faraziyesini getirdiğini ve karşı tarafa yöneltilen bir irade beyanı bulunmadığını vurgulamaktadır. Buna karşılık Türk hukuku açısından faraziye söz edilemez. Burada irade beyanında bulunulduğu varsayımı yoktur. Faraziye yönünde bir kabul için gerekli olabilecek sözleşmeyi sona erdirme hakkının bile doğmasına gerek yoktur. Sadece bir külfetin yerine getirilmemiş olması, temerrütten bağımsız olarak, sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesine yol açmaktadır. Bu durumun tüketicinin korunması ilkesine uygun düşmediği fikrinde: **Kender**, s. 246; Burada sigortacının eylemsizliğinin cayma iradesi olarak kabul edildiği yönünde: **Şeker Ögüz/Sevinç Kuyucu**, s. 43. İsviçre'de öngörülen çözümün primin bölünmezliği ilkesiyle uygunluğu hakkında: **Roland Röthlin**, Der Grundsatz der Unteilbarkeit der Prämie im schweizerischen Versicherungsrecht, Aaru, 1957, s. 37

<sup>87</sup> Benzer bir ayrımı içeren Alman hukukunda da bu görüşün savunulduğuna ilişkin olarak ve karşı görüş için: **Kayihan**, s. 102

### 2.3.2. Sonuçları

#### 2.3.2.1. Genel olarak

Yukarıda belirtildiği üzere, ilgili prim taksitine ilişkin olarak temerrüdün genel koşulları gerçekleştiğinde sigorta ettiren temerrüde düşer<sup>88</sup>, bu taksit için temerrüt faizi işlemeye başlar. Sigortacı, aynen ifa bağlamında ilgili primin tahsilini talep edebilir ve ayrıca temerrüt faizi ile aşkın zararının tazminini de talep edebilir.

Sürekli borç ilişkisinin başladığı durumlarda, tam iki taraflı sözleşmelerde temerrüt halinde, sadece fesih ve fesihle birlikte olumlu zararın giderilmesi hakkı bulunduğundan<sup>89</sup>, sigorta himayesi başladıktan sonra prim ödeme borcunda temerrüdün gerçekleşmesi, sadece, özel hüküm olarak TBK m. 125 ve 126'nın yerini alan TTK m. 1434/III düzenlemesinde yer alan fesih hakkını doğuracaktır.

#### 2.3.2.2. Sözleşmenin feshi

Sigortacının elinde bulunan olanak, TTK m. 1434/III uyarınca sigorta sözleşmesinin feshedilmesidir. Buna göre sigortacının sigorta ettirene temerrüdün gerçekleşmesi üzerine fesih beyanında<sup>90</sup> bulunması gereklidir<sup>91</sup>. Başka bir ifade ile bu aşamada sigortacı ya primi tahsil etme, yani aynen ifa yoluna gidebilir, ya da sözleşmenin feshi sürecini başlatabilir<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> Muacceliyet ve temerrüdün aynı zamanda gerçekleşeceği şeklinde: **Kender**, s. 247

<sup>89</sup> **Pınar Altınok Ormancı**, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul, 2011; s. 204-205; **Havutçu**, s. 145; **Belen**, s. 309; İsviçre hukukunda, sözleşmenin feshi halinde olumsuz zararın tazmininin söz konusu olacağı, alacaklının aynen ifadan vazgeçmek suretiyle olumlu zararı talep edebileceği veya haklı nedenle feshe başvurabileceği şeklinde bir görüş de savunulmuştur: **Marie-Noëlle Venturi-Zen-Ruffinen**, "La résiliation pour justes motifs des contrats de durée", SJ II, 2008, s. 10; Fesih hakkından ayrı olarak İsviçre Borçlar Kanunu m. 107/II (TBK m. 125/II)'ye başvurulabileceği görüşünde: **Claude Ramoni**, Demeure du Débiteur et Contrats de Droit Suisse, Zürih, 2002, N. 88 vd. Türk öğretisinde de TBK 126 düzenlemesinin isabetsiz olduğu, sürekli borç ilişkilerinde de, olumsuz zararın giderilmesinin talep edilebilmesinin söz konusu olabileceği belirtilmektedir. **Vedat Buz**, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi", 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu - 12-13 Mart 2011, Ankara, 2012, s. 176-177; Karş. Yaşa koyucunun amacını dikkate almak suretiyle olumsuz zararın giderilebileceği görüşünde: **Altınok Ormancı**, s. 202

<sup>90</sup> Her hâlikârda mutlak sonuç sözleşmenin feshi olacağından, sigorta ettirene yapılacak yazılı bildirim hem mehil verme hem de fesih beyanı olarak kabul edilmesinden, aşağıda değinileceği gibi sürenin kanuni şart olduğunu farz edilerek ortada tek bir fesih hukuki işleminin bulunduğunu kabul etmek daha uygundur.

<sup>91</sup> İSSK m. 20 ise prim ödeme borcunda temerrüde düşülmesi için sigortacının temerrüdün sonuçlarını da içeren bir ihtarname çekmesini ve on dört günlük bir mehil tanımamasını şart koşturmuştur. Bkz. **Stéphane Spahr**, "L'intérêt moratoire, conséquence de la demeure", RVJ 1990, s. 361. Bu bakımdan İsviçre hukuku, Türk hukukunda ayrılarak, salt temerrüdün sonuçlarını değil, koşullarını da özel olarak düzenlemiştir. Aynı yönde: **De Mestral**, s. 115

<sup>92</sup> İsviçre hukukunda benzer şekilde: ATF 128 III 186

Fesih beyanı<sup>93</sup> yasa tarafından geçerlilik bakımından sıkı koşullara bağlanmıştır. Beyanın noter kanalı ile iadeli taahhütlü mektupla yapılması şart koşulmuştur. TBK m. 12 gereği, öngörülen bu koşullar, geçerlilik şeklidir. Düzenlemede açıkça bu şekil unsurları belirtildiği için adi yazılı şekil de yeterli sayılamaz. Bu nedenle TBK m. 14/III hükmü de uygulama alanı bulamayacaktır. Keza TTK m. 18/III hükmü de TTK m. 1434'e nazaran genel hüküm olduğu için uygulama alanı bulmaz. Dolayısıyla sigortacı şekil şartı bakımından son derece sınırlanmış olup pratik açıdan hüküm eleştiriye açıktır. Çağın iletişim olanakları ve sektörel uygulama bakımından fesih iradesinin sadece bu iki araçla açıklanabilmesi yerinde değildir. Öyle ki, gerçek olmayan bir kanun boşluğundan dahi söz edilebilir.

Fesih beyanı ile tanınacak süre en az on gün olmalıdır. Her ne kadar kanunda sadece on günlük süre verilmesi gerektiği ifade edilmiş ise de mütemerrit borçlu lehine daha uzun bir mehil tanınmasında bir engel olmamalıdır. Zira burada esas olan sigorta ettirenin korunmasıdır; öyle ki bu konudaki hükümler nisbi emredici olarak düzenlenmiştir<sup>94</sup>. Buna karşılık tanınan süre on günden az ise fesih işlemi kesin olarak hükümsüz olur. Zira kanun sürenin en az on gün olmasını gerekli görmüştür, her hâlükârda verilen sürenin on güne tahvil edilmesini öngörmemiştir<sup>95</sup>. Bu nedenle, sigortacının uygun şekilde tekrar fesih beyanında bulunması gerekir.

Fesih beyanında ayrıca, primin on gün içerisinde<sup>96</sup> ifa edilmesi gerektiği aksi takdirde sözleşmenin feshedilmiş sayılacağı hususuna yer verilmesi gerekir<sup>97</sup>. Sigorta ettirenin hukuki durumu hakkında tam bir bilgi sahibi olmasını ve kesinliği amaçlayan bu düzenleme şekil unsuruna dâhil olup geçerlilik şartı oluşturmaktadır. Böylece bozucu yenilik doğuran fesih işlemi<sup>98</sup>, tanınan süre

<sup>93</sup> Yasada ihtar deyimi kullanılmış olsa da, on günlük sürenin sonucunda ifa gerçekleşmediğinde sözleşme feshedilmiş olduğundan bu bildirim fesih beyanı olarak nitelendirilmesi uygun olur.

<sup>94</sup> **Şeker Ögüz/Sevinç Kuyucu**, s. 44

<sup>95</sup> **Oğuzman/Öz**, C. I, N. 1659

<sup>96</sup> Fesih beyanı, sigorta ettirene ulaşmakla sonuçlarını doğurur. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, §15 N. 6. Bu konuda TTK m. 1416 hükmü nazara alınmalıdır. Fesih beyanında bulunulduktan sonra bu beyanın geri alınması olanağı kullanılmış bir yenilik doğuran hakkın geri alınıp alınmayacağına ilişkin tartışmada üstün tutulan görüşe bağlıdır. Zira fesih hakkı, fesih beyanıyla kullanılır ancak feshin sonuçları, kanuni şartın gerçekleşmesiyle doğar. Kural olarak yenilik doğuran hakların geri alınması ve kullanılan hakta değişiklik yapılması mümkün olmasa da, feshi ihbar süresi içinde karşı tarafın açık veya örtülü rızası ile geri alınabilmesine cevaz verilmesi, fesih beyanına maruz kalan tarafın menfaatlerini zedelemeyeceğinden kabul edilebilir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için: **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 473-474; Bu görüş kabul edilmediği takdirde feshin etkilerinin ancak yeni bir sigorta sözleşmesi kurulmasıyla ortadan kaldırılabilceği sonucu ortaya çıkar.

<sup>97</sup> Bunun haricinde herhangi bir hususun belirtilmesine gerek yoktur. İsviçre uygulamasında ise tüm temerrüt sonuçlarının ayrı ayrı belirtilmesi, temerrüde düşülen tutarın açıkça ifade edilmesi, mehil süresinin açık olması geçerlilik koşulu olarak aranmaktadır. Bkz. ATF 128 III 186, **Corboz**, s. 258; **De Mestral**, s. 118. Beyanın belirsizlik ve şüpheye yol açması halinde geçersiz olacağı hakkında: İFM, 5C.258/2001 (www.swisslex.ch); Bildirimin sigorta ettirenin talep ettiği dilde yapılmamış olması durumunda geçersiz sayılacağı şeklinde: İFM, 20.1.2003, 5C.244/2002 (www.swisslex.ch)

<sup>98</sup> **Algantürk Light**, s. 3

içinde ifa gerçekleşmezse<sup>99</sup> sonuçlarını doğurmaktadır<sup>100</sup>. Sigorta ettirenin, sürenin sonunda fesih sonucunun doğup doğmaması hususunda takdiri olanağı yoktur. Oysa borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlerde alacaklının mehil vermesi böyle bir etkiye sahip olmayıp sadece ifa yerine olumlu zararın giderilmesi ve sözleşmeden dönme seçicilik haklarını veya sürekli borç ilişkilerinde fesih hakkını kullanma olanağı vermektedir.

Fesih beyanının hüküm doğurmasıyla birlikte sigorta sözleşmesi temerrüdün gerçekleştiği an itibarıyla<sup>101</sup> ileriye etkili olarak sona erer. Bu nedenle temerrüde düşülen prim taksit borcu da sona ermiş olur. Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş fesih sonucunun yanı sıra, sigorta sözleşmesinin süresinden evvel sona ermesi nedeniyle varsa uğranılan olumlu zararın giderilmesi sigorta ettirenden talep edilebilir (TBK m 126 *kuyasen*).

Fesih hakkının ne zaman kullanılması gerektiği hakkında yasal bir sınırlama yoktur. Buna göre, temerrüt olgusu sürdükçe sigortacı, her zaman sözleşmeyi feshedebilir.

#### 2.4. İki sonuçsuz fesih beyanı nedeniyle fesih

TTK m. 1434/IV düzenlemesi ile sigorta sözleşmesi sürekli borç ilişkilerine daha da yaklaştırılmış olup konut ve çatılı işyeri kiralalarında yer alan iki haklı ihtar nedeniyle kira döneminin sonunda kira sözleşmesinin tahliye davası ile sona erdirilmesine benzer bir düzenleme kabul edilmiştir<sup>102</sup>.

Bu hüküm ile sürekli borç ilişkilerinde kabul edilen<sup>103</sup> haklı nedenle fesih kurumunun sigorta sözleşmeleri bakımından uygulanabilirliği ve koşullarının gerçekleşmesine ilişkin bir tartışmaya girmeye gerek kalmadan sigorta

<sup>99</sup> Feshin geçerli olabilmesi için on günlük süre içinde ifanın gerçekleşmemiş olması bir kanuni şart (*condictio iuris*) teşkil eder. Kanuni şart, teknik anlamdaki koşul gibi, kurulmuş bir hukuki işlemin hüküm doğurması için kanun tarafından öngörölmüş gerçekleşmesi şüpheli olgulardır. Kavram için bkz. **Lale Sirmen**, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992, s. 84 vd.; **Haluk Nami Nomer**, Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2002, s. 96. Hüküm bakımından da on günlük süre içinde primin ifası gerçekleşmesi şüpheli ve kanunen öngörölmüş bir şart oluşturmaktadır. Yasal düzenleme açıkça ve özel olarak süre tanınmasını şart koştuğu için genel hükümlere gidilerek TBK m. 124 düzenlemesine dayanmak suretiyle süre tanımadan sözleşmenin feshedilmesi olanaksızdır. Buna karşılık sigorta ettiren lehine kanuni şart oluşturan sürenin, fesih beyanında bulunan sigortacı tarafından daha uzun olarak belirlenmesinde bir engel olmamalıdır. Başka bir ifade ile kanuni şart olan, en az on gün olmak üzere tanınan süre içinde ifanın gerçekleşmemiş olmasıdır.

<sup>100</sup> İSSK m. 21'de ise ihtarname ile tanınan mehilin semeresiz kalması halinde, mehilin dolmasından itibaren iki ay içinde prim takip edilmezse sözleşmenin ve temerrüde düşülen prim ödeme borcunun sona erdirilmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Burada bir fesih faraziyesi bulunduğu kabul edilmektedir. Fransız hukukunda da gerekli ihtarın yapılmasından sonra sigortacı sözleşmeyi feshetmekte özgürdür: **Grouetel**, N. 2442; Alman hukukunda sonraki primlere ilişkin olarak bkz. **Baumann**, s. 67

<sup>101</sup> **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s. 322-323

<sup>102</sup> Pratik açıdan, sigorta sözleşmesinin dönem sonunda sona ereceğini belirterek bu düzenlemenin gerekli olmadığı görüşü: **Ulaş**, s. 83

<sup>103</sup> Bu hususta: **Özer Seliçi**, Borçlar Kanununa göre sözleşmeden doğan sürekli borç ilişkilerinin sona ermesi, İstanbul, 1976, s. 156 vd.; **Marie-Noëlle Venturi-Zen-Ruffinen**, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, 2007, s. 62 vd.; **Ivan Cherpillod**, La fin des contrats de durée, 1988, s. 97 vd.

primlerini tahsilde güçlük çeken sigortacıya, sigorta sözleşmesini fesih hakkı verilmektedir. Bunun için en az iki farklı prim taksitinin<sup>104</sup> ifasında temerrüde düşülmesi ve TTK m. 1434/III anlamında sonuçsuz kalmış fesih beyanında bulunulmuş olması gerekir.

TTK m. 1434/son uyarınca fesih, sigorta döneminin sonundan itibaren hüküm ifade eder<sup>105</sup>. Yürüyen dönem bakımından prim ödeme borcunda sıklıkla temerrüde düşülmesi derhal feshe hak vermez veya birbirini izleyen ancak farklı sigorta dönemlerine ait aylarda temerrüdün gerçekleşmesi bir fesih sebebi oluşturmaz<sup>106</sup>. Bununla birlikte düzenlemede fesih hakkının ne zaman kullanılması gerektiği belirtilmemiştir. Bu hak en geç, yeni sigorta döneminin başlangıcına dek kullanılmak gerekir. Yeni sigorta döneminin başlamasıyla birlikte hak düşer. Zira düzenleme lafzından bu hakkın, salt temerrüde düşülen sigorta dönemine ilişkin primlere özgü olarak verildiği anlaşılmaktadır. İzleyen dönemde sigorta sözleşmesinin yürürlükte bırakılması sigortacı bakımından prim tahsilatında yaşanan sıkıntıların fesih sebebi oluşturmadığını gösterir.

Bu hüküm uyarınca fesih hakkı, aynı dönemde ifasında temerrüde düşülen ikinci prim taksitinin, fesih beyanında bulunulması üzerine yasal süre içinde ödenmesiyle doğar. O andan itibaren iki adet haklı olarak yapılmış ve sonuçsuz kalmış fesih beyanı mevcuttur. Dolayısıyla sigortacının fesih hakkı temerrüde düşülen ikinci prim taksitini ifasıyla doğar ve sigorta döneminin sonuna kadar ayakta kalır. Sigortacı, herhangi bir yasal kısıtlama bulunmadığından, bu dönemde her zaman fesih hakkını kullanabilir. Fesih hakkını kullanmadan önce ve sonra primleri tahsil ederken herhangi bir çekince koyması gerekmez, zira iki sonuçsuz fesih beyanının gerçekleştiği sigorta dönemine ait primleri kabul etmek fesih hakkından feragat edildiği şeklinde yorumlanamaz. Buna karşılık sigortacının, sonraki sigorta dönemine yönelik önerilerde bulunması gibi, fesih hakkının kullanılmayacağına ilişkin haklı bir güven yarattığı hallerde, sigortacının fesih hakkı sona erer.

Fesih hakkı kullanıldıktan sonra, hüküm ifade etme anı olan sigorta döneminin sona ermesine kadarki süreçte, sigortacının fesihten dönmesinin olanaklı olup olmadığı hususunda, sigorta himayesi başladıktan sonra gerçekleşen temerrüde ilişkin fesih beyanının geri alınması hakkında yapılan tartışmalar burada da geçerli olacaktır.

---

<sup>104</sup> Temerrüde düşülmüş birden fazla taksit bulunuyorsa, bunlara ilişkin ayrı ihtar yapılması, kira hukukundaki uygulamayla bağdaşır şekilde, kabul edilmemelidir. Kira hukukundaki duruma ilişkin olarak: **Yavuz**, s. 698. Ayrıca çekincesiz şekilde en son prim taksiti tahsil edildiğinde, TBK m. 104/I hükmü uyarınca önceki primlerin de kârine olarak tahsil edilmiş sayılacağı gözden kaçırılmamalıdır.

<sup>105</sup> Pratikte genellikle sigorta sözleşmeleri bir yıllık kurulduğu için (TTK m. 1411 hükmü uyarınca da kural olarak sigorta dönemi bir yıldır.) bu hükmün uygulama alanı son derece dardır. Sadece sigorta süresinin sigorta döneminden uzun olduğu durumlarda bu hak kullanılabilir. Bkz. **Ünan**, s. 379

<sup>106</sup> Sigorta sözleşmesi bakımından sürekli hukuki ilişkilerde tanınan haklı nedenle fesih kurumunun uygulanabilirliği tartışmaya açıktır. Bununla birlikte, haklı nedenle fesih kurumu sigorta sözleşmelerinde tanınmış olsa bile, TTK m. 1434/son hükmüyle temerrüde ilişkin diğer vakıaların fesih sebebi olması dışlanmıştır. Başka bir deyişle sigorta ettiren korunarak, onun aleyhine sözleşmenin sona erdirilmesi olanağı verilmemiştir.

### 3. Sigortacının ödemezlik defii

Tam iki taraflı sözleşmelerde, karşılık oluşturan edimlerden birinin kısmen bile ifa edilmemiş olması diğer edimini ifasından ödemezlik defii ile kaçınma hakkı verir<sup>107</sup>. Bu itibarla sigorta himayesi başladıktan sonra, prim ödeme borcunun ifa edilmemesi olasılığında, temerrüt gerçekleşmemiş olsa dahi, rizi-ko gerçekleştiğinde sigortacının TTK m. 1427 uyarınca ödeme borcunu ifadan, TBK m. 97 ile kaçınıp kaçınmayacağı değerlendirilmelidir. Sigorta himayesinin başlamadığı olasılıkta sigortacının TTK m. 1427 uyarınca ödeme borcu doğmayacağından, prim borcunun ifa edilmemiş olmasından kaynaklanan ödemezlik defii ile ilişkin bir tartışma söz konusu olmaz.

Yürürlükten kalkan 6762 Türk Ticaret Kanunu dönemine ilişkin bir kararında Yargıtay, prim ödeme borcunda genel hükümlere göre temerrüdün gerçekleştiği halde sözleşmenin usulünce feshedilmemiş olması nedeniyle sigorta tazminatının ödenmesi gerektiğine, ödemezlik defii dayanan yerel mahkeme kararının isabetsiz olduğuna, poliçeye derç edilen sözleşmenin askıya alınmasına dair iptal edilen Kanun Hükmünde Kararname<sup>108</sup> düzenlemesini tekrar eden kayıtların uygulanmayacağına hükmetmiştir<sup>109</sup>.

Karşılaştırmalı hukuk açısından, İsviçre’de ise Sigorta Sözleşmeleri Kanunu m. 20/III hükmüne göre temerrüt koşulları gerçekleştiğinden sonra ihtar semeresiz kalınca sigortacının borcu<sup>110</sup> kendiliğinden askıya alınmaktadır<sup>111</sup>. Askı süreci, temerrüde düşülen primin tüm masraf ve faiziyle ifa edilmesiyle sona erer (m. 21)<sup>112</sup>.

<sup>107</sup> **Oğuzman/Öz**, C. I, N. 1101; Ayrıntılı bilgi: **Salamon Kaniti**, Akdin İfa Edilmediği Defii, İstanbul, 1962, s. 110; Ayrıca bkz. **Eren**, s. 991; TBK m. 97 hükmü ile tanınan savunma hakkının hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar ve ayrıntılı değerlendirme için: **Buz**, Ödemezlik Defii, s. 85 vd.

<sup>108</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 11.3.1997 tarih ve 24/35 sayılı kararı ile iptal edilen 537 sayılı, 15.7.1994 tarih ve 21991 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Kanun Hükmünde Kararname

<sup>109</sup> Yarg. 11. HD., 17.9.2001, 4049/6887 (www.kazanci.com)

<sup>110</sup> Sigorta ettiren bakımından ise sözleşme hükümlerini doğurmaya devam eder. Örnek olarak prim taksitleri vadeleri gelince muaccel olmaya devam eder.

<sup>111</sup> **Koenig**, 57-58; İFM, 4A\_496/2013 (www.swisslex.ch); **De Mestral**, s. 126; Temerrüde kusursuz düşülmesi halinde askı halinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin tartışmalar için: **De Mestral**, s. 132 vd.; Ayrıca İsviçre hukukunda ödemezlik definin kıyasen uygulanması suretiyle sürekli borç ilişkisi hükümlerine tabi sözleşmelerin askıya alınabileceği hakkında: **Tercier/Pichonnaz/ Develioğlu**, N. 1070; Ayrıca bkz. **Kılıçoğlu**, s. 615 dn. 766

<sup>112</sup> Sona erme geriye etkili değildir: **Corboz**, s. 258. İsviçre’nin yeni sigorta sözleşmeleri kanunu tasarısı ise temerrüt konusunda daha farklı koşullar öngörmektedir. Bkz. **Olivier Carré**, “Révision totale de la loi fédérale sur le contrat d’assurance”, Journées du droit de la circulation routière, 2010, s. 93. Tasarının ilgili 30. maddesinin çevirisi şu şekildedir: (1) Aşağıda belirtilen düzenlemeler dışında, borçlunun temerrüdünün koşul ve sonuçları borçlar kanununa tabidir. (2) Sigortacı, yazılı şekle uyarak: (a) mütemerrit borçluya, primin ödenmesi için, ihtarnamenin ulaşmasından itibaren işleyecek dört haftadan az olmamak üzere mehil tanıyabilir ve (b) Mehilin dolunca, borçlu mehilden istifade etmediği takdirde, sözleşmenin feshedilmiş olacağını beyan edebilir. Böylece tasarıda, mevcut hükmün aksine, temerrüt için mutlaka ihtar çekilmesi şartının bulunmadığı ifade edilebilir. Bu yönde bkz. FF 2011 7134



Fransız sigorta kanununda da konu, L113-3 maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir. Sigortacı, primi talep etme hakkından bağımsız olarak, prim borcu kısmen de olsa ifa edilmezse, muacceliyetten itibaren on günlük bir süre vererek sigorta ettireni temerrüde düşürürse, sigortacının ödeme yapma borcu temerrüdün gerçekleşmesinden itibaren otuz günün geçmesiyle askıya alınır<sup>113</sup>.

Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanununda ise §38 hükmüyle mesele açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, sonraki primler ifa edilmediği takdirde sigortacı sigorta ettirene iki haftadan az olmamak üzere, her bir primin tutarını, masraflarını, faizlerini ve yasal sonuçları içeren yazılı bir mehil verirse, mehilin sonuç kalması halinde askı durumu söz konusu olur. Zira mehil sonuçsuz kaldığı takdirde riziko gerçekleşirse sigortacı ödeme yapmak zorunda değildir<sup>114</sup>. İlk primin ifa edilmemesinden sigorta ettiren sorumlu olduğu ölçüde de sigortacı kural olarak ödeme yapma mecburiyetinde olmayacaktır, ancak öncelikle bu hususta sigorta poliçesiyle veya başka bir şekilde yazılı olarak ifa etmemenin sonucu hakkında sigorta ettirene bilgi vermiş olması lazım gelir (§37)<sup>115</sup>.

Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nda sigorta himayesinin başlangıcı belirtilmekle birlikte himayeyi sona erdiren veya askıya alan haller belirtilmemiştir, himaye kural olarak devam eder. Bu itibarla yasada bir açıklık olmadığından, temerrüdün askı hali oluşturmayacağı belirtilmelidir<sup>116</sup>. Benzer şekilde ödemezlik defii de bir askı durumu oluşturmaz. Sigortacının asli edimi, TTK m. 1427 uyarınca ödeme yapma olduğuna göre, askı durumunun gerçekleşmesi olanaksızdır. Sigorta himayesi ve tehlikeyi taşıma bir edim niteliğinde olmadığından, ödemezlik definin ileri sürüldüğü gerekçesiyle kesintiye alınmaları mümkün olmayacaktır. İlgili prim taksiti ödenmediği takdirde, rizikonun gerçekleşmesi sigortacının ödeme borcunun doğumuna engel olmaz ancak ödemenin yapılması istemi halinde muaccel olan bakiye prim tutarı talep edilebilir. Oysa sigortacının ediminin rizikoyu taşıma olduğu kabul edildiğinde ödemezlik define başvurulması, rizikoyu taşıma borcunu askıya alacağından rizikonun gerçekleşmesi halinde defii, sigortacının ödeme borcunun doğmasına engel olurdu.

Ödemezlik defii, yukarı belirtildiği üzere, kanun sistematiğine aykırı bir sonuç doğurmadığından, bir genel hüküm olarak, sigortacının başvurabileceği bir hukuki olanaktır<sup>117</sup>. Sigorta ettirenin ifa talebine karşı sigortacı ödemezlik define dayanabilir. Sigorta ettirenin, primin ifasını teklif etmesiyle birlikte defii hükümden düşer<sup>118</sup> ve sigortacının ödeme yapması gerekir. Sigorta ettiren,

<sup>113</sup> **Groutel**, N. 2400 vd., askı durumu herkese karşı etkilidir: N. 2422; **Lambert-Faivre**, N. 472 vd.; **Marly**, N. 109; **Bernard Beigner**, *Droit du contrat d'assurance*, Paris, 1999, s. 204 vd.

<sup>114</sup> **Baumann**, s. 67; Önceki kanun bakımından aynı yönde: **Sieg**, s. 104

<sup>115</sup> **Baumann**, s. 67; **Knappmann**, §37 N. 29

<sup>116</sup> Başlamış olan sigorta himayesinin sona ermeyeceği şeklinde: **Kender**, s. 246; Sigortacının sorumluluğunun feshe kadar süreceği şeklinde: **Can**, s. 288

<sup>117</sup> Tam iki taraflı sözleşme olarak sigorta sözleşmelerinde ödemezlik define dayanılabileceği hakkında bkz. **Can**, s. 273; **Can**, Temerrüt, s. 155, dn. 2; Bu kapsamda yürürlükten kalkan BK m. 82, TBK m. 98 hükmüne de koşulları tamam olduğunda başvurulmasına bir engel yoktur: **Can**, s. 288. İsviçre hukukunda sigortacının ödemezlik define dayanılabileceği görüşünde: **De Mestral**, s. 13

<sup>118</sup> **Oğuzman/Öz**, C. I, N. 1116; **Eren**, s. 996

koşulları<sup>119</sup> bulunduğu ve aksi yönde bir yasa hükmü yer almadığından takas hakkını da kullanabilir<sup>120</sup>. Sigortacı da TTK m. 1431/V hükmü uyarınca doğrudan doğruya takas hakkını kullanarak, sigorta ettirenin hak kazandığı tutardan, prim tutarının takas edilmesini sağlayabilir<sup>121</sup>.

### Sonuç

Bu çalışmada ulaşılan başlıca sonuçlar aşağıdaki gibi özetlenebilir:

Prim ödeme borcu, sadece para olarak kararlaştırılabilir ve para olarak ifa edilmek gerekir. Sadece ifa uğruna eda zmnında kambiyo senedi verilmesi hususunda taraflar ifa anında anlaşılabilir.

Sigorta sözleşmesinde sigorta ettirenin asli borcu, prim ödemek iken; sigortacının asli borcu sigortanın türüne göre sigorta tazminatını veya bedelini ödemektir. Bu borcu şarta bağlı olması nedeniyle sigorta sözleşmesi teknik olarak tam iki taraflı sözleşme olmasa da kanun gereği tam iki taraflı sözleşmelere ilişkin hükümlere tabi tutulmuştur.

Yetkisiz temsilin söz konusu olduğu hallerde, yetkisiz temsilci için öngörülen yükümlülük *culpa in contrahendo* sorumluluğunun bir görünümü olan götürü bir tazminattır.

Sigorta primi, kural olarak, sigorta sözleşmesinin kurulmasıyla muaccel olur. Poliçenin teslim edilmemiş olması sigorta ettiren bakımından ödemezlik defii benzeri bir savunma imkânı sağlar.

Sigorta sözleşmesinin ayakta kalması için sigorta ettirenin primi, taksitlendirilmiş ise ilk taksiti kanuni süre içinde takip etme külfetinin sigortacı tarafından yerine getirilmesi gerekir. Yoksa sözleşme kanun gereği geçmişe etkili olarak sona eder.

Sigortacı prim ödenmemesi nedeniyle ödemezlik define dayanarak ödeme yapmaktan kaçınabilir. Bu durumda sigorta ettiren kalan birimi ödeyebilir ve takas hakkını kullanabilir. Takas hakkına başvurmak kural olarak sigortacıya da bahşedilmiştir.

Temerrüt koşulları ve kavramı genel hükümlere tabidir. Türk Ticaret Kanunu'nda sadece sigorta sözleşmesini sonlandırma hakkı özel olarak düzenlenmiştir. Bunun dışında temerrüde ilişkin genel hükümler uygulanacaktır. TTK m. 1434/I ve II düzenlemelerinin uygulama alanı bakımından ayrımı sigorta himayesinin başlamış olup olmamasına göre yapılmalıdır.

<sup>119</sup> Takas hakkı ve koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için: **Murat Develioğlu**, Takas, İstanbul, 2011, s. 70 vd.; **Bilgehan Çetiner**, "Takas, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansı, C. II, İstanbul, 2014, s. 307 vd.

<sup>120</sup> **Ünan**, s. 349

<sup>121</sup> **Ezgi Başak Demirayak**, "Sigorta Sözleşmesinden Doğan Prim Alacağı'nın Takası", AÜSBD, 2013, C. 13, s. 94; **Ulaş**, s. 79; **Atamer**, s. 95; **Şeker Ögüz/Sevinç Kuyucu**, s. 39, Yazarlar TTK m. 1431/V hükmü gereğince sigortacının takas hakkını kullanırken TBK m. 129 hükmüne tabi olmayacağına işaret etmektedir. **Ünan**, s. 342; Aynı olanak Alman Sigorta Sözleşmesi §35 hükmüyle sigortacıya tanınmıştır: **Knappmann**, §35 N. 1; Fransa için: **Beigner**, s. 199

### Kısaltmalar

<b>ATF</b>	: Arrêts du Tribunal Fédéral
<b>AÜSBD</b>	: Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
<b>BATİDER</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Dergisi
<b>BK</b>	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
<b>Bkz.</b>	Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>dn.</b>	: Dipnotu
<b>FF</b>	: Feuille fédérale
<b>GSÜHFD</b>	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGK.</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>HÜHFD</b>	: Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>İç. BK</b>	: İçtihadı Birleştirme Kararı
<b>İFM</b>	: İsviçre Federal Mahkemesi
<b>İKÜHFD</b>	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>İSSK</b>	: İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanunu
<b>İTİCUSBD</b>	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
<b>İÜMHAD</b>	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
<b>Karş.</b>	Karşılaştırınız
<b>m.</b>	: Madde
<b>MK</b>	: Medeni Kanun
<b>MÜHF-HAD</b>	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
<b>N.</b>	: Paragraf/Kenar numarası
<b>RJV</b>	: Revue valaisanne de jurisprudence
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>SJ</b>	: La Semaine judiciaire
<b>TBBD</b>	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
<b>TBK</b>	: Türk Borçlar Kanunu
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu
<b>vd.</b>	: Ve devamı
<b>www.kazanci.com</b>	: Kazancı çevrimiçi hukuk bilgi bankası
<b>www.swisslex.ch</b>	: Swisslex çevrimiçi hukuk bilgi bankası
<b>Yarg.</b>	: Yargıtay

**KAYNAKÇA**

**Akkanat, Halil**, Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçlar, 1996, İstanbul

**Algantürk Light, Didem**, “Sigorta sözleşmesi süresi içinde sigorta ettirenin yükümlülükleri”, İTİCUSBİD, Yıl:11, 2012/2 S. 22, s. 1-8

**Altınok Ormancı, Pınar**, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul, 2011

**Aral Eldeleklioğlu, İrem**, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu”, İTİCUSBİD, Yıl: 11, 2012/2, S. 22, s. 203-222

**Aral, İrem**, Sigorta Sözleşmelerinde Prim Ödeme Borcu, MÜHF-HAD, C. 13, S. 3-4, s. 117-144

**Arseven, Haydar**, Sigorta Hukuku, İstanbul, 1991

**Atamer, Kerim**, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Zarar Sigortaları’na Giriş”, BATİDER, 2011, S. 1

**Yeşim M. Atamer/Kerem Cem Sanlı**, “Borçlar Kanunu’ndaki Faiz Serbestisini Sınırlayan Hükümlerin Uygulama Alanı: Hukuk, Ekonomi ve Davranışsal Ekonomi Perspektifinden Bir İnceleme”, Yargıtay Dergisi, C. 42, S. 3, 2016

**Ayli, Ali**, Zarar Sigortalılarında Prim Ödeme Borcu, İstanbul, 2003

**Barlas, Nami**, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992

**Başpınar, Veysel**, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998

**Baumann, Frank**, Das neue Versicherungsvertragsgesetz, Freiburg-Berlin-Münih, 2008

**Beigner, Bernard**, Droit du contrat d’assurance, Paris, 1999

**Belen, Herdem**, 6098 sayılı Borçlar Kanunu (Kısa Şerh), İstanbul, 2014

**Bozer, Ali**, Sigorta Hukuku, Ankara, 1965

**Brehm, Roland**, “Droit des assurances privées”, JdT 2009 I

**Buz, Vedat**, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu - 12-13 Mart 2011, Ankara, 2012, s. 165-177

**Buz, Vedat**, “Ödemezlik Definin Borçlu Temerrüdüne Etkisi”, BATİDER, C. 29, S. 4, Eylül 2013

**Buz, Vedat**, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, [Sözleşmeden Dönme], Ankara, 1998

**Buz, Vedat**, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005

**Can, Mertol**, “Sigorta Ettirenin Sigorta Primini Ödeme Borcunu İfada Temerrüde Düşmesinin Sonuçları”, [Temerrüt], BATİDER, Cilt 23, S. 1, s. 155-174

**Can, Mertol**, Türk Özel Sigorta Hukuku, Ankara, 2009

**Carré, Olivier**, « Révision totale de la loi fédérale sur le contrat d’assurance, Journées du droit de la circulation routière », 2010, s. 83-98

**Cemal, Ahmet**, “Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Uğruna Edim”, İÜMHAD, C. 3, S. 5

**Cherpillod, Ivan**, La fin des contrats de durée, 1988

**Corboz, Bernard**, « Le contrat d’assurance dans la jurisprudence récente », SJ 2011 II, s. 247-271

- Çetiner, Bilgehan**, “Takas”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansı, C. II, İstanbul, 2014
- De Mestral, Thierry**, La prime et son paiement, Lozan, 2000
- Demirayak, Ezgi Başak**, “Sigorta Sözleşmesinden Doğan Prim Alacağı-nın Takası”, AÜSBD., 2013, C. 13, s. 91-98
- Develioğlu, Murat**, Takas, İstanbul, 2011
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat**, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanun’un Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2015
- Engin, Baki İlkay**, “İfa Uğruna Edim”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015
- Ergüne, M. Serkan**, Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008
- Etier, Guillaume**, “Droit des assurances privées”, JdT 2011 II
- Fontaine, Marcel**, Essai sur la nature juridique de l’assurance-crédit, Brüksel, 1966
- Groutel, Hubert**, Droit des assurances (Mémentos) [Kindle Elektronik Kitap formatında], Paris, 2015
- Guhl, Theo**, Le Droit Fédéral des Obligations, Çeviri: René des Gouttes, Zürih, 1947
- Havutçu, Ayşe**, Tam İki Taraf Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir, 1995
- Honsell, Heinrich** (Ed.), Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 1998
- İnceoğlu, M. Murat**, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul, 2009
- Jeanprêtre, Raymond**, “Le paiement de la dette au compte de chèques postaux du créancier”, RVJ 1968
- Kaniti, Salamon**, Akdin İfa Edilmediği Def’i, İstanbul, 1962
- Kayıhan, Şaban**, Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu, Ankara, 2004
- Kender, Rayegan**, “Police verme yükümlülüğüne aykırılıktan doğan hukuki sonuçlar”, [Police verme yükümlülüğü], Sigorta Hukuku Dergisi, 1997, s. 7-14
- Kender, Rayegan**, “Zarar Sigortalarında Prim Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”, Hukuk Araştırmaları, 1996, C. 10, S. 1-3, s. 753-767
- Kender, Rayegan**, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul, 2015
- Kılıçoğlu, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015
- Kırkbeşoğlu, Nagehan**, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul, 2011
- Knappmann, Ulrich**, Prölss/Martin-Versicherungsvertragsgesetz: VVG 29. Auflage, 2015
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm I, İstanbul, 2014
- Koenig, Willy**, Droit des assurances, (Çeviri: André Möckli), Lozan, 1942
- Kubilay, Huriye**, Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, İzmir, 1999
- Lambert-Faivre, Yvonne**, Droit des Assurances, Paris, 1995

- Maillard, Gladys Laffely**, “Les assurances sur la vie, notamment les assurances de capitaux à prime unique, et leur traitement fiscal”, Archives 66
- Marly, Pierre-Grégoire**, Droit des assurances (Cours), Paris, 2013
- Nomer, Haluk Nami**, Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2002
- Nomer, Haluk Nami**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2015
- Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami**, Medeni Hukuk Temel Kavramlar, İstanbul, 2015
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 2015; Cilt II, İstanbul, 2013
- Oktay, Saibe**, “537 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin İptalinden Sonra Ortaya Çıkan Durum”, Sigorta Hukuku Dergisi, Yıl: 1999, S. 1, s. 19-26
- Omağ, Merih Kemal**, “Özel Sigorta Hukukunda Rizikonun Dağıtılması İlkesi”, İKÜHFD, C. 1, S. 1-2
- Öz, Turgut**, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul, 1990
- Öztan, Fırat**, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 1997
- Rajower, Felix**, “Die Einforderung von Versicherungsprämien nach VVG”, AJP 2002
- Ramoni, Claude**, Demeure du Débiteur et Contrats de Droit Suisse, Zürich, 2002
- Röthlin, Roland**, Der Grundsatz der Unteilbarkeit der Prämie im schweizerischen Versicherungsrecht, Aaru, 1957
- Schraner, Marius**, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)- Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1e, 1990
- Seliçi, Özer**, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1976
- Serozan, Rona**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2014
- Serozan, Rona**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007
- Sevinç Kuyucu, Aslıhan**, Gemi Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul, 2016
- Sieg, Karl**, Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, 1994
- Sirmen, Lale**, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992
- Spahr, Stéphane**, « L'intérêt moratoire, conséquence de la demeure », RVJ 1990, s. 351-386
- Şeker Öğüz, Zehra**, Sözleşme Öncesi İhbar Görevi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010
- Şeker Öğüz, Zehra/Sevinç Kuyucu, Aslıhan**, Yeni Türk Ticaret Kanununda Sigorta Hukuku, İstanbul, 2011
- Şeker, Zehra**, “Sigorta ettirenin taksitlendirilmiş primi ödeme borcunda temerrüde düşmesinin sonuçları”, GSÜHFD, 2002, Yıl: 1, S.1, s. 653-660
- Şeker, Zehra**, “Sigorta sözleşmesinin hukuki niteliği üzerine”, [Nitelik], Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 1043-1060
- Şenol, Nilay**, Bayilik Sözleşmesi, Sona Ermesi ve Sonuçları, İstanbul, 2011

**Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993

**Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016

**Topuz, Seçkin/Canbolat, Ferhat**, “Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi”, HÜHFD, 1(1) 2011, s. 1-31

**Ulaş, Işıl**, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Ankara, 2012

**Uyar, Talih**, “Takip Hukukunda Aciz Vesikası”, TBB, 2007, S. 70, s. 345-358

**Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan**, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 2015

**Ünan, Samim**, Hayat Sigortası Sözleşmesi, İstanbul, 1998

**Ünan, Samim**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Cilt 1: Genel Hükümler, İstanbul, 2016

**Ünan, Samim**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt II Birinci Bölüm: Zarar Sigortaları, İstanbul, 2016

**Venturi-Zen-Ruffinen, Marie-Noëlle**, « La résiliation pour justes motifs des contrats de durée », SJ II, 2008, s. 1-37

**Venturi-Zen-Ruffinen, Marie-Noëlle**, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, 2007

**Vionnet, Guillaume**, L'exercice des droits formateurs, 2008

**Von Tuhr, Andreas**, La partie générale du code des obligations, (Çeviri: Maurice de Torrenté ve Emile Thilo), Lozan, 1931

**Werro, Franz/Pichonnaz, Pascal/Fornage, Anne-Christine**, “ Jurisprudence choisie en droit des contrats”, La pratique contractuelle 3 Symposium en droit des contrats, 2012

**Yağcı, Kürşad**, “Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren Tbk m. 88 ve Tbk m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (Ttk m. 8 ve Ttk m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği”, İÜHF, C. 71, 2013, S. 2

**Yavuz, Cevdet**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014

**Yazıcıoğlu, Emine**, Tekne Sigortası Sözleşmesi, İstanbul, 2003

**Yetiş Şamlı, Kübra**, “Birden Çok Sigorta”, İÜHF, C. 63, S. 1-2, 2005





# VASİYET TÜRLERİ VE ÖZELLİKLERİ\*

(TYPES AND CHARACTERISTICS OF WILL)

**Av./Atty. Esra Eviz\*\***

## Öz

Vasiyet, mirasbırakanın yasal veya atanmış mirasçılarından biri veya üçüncü kişi lehine bir malvarlığı değerini vasiyetname ya da miras sözleşmesi yoluyla kazandırdığı ölüme bağlı tasarruftur. Bir alacak hakkı doğuran her türlü malvarlığı değeri vasiyetin konusu olabilir. Vasiyet tasarrufunun geçerli olabilmesi için vasiyet konusunun belirli veya belirlenebilir olması gerekir. Lehine vasiyet tasarrufunda bulunulan vasiyet alacaklısı cüz'i halef olup vasiyete konu malvarlığı değerini mirasbırakanın ölümü ile kendiliğinden kazanmaz, vasiyet borçlularına karşı ileri sürebileceği kişisel bir alacak hakkı elde eder. Vasiyet alacaklısı, vasiyete konu malvarlığı değerini hakkın niteliğine göre gerekli devir işleminin vasiyet borçlusu tarafından yapılması ile kazanabilecektir. Vasiyet alacağı, ölüme bağlı tasarruftan aksi anlaşılmıyorsa, mirasbırakanın ölümü ile doğar, vasiyet borçlusunun mirası kabul etmesi veya red hakkının düşmesi ile muaccel olur. Vasiyeti ifa ile yükümlü kişilerin kim olduğu mirasbırakan tarafından vasiyete ilişkin ölüme bağlı tasarrufta belirlenmiş olabilir. Mirasbırakan vasiyet borçlusunu belirlememiş ise tüm yasal veya atanmış mirasçılar vasiyeti ifa ile yükümlü olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Vasiyet, Cüz'i halefiyet, Vasiyet alacağı, Vasiyet alacaklısı, Vasiyet borçlusu.

## ABSTRACT

*A will is a testamentary disposition that the legator gains his/her property for the legal or designated heirs or the third party by means of a testament or inheritance contract. Any kind of property that gives a right to claim can be a matter of will. For the will to be valid, the matter of the will must be specified or specifiable. The beneficiary of the will is to be the singular successor of the legator and will not automatically acquire the matter of the will upon the death of the legator, the beneficiary only obtains a personal claim against his/her debts. The beneficiary of the will can earn the value of the property when the required transfer is done by the debtor of the will, according to the nature of the property. Unless understood otherwise from the will, the matter of the will is born upon the death of the legator and it becomes due upon the debtor's acceptance of the legacy or upon the loss of debtor's right to refuse. The responsible person to execute the will may be determined by the legator in the testamentary disposition. Any*

---

\* Bu makale, 19.4.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 20.5.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 22.5.2017 tarihinde geçmiştir.

\*\* İstanbul Barosu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, evizesra@gmail.com.

*legal or designated heirs of legator shall be liable for the execution of the will, if the legator does not determine the debtor of the will.*

**Keywords:** Will, Singular succession, Credit of the will, Creditor of the will, Debtor of the will.

\*\*\*

## GİRİŞ

Mirasbırakan, tasarruf oranı sınırları içinde kalmak kaydıyla malvarlığı üzerinde ölüme bağlı tasarrufları veya sağlararası bağışlamaları ile serbestçe tasarruf edebilir. Bu serbestinin görünüm biçimlerinden biri de çalışma konumuz olan vasiyet tasarrufudur. Vasiyet, mirasbırakanın mirasçılarında biri veya üçüncü kişi lehine bir malvarlığı değerini kazandırdığı ölüme bağlı tasarruftur.

Medeni Kanun'da vasiyete ilişkin düzenleme 'Belirli Mal Bırakma' başlığı ile MK m. 517-519'da olmakla birlikte kanunda çeşitli hükümlerin vasiyet hakkında da uygulanacağı öngörülmüştür (Örneğin MK m. 520,521 gibi).

Çalışmamızda öncelikle üzerinde Medeni Kanun'da ve doktrinde terim birliği yakalanamamış olan vasiyet kavramı üzerinde durulacaktır. Devamında vasiyet türleri ele alınacak ancak vasiyet konusunu çok çeşitli malvarlığı değerleri oluşturabileceğinden her hakkın burada zikredilmesi mümkün olmamakla yalnızca yaygın şekilde karşımıza çıkabilecek vasiyet türleri irdelenecektir. Vasiyet hükümleri vasiyet alacağı, alacaklısı ve borçlusunu açısından incelenecek vasiyeti teslim borcu ve vasiyetin tenkisi ise çalışmamızın dışında bırakılacaktır.

## I. VASİYET KAVRAMI

Vasiyet, mirasbırakanın belirli bir malvarlığı menfaatini bir kişi lehine kazandırdığı, mirasçı atama niteliğinde olmayan ölüme bağlı tasarruftur<sup>1</sup>. Mirasbırakan bu tasarrufu ile bir kimseye alacak hakkı niteliğinde bir malvarlığı menfaati sağlar<sup>2</sup>. Vasiyet ile lehine tasarrufta bulunulan kişi, bir veya birden çok mirasçıya veya vasiyet alacaklısına karşı alacak hakkı elde eder<sup>3</sup>. Vasiyet tasarrufu hakkında Medeni Kanunda ve doktrinde terim birliği bulunmamaktadır<sup>4</sup>.

Medeni Kanun'da bu tasarrufa ilişkin hükümlerin kenar başlığı "*Belirli mal bırakma*" olarak düzenlenmiş ve "*Konusu*" alt başlıklı m. 517 fıkra 1'de, "*Mirasbırakan, bir kimseye onu mirasçı atamaksızın belirli bir mal bırakma yo-*

<sup>1</sup> **Kemal Tahir Gürsoy**, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, Ankara, 1955, s. 15; **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, İstanbul, 1987, s. 259; **Kemal Oğuzman**, Miras Hukuku, İstanbul, 1995, s. 140; **Zahit İmre/Hasan Erman**, Miras Hukuku, İstanbul, 2015, **Mehmet Serkan Ergüne**, Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul, 2011, s. 101-102.

<sup>2</sup> **Mustafa Dural/Turgut Öz**, Miras Hukuku, İstanbul, 2015, s. 143.

<sup>3</sup> **Rona Serozan/Baki İlkay Engin**, Miras Hukuku, Ankara, 2014, s. 388.

<sup>4</sup> Vasiyet kavramı hakkındaki bir başka sorun Medeni Kanun'da bazı maddelerde (MK m. 502, 531, 539) vasiyetname yerine kullanılmış olmasıdır. Vasiyetname şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarruftur. Vasiyet ise şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların içeriğini oluşturabilecek maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf çeşitlerinden biridir. (**Kocayusufpaşaoğlu**, s. 261; **Dural/Öz**, s. 143).

luyla kazandırmada bulunabilir” hükmü getirilmiştir. Bu fıkranın lafzından tasarrufun konusunu yalnızca belirli bir malın oluşturabileceği izlenimi doğmaktadır. Bununla birlikte f. 2’de, “Belirli mal bırakma, ölüme bağlı tasarrufla bir kimseye terekedeki bir malın mülkiyetini veya terekenin tamamı ya da bir kısmı üzerinde intifa hakkının kazandırılmasına yönelik olabileceği gibi; bir kimse lehine tereke değeri üzerinden bir edimin yerine getirilmesinin, bir iradın bağlanmasının veya bir kimsenin borçtan kurtulmasının, mirasçılar veya belirli mal bırakılanlara yükletilmesi suretiyle de olabilir” ifadeleriyle tasarrufun konusunu oluşturabilecek malvarlığı değerleri örnek kabilinden sayılmıştır. Burada örneklenildiği üzere, vasiyetin konusu bir malın mülkiyeti olabileceği gibi, bir alacak hakkı, bir intifa hakkı tesisi veya bir iradın bağlanması vb. de olabilir. Bu nedenle, belirli mal bırakma, vasiyetin karşılığı olarak değil, vasiyet konusunun belirli bir mala ilişkin olması hali için kullanılabilir<sup>5</sup>.

Medeni Kanun’da bu tasarruf belirli mal bırakma olarak nitelendirilmekle birlikte buna ilişkin düzenlemelerde belirli mal bırakma yerine (bkz. m. 552 b. 4, 581,583, 598, 601, 647) veya belirli mal bırakma ile birlikte (bkz. m. 544) vasiyet terimi de kullanılmıştır<sup>6</sup>.

Doktrinde ise mirasbırakanın bu ölüme bağlı tasarrufu “mal vasiyeti”<sup>7</sup>, “vasiyet”<sup>8</sup>, “muayyen mal vasiyeti”<sup>9</sup>, “belirli mal bırakma vasiyeti”<sup>10</sup> “belirli mal bırakma”<sup>11</sup> gibi farklı şekillerde nitelendirilmiştir. Kanaatimizce bu farklılıkların nedeni, 743 sayılı Medeni Kanun döneminde bu tasarrufa ilişkin hükümlerin (m. 464-466) kenar başlığının “Muayyen Bir Malda Tasarruf” olarak düzenlenmesi ve bu deyimın konu itibarıyla tasarrufun türlerini kapsayıcı nitelikte olmadığı eleştirilerinin<sup>12</sup> dikkate alınmayarak 4721 sayılı Medeni Kanun’da da benzer şekilde “Belirli mal bırakma” olarak düzenlenmesidir.

MK m. 517/I hükmünde, mirasbırakanın bir kimseye mirasçı atama niteliğinde olmayan, belirli mal bırakma yoluyla kazandırmada bulunması vasiyet kapsamında değerlendirilerek olumsuz tanımlama yoluna gidilmiş<sup>13</sup>, yani hangi tasarrufun vasiyet sayılmayacağı ifade edilmiştir<sup>14</sup>.

Mirasbırakan vasiyet tarzındaki kazandırmayı vasiyetname (MK m. 531-541) veya miras sözleşmesi (MK m. 527/I) şeklinde yapabilir<sup>15</sup>. Vasiyet kuralı olarak ivazsız bir tasarruf olmakla birlikte miras sözleşmesi ile yapıldığı haller-

<sup>5</sup> **Baki İlkay Engin**, “1998 Tarihli Türk Medeni Kanunu Tasarısının Ölüme Bağlı Tasarrufun Konularına İlişkin Hükümlerinin (MKT. 514-530) Değerlendirilmesi”, Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı, İstanbul, 1999, s. 863; **Dural/Öz**, s. 143; **Gökhan Antalya/İpek Sağlam**, Miras Hukuku, İstanbul, 2015, s. 186.

<sup>6</sup> **Dural/Öz**, s. 143.

<sup>7</sup> **Gürsoy**, s. 1; **Samim Gönensay/Kemaleddin Birsen**, Miras Hukuku, İstanbul, 1963, s. 132.

<sup>8</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 259; **Oğuzman**, s. 140; **Serozan/Engin**, s. 388; **Dural/Öz**, s. 142; **Antalya/Sağlam**, s. 186; **Ergüne**, s. 101.

<sup>9</sup> **Nuşin Ayiter**, Miras Hukuku, Ankara, 1986, s. 66.

<sup>10</sup> **Ali Naim İnan/Şeref Ertas/Hakan Albaş**, Miras Hukuku, İzmir, 2012, s. 222.

<sup>11</sup> **Mehmet Ayan**, Miras Hukuku, Ankara, 2016, s. 127-128.

<sup>12</sup> **Oğuzman**, s. 140-141; **Engin**, s. 863-864.

<sup>13</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 259.

<sup>14</sup> **Dural/Öz**, s. 143.

<sup>15</sup> **Gönensay/Birsen**, s. 132; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 259.

de ivazlı olması da mümkündür<sup>16</sup>. Örneğin, mirasbırakanın A'dan aldığı on bin liraya karşılık, miras sözleşmesi ile otomobilini A'ya bırakması ivazlı bir vasiyettir<sup>17</sup>.

## II. VASIYET TÜRLERİ

Bir alacak hakkı doğuran her türlü malvarlığı değeri vasiyetin konusu olabilir: Belirli bir parça mal, fikri hak, alacak hakkı, intifa ve irat hakkı gibi. Vasiyetin konusu genellikle malvarlığı değeri olan şeyler olmakla birlikte, mirasbırakan maddi değeri olmayan şeyleri, örneğin günlüklerini de vasiyet edebilir<sup>18</sup>. Vasiyetin geçerliliği, konusunun belirli veya belirlenebilir olmasına, yani mirasbırakanın yeterli derecede özelliklerini belirtmiş olmasına bağlıdır<sup>19</sup>.

MK m. 517/II'de, terekedeki bir malın mülkiyetinin, terekenin tümü veya bir kısmı üzerinde intifa hakkı kurulmasının, bir kimse lehine tereke değeri üzerinden bir edimin yerine getirilmesinin, bir iradın bağlanmasının veya bir kimsenin borçtan kurtarılmasının vasiyete konu olabileceği örnek kabilinden sayılmıştır.

Vasiyete konu olabilecek tüm malvarlığı değerlerinin, vasiyet türlerinin, belirlenmesi çalışmamızın kapsamını aşacağından başlıca vasiyet türleri ele alınacaktır.

### A. MAL VASIYETİ

Mal vasiyeti, vasiyet konusunu belirli bir malda mülkiyetin oluşturduğu vasiyet türüdür. Mal vasiyeti terekedeki belirli bir malın vasiyeti, çeşit vasiyeti, seçimlik vasiyet ve tedarik vasiyeti şeklinde olabilir<sup>20</sup>.

#### 1. Terekedeki Belirli Bir Malın Vasiyeti

Mirasbırakan, terekesinde bulunan, ferden belirttiği bir malı vasiyet edebilir. Burada mirasbırakanın, örneğin belirli bir taşınmazını, X marka arabasını, kütüphanesindeki Y isimli yazara ait kitaplarını A'ya bırakması yani terekesinde bulunan ve niteliklerini ferden belirlediği malvarlığı değerlerini vasiyet etmesi söz konusudur<sup>21</sup>. Böyle bir vasiyet, bunu yerine getirmekle yükümlü olan vasiyet borçlusu açısından parça borcu niteliğindedir<sup>22</sup>.

Mirasbırakan vasiyete konu belirli malın eskidiği ya da kullanılamaz hale geldiği için bir benzerini edinmişse, vasiyetnamenin yorumlanması ile vasiyet tasarrufunun mirasbırakanın öldüğü tarihte kullandığı benzeri üzerinde varlığını devam ettirdiği sonucuna varılabilir. Çünkü somut olayın özellikleri aksini göstermiyorsa, mirasbırakanın vasiyetnameyi hazırladığı sırada bu yönde bir değişimin yaşanma ihtimalini göz önünde bulundurduğu kabul edilir<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 223; Dural/Öz, s. 143; Ayan, s. 128; Antalya/Sağlam, s. 186.

<sup>17</sup> Dural/Öz, s. 143-144.

<sup>18</sup> Ayiter, s. 69; İmre/Erman, s. 126; Ergüne, s. 102, dn. 238.

<sup>19</sup> Gürsoy, s. 141; Esat Şener, Uygulamalı-İçtihatlı Vasiyet, Ankara, 1995, s. 122; İmre/Erman, s. 126; Gönensay/Birsen, s. 133.

<sup>20</sup> Oğuzman, s. 141; Dural/Öz, s.146.

<sup>21</sup> Oğuzman, s. 141; Dural/Öz, s.146; İmre/Erman, s. 127.

<sup>22</sup> İmre/Erman, s. 127; Dural/Öz, s.146.

<sup>23</sup> Ergüne, s. 105.

Mirasbırakanın vasiyetname şeklinde yaptığı ölüme bağlı tasarrufla vasiyet ettiği malı başkasına devretmesi halinde, vasiyetnameden aksi anlaşılıyorsa, vasiyetin zimnen geri alındığı kabul edilir<sup>24</sup>(MK m. 517/III). Miras sözleşmesi ile vasiyet edilen malın bir başkasına karşılıksız olarak devredilmesi halinde ise vasiyet alacaklısı mirasbırakanın ölümünden sonra bu işleme itiraz edebilir<sup>25</sup>(MK m. 527/II).

## 2. Çeşit Vasiyeti

Mirasbırakan, vasiyet konusunu, terekede bulunup bulunmadığını dikkate almadan, ferden belirlemeyip yalnızca nitelik ve miktar olarak belirlemişse çeşit vasiyetinden söz edilir<sup>26</sup>. Örneğin, bir miktar para, on adet cumhuriyet altını, iki adet televizyon vasiyet edilmesi gibi. Çeşit vasiyetinde vasiyet konusu terekede bulunmasa bile, vasiyet borçlusu bunu temin edip vasiyet borcunu ifaya mecburdur<sup>27</sup>. Ancak mirasbırakan çeşit vasiyetini terekesi ile sınırlamış olabilir (sınırlı çeşit vasiyeti). Örneğin, sahip olduğum arabalardan birini E'ye bırakıyorum şeklindeki bir vasiyet açısından vasiyet borçlusu bunların terekede mevcut olması halinde ifa ile yükümlü olacaktır<sup>28</sup>(MK m. 517/III).

Vasiyet borçlusu çeşit vasiyetinin ifasını, tasarruftan aksi anlaşılmıyorsa, TBK m. 86 uyarınca ortalama nitelikten düşük bir şeyle gerçekleştiremez<sup>29</sup>.

## 3. Seçimlik Vasiyet

Seçimlik vasiyet, mirasbırakanın vasiyet borçlusu veya alacaklısına ölüme bağlı tasarrufunda belirttiği birden fazla vasiyet konusundan birini veya

<sup>24</sup> **Serozan/Engin**, s. 398; **Şener**, s. 126. Mirasbırakanın sonraki tasarrufunun geri alma niteliğinde olduğunun kabulü geçerli bir işlem olmasına bağlıdır. Sonraki devir işleminin muvazaalı olması nedeniyle vasiyet tasarrufunun varlığının devam eteceğine ilişkin bir Hukuk Genel Kurulu kararında şu ifadeler yer verilmiştir: "... Niza konusu taşınmazların bir kısmını murisin ölümünden sonra açılan ve kesinleşen muris muvazaasına dayalı tapu iptali ve tescil davaları sonucunda terekeye döndüğü bir kısmının da tapuda muris adına kayıtlı olduğu sabittir. Vasiyetçi, her ne kadar vasiyetnameden vasiyetname ile bağdaşmayan bir hukuki tasarrufla rücu edebilirse de, o tasarrufun hukuki sonuç doğurabilmesi; daha açık bir anlatımla vasiyetnameyi ortadan kaldırabilmesi için, sonradan yaptığı hukuki tasarrufun geçerli olması gerekir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.11.2001 gün ve 2001/1-958 Esas, 2001/1035 Karar sayılı ilamı).Somut olay irdelenildiğinde, davaya konu olan 530 ve 141 numaralı parsellerin miras bırakan adına kayıtlı olduğu, 107, 86, 559 ve 296 numaralı parsellerin ise Mahmudiye Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 15.10.2004 gün ve 2003/39-24 sayılı kararı ile Mehmet adına olan kayıtların iptal edilerek Şükrü mirasçıları adına tesciline karar verildiği görülmektedir. Hal böyle olunca, usulünce noterde düzenlenen vasiyetnameye bir itiraz olmadığı gibi, iptali yönünden de herhangi bir dava açılmadığı anlaşıldığından; vasiyetnamenin geçerli olduğu, davaya konu olan tüm taşınmazların da terekeye dahil olduğu anlaşılmakla, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, uygun olmayan gerekçelerle direnilerek davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmamıştır." YHGK, 4.11.2009, 2-455/464 (Kazancı).

<sup>25</sup> **Serozan/Engin**, s. 398; **Ayan**, s. 131.

<sup>26</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 263; **Dural/Öz**, s.146; **Oğuzman**, s. 141; **Şener**, s. 127.

<sup>27</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 263; **Dural/Öz**, s.146.

<sup>28</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 263; **Ergüne**, s. 104, dn. 244.

<sup>29</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 263; **Oğuzman**, s. 141; **Ergüne**, s. 105.

birkaçını seçme hakkı tanıdığı vasiyet türüdür<sup>30</sup>. Örneğin, mirasbırakanın iki yazlığından birini yakın dostu A'ya bırakması seçimlik vasiyettir.

Mirasbırakanın seçimlik vasiyette vasiyet konusunu seçim hakkını vasiyet alacaklısı veya borçlusuna verebileceği kabul edilmekle birlikte bu hakkın üçüncü bir kişiye tanınmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu hakkın üçüncüye kişiye tanınması ölüme bağlı tasarruf yapılmasının kişiye sıkı surette bağlı bir hak olması ilkesine aykırılık teşkil eder<sup>31</sup>. Aksini savunan görüş ise, böyle bir kabulün varlığı halinde seçim hakkının vasiyet alacaklısı ve borçlusu tarafından da kullanılmayacağı sonucuna varmak gerektiğini ifade etmektedir. Mirasbırakanın isteği, pratik zorunluluklar nedeni ile bu hak vasiyet alacaklısı ve borçlusuna tanındığına göre üçüncü kişiye tanınmasını da geçerli saymak gerekir<sup>32</sup>. Kanaatimizce ikinci görüş daha isabetlidir, mirasbırakan seçimlik vasiyette vasiyete konu olmasını istediği malvarlığı değerlerini belirleyerek sadece seçim hakkını üçüncü kişiye bırakmakta ve böyle bir durumda tasarruf konularını ve vasiyet alacaklısını kendisi belirlediği için kişiye sıkı surette bağlılık ilkesine aykırılık söz konusu olmamaktadır.

Seçim hakkının kime ait olduğu mirasbırakan tarafından belirlenmemişse TBK m. 87 hükmü vasiyetin ifasında da uygulanarak bu hakkın vasiyet borçlusuna ait olduğu kabul edilir<sup>33</sup>.

#### 4. Tedarik Vasiyeti

Tedarik vasiyeti, mirasbırakanın terekede bulunmayan bir malvarlığı değerini vasiyet etmesidir<sup>34</sup>. Bu nitelikte bir vasiyetin söz konusu olabilmesi için vasiyet konusunun terekede mevcut olmadığı mirasbırakan tarafından biliniyor olması ve buna rağmen ifasının vasiyet borçlusuna yüklenmiş olması gerekir<sup>35</sup>. Çünkü MK m. 517/III hükmüne göre, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, vasiyet edilen mal terekede bulunmazsa, vasiyet borçlusu borcundan kurtulur.

#### B. ALT VASİYET

Alt vasiyet, mirasbırakanın, lehine vasiyet türünde kazandırma yaptığı vasiyet alacaklısına vasiyet konusu içinden bir vasiyet borcu yüklemesi halinde söz konusu olur<sup>36</sup>. Örneğin, mirasbırakan saat koleksiyonunu yeğeni A'ya vasiyet edip bunların içinden deri kordonlu iki adet saati kardeşi E'ye verme borcu yükleyebilir. Burada A birinci derece veya üst vasiyet alacaklısı, E ise ikinci derece veya alt vasiyet alacaklısıdır<sup>37</sup>.

Aynı zamanda vasiyet borçlusu olan vasiyet alacaklısının borcu, kendisine vasiyet edilen şeyle sınırlıdır. Aksi durumda lehine üst/birinci derece vasiyet

<sup>30</sup> Gürsoy, s. 184; Kocayusufpaşaoğlu, s. 262; Oğuzman, s. 142.

<sup>31</sup> Gürsoy, s. 184.

<sup>32</sup> İmre/Erman, s. 128.

<sup>33</sup> Gürsoy, s. 185; İmre/Erman, s. 127; Dural/Öz, s.146.

<sup>34</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 265; Oğuzman, s. 141; Dural/Öz, s.146; İmre/Erman, s. 132.

<sup>35</sup> Gürsoy, s. 158; Kocayusufpaşaoğlu, s. 265; Oğuzman, s. 141; Dural/Öz, s.146; İmre/Erman, s. 133.

<sup>36</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 262; Dural/Öz, s.147; İmre/Erman, s. 128; Serozan/Engin, s. 394; İnan/Ertaş/Albaş, s. 226.

<sup>37</sup> İmre/Erman, s. 128-129.

yapılan kişi vasiyet edilen malvarlığı değerini aşan vasiyet borcunun tenkisini talep edebilir (MK m. 519/I)<sup>38</sup>.

Vasiyet borçlusunu mirasçı veya vasiyet alacaklısı, mirası veya vasiyeti reddederse ya da mirastan yoksunluk, mirasbırakandan önce ölüm gibi sebeplerle mirası veya vasiyet konusunu elde edemezse üst vasiyet alacaklısı veya alt vasiyet alacaklısı talep hakkını, MK m. 519/II uyarınca, bu durumdan yararlanlara yöneltme imkânına sahiptir.

### C. ÖN VASIYET

Ön vasiyet, mirasbırakanın, yasal veya atanmış mirasçısı lehine miras payı dışında bir malvarlığı değerini bırakmasıdır<sup>39</sup>. Mirasbırakanın kızına yazlığını vasiyet etmesi ön vasiyet niteliğinde bir tasarrufa örnek teşkil edebilir. Ancak, mirasçı lehine ön vasiyetin söz konusu olabilmesi için mirasbırakanın lehine vasiyet tasarrufunda bulunduğu mirasçısına miras hissesi dışında bir kazandırmada bulunma amacı olmalıdır. Mirasbırakanın vasiyetnamede “evimi mirasçım A alsın, taşınmazımı mirasçım B alsın” şeklinde paylaşırma kuralı koymuş da olabilir<sup>40</sup>. Bu konuda, MK m. 647/III’te, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, mirasbırakanın tereke malını bir mirasçıya özgülemesinin, vasiyet olmayıp paylaşırma kuralı sayılacağı yönünde karine getirilmiştir.

Böyle bir tasarrufta, vasiyet alacaklısı ve mirasçı sıfatları birbirinden bağımsız olup bunlardan birinin kabulü veya reddi diğerini etkilemeyecektir<sup>41</sup> (MK m. 519/III). Mirasçı, mirası reddedip vasiyeti kabul edebilir. Ancak, mirasbırakan ön vasiyeti mirası reddetmeme şartına bağlı tutarsa, mirasın reddi vasiyet alacağını da ortadan kaldıracaktır<sup>42</sup>.

### D. ALACAK VASIYETİ

Mirasbırakanın, bir kimseden olan alacağını dilediği bir kimseye vasiyet etmesi halinde alacak vasiyetinin varlığından söz edilir<sup>43</sup>. Mirasbırakan Ü’den olan elli bin lira alacağını E’ye vasiyet edebilir. E, vasiyet edilen bu alacağın kendisine temlikini mirasbırakanın ölümü ile vasiyeti yerine getirme görevlisi veya bir başka vasiyet alacaklısı bu vasiyeti ifa ile yükümlü kılınmamışsa mirasçılardan talep edebilecektir. Bu alacağın E’ye temlik edildiği kendisine bildirilen Ü ancak ona ödeme yapmakla borcundan kurtulacaktır (TBK m. 186). Vasiyet borçlusunu alacağı E’ye temlik etmezse, E mahkemeye başvurarak alacağı kazai temlik yolu ile elde edebilir<sup>44</sup> (TBK m. 185).

<sup>38</sup> **Gönensay/Birsan**, s. 135; **İmre/Erman**, s. 129; **Şener**, s. 125; **Bilge Öztan**, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Ankara, 2012, s. 277.

<sup>39</sup> **Dural/Öz**, s.147; **İmre/Erman**, s. 128; **Serozan/Engin**, s. 394.

<sup>40</sup> **Nuşin Ayiter/Ahmet Kılıçoğlu**, Miras Hukuku, Ankara, 1991, s. 102.

<sup>41</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 262; **Ayiter/Kılıçoğlu**, s. 102; **Serozan/Engin**, s. 394; **Antalya/Sağlam**, s. 190; **Cem Baygın**, Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Ankara, 2005, s. 45-46; **Ergüne**, s. 114.

<sup>42</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 262; **Dural/Öz**, s.147.

<sup>43</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 263; **Oğuzman**, s. 142; **Dural/Öz**, s.147; **İmre/Erman**, s. 132; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 225.

<sup>44</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 264; **Dural/Öz**, s.147-148.

Mirasbırakanın vasiyet ettiği alacak mirasın açılmasından önce ödenmiş ise buna ilişkin vasiyet tasarrufunun hükümsüz olup olmayacağı sorunu gündeme gelir. Doktrinde bir görüşe göre, vasiyet edilen alacağın mirasın açılmasından önce ödenmesi halinde, vasiyetnamede aksi belirtilmemişse vasiyet borcu sona erer. Buna gerekçe olarak ise, kanun sisteminde ikame prensibinin olmadığı, vasiyet edilen bir evin mirasbırakan tarafından satılması halinde onun yerine bedelinin vasiyet edildiği sonucuna varılmadığı gibi vasiyet edilen alacağın mirasın açılmasından önce ödenmesi halinde de bunu karşılayan para veya bir başka malvarlığı unsurunun alacak vasiyetinin yerini aldığı sonucuna varılamaz<sup>45</sup>. Bunun aksini savunan görüşe göre, favor testamenti ilkesi dikkate alındığında vasiyet edilen alacağın mirasın açılmasından önce ödenmesinin vasiyet alacağını sona erdirdiği sonucuna varılmamalı ve mirasbırakanın iradesinin alacak miktarı oranında kazandırma değil de yalnızca o alacağa ilişkin olduğu yönündeki ispat yükü vasiyet borçlusuna ait olmalıdır<sup>46</sup>.

### E. İBRA VASİYETİ

İbra vasiyeti<sup>47</sup>, mirasbırakanın kendisine borçlu olan birini yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufla borcundan ibra etmesidir<sup>48</sup>. İbra vasiyeti, vasiyet alacaklısının üçüncü bir kişiye olan borcunun ibrasının vasiyet borçlusuna yüklenmesi şeklinde de olabilir<sup>49</sup>.

İbra vasiyetinde borçlu mirasbırakan ise, onun ölümü ile borçlu kendiliğinden borcundan kurtulmaz, vasiyet borçlularına karşı borçtan kurtarılmasına yönelik bir talep hakkı elde eder. Vasiyet alacaklısı vasiyet borçlusuna yaptığı ibra sözleşmesi ile borcundan kurtulur<sup>50</sup>.

Mirasbırakanın yapmış olduğu ibra vasiyetine konu borcun aslında mevcut olmadığı anlaşılrsa kural olarak vasiyeti yerine getirme yükümlülüğü sona erer. Ancak, vasiyetnamenin yorumundan mirasbırakanın ibra ettiği borç miktarınca kazandırma yapmak istediği sonucuna ulaşırsa bu miktarda alacak vasiyet ettiği kabul edilir<sup>51</sup>. Benzer bir ihtimalde, ibra vasiyetine konu olan borç mirasın açılmasından önce ödenmişse yine borç miktarınca alacak vasiyet edildiği vasiyetnamenin yorumundan çıkarılabilir<sup>52</sup>.

Mirasbırakanın bir kimseyi irtifak, rehin gibi bir yükümlülükten kurtarması da ibra vasiyetine benzer ve vasiyet borçlusuna bunun için gerekli işlemi yapmakla yükümlüdür<sup>53</sup>.

<sup>45</sup> Gürsoy, s. 150-151.

<sup>46</sup> Ergüne, s. 110.

<sup>47</sup> Doktrinde bazı yazarlarca ibra vasiyeti alacak vasiyetinin bir türü olarak kabul edilmektedir. Bkz. Gürsoy, s. 151; İmre/Erman, s. 131-132.

<sup>48</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 264; Oğuzman, s. 142; Dural/Öz, s.148; İmre/Erman, s. 132.

<sup>49</sup> Gürsoy, s. 151; İnan/Ertas/Albaş, s. 225; İmre/Erman, s. 132.

<sup>50</sup> Gürsoy, s. 151; Kocayusufpaşaoğlu, s. 264; Dural/Öz, s.148; Oğuzman, s. 142. Böyle bir ihtimalde, İmre/Erman, ibra tasarruf işlemi olduğu için ölüme bağlı tasarrufun yapılması ile vasiyet alacaklısının borcunun kendiliğinden ortadan kalkacağını ifade etmiştir. (İmre/Erman, s. 132). Kanaatimizce bu sonuç hem vasiyet tasarrufunun ilgisine yalnızca kişisel bir alacak hakkı vermesi ile hem de TBK m. 132'de ibranın tarafların yapacağı sözleşme ile olacağı düzenlemesi ile bağdaşmamaktadır.

<sup>51</sup> Gürsoy, s. 151; Şener, s. 131; Ergüne, s. 110.

<sup>52</sup> Gürsoy, s. 151.

<sup>53</sup> Oğuzman, s. 142.



## F. İNTİFA VASIYETİ

Mirasbırakanın terekesinin tümü, bir kısmı veya belirli bir mal üzerinde mirasçılardan biri veya üçüncü bir kişi lehine bir intifa hakkı kurulmasını vasiyet etmesi intifa vasiyetidir<sup>54</sup>. Tereke mallarını mirasçılar yararına korumak isteyen ancak vasiyete konu maldan yararlandırmak istediği kişiler de olan mirasbırakan genel olarak intifa vasiyeti yolunu tercih etmektedir<sup>55</sup>.

MK m. 601/I'e göre, intifa vasiyetine tasarrufta başka bir esas öngörül-müş olmadıkça MK m. 794 vd. hükümleri uygulanır.

MK m. 517/II'de yalnızca intifa hakkına ilişkin vasiyet düzenlenmiş ol-makla birlikte bu hükümde vasiyet türleri örnekleme yolu ile sayıldığı için mi-rasbırakanın bağımsız nitelikte bir başka sınırlı aynı hakkı konu alan vasiyet yapması da mümkündür<sup>56</sup>.

## G. İRAT VASIYETİ

İrat vasiyetinde mirasbırakan, vasiyet alacaklısına belirli bir süre veya hayat boyu, düzenli olarak bir miktar para ya da misli eşya verilmesi yükümlü-lüğünü, mirasçısına veya bir başka vasiyet alacaklısına yüklemektedir<sup>57</sup>. Örne-ğin, mirasbırakanın yeğeni E'ye öğrenim süresi boyunca her ay belirli bir mik-tar para verilmesini vasiyet etmesi veya hastalığı döneminde kendisine çok iyi bakan bakıcısının mutfak erzakının hayatı boyunca karşılanmasını vasiyet etmesi gibi.

MK m. 601/I'e göre, kendisine bir irat hakkı veya belirli aralıklarla tek-arlanan diğer bir edim vasiyet edilen kimsenin talep hakkı, tasarrufta başka bir esas öngörül-müş olmadıkça, eşya hukuku ve borçlar hukuku kurallarına tabidir. İrat vasiyetine TBK m. 607-610 arasında düzenlenen ömür boyu gelir sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır<sup>58</sup>.

## III. VASIYETİN HÜKÜMLERİ

### A. VASIYET ALACAĞI

#### 1. Hukuki Niteliği

Mirasbırakanın mirasçısı veya üçüncü kişi lehine yaptığı vasiyet tarzında kazandırmalarda cüz'i halefiyet ilkesi geçerlidir. Vasiyet alacaklısı vasiyete ko-nu malvarlığı değerini mirasbırakanın ölümü ile kendiliğinden kazanmaz, vasi-yet borçlularına karşı ileri sürebileceği kişisel bir alacak hakkı elde eder<sup>59</sup>(MK

<sup>54</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 264; Oğuzman, s. 142; Dural/Öz, s. 149; İmre/Erman, s. 130; İnan/Ertas/Albaş, s. 225; Ahmet Kılıçoğlu, Miras Hukuku, Ankara, 2012, s. 143.

<sup>55</sup> Ayiter, s. 70; İmre/Erman, s. 131; Şener, s. 129.

<sup>56</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 265; Dural/Öz, s. 148; İmre/Erman, s. 131, dn. 24; Hüseyin Hatemi, Miras Hukuku, İstanbul, 2014, s. 106; Şener, s. 129. "... Davacının isteği, va-siyete konu taşınmazda lehine tesis edilen süknâ hakkının tapuda adına kayıt ve tescil edilmesine ilişkindir. Bu nedenle müddeabihin değerinin tespit edilerek, öncelikle görev yönünden bir karar verilmesi gerekirken, bu hususa riayet edilmemesi usul ve yasaya aykırı görülmüştür." Yarg. 2. HD, 17.1.1997, 13419/616, (Kazancı).

<sup>57</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 265; Dural/Öz, s. 148-149; Oğuzman, s. 143; İmre/Erman, s. 130; Şener, s. 132-133.

<sup>58</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 265; Oğuzman, s. 143; Dural/Öz, s. 149; İmre/Erman, s. 130.

<sup>59</sup> Ayiter, s. 68; Dural/Öz, s. 144; Serozan/Engin, s. 389; İmre/Erman, s. 123; Baygın, s. 197; Kılıçoğlu, s. 143; Ayan, s. 131.

m. 600/I). Vasiyet alacaklısı vasiyete konu malvarlığı değerini, vasiyet borçlusuna tarafından hakkin niteliğine göre gerekli devir işleminin yapılması ile kazanabilecektir<sup>60</sup>. Vasiyet alacaklısı, vasiyet konusu taşınmaz bir mal ise tapuda kendi adına tescil edilmesini (MK m. 705), taşınır bir mal ise mülkiyetinin devrini (MK m. 763), alacak ise temlik edilmesini (TBK m. 184), ibra ise ibra sözleşmesi yapılmasını (TBK m. 132) vasiyet borçlusundan talep etmelidir.

Vasiyet borçlusunun vasiyeti ifa etmemesi halinde, vasiyet alacaklısı vasiyete konu taşınmazı veya alacağı mahkeme kararıyla elde edebilir (MK m. 716, TBK m. 185). Taşınırın devri ve paranın tahsili için ise cebri icra yoluna başvurulması gerekir<sup>61</sup>.

Vasiyet konusunun vasiyet borçlusundan talep edilmesi ve devir işleminin yapılması sonucu kazanılabileceğinin istisnası hayat sigortası alacağının vasiyet edilmesidir. MK m. 601/II'ye göre, kendisine sigorta alacağı vasiyet edilen kişi, buna ilişkin talebini sigortacıya karşı doğrudan doğruya kullanabilir. Burada, teslimsiz bir aynı hak iktisabı olmayıp temliksiz alacak hakkı iktisabı mevcuttur<sup>62</sup>.

Vasiyet alacağı açısından cüz'i halefiyet ilkesi söz konusu olduğu için vasiyet alacaklısı mirasbırakanın borçlarından sorumlu değildir<sup>63</sup>.

## 2. Doğumu ve Muacceliyeti

Vasiyet alacağı, buna ilişkin ölüme bağlı tasarruflarda aksine bir düzenleme yoksa mirasbırakanın ölümü ile doğar<sup>64</sup>. Mirasbırakanın vasiyeti vadeye veya geciktirici şarta bağlaması ihtimalinde, vasiyet alacağı vadenin dolması veya şartın gerçekleşmesi ile doğacaktır<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> "... Vasiyet genellikle iwazsız bir tasarruftur. Vasiyet alacaklısı, miras bırakanın külli halefi olmayıp, cüz'i halefi olduğu için vasiyet olunan mal üzerinde doğrudan hak kazanması mümkün değildir. Vasiyet alacaklısının alacak hakkının hukuki sebebi olan vasiyet her ne kadar mirasbırakanın sağlığında yapıyorsa da, bu bir ölüme bağlı tasarruf olduğundan, vasiyet alacağı ancak mirasbırakanın ölümü ile doğar. Vasiyet alacaklısı, kendisine vasiyet edilen şey üzerindeki mülkiyet hakkını ancak bu malın vasiyetin yerine getirilmesi (tenfizi) yoluyla kendisi adına tescili sonucunda kazanır." Yarg. 3. HD, 23.12.2015, 1587/20903, (Kazancı).

<sup>61</sup> **Serozan/Engin**, s. 560.

<sup>62</sup> **Serozan/Engin**, s. 390; **Ayan**, s. 131-132.

<sup>63</sup> **Serozan/Engin**, s. 389; **İlhan Helvacı**, Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK. m. 605-m. 618), İstanbul, 2002, s. 204; **Kılıçoğlu**, s. 143; **Öztan**, s. 274; **Ayiter**, s. 67.

<sup>64</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 267; **Baygın**, s. 230.

<sup>65</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 267; **Dural/Öz**, s. 152; **Baygın**, s. 198; **Ergüne**, s. 120, dn. 286. Mirasbırakanın vasiyet alacağının doğumunu geciktirici şarta bağlamasına örnek olarak bkz.: "... Olayda; mirasbırakan, vasiyetnamesinin üçüncü maddesinde gösterdiği taşınmazları ile menkul mallarını, hastalığında kendisine bırakılması, tedavisinin yapılması ve cenazesinin de Denizli Asri Mezarlığına defnedilmesi kayıt ve koşuluyla davalı vakfa vasiyet ettiğine göre, bu şart gerçekleştiği takdirde, tasarruf hüküm ifade edecektir. Yapılan soruşturma ve toplanan delillerle; lehine belirli mal vasiyet edilen davalı vakfın, mirasbırakanın yararına olan bu şartı ifa etmediği ve mükellefiyeti de yerine getirmediği gerçekleşmiştir. Öyleyse vasiyetnamenin sadece yukarıda açıklanan şarta bağlı üçüncü maddesinin iptaline karar verilmesi gerekirken, şart ve mükellefiyete bağlanmayan diğer maddelerinin de iptalini hasil eder şekilde tamamının iptaline hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır." Yarg. 2. HD, 5.2.2009, 9509/1538, (Kazancı).

Vasiyet alacağı, tasarruftan aksi anlaşılmıyorsa<sup>66</sup> vasiyet borçlusunun mirası kabul etmesi veya red hakkının düşmesi ile muaccel olur (MK m. 600/II)<sup>67</sup>. Bu hüküm, vasiyet borçlusunun mirasçı olması ihtimali düşünülerek düzenlenmiştir. Vasiyet alacaklısının aynı zamanda vasiyet borçlusu olması ihtimalinde alt vasiyet alacağının ne zaman muaccel olacağı sorunu gündeme gelir. Bu halde, üst/birinci derece vasiyet alacaklısının hakkı ile alt vasiyet alacaklısının hakkının aynı anda muaccel olduğu kabul edilmektedir. Yani, alt vasiyet alacaklısına karşı borçlu durumda olan üst vasiyet alacaklısının hakkı, vasiyet borçlusu durumunda olan mirasçıların, mirası kabul ettiği veya red hakkının düştüğü anda muaccel olunca alt vasiyet alacaklısının hakkı da muaccel olacaktır<sup>68</sup>.

### 3. Zamanaşımı

Vasiyet alacağında zamanaşımı MK m. 602'de düzenlenmiştir: "Vasiyet alacaklısının dava hakkı, ölüme bağlı kazandırmayı öğrenmesinin veya vasiyet borcu daha sonra muaccel olacaksa muaccel olma tarihinin üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar". Bu hüküm, vasiyet alacağının muacceliyetini düzenleyen MK m. 600/II ile birlikte değerlendirildiğinde, vasiyet alacağı açısından zamanaşımı, mirasçıların mirası kabul ettikleri ya da vasiyet tasarrufu vasiyet alacaklısına bildirilmeden mirası reddettikleri hallerde bildirimden (MK m. 597) itibaren işlemeye başlar<sup>69</sup>. Burada zamanaşımının başlangıcı muacceliyetinden sonraki bir tarihe bırakıldığı için, TBK m. 149/I'de öngörülen zamanaşımının alacağın muaccel olması ile işlemeye başlayacağı kuralına aykırı bir düzenleme söz konusudur<sup>70</sup>. Vasiyet alacaklısına hakkı mirasçıların mirası kabul etmesinden veya red süresinin dolmasından önce bildirilmişse zamanaşımı kabul ya da red süresinin dolması ile işlemeye başlar<sup>71</sup>.

## B. VASIYET ALACAKLISI

Vasiyet alacaklısı<sup>72</sup>, mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruf lehine vasiyet niteliğinde malvarlığı menfaati kazandırılan kişidir<sup>73</sup>. Mirasbırakan bir gerçek veya tüzel kişiyi, tüzel kişiliği bulunmayan kişi topluluğunu vasiyet alacaklısı olarak belirleyebilir (MK m. 577).

<sup>66</sup> Örneğin, mirasbırakanın vasiyet ettiği taşınır veya taşınmaz üzerinde bir başka kişi lehine intifa hakkı kurulmuş ise vasiyet alacaklısı ancak bu kişinin ölümünden sonra vasiyet konusunun kendisine teslimini talep edebilecektir. (Şener, s. 123).

<sup>67</sup> "... Vasiyetname 21.2.1994'te açılmış, 116. numaralı parsel davacıya vasiyet edilmiştir. Davalı vasiyetnameyi yerine getirmekle yükümlüdür. Vasiyetnamenin iptali yoluna da gidilmediğine göre, istek muaccel hale gelmiştir. Mahkemece işin esasının incelenmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır." Yarg. 2. HD, 5.5.2004, 9051/9709, (Kazancı).

<sup>68</sup> Gürsoy, s. 73-74; Kocayusufpaşaoğlu, s. 267-268; Dural/Öz, s.152; Baygın, s. 198; Serozan/Engin, s. 557; Ergüne, s. 121.

<sup>69</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 268; Dural/Öz, s. 153; Baygın, s. 206.

<sup>70</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 268; Dural/Öz, s. 153.

<sup>71</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 268; Dural/Öz, s. 153; Baygın, s. 206.

<sup>72</sup> Doktrinde vasiyet alacaklısı yerine "musaleh" terimi de kullanılmaktadır. Bkz. Gürsoy, s. 50; Kocayusufpaşaoğlu, s. 259.

<sup>73</sup> Gürsoy, s. 50; Baygın, s. 44; Antalya/Sağlam, s. 190.

Vasiyet alacaklısı olabilmek için mirasbırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ olmak gerekir (MK m. 581/I). Yani mirasbırakanın ölümü tarihinde lehine tasarruf yapılan gerçek kişi hayatta olmalı, tüzel kişi ise tüzel kişilik ehliyetini kazanmış olmalıdır<sup>74</sup>.

Vasiyet alacaklısı olabilmek için mirasbırakanın ölümü tarihinde sağ olma şartının istisnası, MK m. 583/I uyarınca, mirasın açıldığı anda henüz var olmayan bir kimsenin art vasiyet alacaklısı olarak belirlenmesinin mümkün olmasıdır. Doktrinde, MK m. 582/I'de ceninin sağ doğmak koşuluyla mirasçı olacağı düzenlemesinin MK m. 28/II'de "Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder" hükmüyle birlikte değerlendirildiğinde ceninin de vasiyet alacaklısı olabileceği belirtilmiştir<sup>75</sup>. Bunun aksini savunan görüş ise, ceninin vasiyet alacaklısı olabilmesinin hukuki dayanağının MK m. 582/I olamayacağını, burada ceninin sağ doğmak koşuluyla mirasçı olabileceği düzenlemesinin getirildiği, vasiyet alacaklısının ise mirasçı sıfatının bulunmaması nedeniyle mümkün olmadığı ileri sürülerek ceninin MK m. 583 uyarınca art vasiyet alacaklısı olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir<sup>76</sup>. Kanaatimizce MK m. 582'de 'mirasçı' ifadesi yasal ve iradi mirasçıları kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmıştır. Bu nedenle, ilk görüşe üstünlük tanımak gerekir. Cenin, hak ehliyetini sağ doğmak koşuluyla elde edebileceğine göre, mirasbırakanın örneğin, "doğacak olan yeğenim Büşra'ya bankadaki paramı bırakıyorum" yönündeki tasarrufunu mirasbırakan belirtmedikçe art vasiyet olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Mirasbırakanın tüzel kişiliği olmayan kişi toplulukları, örneğin köyün fakirleri, camisi lehine yaptığı kazandırmalarda vasiyet alacaklısının nasıl belirleneceği MK m. 577/II'de düzenlenmiştir<sup>77</sup>. Buna göre, tüzel kişiliği olmayan bir kişi topluluğuna belli bir amaç için yapılan kazandırmaları, topluluğu oluşturan kişiler bu amacı gerçekleştirme yükümüyle birlikte edinmiş olurlar; amacın bu yolla gerçekleştirilmesi mümkün değilse, yapılan kazandırma vakıf sayılır (MK m. 577/II). Bu hüküm ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi topluluğu yararına yapılan kazandırmalar açısından üç ihtimal düşünülebilir<sup>78</sup>: ilk olarak belirli bir amacı gerçekleştirmek için lehine kazandırma yapılan topluluğu oluşturan kişiler arasında, vasiyet konusu, bu amacı gerçekleştirmeleri kaydıyla paylaşılır. Diğer ihtimalde, mirasbırakanın güttüğü amacın vasiyet konusunun topluluk üyeleri arasında paylaşılması suretiyle gerçekleşmesi mümkün değilse,

<sup>74</sup> **Gürsoy**, s. 51; **Dural/Öz**, s.150. Lehine vasiyet yapılan tüzel kişinin vasiyet konusunu alabilmesi için mirasbırakanın ölümü tarihinde mevcut olması gerektiğine işaret eden bir Yargıtay kararında şu ifadeler yer verilmiştir: "Medeni Kanununun 523.maddesi uyarınca kendisine belirli bir mal vasiyet olunan kimse, vasiyetçinin ölümünde mirasçı olabilecek koşulları taşıyorsa, vasiyet olunan malı almaya hak kazanır. Miras bırakan vasiyetçi 31/10/1971 tarihinde ölmüştür. Diyanet vakfı ise 1975 tarihinde kurulmuş, 1977 tarihinde sicile kayıt edilmiştir. Mirasın açıldığı tarihte, vakıf henüz kurulmamış ve tüzel kişilik kazanmamış bulunduğu göre vasiyet edilen malı almaya hak kazanmadığı düşünülmeyen davanın kabulü yerine reddi doğru bulunmamıştır." Yarg. 2. HD, 5.2.1996, 435/1198 (Kazancı).

<sup>75</sup> **Dural/Öz**, s. 364; **İmre/Erman**, s. 155; **Oğuzman**, s. 262-263; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 455.

<sup>76</sup> **Hakan Albaş**, "Belirli Mal Bırakma Vasiyetinin Teslim Borcu", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 2013, s. 136-137.

<sup>77</sup> **Gürsoy**, s. 54.

<sup>78</sup> **Gürsoy**, s. 54-55; **Selim Kaneti**, Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvil), İstanbul, 1972, s. 204-205.

sürekli nitelik taşıyorsa, vasiyet konusundan mevcut topluluk üyelerinin yanı sıra gelecekteki üyelerin de yararlanması isteniyorsa, bu işlem amacı sürekli olarak gerçekleştirecek bir vakfa çevrilir. Bu işlem, mirasbırakanın varsayılan iradesine uygun olduğu gibi vakfa çevrilen kazandırma ölüme bağlı tasarrufla yapıldığından vakıf kurma için MK m. 102'de aranan şekli koşul da gerçekleşmiştir. Son olarak, mirasbırakanın iradesinin yorumlanması yoluyla vasiyetin, vasiyet ile güdülen amaca uygun bir amaçla faaliyetlerini yürüten mevcut bir tüzel kişilik yararına yapıldığı sonucuna varılabilir. Bu tüzel kişilik de vasiyeti, ondan elde edilecek geliri mirasbırakanın güttüğü amaç için kullanma hususunda yüklemeli olarak iktisap eder<sup>79</sup>.

Vasiyet alacaklısının yasal veya atanmış bir mirasçı olması da mümkündür; bu halde "ön vasiyet" söz konusu olur<sup>80</sup>.

Mirasbırakan birden fazla kişiyi birlikte hak sahibi olacak şekilde vasiyet alacaklısı olarak tayin edebilir. Böyle bir durumda ölüme bağlı tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, bu kişilerin vasiyet konusu üzerinde eşit pay sahibi oldukları kabul edilir<sup>81</sup>. Vasiyet konusu bölünebilir nitelikte ve mirasbırakan aksini belirtmemişse birlikte tayin olunan vasiyet alacaklılarından her biri kendi payına düşen kısmın ifasını talep edebilir. Vasiyet konusunun bölünemeyen bir şey olması halinde ise, TBK m. 85 uyarınca her bir vasiyet alacaklısı, vasiyete konu şeyin bütün vasiyet alacaklılarına ifası talebi ile dava açabilir<sup>82</sup>.

Vasiyet alacaklısının kim olduğu bizzat mirasbırakan tarafından tayin edilmelidir. Buna ilişkin seçim yetkisinin üçüncü bir kişiye bırakılması ölüme bağlı tasarruflarda temsil yasağına aykırılık teşkil etmektedir<sup>83</sup>. Ancak, belirli bir grup içinden birinin, mirasbırakanın belirlediği kriterler çerçevesinde seçiminin vasiyet borçlusuna bırakılması somut olaya göre geçerli kabul edilebi-

<sup>79</sup> "Vasiyetname yorumlanırken murisin gerçek iradesinin açığa çıkarılmasına gayret gösterilmelidir. Yorum yapılırken mümkün oldukça muris arzularının ayakta kalmasına dikkat edilmelidir. Muris 21.9.1993 tarihli vasiyeti ile Gemlik Kuran Kursuna, eşine, İnegöl kuran kursuna muayyen mal vasiyetinde bulunmuştur. Vasiyetçi (gayesinin) amacının söz konusu kurslardan istifade edilenlere destek sağlamak olduğu açıktır. Gayenin oluşmasında sorumlu kamu kuruluşunun kimliği önem taşımaz. O halde yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde olaya yaklaşmak bu gayenin gerçekleşmesi için tahsisin bir vakıf kurmaya elverişli olmadığı anlaşılrsa dahi mükellefiyet biçiminde kabulü ile murisin gayesini ve son arzularını ayakta tutmak gerekirken olaya uygun düşmeyen düşüncelerle de vasiyetnamenin iptali doğru bulunmamıştır. Öte yandan hükmüne uyulan 8.11.1999 tarihli bozma ilamında lehtarın Diyanet Vakfı olduğu açıklanmıştır. Bu kararın dahi davalı lehler yararına usuli kazanılmış hak teşkil ettiği gözetilmeden "lehine vasiyet yapılan kuran kurslarının hükmü şahsiyeti olmadığından cemaat şeklinde adlandırılacak gruplara vasiyet yapılamayacağından" söz edilerek vasiyetin iptaline karar verilmesi yanlıştır. Medeni Kanununun 499 ve 500. maddesinde vasiyetnamenin iptali sebepleri sıralanmıştır. Lehtarın isminin yorumda belirlenebilecek biçimde gösterilmiş olması iptal sebepleri arasında yoktur. Bu yönde gözetilmeden iptal davasının kabulü kanuna aykırıdır." Yarg. 2. HD, 10.5.2001, 5921/7312, (Kazancı).

<sup>80</sup> **Oğuzman**, s. 144; **Dural/Öz**, s. 150; **Antalya/Sağlam**, s. 190.

<sup>81</sup> **Gürsoy**, s. 60; **Dural/Öz**, s. 151; **İmre/Erman**, s. 163; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 230; **Ayan**, s.128; **Baygın**, s. 45-46; **Ergüne**, s. 114.

<sup>82</sup> **Baygın**, s. 46; **Baki İlkay Engin**, Yedek Mirasçılık, İstanbul, 2003, s. 160, dn 356; **Ergüne**, s. 114, dn 271.

<sup>83</sup> **Gürsoy**, s. 51; **Oğuzman**, s. 143-144; **İmre/Erman**, s. 125; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 229; **Antalya/Sağlam**, s. 191.

lir<sup>84</sup>. Mirasbırakanın vasiyet alacaklısının kim olduğunu ismen belirtmesi zorunlu olmayıp bu kişinin şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilebilir olması yeterlidir. Örneğin, “A çiftliğine 10.000 lira vasiyet ediyorum” şeklindeki tasarrufla vasiyet alacaklısı mirasın açıldığı anda çiftliğin sahibi olan kişilerdir<sup>85</sup>.

Vasiyet alacaklısı mirasbırakandan önce ölürse MK m. 581/II uyarınca, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, vasiyeti yerine getirme yükümlülüğü, vasiyet borçlusu yararına ortadan kalkar. Mirasbırakan vasiyet borçlusu belirtmemişse bütün mirasçılar vasiyet borçlusu olur ve bu ihtimalde vasiyet alacaklısının ölümünden hepsi yararlanır, vasiyet konusu terekeye döner<sup>86</sup>. Mirasbırakan yedek veya art vasiyet alacaklısı tayin etmiş ise, asıl vasiyet alacaklısının ölümü ihtimalinde bu kişiler vasiyetin yerine getirilmesini vasiyet borçlusundan talep edebilir<sup>87</sup>.

Mirasbırakan, vasiyet alacaklısı olarak belirlediği kişinin herhangi bir sebeple bu sıfatı kazanamaması ihtimalini dikkate alarak MK m. 520 uyarınca bir veya birden fazla kişiyi yedek vasiyet alacaklısı belirleyebilir<sup>88</sup>. MK m. 520/I’de yalnızca ölüm ya da mirasın reddi halinde yedek vasiyet alacaklısının hak sahibi olacağı öngörülmüşse de, doktrinde ölüme bağlı tasarruftan aksi anlaşılmadıkça asıl vasiyet alacaklısının bunlar dışındaki bir sebeple bu sıfatı kazanamaması halinde de yedek vasiyet alacaklısına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir<sup>89</sup>. Buna göre, mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufunda yedek kazandırmanın hüküm doğurmasını belirli sebeplerle sınırlamışsa, asıl vasiyet alacaklısının mirastan yoksunluk(MK m. 578), ölüme bağlı tasarrufun geçersizliği, vasiyetnamenin geri alınması(MK m. 542) gibi nedenlerle hak sahibi olamaması durumunda yedek vasiyet alacaklısı vasiyete konu malvarlığı değerinin ifasını vasiyet borçlusundan talep edebilecektir<sup>90</sup>.

<sup>84</sup> **Oğuzman**, s. 144; **İmre/Erman**, s. 125, dn. 10; **Serozan/Engin**, s. 299; **Ergüne**, s. 111-112, dn. 267; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir kararında, mirasbırakanın vasiyetnamede çiftliğinin Darülfıfaka veya İzmir Çocuk Hastanesinden birine verilmesini, buna ilişkin seçim yetkisini vasiyeti yerine getirme görevline bırakmasını vasiyetin türü, içeriği ve yararlananın belli olması ve vasiyeti yerine getirme görevline bırakılan hususun tasarrufun icrası olması nedeni ile geçerli kabul etmiştir. YHGK, 7.3.1951, 2-89/30, karar metni ve eleştirisi için bkz. **Gürsoy**, s. 53.

<sup>85</sup> **Gürsoy**, s. 54.

<sup>86</sup> **Dural/Öz**, s. 151; **Serozan/Engin**, s. 397; “*Ne var ki, mirasbırakan 1.5.1994’de, vasiyetname lehdarlarından N. A.ise mirasbırakandan önce 21.3.1992 tarihinde vefat etmiştir. Kendisine muayyen bir mal vasiyet olunan kimse, vasiyetçinin vefatında mirasa ehil olarak sağ ise o mala müstehak olur. Bu kimse vasiyetçiden evvel vefat etmiş olursa, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça vasiyet olunan mal terekeye rücu eder. (TKM. madde 523) Vasiyet lehdarlarından N.A., vasiyetçiden önce vefat ettiğine göre, ona yapılan teberru terekeye rücu etmiştir.*” Yarg. 2. HD, 12.10.2009, 3955/17089, (Kazancı).

<sup>87</sup> **Dural/Öz**, s. 151; **İmre/Erman**, s. 163; “... özellikle miras bırakanın, lehine belirli mal bıraktığı vasiyet alacaklısının kendisinden önce ölmesi durumunda onun yerine geçmek üzere bir başka kişiyi göstermediği bu durumda vasiyet alacaklısının miras bırakandan önce ölümü ile tasarrufun kendiliğinden ortadan kalkmış olduğunun anlaşılmasına göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle ...” Yarg. 2. HD, 5.7.2010, 9229/13383, (Kazancı).

<sup>88</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 289; **Dural/Öz**, s. 171-172; **İmre/Erman**, s. 148.

<sup>89</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 289; **Oğuzman**, s. 152; **Dural/Öz**, s. 172; **İmre/Erman**, s. 148; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 234.

<sup>90</sup> Vasiyet alacaklısının bu sıfatı kazanamayacağı durumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Engin**, Yedek Mirasçılık, s. 95-122.

Mirasbırakanın birden fazla kişiyi yedek vasiyet alacaklısı olarak tayin etmesi ihtimalinde, bu kişilerin vasiyet konusu malvarlığı değeri üzerinde kural olarak eşit hak sahibi oldukları kabul edilmelidir<sup>91</sup>. Asıl vasiyet alacaklısının aynı anda hak sahibi olacak şekilde birden fazla kişi olarak belirlenmesi ihtimalinde bu kişilerden birinin hak sahibi olamaması durumunda, yedek vasiyet alacaklısının hak sahibi olabilmesi için aranan durumun bütün asıl vasiyet alacaklıları için gerçekleşmesinin gerekip gerekmediği mirasbırakanın iradesinin yorumlanması ile tespit edilebilecektir<sup>92</sup>.

Mirasbırakan vasiyet alacaklısını vasiyet konusunu belirli bir süre sonra üçüncü bir kişiye devretmekle yükümlü kılarak art vasiyet alacaklısı belirleyebilir<sup>93</sup> (MK m. 521). Bu süreyi mirasbırakan belirlemekte ve çoğunlukla asıl vasiyet alacaklısının ölüm anı olmakla birlikte mirasbırakanın başka bir süre veya şarta bağlı şekilde belirlemesi de mümkündür<sup>94</sup> (MK m. 522). Mirasbırakanın birden fazla kişiyi art vasiyet alacaklısı olarak belirlemesi durumunda bu kişiler ancak birlikte hak sahibi olabilirler. Zira MK m. 521/II'de art vasiyet bir derece ile sınırlandırılmıştır.

Vasiyet alacaklısı olan kişiler, kendilerine bu sıfatlarını gösterir nitelikte bir belgenin verilmesini sulh hukuk mahkemesinden talep edebilirler<sup>95</sup> (MK m. 598/II).

### C. VASİYET ALACAKLISININ MİRASBIRAKANIN VE MİRASÇILARIN ALACAKLILARI KARŞISINDAKİ KONUMU

MK m. 603/I'e göre, mirasbırakanın alacaklılarının hakları, vasiyet alacaklılarının haklarından önce gelir. Bu hüküm uyarınca terekeden öncelikle mirasbırakanın alacaklılarının hakları yerine getirilecek, daha sonra tasarruf oranı içinde kalan malvarlığı varsa vasiyet borcu ifa edilecektir<sup>96</sup>. Bu hüküm, bir kimsenin kendi borçluları dururken onların zararına başkası lehine karşılıksız kazandırmalarda bulunamaması gerektiğinin doğal sonucudur<sup>97</sup>. Mirasbırakanın borçları ödedikten sonra terekede malvarlığı kalmaz veya vasiyet saklı paylı mirasçılardan saklı payını ihlal edecek değerde olursa, mirasçılar MK m. 519/I hükmü uyarınca vasiyetin ifa edilmeyeceğini veya tenkis edileceğini defî olarak ileri sürebilirler<sup>98</sup>. Mirasçılar mirasbırakanın borcundan haberdar olmadıkları için vasiyet borcunu ifa etmişlerse MK m. 604/I uyarınca, vasiyetin tenkisinin isteyebilecekleri oranda verileni geri isteme hakkına sahiptirler. An-

<sup>91</sup> Engin, Yedek Mirasçılık, s. 160.

<sup>92</sup> Dural/Öz, s. 173; çeşitli ihtimaller için bkz. Engin, Yedek Mirasçılık, s. 165 vd.

<sup>93</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 290; İmre/Erman, s. 150.

<sup>94</sup> İnan/Ertas/Albaş, s. 235; İmre/Erman, s. 151.

<sup>95</sup> "... Bir davada olayları anlatmak taraflara, hukuki nitelendirme hakime aittir. Davacı vekili, dava dilekçesinde mirasçılık belgesi verilmesini istemiş ise de davacının vasiyet sonrası kendisine kalan taşınmazların intikalini yaptırabilmek, kitapları v.s. malzemeleri teslim almak için vasiyet alacaklısı olduğunu gösterir bir belge istediği kuşkusuzdur. Hal böyle olunca, davacıya muayyen mal vasiyet alacaklısı olduğuna dair belge verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir." Yarg. 14. HD, 9.3.2015, 2695/2563, (Kazancı).

<sup>96</sup> İmre/Erman, s. 353;

<sup>97</sup> Serozan/Engin, s. 562; Baygın, s. 212.

<sup>98</sup> İmre/Erman, s. 353; Dural/Öz, s. 409.

çak vasiyet alacaklısı, geri isteme zamanında var olan zenginleşmesi oranında sorumlu tutulabilir (MK m. 604/II). MK m. 603/I'de açıkça düzenlenmemekle birlikte, mirasbırakan alacaklılarına tanınan öncelik hakkından vasiyet dışındaki intikal alacaklıları da yararlandırılmalı, örneğin vasiyeti yerine getirme görevlisi ücretine öncelik tanınmalıdır<sup>99</sup>.

MK m. 603/I'de vasiyet alacaklılarının haklarının, mirasçının alacaklılarının haklarından önce geleceği düzenlenmiştir. Bu hükme göre, vasiyet borcu ifa edildikten sonra mirasçının şahsi alacaklıları kalan tereke üzerinde bir hak iddia edebilirler. Ancak, saklı paylı mirasçı alacaklılarının MK m. 562 hükmü uyarınca tenkis davası açma imkânına sahip olduğu unutulmamalıdır<sup>100</sup>.

MK m.603/II'de, mirası kayıtsız şartsız kabul eden mirasçıların alacaklıları ile mirasbırakanın alacaklılarının aynı haklara sahip olduğu düzenlemesinin bu maddenin birinci fıkrasında vasiyet alacaklılarının haklarının mirasçıların alacaklıların haklarından önce geleceği düzenlemesi ile çeliştiği söylenebilir. Önceki Medeni Kanun m. 543/II'nin karşılığı olan bu hüküm doktrinde mirasçının alacaklılarına vasiyet alacaklısı karşısında öncelik tanınmasının yerinde olup olmadığı yönüyle tartışılmış, saklı paylı mirasçı alacaklılarının MK m. 562'de tenkis davası açma imkânı ile korunduğu, saklı paylı olmayan mirasçıların ise kanun tarafından korunmuyorken alacaklılarının korunmasının yersiz olacağı sonucuna varılmıştır<sup>101</sup>. MK m. 603/I'in açık düzenlemesi karşısında MK m. 603/II şöyle anlaşılabilir: Mirasbırakanın alacaklıları ile mirasçının alacaklıları terekeye ve mirasçının kişisel malvarlığına el atma imkânları açısından eşit konumdadırlar<sup>102</sup>.

#### D. VASIYET BORÇLUSU

Vasiyetin ifası ile yükümlü kişinin kim olduğu mirasbırakan tarafından, vasiyeti yerine görevlisi atanması (MK m. 552 b. IV) ya da bir vasiyet alacaklısına veya mirasçıya yükletilmesi suretiyle belirlenebilir. Vasiyete ilişkin ölüme bağlı tasarruflarda açıklık yoksa vasiyet borçlusu yasal veya atanmış mirasçılardır (MK m. 600/I).

Birden fazla mirasçının söz konusu olduğu hallerde vasiyet borcunun ifası bakımından mirasçılar arasında MK m. 641 hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla müteselsil sorumluluk olduğu sonucuna varılır<sup>103</sup>. Vasiyet borcu, mirasbırakanın ölümü ile mirasçının şahsında doğan intikal borçlarındanır. Bu borçlar, tıpkı mirasbırakanın borçları gibi tereke borçları ile aynı rejime tabi olmakla birlikte vasiyet borcunda mirasçıların kişisel ve sınırsız sorumluluğu değil, vasiyet borcunun terekeden karşılanması esaslı söz konusudur<sup>104</sup>.

Mirasbırakan vasiyet borçlusu olarak bir veya birden fazla mirasçısını belirlemişse, vasiyet alacaklısı, sadece belirlenen mirasçı veya mirasçılardan

<sup>99</sup> Baygın, s. 213.

<sup>100</sup> Dural/Öz, s. 410.

<sup>101</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 597-599.

<sup>102</sup> Serozan/Engin, s. 563. MK m. 603 gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: "... Burada sözü edilen eşitlik mirası kayıtsız şartsız kabul eden mirasçıların alacaklılarının ona terekeden düşecek haklar üzerinde, mirasbırakanın alacaklılarının terekeye yönelik haklarının aynısına sahip olmaları bakımındandır." (Baygın, s. 215).

<sup>103</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 266; Dural/Öz, s. 150; Oğuzman, s. 145; Serozan/Engin, s. 390.

<sup>104</sup> Serozan/Engin, s. 143-144.



vasiyet borcunun ifasını talep edebilir. Vasiyet borçlusunun birden fazla kişi olarak belirlenmesi halinde, bu kişiler, vasiyet borcundan müteselsil olarak sorumludurlar<sup>105</sup>.

Mirasbırakanın yasal veya atanmış mirasçı lehine vasiyet yapması yani ön vasiyet halinde, ön vasiyet borçlusu belirlenmemişse tüm mirasçılar aynı zamanda ön vasiyet alacaklısı da vasiyet borçlusudur. Böyle bir ihtimalde, ön vasiyet alacaklısı ve borçlusu sıfatları aynı kişide birleştiği oranda TBK m. 135 uyarınca borç sona ermez. Çünkü aksi bir sonuç mirasbırakanın iradesine aykırılık teşkil eder<sup>106</sup>.

Vasiyet borçlusunun mirası veya vasiyet alacağını red, mirasbırakandan önce ölüm ya da yoksunluk gibi nedenlerle mirasçı veya vasiyet alacaklı sıfatını kazanamaması ihtimalinde vasiyet borcu bu durumlardan yararlananlara geçer (MK m. 519/II). Bu hüküm vasiyet tasarrufunun ayakta kalmasına imkân vermesi yönüyle favor testamenti ilkesinin bir görünüm şeklidir. Örneğin mirasçıları eşi E, çocukları A ve B olan mirasbırakan, Ü lehine yaptığı vasiyetin yerine getirilmesi yükümlülüğünü A'ya yüklemiş ve A mirasçı olamamışsa E ve B vasiyet borcunu ifa ile yükümlü olur. A'nın C isimli bir çocuğunun olması ihtimalinde ise A'nın yerini C alacağından vasiyeti ifa yükümlüsü C olacaktır<sup>107</sup>. Aynı husus vasiyet alacaklısına bir vasiyet borcu yüklenmesi halinde (alt vasiyet) de söz konusu olur; bu kişi vasiyet konusu hakka sahip olamazsa, vasiyeti ifa yükümlülüğü mirasçılara geçer<sup>108</sup>.

### E. VASİYETİN REDDİ

MK m. 616 uyarınca vasiyet alacaklısının vasiyeti reddetme imkânı vardır. Vasiyet, lehine yapılan kişiye yalnızca kişisel bir alacak hakkı verdiği için vasiyetin reddi teknik anlamda bir red değildir. Dolayısıyla burada mirasın reddine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaz<sup>109</sup>. Vasiyetin reddi için kanunda öngörülen bir süre bulunmamakla birlikte doktrinde vasiyet alacağını talep hakkının on yılda zaman aşımına uğradığının (MK m. 602) hatırdta tutulması gerektiği ifade edilmiştir<sup>110</sup>. Zamanaşımı süresinin dikkate alınması durumunda vasiyetin reddinin on yıl içinde yapılabileceği söylenebilir<sup>111</sup>.

Vasiyetin reddi geçmişe etkilidir, reddedilen vasiyet alacağı mirasın açıldığı andan itibaren hiç doğmamış sayılır<sup>112</sup>. MK m. 616'ya göre, vasiyetin reddi halinde mirasbırakanın arzusunun başka türlü olduğu tasarruftan anlaşılmadıkça, bu reddenden vasiyet yükümlüsü yararlanır. Bu hükümde "mirasbırakanın arzusunun başka türlü olduğu tasarruftan anlaşılmadıkça" ifadesinden anlaşılması gereken mirasbırakanın yedek vasiyet alacaklısı (MK m. 520) belirlenmemiş olmasıdır<sup>113</sup>.

<sup>105</sup> Dural/Öz, s. 149.

<sup>106</sup> Ergüne, s. 116.

<sup>107</sup> Ergüne, s. 117.

<sup>108</sup> Ergüne, s. 117.

<sup>109</sup> Helvacı, s. 204.

<sup>110</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 269;

<sup>111</sup> Dural/Öz, s. 153.

<sup>112</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 269; Dural/Öz, s. 153.

<sup>113</sup> Helvacı, s. 204.

## SONUÇ

Mirasbırakan, yasal veya atanmış mirasçılardan biri veya üçüncü kişi lehine belirli bir malvarlığı menfaatini vasiyetname veya miras sözleşmesi yoluyla kazandırabilir. Bu kazandırma, maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf türlerinden biri olan vasiyet olup bir alacak hakkı doğuran her türlü malvarlığı değeri vasiyetin konusunu oluşturabilir. Vasiyetin geçerliliği, vasiyete konu malvarlığı değerinin belirli veya belirlenebilir olmasına bağlıdır.

Vasiyet tarzındaki kazandırmalar açısından cüz'i halefiyet ilkesi geçerlidir. Vasiyet alacaklısı vasiyete konu malvarlığı değerini mirasbırakanın ölümü ile kendiliğinden kazanmaz, vasiyet borçlularına karşı ileri sürebileceği kişisel bir alacak hakkına sahip olur. Cüz'i halefiyetin bir sonucu olarak vasiyet alacaklısı mirasbırakanın borçlarından sorumlu değildir.

Vasiyet alacağı tasarruftan aksi anlaşılmadıkça mirasbırakanın ölümü ile doğar, vasiyet borçlusunun mirası kabul etmesi veya red hakkının düşmesi ile muaccel olur (MK m. 600/II). Mirasbırakan yasal veya atanmış mirasçılardan biri veya üçüncü kişiyi vasiyet alacaklısı olarak belirleyebilir. Vasiyet alacaklısı gerçek veya tüzel kişi, tüzel kişiliği bulunmayan kişi topluluğu olabilir.

Vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kişinin kim olduğu mirasbırakan tarafından ölüme bağlı tasarrufunda belirtilebilir. Vasiyete ilişkin ölüme bağlı tasarrufta açıklık yoksa vasiyet borçlusu yasal veya atanmış mirasçılardır (MK m. 600/I).

Vasiyet alacaklısının vasiyeti reddi MK m. 616 hükmü uyarınca mümkün olup red süresine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, reddin vasiyet alacağına ilişkin zamanaşımı süresi olan on yıl içinde yapılabileceği kabul edilmektedir.

## KISALTMALAR

b.	: Bent
bkz.	: Bakınız
c.	: Cümle
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
m.	: Madde
MK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Yarg.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
vb.	: Ve Benzeri
vd.	: Ve Devamı

**KAYNAKÇA**

- Albaş, Hakan:** “Belirli Mal Bırakma Vasiyetinin Teslim Borcu”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 2013.
- Antalya, Gökhan/Sağlam, İpek:** Miras Hukuku, İstanbul, 2015.
- Ayan, Mehmet:** Miras Hukuku, Ankara, 2016.
- Ayiter, Nuşin:** Miras Hukuku, Ankara, 1986.
- Ayiter, Nuşin/Kılıçoğlu, Ahmet:** Miras Hukuku, Ankara, 1991.
- Baygın, Cem:** Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Ankara, 2005.
- Dural, Mustafa/Öz, Turgut:** Miras Hukuku, İstanbul, 2015.
- Engin, Baki İlkay:** “1998 Tarihli Türk Medeni Kanunu Tasarısının Ölüme Bağlı Tasarrufun Konularına İlişkin Hükümlerinin (MKT. 514-530) Değerlendirilmesi”, Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999.
- Engin, Baki İlkay:** Yedek Mirasçılık, İstanbul, 2003.
- Ergüne, M. Serkan:** Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul, 2011.
- Gönensay, Samim/Birsen, Kemalettin:** Miras Hukuku, İstanbul, 1963.
- Gürsoy, Kemal Tahir:** Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, Ankara, 1955.
- Hatemi, Hüseyin:** Miras Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2014.
- Helvacı, İlhan:** Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK. m. 605-m. 618), İstanbul, 2002.
- İmre, Zahit/Erman, Hasan:** Miras Hukuku, İstanbul, 2015.
- İnan, Ali Naim/Ertas, Şeref/Albaş, Hakan:** Miras Hukuku, İzmir, 2012.
- Kaneti, Selim:** Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul, 1972.
- Kılıçoğlu, Ahmet:** Miras Hukuku, Ankara, 2012.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Miras Hukuku, İstanbul, 1987.
- Oğuzman, Kemal:** Miras Hukuku, İstanbul, 1995.
- Öztan, Bilge:** Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Ankara, 2012.
- Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay:** Miras Hukuku, Ankara, 2014.
- Şener, Esat:** Uygulamalı-İçtihatlı Vasiyet, Ankara, 1995.



# YAZILI ŞEKİL ŞARTININ UNSURU OLAN İMZANIN ELEKTRONİK EKRANA ATILMASINI ETKİSİ\*

(THE EFFECT OF SIGNING AN ELECTRONIC SCREEN WITH REGARDS TO THE  
SIGNATURE REQUIREMENT OF THE WRITTEN FORM)

**Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Zekeriya Kurşat\*\***

## Öz

Hukuk dünyası yakın geçmişe kadar yazılı Şekil Şartına tabi sözleşmelerin kağıt üstüne atılan imza ile kurulmasına tanık olmuştur. Ne var ki son zamanlarda teknoloji gelişmiş ve bir çok belge elektronik ortamda düzenlenmeye başlanmıştır. Bu gelişme karşısında özellikle yasal Şekil Şartına tabi sözleşmelerin elektronik ortamda yapılabilip yapılamayacağı tereddüt konusu olmuştur. Bu tereddüdü gidermeye yönelik Elektronik İmza Kanunu gibi kanunlarla bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Ne var ki bu kanunda yer alan imza olarak adlandırılan yöntem, elektronik ortamda imza yerine geçebilecek belirli bir Şifreleme yöntemine ilişkindir. Bunun dışında elektronik ortamda atılabilecek diğer imzalar ise kapsama alınmamıştır. Bu durumda elektronik ortamda atılan diğer imzaların aynı etkiyi yaratıp yaramayacağı tereddüt konusu olmuştur. Elektronik ekrana atılan imza, elle kağıda atılan imzanın bütün özelliklerini taşımakta; imza atan kişinin karakterini kendiliğinden yansıtabilmektedir. Bunun için harici bir unsura ihtiyaç duyulmamaktadır. Yine bu Şekildeki imzanın saklanabildiği, güvenliğine ilişkin bir çok önlemin artık alınabildiği de gözlemlenebilmektedir. Bu gerçek karşısında, elle atılan imzanın sırf bilgisayar ekranına atılıyor olması nedeniyle etkisiz olduğu ileri sürülemez. Günümüz gelişmelerine uygun bu yorumun herhangi ek bir yasal düzenlemeye gerek olmaksızın kabulü gerekir.

**Anahtar Kelimeler:** Yazılı Şekil, elektronik imza, ekrana atılan imza

## ABSTRACT

*The legal world, until recently, has witnessed the establishment of written contracts with a signature on paper. However, due to recent technological developments many documents are now being arranged electronically. With regards to this development, it has been a matter of doubt whether the written form required contracts can be concluded in electronic environment. A number of laws such as the Electronic Signature Act in Turkey have been enacted in order to overcome this hesitation. However, the signature method regulated under this Act only relates to a certain cryptographic method. Apart from this specific method, other methods of digital signatures are not included in the content of the Act which*

\* Bu makale, 13.3.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşmış olup birinci hakem onayından 20.4.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 23.4.2017 tarihinde geçmiştir.

\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, zkursat@istanbul.edu.tr

*creates uncertainty over validity and the effect of alternative means of digital signatures. The signature on the electronic screen carries all the features of a typical handwritten signature; it can uniquely reflect the character and identity of the signer and no external element is needed for authentication. It can also be observed that these types of signatures can be stored and there are various measures possible to maintain secure transactions. In the face of these facts, the invalidity of a signature by hand to a computer screen should not be argued for the mere reason that it is digital. This interpretation would be in harmony with contemporary/current technological developments and should be accepted to apply without the need for any additional legal arrangements.*

**Keywords:** *Written form, electronic signature, signature on screen*

\*\*\*

## I. Giriş

Bilgisayar alanında gelişen teknikler neticesinde elektronik ortamda kurulan işlemler artmış ve bunların kurulmasına yönelik teknikler de farklılıklar arz etmeye başlamıştır. Hukuki işlemin kurucu unsuru olan irade beyanı, temelde herhangi bir şekilde ortaya çıkabilmekte ve bu anlamda hukuk belli bir şekilde zorlanmamaktadır. Ne var ki hukuk sistemlerinde veya tarafların önceden yaptıkları sözleşmelerin bir gereği olarak bazı hukuki işlemlerin belirli kalıplarla yapılması zorunluluğu bulunabilir. Söz konusu işlemlerin günümüzde artık elektronik ortamda da yapılması ihtiyacı, hatta zorunluluğu inkar edilemez. Bu durumda yasal yahut iradi şeklin internet ortamında da sağlanabilmesine yönelik tedbirler alınmakta ve teknikler geliştirilmektedir. Elektronik ortamda iradenin beyan edilmesine yönelik farklı metotlar bulunmaktadır. Özellikle yazılı şeklin yerine getirilmesinin temel unsuru olan imzanın elektronik ortamda oluşturulması çabası artmaktadır. Bunlardan bazı teknikler arasında normal imza olmaktan öte, bazı şifreler aracılığı iradenin beyan edilmesi niteliğindedir. Bazıları ise kağıda imza atar gibi fakat bu sefer elektronik ekranlara buna uygun kalemli kullanılması suretiyle imzanın normal imzaya benzer şekilde atılması olarak ortaya çıkarlar<sup>1</sup>.

Elektronik ortamda kalemle ve elle imza atılması dışındaki seçeneklerin imza etkisi doğurabilmesi için tedbirler düşünülmüş ve bazı düzenlemeler yapılmıştır. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu bu anlamda, el yazısı ile atılmayan imzalar için bunların sahibi bakımından onaylanması için bazı sertifikalar öngörmüş ve adeta imzanın aidiyeti ile ilgili bunun bazı şirketler tarafından onaylanması yöntemini benimsemiştir<sup>2</sup>. Buna karşılık ekrana elle atılan imzalar bakımından tereddütler yaşanmaktadır. Bunların Elektronik İmza Kanu-

<sup>1</sup> Elektronik imzaya ilişkin açıklamalar için bkz. Dijital imzaya ilişkin açıklamalar için bkz. **Leyla Keser-Berber**, İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Ankara 2002, s. 136 vd.; **Ümit Gezder**, Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2004, s. 147; **Emrehan İnal**, E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul 2005, s.139 vd.; **Derya Belgin**, “Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Değeri”, Hukuk Gündemi, 2009, s. 38 vd.; **Yalçın Kavak**, Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil, İstanbul 2015, s. 104 vd.; **İnci Biçkin**, “Elektronik İmza ve Elektronik İmza ile İlgili Yasal Düzenlemeler”, TBB Dergisi, S. 63, 2006, s. 110 vd.

<sup>2</sup> Bkz. **Keser-Berber**, s. 138 vd., özellikle 153 vd.

nunda belirtilen koşullara uymaması nedeniyle yazılılık şeklinin bunlar aracılığı ile gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunun bu anlamda ele alınması ihtiyacı doğmuştur. Aşağıda bu çerçevede değerlendirmeler yapılmıştır.

## II. Yazılı Şeklin Unsurları

Sözleşme hukukunun temel kaynağı niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu, sözleşme özgürlüğünü ve bununla bağlantılı olarak sözleşmelerde şekil serbestisini esas almakta (TBK. m. 12); fakat bazı sözleşme tipleri bakımından değişik şekilleri zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede adi yazılı şekil-resmi yazılı şekil ayrımı esas alınarak sözleşmelerin bazılarının geçerliliğinin belli kalıplarda yapılması şartına bağlandığı görülür.

Resmi şekil, devletin resmi makamları önünde ve resmi makamın katılımıyla gerçekleştirilen şekildir. Resmi makam, duruma göre sulh hakimi, tapu memuru, noter ve bunlara benzer makamlar olabilmektedir. Fakat resmi şekil, her halükarda bu niteliğe sahip kişilerin müdahalesi ile gerçekleşen bir şekil türüdür.

Buna karşılık adi yazılı şekil, resmi makamların katılımının zorunlu olmadığı, tarafların kendi aralarında gerçekleştirebildikleri bir şekil türüdür. Adi yazılı şekil, duruma göre tarafların sadece metni imzalamasıyla gerçekleşebilirken bazı durumlarda imza dışında başka unsurların bulunmasını da gerektirir. İmza dışında başka unsurların da şeklin bir parçası haline geldiği hallerde nitelikli yazılı şekilden söz edilir. Kefalet sözleşmesi örneğinde olduğu gibi, kefilin imzası dışında el yazısı ile belirtmesi gereken bazı unsurlar vardır ve bunlar belirtilmeden şekil tamamlanmış olmaz (TBK. m. 583).

Adi yazılı şekil bakımından imza dışında başka unsurların arandığı hususunun özel olarak belirtilmediği hallerde, şeklin tamam olması tarafların irade beyanının içeriğini oluşturan metnin imzalanması ile gerçekleşir. Yazılı şeklin unsurlarının belirtildiği TBK. m. 14 uyarınca, yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur.

Kanunda borç altına girenlerin imzalarının bulunması şartı dışında, yazılılık şekli için başka bir zorunlu unsur temelde aranmamıştır. Örneğin metnin, mutlaka elle yazılması şartı bulunmadığı gibi belli yazı tipine ilişkin bir sınırlama da kural olarak bulunmamaktadır. Yine metnin yazılması gereken cisim bakımından da bir sınırlama söz konusu edilmemiştir. Günlük hayatta metnin daha çok kağıda yazılması, bunun kanuni zorunluluk olduğu anlamına gelmez. Kanunda bir sınırlama bulunmadığından herhangi bir cisim yahut yüzey metnin yazılması için kullanılabilir. Buradaki tek sınırlama, özellikle imza atan kişi bakımından metnin irade beyanını yansıtabilecek nitelikte olması ve kişinin irade beyanı niyetinin anlaşılabilmesidir. Bir başka ifadeyle, bazı cisim yahut yüzeyler, kişinin sadece kızgınlık eseri beyan veya latife beyanında bulunduğu işaretleri olabilir ve hukuki işlem iradesinde tereddüde düşülebilir. Örneğin bir kimsenin duvara yazacağı metin temelde, bir irade beyanı olarak altı imzalanınca geçerlilik şeklini karşılamalıdır. Ne var ki metnin duvara yazılmış olması, içeriğinden de hareketle imza sahibinin ciddi olmadığı sonucuna götürülebilir.

Bu düzenleme karşısında temelde metnin yapısından ziyade yazılılık için imzanın esaslı ve yeterli unsur olduğu kabul edilir. Bu durumda, metin ister bilgisayar ortamında ister ele yahut daktilo veya benzer herhangi bir aletle veya doğrudan parmak kullanılarak oluşturulsun, anlam verdiği müddetçe hukuki

işlemin 'metin' unsurunu gerçekleştirmiş olur. Yeter ki söz konusu metnin o metnin içeriğinde borç altına girdiği anlaşılan kişiye ait olduğu veya en azından kişinin o metni onayladığının anlaşılması, yani imzalanmış olması ortaya kulsun.

Yazılılık şekli bakımından metinden ziyade imza ön plana çıktığından imzaya ilişkin bazı bilgilerin verilmesi doğru olacaktır. Aşağıda imzaya ilişkin bazı tespitler yapılacaktır.

### III. İmzaya İlişkin Genel Bilgiler

TBK. m. 15, yazılılık şekli için gerekli unsur olan imzayı düzenlemektedir. Ne var ki buradaki düzenleme imzaya ilişki ayrıntılı hükümler içermemekte ve hatta tek unsur olarak imzanın borç altına girenin el yazısıyla atılması gerektiğinden bahsedilmektedir. Kanunda, yazılı şekil şartını yerine getirebilmesi için imza bakımından başka unsur aranmamıştır: İmza elle atılmalı<sup>3</sup> ve söz konusu el, borç altına girenin eli olmalıdır<sup>4</sup>.

Böylece yazılı şeklin temel unsurunu oluşturan imza, kişinin el ile yazmak suretiyle oluşturduğu işaret veya işaretlerdir. Kanunda imza için, elin kullanılması suretiyle oluşturulmuş herhangi bir işaret değil; elin kullanılması suretiyle yazılmış işaret kastedilmektedir. Zira TBK. m. 15, 'el' ifadesiyle yetinmemiş 'el yazısı' ifadelerini tercih etmiştir. Bu yüzden örneğin, parmak izi ile metnin onaylanması, TBK. m. 15/f. 1 anlamında imza sayılmamış ve TBK. m. 16 koşullarına tabi tutulmuştur. Böylece parmak izinin imza etkisini doğurabilmesi için usulüne göre onaylanmış olması gerekir.

Böylece anlaşılmaktadır ki, kanunda imza bakımından önemli olan borç altına giren kişinin elini kullanarak bir şey yazması veya geniş anlamda bir şey çizmesidir. Bir şeyin yazılması veya çizilmesi için elbette bu etkiyi sağlayabilecek bir araca ihtiyaç bulunur. Günümüzde yaygın olarak kullanılan kalem, bu anlamdaki etkiyi doğurur. Ne var ki kanunda bu yönde de bir sınırlama bulunmamaktadır. Kişi, yazabilmesini sağlayacak herhangi bir aracı kullanabilecektir. Yeter ki yazı el yazısı olsun<sup>5</sup>.

Sözleşmelerde metin, irade beyanının içeriğini, imza ise onun açıklanmasını ifade eder. Bu yüzden temelde imzanın metni kapsamaması gerekir. Bir başka ifadeyle imzanın, metne yönelik ve metnin benimsenmesini sağlayacak şekilde atılması gerekir. Bu yüzden genelde imzanın metnin sonuna atılmasının yeterli olacağı kabul edilir<sup>6</sup>. Böylece imzanın metinle ilişkisinin anlaşılması, metnin benimsendiğini ortaya koyması gerekli ve yeterlidir. Bunun doğal bir sonucu ola-

<sup>3</sup> İmzanın elle atılması, dar algılanmamakta ve kişiden sadır olması koşuluyla el dışında ayak, ağız gibi başka bir organla atılan imza da geçerli kabul edilmektedir. Bkz. **Gülperi Eldeniz**, "Şekle Bağlı Sözleşmelerde İmza", TBB Dergisi, S. 74, 2008, s. 114.

<sup>4</sup> Burada kastedilen mutlaka borç altına giren kişinin bizzat imza atması değildir; irade beyanını açıklayan kişinin imzası yeterli olacaktır. Bu yüzden temsilci kullanan kişinin, temsilcinin imzası dışında metni ayrıca ve bizzat imzalaması şart değildir.

<sup>5</sup> Klavye kullanımı bu anlamda el yazısı koşulunu gerçekleştirmez. Zira elin sürüklenmesi eseri olarak değil, dokunuşlarla oluşturulmuş bir yazı söz konusudur. Burada imzanın el yazısı olması ile murat edilen, kişinin karakterini ve ondan sadır olduğunu ortaya koyması özelliği klavye ile şu an için sağlanamaz.

<sup>6</sup> **M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul, 2016, s. 150; **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. baskı, Ankara 2017, s. 282.



rak imza, metinle aynı belgede, yani metnin bulunduğu cisimde yer alması söz konusudur.

Kanunda imzanın yer alacağı cisme ilişkin bir açıklık veya sınırlama bulunmadığı gibi imzanın şekline ilişkin de bir sınırlama yoktur. İmza el mahsulü olması koşuluyla, kişinin ismini ve soy ismini yahut sadece kısaltma niteliğindeki işaretleri veya 'baban', 'kardeşin' gibi sıfatları taşıyabilir ve geçerli bir imza olarak sonuç doğurur<sup>7</sup>.

Kural olarak imza el ile atılmalı ise de Kanunda istisnai bazı hallerde el yazısı dışında başka araçların da kullanılabilmesi kabul edilmiştir. Ne var ki bunların imza etkisi sağlaması, el yazısı imzası gibi doğrudan ve kolayca olmamaktadır. Bu etki için TBK. m. 15/f. 2 uyarınca imzanın söz konusu araçla atılmasının örf ve adetçe kabul edilmesi şarttır. Hükümde çok sayıda çıkarılan kıymetli evrak buna örnek olarak verilmiştir.

İmza atamayan kişilerin yazılı şekil şartını yerine getirebilmeleri ise TBK. m. 16'da özel olarak düzenlenmiştir. Buradaki düzenleme gereğince imza atamayanlar, imza yerine parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabileceklerdir. Fakat imza etkisi için bunların usulüne uygun bir şekilde onaylanmış olmaları şarttır<sup>8</sup>.

Görüldüğü gibi, imzanın elle atılmasının mümkün olmadığı hallerde, başka bazı aletlerin aracılığı ile işaret oluşturulması imza yerine geçmekte; fakat bunun için söz konusu aletler ile oluşturulan işaretlerin irade beyanında bulunan kişiye ait olduğuna ilişkin üçüncü bir kişinin (makamın) onayı şartı aranmaktadır. El yazısı ile atılan imza bakımından aranmayan bu tarz bir şartın diğer vasıtalarla oluşturulan aletler bakımından aranmasının nedeni, irade beyanının söz konusu kişiden sadır olup olmadığının ortaya konulmasını sağlamalarındaki zorluktur.

El yazısı imzasında, bu özellik doğal olarak var kabul edildiğinden; kural olarak imzaların etki doğurması, herhangi bir üçüncü kişi yahut makam tarafından onaylanmaları şartına tabi değildir. El yazısı ile atılan imzanın, diğerlerine göre bu ayrıcalığının nedeni, el yazısının ve dolayısıyla imzanın her insana özgü olduğunun kabul edilmesine dayanır. Her insanın yazısı, imzası ona özgü ve bütün teşkil eden özellikler taşır. Bu yüzden kimden sadır olduğunun tespiti için kendisi dışında bir dış unsura (onay gibi) ihtiyaç hissetmez<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> **Eren**, s. 274. Yargıtay bir kararında şu tespitleri yapmıştır: "El yazısı ile atılacak imzanın şekli konusunda yasa da hüküm bulunmamaktadır. Kişi, kendisine özgü belli karakterleri içeren sembolleri belirterek imza atabileceği gibi, ad ve soyadını bizzat el yazısı ile yazmak suretiyle de imza atabilir. Ancak borçlu, ad ve soyadını yazarken imza atmayı amaç edinmelidir". Bkz. Y.12.HD. 20.06.2013, E. 16629, K. 23263 (Legalbank).

<sup>8</sup> 12.11.1930 tarih 29/30 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince "İmza atamayan veya bilmeyen kişilerin verdiği senetlere konulan mühürler, ihtiyar kurulu ve o yerde tanınan iki kişi tarafından onanmadıkça hükme esas olamaz". Aynı yönde bkz. Y. 13.HD. 6.3.2003, E. 2002/15303, K. 2003/2391 (Kazancı). Ne var ki HMK. m. 206 gereğince, imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi, noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmalarına bağlıdır.

<sup>9</sup> Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Emine Öz**, Elektronik İmza, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006, s. 15-16.

#### IV. Ekranaya Atılan İmzanın Niteliği

İmza kişinin kimliğini gösteren, onu diğer kişilerden ayırt edilmesini sağlayan işaret olarak tanımlanır<sup>10</sup>. Yukarıda ortaya konulduğu üzere, el yazısı ile atılan imzada bu özelliklerin kendiliğinden olduğu kabul edilir ve imzanın etki doğurabilmesi için başka unsurlara ihtiyaç hissedilmez. TBK. m. 15 ve 16'da ortaya konulduğu üzere, el yazısı dışındaki aletlerle oluşturulan işaretlerin aynı etkiyi doğurabilmesi için duruma göre örf ve adetin bu yönde olması yahut dışarıdan yetkili kişilerce onaylanmış olmaları gerekir.

Böylece imza bakımından kanun sistematığına ve amacına uygun olarak yapılması gereken ayırım; *"el yazısı ile atılan imza"* ile *"el yazısı dışında atılan imza"* şeklinde olmalıdır. Bu ayırımın bir diğer ifadesi, *"sahibinin karakterini (aidiyeti) kendiliğinden yansıtan imza"* ve *"sahibinin karakterini (aidiyeti) onay ile yansıtan imza"* şeklinde de olabilir.

Gerçekten de kanundaki düzenlemeler bu tarzdaki ayırımı haklı kılmaktadır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, Türk Borçlar Kanunu bu ayırımı net bir şekilde koymaktadır. Kanun, el yazısı ile atılan imza için başka hiç bir koşul aramaksızın yazılılık şartını var kabul ederken; bu şekilde atılmayan imzalarda başka koşullar aramıştır. Bu ayırım esasında imza kavramının da doğal bir gereğidir. Zira madem ki imza, kişinin hem kimliğini hem de irade beyanının ona ait olduğunu ortaya koyar; o halde o kişiden sadır olduğunun ortaya konulabilmesi gerekir. Kişinin el yazısı ile imzası, kendiliğinden bu etkiye sahiptir. Zira kişilerin el yazısının zaten kişilere özgü olduğu kabul edilir. Bu özelliği bulunan bir işaretin yazılılık şeklini gerçekleştirmesi için ayrıca başka bir unsur veya şart aramaya gerek olmaz. Kanunun bakış açısı da bu şekilde olduğundan; kendiliğinden karakteri, yani kimliği yansıtan türdeki imza için ayrı bir şart koşmamıştır. Buna karşılık kendiliğinden kimliği yansıtamayan işaretler bakımından bazı tedbirler öngörmüş ve işaretlerin onlara aidiyetini üçüncü kişinin onayına tabi tutmuştur.

Üstelik bunun tamamlayıcısı niteliğinde olmak üzere kanuna daha sonra giren "güvenli elektronik imza" türü de benzer ayırımın bir yansıması olarak ayrı bir kanunda Elektronik İmza Kanunu adı altında düzenlemeye tabi tutulmuştur. Aşağıda görüleceği üzere, Elektronik İmza Kanunu kapsamına giren imza da temelde el yazısı ile atılan imza olmadığından, sahibine aidiyeti ancak üçüncü kişinin (sertifika hizmet sağlayıcısı) onayı ile mümkün olabilmektedir.

Görüldüğü gibi kanunlardaki imzaya bakış açısı, imzanın bizzat kendisinin kimden sadır olduğunu ispat etmeye yeterli olup olmadığına göredir. Bu özelliği taşımayan imzalar için ek tedbirler alınması ve hukuki etkinin ancak bu koşullarla tanınması tavrı benimsenmektedir.

Bu tespiti yaptıktan sonra kalem ile bilgisayar yahut herhangi bir elektronik ekrana atılan imzanın nasıl değerlendirilmesi gerektiği üzerinde duralım. Yukarıda tespit ettiğimiz üzere, Türk Borçlar Kanunu anlamında yazılı şekil için gerekli olan imza bakımından aranan tek koşul, imzanın el yazısı ile atılmasıdır. Bunun dışında ve ötesinde imzanın atılacağı zemin, imza atmakta kullanılacak araç bakımından bir sınırlama yoktur. Kişi, imzayı duvara, tahtaya, kumaş parçasına atabileceği gibi; tükenmez kalem, tahta kalemi veya yazı yazmaya yarayan herhangi bir aracı kullanabilmektedir. Kullanılan zemin ve

<sup>10</sup> Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 149; Eren, s. 274.

araç, yazılı şekil şartının yerine gelmesi bakımından değil; sadece imza atan kişinin hukuki işlem iradesinin gerçekten bulunup bulunmadığı bakımından etki eder. Bir başka ifadeyle kişide gerçekten beyan iradesi; hukuki işlem kurma ve onunla bağlanma iradesinin bulunup bulunmadığı meselesini etkileyen unsur olarak ele alınır<sup>11</sup>.

Bu tespit karşısında, elektronik ekrana el yazısı ile atılan imzanın sırf elektronik ekrana atılmış olması nedeniyle TBK. m. 15 anlamında el yazılı imza olmadığı sonucuna ulaşmanın mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Kanunda madem ki imzanın atılacağı nesneye ilişkin bir sınırlama yapılmamış ve sadece imzanın elle atılması özelliği ön plana çıkarılmış; o halde elektronik ekrana atılan imzaların el yazısı ile atılmış imza olmadığı tespitinin hukuki dayanağı en azından Borçlar Kanunu bakımından yoktur.

Doktrinde bu tarz imzalara el yazılı vasiyetnamenin geçerliliği bakımından yaklaşılan bazı eserlerde, yazının ve imzanın bu tarzda yazılıp atılmasının geçerliliği olumsuz etkilemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Doktrinde Akkanat'ın konuya ilişkin tespitleri şu şekildedir:

*"Kanaatimizce bu şekilde yazılmış bir vasiyetnameyi de geçerli bir el yazısı ile vasiyetname olarak kabul etmek gerekir. Zira bu şekilde hazırlanmış olan bir vasiyetname ile de kanunun hedeflediği amaçları gerçekleştirmek mümkündür. Yukarıda da belirttiği gibi, kanunun el yazısını aramaktaki gayesi, yazının teşhis fonksiyonundan yararlanarak, bu vasiyetnamenin ve onun içerisinde yer alan maddi anlamdaki ölüme bağlı tasarrufların bu metni yazan şahsa ait olduğunu tayin edebilmektir. Bu şekilde bilgisayar ekranına yazılan yazı bakımından bu amacın gerçekleştiği evleviyetle kabul edilmelidir. Çünkü, bir yazının kime ait olduğu tespit edilirken, yazının dış görünüşünün yanında çeşitli özellikleri dikkate alınmakta, ezcümle harflerin yazı içerisindeki eğimi, iki harf arasındaki mesafeler göz önünde bulundurulmaktadır. Bu bakımlardan ise bilgisayar ekranına yazılmış olan bir yazı ile alelade bir kağıda yazılmış bir yazı arasında herhangi bir fark olmayacaktır. Hatta uzmanlarca bu ölçümlerin yapılması, bilgisayar içerisindeki yazı bakımından daha kolaylıkla mümkündür"*<sup>12</sup>.

El yazılı vasiyetname, metnin kendisinin de elle yazılması gereken ve Türk Borçlar Kanundaki adi yazılı şekle göre nitelikli şekil olarak değerlendirilen bir şekle tabidir. Bir anlamda daha ağır şekil şartı bakımından dahi yapılan bu tespitler, Borçlar Hukuku anlamındaki adi yazılı şekildeki imza bakımından da geçerlidir.

Gerçekten de ekrana atılan imza, Kanunun el yazısı ile atılan imza ile hedeflediği, hem şekil koşulunu hem de gayeyi sağlamaktadır. Zira bu imza gerçekten de el yazısı ile atılmaktadır. Bu imzanın klavye ile yahut belli bazı şifreleme yöntemi ile oluşturulması söz konusu değildir. Yine bunun dışında el yazısı ile imza bakımından arzu edilen gaye ekrana atılan imza aracılığı ile de sağlanmaktadır. Yani imzanın, bizatihi kendisinden kimden sadır olduğu anla-

<sup>11</sup> Doktrinde duvara kanla veya bir tahtaya tebeşirle yazılan yazının, masa çekmecesinde, sandığın kapağında, paketin üzerindeki yazıların yazılı şekil şartını yerine getirmeye elverişli olabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Halil Akkanat**, "El Yazılı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 806.

<sup>12</sup> Bkz. **Akkanat**, s. 808-809. Benzer tespitler için bkz. **Doruk Gönen**, El Yazılı Vasiyetname, İstanbul 2007, s. 56-57.

şılabilir. Bunun için imza dışında başka unsurlara temelde ihtiyaç yoktur. Bu yüzden ve bu tespitler karşısında, ekrana atılan imzanın sırf ekrana atılmasından yola çıkarak, geçersiz bir imza olduğu; en azından el yazısı ile atılan imza niteliğinde olmadığı ileri sürülemez.

Ekrana atılan imzanın, el yazısı ile atılması ve atıldığı nesnenin ne olduğunun temelde imzanın geçerliliği bakımından etkisiz olması nedeniyle TBK. m. 15 anlamında el yazısı ile atılan imza olduğu konusunda bu anlamda şüphe edilemez. Buna rağmen, ekrana atılan imzanın esasında atıldığı ekranda durmadığı, bir başka ifadeyle imza atılan ekranın elektronik ortamda saklanması tereddüde yol açabilmektedir. Sırf bu sebepten ekrana atılan imza alelade bir kumaşa yahut duvara atılan imzadan farklı olarak atıldığı zeminde kalmadığı algısına yol açabilmektedir.

Esasında bu tereddüde de gerek olmadığını düşünmekteyiz. Zira imzanın atıldığı zeminin bir özelliği gereği '*olduğu gibi taşınabilen bir zemin*'den söz etmek doğru olacaktır. İmza ekranın kendisine değil aynı zamanda bilgisayar ortamında saklanabilen bir zemine atılmaktadır. İşte bu zemin, herhangi bir değişikliğe uğramadan taşınabilmekte ve saklanıp korunabilmektedir. Elektronik ortamın niteliği gereği, zaten ekran zemin değiştirebilen, duruma göre kitap duruma göre herhangi bir belge haline gelebilen özelliklere sahiptir. Ekranın sadece metal yahut özellikli bir madde olarak algılanması ve elektronik görüntüden bağımsız düşünülmesi teknolojik gelişime uygun bir düşünce tarzı olmaz. Bu yüzden atıldığı zeminin teknik özellikleri gereği var olan bir durum olarak algılanmalı ve bu çerçevede bu zeminin de imzaya elverişli bir zemin olduğu kabul edilmelidir<sup>13</sup>. Kabul edilmelidir ki, yazının yazıldığı ve imzanın atıldığı her zeminin farklı özellikleri olabilmektedir. Duvar, kumaş, kutu vs zeminlerinin her birinin bir takım özellikleri olabilir. Kağıtlar arasında dahi birbirinden farklı türlere rastlamak ve farklı kalemlemlerin ancak yazı yazabileceği kağıtları görmek mümkündür. O halde, her zemini kendi koşullarına göre değerlendirmek ve bu şekilde söz konusu zeminin yazı ve imzayı taşıması dışında başka özellik aramamak doğru olur<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Elektronik ortamdaki dokümanların kaydedilebilmesi ve saklanabilmesi özellikleri karşısında metin unsurunu gerçekleştirdiği kabul edilir. Bkz. **Abdülkerim Yıldırım**, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2009, s. 130. Esasında elektronik ortamın fiziksel olmayan özelliğinin, o ortamdaki belgelerin normal belge olarak nitelendirilmesine engel olmayacağı hususu, bizatihi Elektronik İmza Kanunu gibi mevzuat ile ortaya konulmuş olmaktadır. Zira kanun uyarınca, fiziksel olmayan bir takım verilere normal yazılı şekil ve senet sonucu bağlanmaktadır. O halde, fiziksel olmayan ortam bu tür tanımlara engel değildir. O halde mesele, elektronik ortamın bizatihi kendisinin engel olması değildir. Temel mesele, o ortamdaki belgelerin güvenliğidir. Güvenliğin sağlanması ise temelde Devlet'in görev alanını oluşturur. O konuda tedbirler alınmalıdır. Fakat tedbirler alınmaya kadar, normal imza özellikleri taşıyan ekrana elle atılan imzanın, bu yönde etki doğurmayacağını söylemek çelişkili sonuca yol açar. Zira elektronik ortamın kendisi engel değilse, alınacak tedbirler artık imzanın geçerliliği ile ilgili değil güvenliği ile ilgili tedbirler olacaktır. Aşağıda konuya ilişkin açıklamalarımız bulunacaktır.

<sup>14</sup> Bu çerçevede kanaatimizce önemli olan yazının ve imzanın sabit kalacağı bir nesnenin bulunması; yani nesneyi yazıyı barındırabilmesi; koruyabilip saklayabilmesidir. Bu çerçevede sıyın veya havanın bu şekilde bir zemin olarak kullanılması teknik olarak mümkün olmadığından, onların imza ve yazı için uygun zemin olduklarından bahsedilemez. Yine bilgisayar ortamında, yazı veya resmi kısa bir süre için saklayıp daha sonra kendiliğinden imha eden programlar aracılığı ile hukuki anlamda metin veya imza

Ekranı atılan ve inceleme konusu yaptığımız imza, evraklı işlemlerin güvenli, hızlı ve kolay bir şekilde dijital olarak tamamlanması için kullanılan bir teknolojidir. İmza hem zaten elle ve kalem kullanılarak atılmakta ve hem de biyometrik olarak kaydedilmektedir. İmzanın hız, ivme, basınç, zaman, yer bilgileri kaydedilir ve sözleşmeye entegre şekilde, kimlikle birlikte bir bütün olarak saklanır. İşleme ait tüm kayıtlar saklanır ve istenildiği takdirde tekrar ulaşılabilir.

Bu imzanın, ekranı atılması aşamasından sonra saklanması ve taşınması konusunda herhangi bir güvenlik endişesi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Fakat işin esasında imzayı geçerli kılan, sonraki aşamalarda ne kadar güvenli saklanıp saklanmadığı veya daha sonra kopyalanıp kopyalanmadığı unsurları değildir. Bunlar, imzadan sonraki aşamaları ilgilendiren koşullardır. Keza aynı kayıtlar normal kağıda atılan imza bakımından, hatta bakış açısına göre daha fazla bulunur. Zira normal kağıt yanar ve yırtılabilir. Bu anlamda metnin saklanması ve korunması normal kağıtta daha zor olarak dahi algılanabilir. Fakat kağıdın yanabilir ve parçalara ayrılabilir olması özelliği onda oluşturulan metin ve imzanın geçerli olmasına engel teşkil etmez<sup>15</sup>.

Türk Borçlar Kanunu anlamında imzayı geçerli imza kılan özellik, imzanın kendisinden kişiye aidiyetin anlaşılabilir olup olmadığı özelliğidir. El yazısı ile atılan bu imzanın, daha sonra elektronik ortamda saklanması onun bu özellikleri taşımadığı anlamına gelmez. Bir başka ifadeyle, imza, sırf elektronik ortamda oluşturulabiliyor ve saklanabiliyor olması nedeniyle, el yazılı olmaktan ve el mahsulü olmaktan çıkmaz. Aksi yorum, mantıki gerçekliğin inkarı anlamına gelebileceği gibi Türk Borçlar Kanunu sistematigi ve maksadı ile de çelişir.

Kanaatimizce, imzanın el yazısı ile atılması ve bu imzayı atan kişiye aidiyetine ilişkin normal kağıda atılan imzayla aynı özellikleri taşıması karşısında TBK. m. 15 anlamında el yazısı ile atılan imza olduğu konusunda tereddüt edilemez.

İmzanın daha sonraki aşamada elektronik ortamda bir elektronik veri olarak saklanması ve korunması imza aşamasından ziyade imzadan sonraki aşamaya ilişkindir. İmzanın normal kağıt üzerine atılan imza olmaması nedeniyle, bulunduğu ve saklandığı ortamın gereği olarak bir takım özellikler taşıması ve bu özellikleri nedeniyle bir takım güvenlik önlemleri alınması elbette mümkündür ve gereklidir. Fakat bu gereklilik, herhangi bir kağıda atılan imzanın fiziksel ortamda korunmasından farklı nitelikte değildir. İmzalı evrakın korunması ve saklanması ne kadar önemli ise, elektronik ortamdaki evrakın da korunması ve saklanması önemlidir. Hatta elektronik ortamın bütün özellikleri gözetilerek, siber herhangi bir saldırıya karşı korunmasına, kopyalanmasına, metinden bağımsız olarak taşınıp başka metin ile birleştirilmesine karşı önlemlerin alınması da gereklidir. Zaten bu tarzdaki imzanın bütün bu risklere karşı

---

oluşturulabilecekse de, bunları yazan ve imzalayan kişinin gerçek anlamda hukuki iş-  
lem iradesi ile hareket edip etmediği şüpheli olacaktır.

<sup>15</sup> İmzanın güvenliği ile ilgili bir kaygı varsa kanaatimizce bu Devlet'e bir yükümlülük yükler. Devlet, imzanın güvenliği ile ilgili tedbirler almalıdır. Fakat bu tedbirler, imzanın yasaklanması yahut geçersiz kılınması şeklinde olamaz. Bir yandan kağıda atılan imzayı geçerli sayıp öbür yandan tamamen aynı yöntemle ekranı atılan imzanın geçersiz sayılması büyük bir çelişki anlamına gelir. Mesele, bu açıdan değil sonraki aşamada güvenlik açısından ele alınmalı ve olsa olsa saklanması yahut kopyalanmaması için Devletin kriterler getirmesi söz konusu olmalıdır.

teknolojik olarak korunaklı olduğu anlaşılmaktadır. Fakat her halükarda bütün bu tedbirler, imzanın geçerliliği ile ilgili olmaktan ziyade, elektronik ortamın özelliklerinin bir gereği olarak düşünülmelidir. Zira normal kağıda atılan imza da kopyalanmakta yahut taklit edilebilmektedir. Nasıl ki bu ihtimal, el yazısı ile atılan imzanın geçersizliğine yol açmaz; elektronik ortamdaki imza bakımından da aynı sonuca ulaşmak gerekir. İmzayı imza kılan ve geçerli olmasını sağlayan özelliği, sonraki aşamasındaki güvenlik tedbirlerinden ziyade TBK. m. 15'teki şartları taşımasıdır. Yani el yazısı ile atılması ve böylece kimden sadır olduğunu ortaya koyabilmesidir.

Ekranaya atılan imzanın, elektronik ortama yönelik veri olma boyutu nedeniyle esasında gerçek bir imza olmadığı ileri sürülemez. Bu özelliği onun ilk atılması ile değil saklanması ile ilgilidir. Elektronik ortamdaki imzanın esasında bilimsel olarak sayılardan oluştuğu ve imza sayılamayacağını ileri sürmek de teknolojiye geline nokta doğru olmaz. Bu elektronik ortamdaki herhangi bir fotoğrafın veya resmin, aslında gerçek resim veya fotoğraf olmadığı ve sayılardan ibaret olduğunu ileri sürmek ile aynı şeydir. Elektronik ortamda saklanması veya bulunması nasıl ki irade beyanını irade beyanı olmaktan çıkarmaz; hakareti hakaret olmaktan çıkarmaz ya da hırsızlığı hırsızlık olmaktan çıkarmaz ise; imzanın elektronik ortamda bulunması da genel hükümler uyarınca imza özelliği bulunduktan sonra onu imza olmaktan çıkaramamalıdır. Elektronik ortam bu açıdan değil; imzanın güvenliği bakımından özellik taşımalıdır.

Elektronik imza bakımından ülkemizde sürekli atif yapılan ve düzenlemelere esas alınan AB Direktifinde bile belirtelim ki bu şekilde atılan imzanın etkisiz olması gerektiği değil bilakis, imzanın sırf sertifikaya bağlanmamış olmasının tek başına etkisiz olması için sebep olamayacağı düzenlemesine yer verilmiştir (99/93/EC sayılı Elektronik İmza Direktifi m. 5<sup>16</sup>).

## **V. Ekranaya Atılan İmzanın Elektronik İmza Kanununa Tabi Olup Olmadığı**

Elektronik ortamda işlemlerin artması neticesinde, bu ortamda açıklanan irade beyanlarının gerçekten isnat edilen kişiye ait olup olmadığı sorunu ile karşılaşmıştır. Kişinin, bilgisayar ortamında kimliğinin belirlenmesi ve irade açıklamalarında, ilettiği beyanın gerçekten de ona ait olduğunun bilinebilmesinin sağlanması için çeşitli yöntemler geliştirilmiştir. Bu yöntemlerin en yaygın ve güvenilir olarak kabul edileni; Elektronik İmza Kanununa da yansıyan, kişiye özgü şifreleme usulü ile irade beyanının açıklanması yöntemidir<sup>17</sup>.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu diye bir kanunun varlığı, elektronik ortamda oluşturulacak imzaların tamamının bu kanuna tabi olduğu ve bu yüzden kanunda yer alan koşulları taşıması gerektiği aksi takdirde elektronik ortamda imza etkisinin gösteremeyeceği tereddüdüne yol açabilmektedir. Öyle ya, kanun koyucu elektronik ortamdaki imzaya ilişkin bir kanun yapma ihtiyacı hissettiğine göre, bu alanı özel olarak ele almış ve münhasır bir düzenlemeye tabi tutmuş olmalıdır. Ne var ki kanun incelendiğinde bu sonucun veya tespitin doğru olmadığı anlaşılır. Zira Kanun elektronik ortamda gündeme gelebilecek bir çok imza türünden sadece bir tanesini düzenlemiştir.

<sup>16</sup> Aynı vurgu 2014/910 sayılı Yönerge m. 25/1'de de yapılmıştır.

<sup>17</sup> Elektronik imzanın şifreye dayanan özelliğine ilişkin açıklamalar için bkz. **Keser-Berber**, s. 136 vd.

Elektronik imza, Elektronik İmza Kanunu m. 3/b'de "başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri" olarak tanımlanmıştır<sup>18</sup>. Kanun, tanımlar kısmında geniş bir tanım tercih etmesine rağmen ilerleyen maddelerinde ve kanunun tamamında esasında "güvenli elektronik imza" olarak kabul ettiği imza türüne ilişkin detayları ve esasları düzenlemektedir. Güvenli elektronik imza ise, bu şekilde geniş tanımı karşılamamaktadır. EİK m. 4 gereğince "Güvenli elektronik imza; a) Münhasıran imza sahibine bağlı olan, b) Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, c) Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan, d) İmzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan, elektronik imzadır".

Kanunun geri kalan bütün düzenlemeleri, 'elektronik imza'ya değil 'güvenli elektronik imza'ya ilişkindir. Bu yüzden esasında kanunda geniş bir tanım tercih edilmiş olsa da, tanımlar kısmında yer verilen anlamda bir elektronik imza değil daha dar anlamı ifade eden güvenli elektronik imza düzenlenmiştir. Bu tespitin doğal sonucu olarak da bu kanunda koşulları belirtilen 'güvenli elektronik imza' dışındaki herhangi bir imza türünün esasında düzenlenmiş olmadığıdır. Bu yüzden kanunun kapsamına girmeyen imza türleri bakımından, kanunun uygulanması mümkün değildir.

Güvenli elektronik imza olarak adlandırılan bu imzaya ilişkin esaslar düzenlenmiş, imzanın nasıl oluşturulacağı, nasıl onaylanacağı, saklanacağı vb. hususlara ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bunun dışındaki imzalar ise kanun kapsamında ele alınmamış; ve buradaki düzenlemenin kapsamı dışında tutulmuştur. Daha açıkçası, Elektronik İmza Kanunu, elektronik ortamda atılabilecek tek imzayı düzenleyip; elektronik ortamda başka imza atılamayacağını; diğer imzaların geçersiz olacağını düzenlemektedir. Kanunda diğer imzalara yönelik bu yönde olumsuz bir tespit bulunmamaktadır.

Böylece Kanun, diğer imzalara yönelik düzenleme içermemekte; onları kendi kapsamı dışında tutmaktadır. Bu nedenle, diğer imzaların oluşturulması, saklanması vb. hususlar için 5070 sayılı Kanunun uygulanması mümkün olmaz. Bu durumda yapılması gereken tespit, diğer imzalara ilişkin özel bir düzenleme olmadığından, onlara uygulanabilecek hükümler araştırılıp bulunmalı ve bu anlamda genel hükümler yol gösterici olmalıdır. Bu çerçevede diğer imzaların, geçerli olup olmayacakları 5070 sayılı kanuna göre değil Türk Borçlar Kanununa göre değerlendirilmelidir.

Bu noktada belirtelim ki gerek Türk Borçlar Kanunu m. 15'te gerekse de EİK. m. 5'te güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı hukuki sonuçları doğuracağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin, 'diğer elektronik imzaların elle atılan imza ile aynı sonucu kesin olarak doğurmayacağı' şeklinde okunması ve anlaşılması hatalı olur. Zira kanun kapsamına girmeyen, dahası ifadenin kendisinin kapsamına girmeyen diğer unsurlar varsa, öncelikle onlara uygulanabilecek başka kanun yahut hükümlerin bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve ondan sonra bir sonuca ulaşılmalıdır. Üstelik kanunda herhangi bir unsura bazı sonuçların bağlanması, mutlaka anılmayan unsurlar için olumsuz düzenleme yapıldığı anlamına gelmez.

<sup>18</sup> Benzer tanım için bkz. İnal, s. 139.

TBK. m. 15 ve EİK m. 5 ile düzenlenen ve amaçlarına şey, güvenli elektronik imzaya ilişkin tereddütlerin giderilmesidir. Nasıl ki TBK. m. 16'da imza atamayanlar bakımından duruma göre parmak izi, mühür yahut el ile yapılmış bir işaretin onaylanmış olması koşulu ile kullanılmasının mümkün olduğu düzenlenmiş ise burada da güvenli elektronik imzanın el yazısı ile aynı sonucu doğuracağı açıklanmış olmaktadır. Nasıl ki TBK. m. 16'dan örneğin imza atabilenlerin tebeşir ile atacakları imzanın geçerli olmayacağı sonucuna ulaşılammakta ise; EİK m. 5 veya TBK. m. 15'ten de elektronik ortamdaki diğer bütün imzaların geçersiz olacağı anlamı çıkarılamaz.

İşin gerçeği 5070 sayılı Kanundaki anlamıyla güvenli elektronik imza için bu tarz açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Zira böyle bir düzenlemenin bulunmaması halinde aynı sonuca ulaşmak mümkün olmayacaktı. Burada imzanın, esasında ve gerçekte klasik anlamda imza olmaması, sadece şifrelerden meydana gelmesi, şifreye yahut anahtara sahip olan başka birinin da aynı sonucu elde edebilmesi ve dış unsur olmadan işaretlerin kimden sadır olduğunun anlaşılammaması nedenleriyle bu tespit kaçınılmazdır<sup>19</sup>.

Hatırlatalım ki Kanunda elle atılan imzada, sahibinin isimlerinden oluşan bir işaret, paraf yahut el yazısı ile imzanın elektronik ortamda korunması söz konusu değildir. Burada adına imza dense de esasında elektronik olarak yaratılan ve gönderilen belgelerin şifrelenmesi söz konusudur<sup>20</sup>. Burada temelde, e-imzadan imzalayan kişinin kesin olarak anlaşılması ve sırf imzaya dayanarak imza sahibinin gerçekte adı geçen kişi olduğunun ortaya konulması mümkün değildir<sup>21</sup>. Bu yüzden kimliğin tespiti, bunun üçüncü bir kişi tarafından doğrulanmasını gerektirir. İşte bu üçüncü kişi, sertifika hizmet sağlayıcısıdır. Sertifika hizmet sağlayıcısı, muhatabın aldığı metindeki e-imzayı atmak için gerekli imza yaratım verisine (gizli anahtara) sahip olan kişinin (imzalayan), kimliğini teyit etmeye yarayan sertifikayı düzenleyen kişidir<sup>22</sup>.

Böylece görüldüğü gibi, Elektronik İmza Kanununda imza olarak düzenlenen şey, esasında kendiliğinden sahibinin kimliğinin ve ona aidiyeti yansıtmadığından<sup>23</sup>; bunun normal imza gibi etki doğurabilmesi için bir takım koşullar

<sup>19</sup> Elektronik İmza Kanununda düzenlenen ve kanunun kapsamına giren imzada ekrana kalemle atılan imzanın bir çok özelliği bulunmamaktadır. Örneğin güvenli elektronik imza, esasında klasik bir imza değil, şifredir; oysa ekrana atılan imza elle atılır ve imza şekline sahiptir. Güvenli elektronik imza, şekil olarak da imza olmadığından belgenin çıktısının alınması halinde bir imza görüntüsü ile karşılaşılmaz; oysa ekrana atılıp saklanılan imza çıktı alındığında da imza şeklinde görülebilmektedir. Güvenli elektronik imza el dışında herhangi bir araçlar oluşturulabilmektedir; oysa ekrana atılan imza elle atılmaktadır.

Elektronik İmza Kanunu anlamındaki güvenli elektronik imzanın şifre özelliği hakkında bkz. **Belgin**, s. 39 vd.

<sup>20</sup> Bkz. **Zarife Şenocak**, "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 2, s. 97-135, özellikle s. 99.

<sup>21</sup> Bkz. **İnal**, s. 139.

<sup>22</sup> **İnal**, s. 140.

<sup>23</sup> Buradaki imzaların sadece matematiksel şifrelerden oluşması nedeniyle ne kadar onay makamları tarafından onaylanmış olursa olsun yüzde yüz işlem garantisinin sağlanamayacağı, yine de dışarıdan müdahale riskinin tamamen ortadan kalkmayacağı düşünülmektedir. Bkz. **Keser-Berber**, s. 213. Yazar bu nedenle, elektronik ortamlarda bu şekilde şifre esasına dayanan imza yerine insana ait biyometrik bir takım özelliklere



lar aranmış ve tam da el yazısı dışındaki araçlarla oluşturulan işaretlerde olduğu gibi (TBK. m. 16), burada da üçüncü bir kişinin onayı şartı aranmıştır. Bu şartın aranması esasında doğaldır ve Türk Borçlar Kanununun yaklaşımına da uygundur. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi, adına imza dense de esasında tek başına ve kendiliğinden sahibinin karakterini ona aidiyeti yansıtamayan, ortaya koyamayan bir takım işaretler söz konusudur. Bunların şifreleme yöntemi ile ve dışarıdan onay makamının yardımı ile aidiyeti ortaya koyma fonksiyonları vardır. Bu onay bulunmadığı müddetçe belirtilen fonksiyon meydana gelmez.

Kanunda ele alınan güvenli elektronik imzada, kişiye temin edilen şifre yahut anahtar ile imza oluşturulmaktadır. İmzanın ona ait olduğu, söz konusu anahtar veya şifrenin başkası tarafından kullanılmadığı varsayımına dayanır ve bu yönde tedbirler alınır. Bu tedbirlerin alınmaması, şifrelemenin yapılmaması halinde imzanın gönderen kişiye ait olduğunun bilinmesi mümkün olmaz. Böylece güvenli elektronik imzanın, tek başına aidiyeti yani imzanın kimden sadır olduğu sorununun çözememesi nedeniyle, özel düzenleme ve tedbirlerin zorunlu olduğu görülmektedir. Bunların sağlanmaması halinde, yaratılan şifrenin yahut rakamların imza fonksiyonunu yerine getirmeleri mümkün olmaz<sup>24</sup>.

Oysa ekrana kalem ile atılan imza, bu fonksiyonları zaten yerine getirebilmektedir. Bu yüzden temelde ayrıca bir şifrelemeye veya dışarıdan başka bir makamın imzanın aidiyetinin onaylamasına ihtiyaç yoktur.

Bu açıklamalarımız ortaya koymaktadır ki el ile ve yine kalem kullanılarak bilgisayar yahut herhangi bir elektronik cihazın ekranına atılan imza, Elektronik İmza Kanunu kapsamında yer alan ve orada düzenlenen bir imza değildir. Kanun kapsamına almadığı bu imzaya ilişkin değerlendirmeleri genel hükümlere ve bu çerçevede yukarıda belirttiğimiz üzere Borçlar Kanununa bırakmıştır. Bu tespitlerimize rağmen, ekrana atılan imzaya ilişkin bir takım kanuni düzenlemelerin yapılabileceğini kabul etmek gerekir. Ne var ki bu düzenlemeler, TBK. m. 15 anlamında el yazısı ile atılan imza ile aynı sonuçları sağlamaya yönelik değil; imzanın güvenliğinin sağlanması ve buna ilişkin standartlara ilişkin olmalıdır. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere ekrana atılan imza, zaten niteliği gereği el yazısı ile atılan imzadır ve aynı etkiye doğal olarak sahiptir. Ondan farklı olarak bu imza aynı zamanda bir elektronik veri olarak var olabilmektedir. İşte bu boyutu nedeniyle, kanunda düzenlemeye gidilebilir. Yoksa normal imza boyutu bakımından TBK. m. 15 yeterli bir düzenleme olarak kabul edilebilir.

## VI. Ekrana Atılan İmzanın HMK Uyarınca Delil Niteliği

HMK m. 199 ispat hukuku anlamında nelerin belge olarak kabul edileceğini şu şekilde belirtmektedir:

---

(retina taraması, DNA şifresi, sağ eya sol el izi gibi) dayanan imza tercih edilmelidir. Bkz. **Keser-Berber**, s. 213.

<sup>24</sup> Elektronik İmza Kanununda düzenlenen haliyle imza, sertifika kurumlarının sertifikalandırmalarını ve imza atma imkanına kavuşmak için zorlu süreçleri gerektirmektedir. Kanaatimizce sırf bu derece zorlu süreçlerin söz konusu olması nedeniyle bile bu imzada diretilmesi, en azından bütün işlemler bakımından diretilmesi doğru değildir. Özellikle tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelerde bu imza türü ile işlem yapılmasında diyetmek, o alandaki hukuki işlemlerin yaygınlaşmasına engel olmak anlamına gelir.

“Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir”.

Görüldüğü gibi kanunda elektronik ortamdaki veriler, belge olarak kabul edilmiştir. Ne var ki bunların belge olarak kabul edilmesi, aynı zamanda senet olmaları sonucunu otomatik olarak sağlamamaktadır.

Kesin delil niteliğindeki senet, resmi senet ve adi senet olarak ikiye ayrılmaktadır. HMK. m. 204 ilamlar ile düzenleme şeklindeki noter senetlerinin resmi senet olarak kesin delil sayılacağını belirtmiş; HMK. m. 205'te ise mahkeme huzurunda ikrar olunan senet ile kişiden sadır olduğu kabul edilen senet ise adi senet olarak kesin delil niteliğinde kabul edilmiştir. HMK. m. 205, ayrıca usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin de senet hükmünde olacağını ve böylece onların da kesin delil olacağını düzenlemiştir (f. 2).

İnceleme konumuz bakımından ekrana atılan imzanın nasıl bir delil olacağı bu hükümler karşısında değerlendirilmelidir. Bunların bir elektronik veri olarak belge sayılacağı konusunda HMK. m. 199 karşısında şüphe edilmez. Ne var ki belge, ispat gücü bakımından sadece delil başlangıcı olarak kabul edilmektedir (HMK. m. 202/f. 2). Ekrana imza atılmak suretiyle oluşturulmuş evrakın, HMK. anlamında sadece belge sayılması ve ispat gücü bakımından kesin ispat teşkil etmemesi, Türk Borçlar Hukuku anlamında geçerli bir yazılı şekil şartını getiren belgenin ispat gücünün olmaması gibi garip bir sonuca yol açar. Oysa Türk Borçlar Kanunu anlamında geçerli yazılı şekil normalde HMK anlamında ispat şeklini de karşılamalıdır.

Ekrana atılan imzalar ile oluşturulmuş belgelerin sadece elektronik veri olduğu, bunların aynı zamanda imzalı belgeler olmadığı tespitine bağlıdır. Oysa yukarıda anlatıldığı üzere, ekrana atılan imza da kişiden sadır olması hasebiyle geçerli imza olarak kabul edilmelidir. O halde, bu şekildeki belgelerin sadece elektronik veri olarak değil aynı zamanda imzalı bir belge yani senet olarak değerlendirilmesi kaçınılmazdır. HMK m. 199'da elektronik veri ile kastedilen zaten ekrana imza atılmak suretiyle oluşturulan belgeler değil; tam tersine bu teknik dışında yahut imzasız bulunan belgelerdir.

Bu noktada HMK. m. 205/f. 2 ve 3'te güvenli elektronik imzanın adi senet olduğunun belirtilmiş olması ve fakat diğer elektronik imzaların belirtilmemiş olması tereddüde yol açabilir<sup>25</sup>. Esasında ilk bakışta, güvenli elektronik imzaya ilişkin bir düzenlemenin bulunması bu algıya yol açsa da, Elektronik İmza Kanunu kapsamındaki güvenli elektronik imzanın yukarıda belirttiğimiz üzere, kişiden sadır olduğu hususunu tek başına ortaya koymaya yeterli olmayan türde imza olması gerçeği göz önünde bulundurulduğunda mesele anlaşılacaktır. Kanunda özel olarak belirtilen belgeler, senet olduğu konusunda tereddüt olan belgelerdir. Elektronik imza, kişiden sadır olmayı tek başına ortaya koymadığına göre HMK. m. 205/f. 1 anlamındaki koşulları yerine getir-

<sup>25</sup> HMK'daki düzenlemelerden önce, güvenilir onay makamları tarafından onaylanmayan elektronik imzaların kesin delil kabul edilemeyeceği yönündeki açıklamalar için bkz. **Keser-Berber**, s. 207 vd. HMK'daki düzenlemeden yola çıkarak ispat hukuku anlamında sadece güvenli elektronik imza ile atılmış belgelerin senet sayılması gerektiği hakkındaki açıklamalar için bkz. **Belgin**, s. 45, 46, 50. Aynı yönde bkz. **Mustafa Göksu**, Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Ankara 2011, s. 117 vd. Buna karşılık aksi fi- kirde bkz. **Mesut Orta**, Elektronik İmza ve Uygulaması, Ankara 2005, s. 136.

miş olmayacak ve adi senet olarak kabul görmeyecektir. Bu yüzden adi senet hükmünde olması arzu ediliyorsa bu hususun açıkça düzenlenmesi gerekir. Kanunda sağlanan şey de tam olarak budur.

Benzer şekilde HMK. m. 206 imza atamayanlar bakımından mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanarak yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğine ilişkin özel düzenlemeye yer vermiş ve bunun için noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulması şartını aramıştır.

Böylece HMK. m. 205 herhangi bir belgenin kesin delil etkisinde adi senet sayılabilmesi için ya o kişiden sadır olduğunun kabul edilmesi veya mahkeme huzurunda durumun ikrar edilmesi genel ilkelerini koymuş ve özel bazı belgeler bakımından ise özel düzenlemelere yer vermiştir. Nasıl ki mühür genel ilkelere göre adi senet sayılmayacak idiyse, el yazısı şeklinde atılmamış olan elektronik imzalar da adi senet sayılmayacaktı. Kanundaki düzenlemeler ile her ikisi bakımından şüphelerin giderilmesi maksadıyla onların senet sayılabilmesi koşulları düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile zaten kişiden sadır olan belgelerin senet olmayacağı anlamı çıkarılamaz.

Böylece ekrana elle atılan imzanın, sırf bu özelliği nedeniyle zaten kişiden sadır olması etkisine sahip olduğu bu yüzden de HMK. m. 205/f. 1 anlamında adi senet olduğu ve kesin delil sayılması gerektiği kabul edilmelidir.

## VII. Sonuç

Sözleşmeler hukukumuzdaki yazılı şeklin temel unsuru, imzadır. İmzanın ancak usulüne uygun olması halinde iradenin yazılı olarak açıklanmasından söz edilebilir ve şekil şartı tamamlanmış olur.

TBK. m. 15 uyarınca imza, borç altına giren kişinin el yazısıyla oluşturduğu işarettir. Bu işaret, isim veya sıfat olabilir. İşaretin ne olduğundan ziyade, imza maksadıyla oluşturulması önemlidir. Madde imzaya ilişkin bu unsuru belirlemekle yetinmekte ve imzanın atılması gereken cisim yahut yüzey veya imza aracı şeye ilişkin bir açıklık yahut sınırlama öngörmemektedir. Bu yüzden herhangi bir yüzeye dahi imzanın atılabileceği ve yazılı şekil şartının yerine geleceği kabul edilir. Yeter ki imzanın atıldığı yüzeyden yola çıkarak kişinin esasında iradesiyle bağlanma niyetinin olmadığı anlaşılmasın.

Sözleşmelerin elektronik ortamlarda da kurulmaları karşısında yazılı şekle tabi sözleşmelerin burada nasıl oluşturulacağı temel bir konu olarak ele alınmaktadır. Konuya ilişkin 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, elektronik ortamda oluşturulan imza türlerinden sadece şifreleme yoluyla oluşturulmuş dijital imzayı temel almakta ve ona ilişkin güvenli elektronik imzanın koşullarını belirlemektedir. Bu imza türünde, TBK. m. 15 anlamında el yazısıyla oluşturulan bir işaret bulunmaması, şifrelerle bu özelliğin yaratılmasına yol açmıştır. Söz konusu şifreleme metoduna TBK. m. 15'e tek başına uymaması nedeniyle, kanunda özel olarak aynı etkiyi yaratacağı düzenlemesine ihtiyaç hissedilmiş ve yer verilmiştir.

Buna karşılık elektronik yüzeye elle atılan imzaya Elektronik İmza Kanununda yer verilmemiştir. Bu imzanın da elektronik ortamda yaratılması nedeniyle Elektronik İmza Kanunu dışında tutulması, imza olarak etki doğurup doğurmayacağı konusunda tereddüde yol açmaktadır.

Oysa bu tereddüde gerek yoktur. Zira Elektronik İmza Kanunu, kapsamına aldığı imza türü bakımından gerekli olması nedeniyle, o imza için normal

imza sonucunun sağlanabilmesi amacıyla gerekli önlemleri almış ve bunun normal imza etkisinde olacağını açıkça düzenlemiştir. Oysa elektronik yüzeye elle atılan imza bakımından bu ihtiyaç yoktur. Zira zaten kişinin eliyle oluşturduğu bir imza söz konusudur. Bir başka ifadeyle, imzanın bizatihi kendisi aidiyeti, yani kimden sadır olduğu hususunu ortaya koyabilmektedir. Bu yüzden harici unsurlara, özellikle başka bir makamın onayı şartına ihtiyaç yoktur.

Türk Borçlar Kanunu bakımından imza için aranan tek şart, imzanın el yazısıyla atılması olduğuna göre elektronik ortamda bilgisayar, ipad, akıllı telefon ekranlarına elle atılan imzanın da aynı etkiye sahip olacağında şüphe edilemez.

İmzanın daha sonra elektronik ortamda saklanması, temelde onun oluşturulması ile ilgili bir mesele değildir. Saklanması ve güvenliğine ilişkin tedbirler alınması, sonraki aşamaya ilişkindir. İmza atıldıktan yani meydana geldikten sonra yeterince korunamasa bile bu durum, imzanın geçerli bir şekilde atılmış olması gerçeğini ortadan kaldırmaz. Normal kağıda atılan imza da oluşturulduktan sonra çeşitli risklere maruz kalabilmektedir. İmzanın bulunduğu belge, yanabilir, yırtılabilir ve tahrif edilebilir. Bu özellikleri, imzanın geçersiz olmasına ve bir kere meydana gelip sonuç doğurmasına nasıl ki engel olmuyorsa; elektronik yüzeye elle atılan imza bakımından da aynı tespit yapılmalıdır. İmza, beyanda bulunan kişiden sadır olunduğunu ortaya koymaya yeterli özelliği barındırdığına göre, geçerli olarak elle atılmış bir imzanın bütün sonuçlarını doğurur. Sonradan yeterince korunamasa bile bu artık bir geçerlilik değil ispat sorunu olarak ele alınır.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu kapsamındaki güvenli elektronik imza, kendiliğinden sadır olduğu kişiyi yansıtamadığından oluşturulması aşaması aynı zamanda saklanması aşamasını da kapsar niteliktedir. Bu yüzden o imzanın, şifreleme aşamalarından bağımsız düşünülmesi mümkün olmaz. Fakat aynı ihtiyaç bilgisayar ekranına atılan imza bakımından bulunmaz. Bu yüzden kanunlarda imzanın güvenli şekilde saklanması yönünde kriterler ve şartlar belirlenecekse bile aynı düşünce ile değil; tamamen imzalı belgenin korunması düşüncesiyle olmalıdır.

Bilgisayar ekranına atılan imzanın TBK. m. 15 anlamında el yazısıyla atılan imza olup olmadığı değerlendirme yapılırken kanuni engel bulunup bulunmadığı açısından yapılacak değerlendirme kadar; tam tersini ileri sürmenin mümkün olup olmadığı açısından da değerlendirme yapılmalıdır. İmzanın elle atılması ve kişinin bu anlamda karakterini yansıtmaması karşısında TBK. m. 15'teki şartları karşıladığı, bu tespit bakımından bir engel olmadığı kabul edilmelidir. Elektronik İmza Kanunu da buna engel teşkil etmez. Zira Kanun, elektronik ortamda atılan bütün imzaları düzenlememektedir. Düzenleme alanına girmeyen imzalar bakımından temelde bir düzenleme yahut yasaklama da getirmemektedir. Bu yüzden ne Türk Borçlar Kanununda ne de Elektronik İmza Kanununda bu tür imzaların el yazısıyla imza sayılmasına engel bir düzenleme bulunmaktadır.

Tam tersi bakış açısından yapılacak değerlendirmede de bu sonuç kaçınılmaz olacaktır. Yani bu tarz imzanın TBK. m. 15 ve hatta HMK. m. 205 anlamında kişiden sadır olmadığı, borçlunun eli mahsulü olmadığı ileri sürülebilir mi? Kişinin gerçek anlamda ve zaten eliyle atmakta olduğu bir imzanın varlığı karşısında bu soruya olumsuz cevap verilmelidir. İrade beyanında bulunan kişinin eliyle oluşturduğu bu imzanın, aslında onun eliyle oluşturduğu imza olmadığını kabul etmek mümkün olmaz. Aksi yorumun tek dayanağı, el ile

atılan imzanın atıldığı yerin elektronik bir ortam olmasıdır. Oysa bu husus, yani imzanın atılacağı yüzey kanunda belirli nesnelere sınırlandırılmış değildir. Kişinin fiziksel müdahalesi ile ve elle oluşturduğu imzanın, fiziksel ortama atılmış sayılmayacağı; elektronik ortamda saklanması nedeniyle normal imza olarak algılanamayacağı da ileri sürülemez. Normal imza olarak ifade ettiğimiz imzayı imza yapan atıldığı yüzey değil, atılma şeklidir. Belirli bir yüzeye elle atılmış ve saklanabilen bir sözleşmenin el yazısı ile atılmış bir imza olmadığı kabul edilemez.

HMK anlamında belge ve senet ayrımı bulunmakta ve kesin delil niteliği senetlere verilmektedir. Senet ise, kişiden sadır olduğu kabul edilen belgedir. Kişiden sadır olmanın en temel ispatı o kişinin imzasıdır. Elektronik yüzeye atılan imza, oluşturulan belgenin o kişiden sadır olduğunu ortaya koymaya yeterlidir. Aksinin ileri sürülmesi ve kabul görmesi bilakis mümkün değildir. Yani kişinin eliyle atılan imzanın ondan sadır olmayan belgeye yol açması kabul edilemez.

Netice itibarıyla esasında elektronik ortamdaki imzaya bakış açısı ile fiziksel ortamdaki imzaya bakış açısı benzerdir; en azından benzer esasa dayanmalıdır. Fiziksel ortamda nasıl ki, sahibinden sadır olduğu kendiliğinden anlaşılabilen imzalar doğrudan etki doğurabilmekte ve fakat bu özelliğe kendiliğinden sahip olmayan mühür, parmak izi gibi işaretlerin imza etkisi için ek şartlar öngörülmekteyse, elektronik ortamda da imzalar için benzer tavır söz konusu olmalıdır. İmza elektronik ortamda dahi olsa kendiliğinden kimden sadır olduğunu ortaya koyabiliyorsa, ek koşullara ihtiyaç olmaksızın imza olarak etki doğurmalı; oysa bu özelliği taşııyorsa ek şartlar aranmalıdır.

İmza ile arzu edilen temel maksadın kimliğin tespiti olduğu göz ardı edilmemelidir. Kimlik imzanın kendisinden anlaşılıyorsa; ek koşullar aranmalıdır. Aksi yorum, alışveriş hayatında imzanın kullanılmasını zorlaştıracak ve kişilerin gerekli şekle uymamaları sonucuna yol açacaktır. Bu sefer de şekle uygun olmadan yapılmış olmasına rağmen, hukuki işlemin ayakta tutulmasına yönelik yorumlara başvurulacaktır.

#### **KAYNAKÇA**

**Akkanat Halil**, *El Yazılı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri*, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001.

**Belgin Derya**, *Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Değeri*, Hukuk Gündemi, 2009.

**Biçkin İnci**, "Elektronik İmza ve Elektronik İmza ile İlgili Yasal Düzenlemeler", TBB Dergisi, S. 63, 2006.

**Eldeniz Gülperi**, "Şekle Bağlı Sözleşmelerde İmza", TBB Dergisi, S. 74, 2008.

**Eren Fikret**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

**Gezder Ümit**, *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, Beta, İstanbul 2004.

**Göksu Mustafa**, *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

**Gönen Doruk**, *El Yazılı Vasiyetname*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007.

**İnal Emrehan**, *E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

**Kavak Yalçın**, *Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil*, Kayhan Matbaacılık, İstanbul 2015.

**Keser-Berber, Leyla**, *İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

**Oğuzman M. Kemal / Öz M. Turgut**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

**Orta Mesut**, *Elektronik İmza ve Uygulaması*, Ankara 2005.

**Öz Emine**, *Elektronik İmza*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006.

**Şenocak Zarife**, "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 2.

**Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atila**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitapevi, İstanbul 1993.

**Yıldırım Abdülkerim**, *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, XII Levha, İstanbul 2009.

## **MİRASÇI ATAMA\*** (APPOINTMENT OF AN HEIR)

**Araş. Gör./ Res. Asst. Emine Aslı Küçükaydın\*\***

### **Öz**

Mirasçı atama, mirasbırakanın bir veya birden fazla kişiyi terekesinin bütünü ya da belirli bir bölümü üzerinde hak sahibi kılmasını ifade etmektedir. Mirasbırakan atama işlemini vasiyetname veya miras sözleşmesi şeklinde yapabilir. Atama işlemi üzerine, atanmış mirasçı ve yasal mirasçı prensip itibarıyla aynı mertebede hukuki statüye kavuşmaktadır. Mirasçılar mirasbırakanın ölümü ile birlikte mirası küll olarak ve kendiliğinden kazanmaktadır. Bu kazanım şekli, mirasbırakanın sağlığında malvarlığını atanmış mirasçıya devretmesi durumunda geçerli değildir. Zira bu hâlde sağlıkta devrin gerektirdiği özellikli sonuçlar bulunmaktadır.

Mirasçı atama işlemi maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar arasında yer almakta ve aynı kategoride yer alan vasiyet tasarrufundan ayrılmaktadır. Bu ayırmada her iki tasarrufa bağlanan özellikler belirleyici olmaktadır. Külli halefiyet prensibi, borçlardan sorumluluk, mirasçılık belgesi verilmesi ve miras ret hakkı bu anlamda atanmış mirasçılık sıfatına bağlanan özelliklerdir.

**Anahtar Kelimeler:** Mirasbırakan, Atanmış Mirasçı, Külli Halefiyet, Vasiyetname, Miras Sözleşmesi.

### **ABSTRACT**

*Appointment of an heir means that the testator entitles one or more persons as his/her inheritance over all or certain part of his inheritance. Appointment procedure can be conducted either in the form of a testament or inheritance agreement. Upon the appointment procedure, in principle, statutory heirs and appointed heirs will have the same legal status. The heirs universally and automatically acquire the heritage. Such acquisition is not valid through transferring the assets to the appointed heir in testator's lifetime. Since, such transfer in the testator's lifetime has its specific consequences.*

*The procedure of appointment of an heir is one of the forms of disposition mortis causa and different from the testamentary disposition which shares the same category of the dispositions mortis causa. Their features are decisive in distinguishing them. In this regard, the principle of universal succession, liability over the debts, certificate of inheritance and the right to renounce one's inheritance rights are the features linked to the appointment of an heir.*

---

\* Bu makale, 27.3.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 10.4.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 13.4.2017 tarihinde geçmiştir.

\*\* İstanbul Üni. Hukuk Fak. Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İÜSBE Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, e\_akucukaydin@hotmail.com

**Keywords:** Testator, Appointed heir, Global succession, Testament, Inheritance agreement.

\*\*\*

## I. GİRİŞ

Aile mülkiyetinin -yasal mirasçılarının- korunması menfaatiyle, mirasbırakanın ferdi mülkiyetinin -ölüme bağlı tasarruflarda bulunma serbestisinin- korunması menfaati arasında öteden beri süregelen bir çatışma mevcuttur<sup>1</sup>. Bu çatışmada, ibrenin yönü iradi mirasçılığa doğru kaymakta<sup>2</sup> ve konumunu da öylece sabitleyecek gibi görünmektedir. Çalışmamızın konusu mirasçı atama ve özelliklerine ilişkin olunca, bu çatışmaya dair görünümün de aklımızın bir köşesinde yer edindiğini peşinen belirtmeliyiz. Fakat, çalışmanın asıl amacı mirasçı atama ve özelliklerine dair normatif düzenlemelerin incelenmesidir. Bu sebeple de, içeriğin bu doğrultuda şekillendirilmesi gerekmektedir.

Mirasçı atama kurumu Türk Medenî Kanunu'nun üçüncü kitabını oluşturan "Miras Hukuku" içerisinde düzenlenmektedir. Bu kitabın birinci kısmı, "mirasçılar" a özgülenmektedir. Kanun'un sistematüğinde ilk olarak yasal mirasçılar yer almakta, hemen sonrasında ise ölüme bağlı tasarruflar gelmektedir. Mirasçı atama kurumu, bu tasarrufların çeşitlerinin düzenlendiği ayrımda ifadesini bulmaktadır.

Şu ana kadar zikredilen ve bundan sonra zikredilecek bütün kavramlar "ölüm" olayının gerçekleşmesiyle anlam kazanma üzerine kuruludur. Bu sebeple de, ölüm olayı miras hukuku yönünden belirleyici kriter niteliğindedir<sup>3</sup>. İşte konumuz bağlamında, mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufuyla henüz sağlıklıdayken müstakbel terekesinin paylaşımını etkileyen<sup>4</sup> "atama işlemi"ni yapmaktadır. Dolayısıyla, işlemin sonuç doğurması prensip itibariyle ölüm ile olmaktadır. Bu doğrultuda çalışma kapsamında incelenecek durumlar hep ölümden sonraki aşamada varlıklarını hissettirmektedir. Ne var ki, "ölüm" dolayısıyla oluşturulan bu prensibe istisna teşkil eden bir durum da vardır: Mirasbırakanın atanmış mirasçıya sağlıklıında malvarlığını devretmesi. Bu durum, özellik arz eden birtakım sonuçları beraberinde getirdiği için özel olarak incelenmeye değerdir. Bunun yanı sıra, mirasçı atama kurumunun gerek vasiyet ile olan ilişkisinin gerekse de yasal mirasçılık ile olan ilişkisinin ortaya konulması gerekecektir.

Mirasbırakanın atama işlemini koşula bağlı olarak yapmasını da ayrıca incelemek gerekecektir. Genel olarak çalışmanın, biraz önce sınırlarını belirlemeye çalıştığımız hususlardan ibaret olması planlanmaktadır. Önem arz eden kimi hususlar yönünden Yargıtay Kararlarına yer verilmesi gerekecektir.

## II. GENEL OLARAK

Mirasçı atama işlemi, mirasbırakanın bir ya da birden fazla kişiyi külli halef sıfatıyla terekenin bütünü ya da belirli bir bölümü üzerinde mirasçı tayin

<sup>1</sup> **Rona Serozan**, "Değişen Toplumun Değişen Miras Hukuku", Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul, 2015, s. 785.

<sup>2</sup> **Rona Serozan**, "Miras Hukukunda İradi Mirasçılarının Konumunu Güçlendiren Yeni Gelişmeler", Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, İstanbul, 2004, s. 285.

<sup>3</sup> **Rona Serozan / Baki İlkay Engin**, Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2014, § 1, N. 127.

<sup>4</sup> **Serozan / Engin**, § 1, N. 132.



etmesini ifade etmektedir<sup>5</sup>. Bu işlem, mirasçı atama kenar başlığıyla TMK. m. 516'da düzenlenmektedir:

*“Mirasbırakan, mirasının tamamı veya belli bir oranı için bir veya birden çok kişiyi mirasçı atayabilir.*

*Bir kişinin, mirasın tamamını veya belli bir oranını almasını içeren her tasarruf, mirasçı atanması sayılır.”*

Hükümden anlaşılacağı üzere, mirasçı atama işlemi yönünden belirleyici kriter mirasbırakanın iradesi olmaktadır<sup>6</sup>. Bu anlamda, öncelikle mirasbırakanın kim olduğu sorusuna yanıt aranmalıdır. Mirasbırakan, miras hukukunun anahtar kavramını oluşturan, ölümüyle terekesi mirasçılara geçen gerçek kişiyi karşılamaktadır<sup>7</sup>. İşte bu kişi, atama işlemi yönünden iradesini, tasarruf oranı içinde kalmak üzere, gerek vasiyetname gerekse de miras sözleşmesi şeklinde ortaya koyabilmektedir<sup>8</sup>.

Hükümün devamı bir yorum kuralı içermekte, bu yorum kuralı gereğince terekenin tamamını ya da belirli bir oranını içeren her tasarruf mirasçı atama olarak kabul edilmektedir<sup>9</sup>. Bu anlamda söz gelimi, mirasbırakanın “araba ve evden” müteşekkil malvarlığı açısından iradesini “vasiyet ediyorum” şeklinde dışavurmuş olduğu varsayılın. Bu hâlde TMK. m. 516 f. 2’de öngörülen karine

<sup>5</sup> **Samim Gönensay / Kemaleddin Birsan**, Miras Hukuku, İkinci Bası, İstanbul, 1963, s. 131; **M. Kemal Oğuzman**, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1995, s. 95 ve 138; **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, Hiç Değişiklik Yapılmamış 3. bs., İstanbul, 1987, s. 258; **Mustafa Dural / Turgut Öz**, Miras Hukuku, Onuncu Bası, İstanbul, 2016, § 16, N. 663; **Serozan / Engin**, §4, N. 130; **Aydın Aybay**, Miras Hukuku Dersleri, Yeni Medeni Kanuna Göre Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul, 2002, s. 41; **Mehmet Ayan**, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara, Ekim 2016, s. 125; **Gökhan Antalya / İpek Sağlam**, Miras Hukuku, 3. bs., İstanbul, 2015, s.184.

<sup>6</sup> **Dural / Öz**, § 16, N. 663; **Ali İhsan Özüğür**, Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, C. 1, Ankara, Ocak 2016, s. 32.

<sup>7</sup> Mirasbırakanın miras hukukunun odak noktasını oluşturduğuna dair nitelendirme için bkz. **Bilge Öztan**, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Yedinci Bası, Ankara, 2016, s. 16.

<sup>8</sup> **Gönensay / Birsan**, s. 131; **Hüseyin Hatemi**, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 5. bs., İstanbul, 2014, s. 76. Kural bu olmakla beraber, tasarruf oranı aşılmasına rağmen tenkis davası açılmıyorsa, atanmış mirasçılığı içerir tasarruf varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Bkz. **Şakir Berki**, Miras Hukuku, Ankara, 1975, s. 6 vd.

Roma Hukuku yönünden mirasçı atama kurumuna atfedilen önem günümüze kıyasla çok daha özel bir ağırlık taşımaktaydı. Söz gelimi, günümüz hukuklarında, atanmış mirasçılar ve yasal mirasçılar terekeden yan yana hak sahibi olabilmektedir. Ne var ki, Roma Hukuku’nda atanmış mirasçıların varlığı yasal mirasçılığın uygulamasının önüne geçmekteydi. Bunun yanı sıra, yasal mirasçılığın uygulanabildiği durumlarda dahi ön şart olarak o sıfatı taşıyacak kişilerin mirasçı olarak atanması zorunluluğu bulunmaktaydı. Ayrıntılı inceleme için bkz. **Sevgi Kayak**, “Roma Hukukunda Mirasçı Atama”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul, 2015, s. 565-568.

<sup>9</sup> **Ahmet M. Kılıçoğlu**, Miras Hukuku, Genişletilmiş 6. bs., Ankara, 2015, s. 150; **Mehmet Serkan Ergüne**, Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul, 2011, s. 92. **Serozan**, bu yorum kuralını *mekanik ve matematik kesir hesapları* üzerinden atama işlemi belirlemeye yönelik olması sebebiyle eksik olarak değerlendirmiştir. Bkz. **Rona Serozan**, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul 1996, s. 433 vd.

göz önünde bulundurularak nitelendirmenin mirasçı ataması olduğu sonucuna varılmalıdır<sup>10</sup>.

Mirasbırakanın kimi mirasçı olarak atayacağı hususu kişiye sıkı surette bağlı olan haklar arasında yer almaktadır. Bu sebeple de, atama işleminin temsilci kullanılarak yapılması mümkün olmamaktadır<sup>11</sup>. *Maddi anlamda münhasıran şahsa bağıllık* olarak anılan bu prensibin çeşitli faydalarından bahsedilmekte, son tahlilde ise bu faydaların yasal mirasçılara yönelik olduğu saptanmaktadır<sup>12</sup>. İşte var olan bu prensibin katı olarak uygulanması yerine, atama işlemine dair asli ölçütlerin mirasbırakan tarafından belirlenmesi ve sonrasında yetki verilen kişiye bu ölçütler dâhilinde tercihte bulunma imkânı tanınması görüşü de paylaşılmaktadır<sup>13</sup>.

### III. ATANMIŞ MİRASÇI

Mirasçı atama işleminin, mirasbırakan ve atanmış mirasçı olmak üzere iki kişiyi doğrudan etkilediği görülmektedir. Çalışma, atanmış mirasçı üzerine kurulu olduğu için, bu kişilerin çevresinin ayrı bir başlık kapsamında belirlenmesi gereklidir.

Atanmış mirasçı gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir<sup>14</sup>. Devlet de tüzel kişilik sıfatını haiz olduğuna göre, mirasbırakanın devleti mirasçı olarak atamasının önünde bir engel bulunmamaktadır<sup>15</sup>.

Bunun yanı sıra, yasal mirasçılık sıfatını taşıyan bir kişinin aynı zamanda mirasçı olarak atanması da mümkündür<sup>16</sup>. Bu hâllerde istenen sonucun ortaya çıkabilmesi için; mirasbırakanın mirasçıya yasal miras payından daha fazla pay özgülmesi gerekmektedir<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> **Antalya / Sağlam**, s. 184.

<sup>11</sup> **Oğuzman**, s. 97; **Serozan / Engin**, § 4, N. 23; **Serozan**, İradi Mirasçılar, s. 295; **Öztan**, s. 310; **H. Kübra Ercoşkun Şenol**, “Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemler”, Atatürk Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2011, s. 20 vd.

<sup>12</sup> **Serozan / Engin**, § 4, N. 23

<sup>13</sup> **Serozan / Engin**, § 4, N. 23. Tarif edilen bu görünüm, ibrenin yönünün neden iradi mirasçılıktan yana bulunduğunu gösteren belirleyicilerden sadece biridir. **Serozan**, İradi Mirasçılar, s. 295-298.

<sup>14</sup> **Pierre Tuor**, İsviçre Medeni Kanunu'nun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı, Çev. Amil Artus, Son Kısım, Ankara, 1957, s. 399; **Berki**, s. 9; **Esat Şener**, Miras Hukuku, Ankara, 1977, s. 411; **Ömer Uğur Gençcan**, Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2016, s. 105. Türkiye tarihi açısından tüzel kişinin mirasçı olarak atanmasının en belirgin örneğini, Mustafa Kemal ATATÜRK'ün Cumhuriyet Halk Partisi'ni mirasçı olarak ataması oluşturmaktadır. Bkz. **Şener**, s. 411 ve dn. 4. **Sungurbey ve Kanet**'nin Cumhuriyet Halk Partisi'nin açmış olduğu ve “*anlam davası*” olarak nitelendirdiği davaya yönelik birlikte hazırladıkları bilimsel rapor ve bu doğrultuda vasiyetnamenin tetkik edilmesi için bkz. **İsmet Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları, C. 2, İstanbul, 1974, s. 1-21.

<sup>15</sup> **Şener**, s. 411.

<sup>16</sup> **A. Escher**, Medeni Kanun Şerhi Miras Hukuku, Çev.: Sabri Şakir Ansay, Ankara, 1949, s. 225; **Berki**, s. 7.

<sup>17</sup> **Ali Naim İnan / Şeref Ertaş / Hakan Albaş**, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Yeni Medeni Kanununa – Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 9. bs, Ankara, 2015, s. 222. Bu durum kimi ya-

Mirasçı atama işlemi birden çok kişiye yönelik de olabilir. Böyle bir atama işleminde, kişilerin hangi oranda pay alacakları belirlenmemişse, bu kişilerin eşit oranda hak sahibi oldukları kabul edilmektedir<sup>18</sup>.

#### IV. MİRASÇI ATAMA İŞLEMİNİN GÖRÜNÜMÜ

Türk Medeni Kanunu sistematığında, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar yönünden *numerus clausus* prensibi geçerli olmaktadır. Dolayısıyla, mirasbırakanlar arzularını ancak vasiyetname ve miras sözleşmesi olmak üzere iki şekilde ortaya koyabilmektedir<sup>19</sup>. Bu anlamda, aslında konumuz yönünden atama işleminin hem vasiyetname hem de miras sözleşmesi şeklinde olabileceği belirtilirken, bir yandan da başkaca bir şekilde olamayacağı ima edilmiş olmaktadır.

Bu başlık altında, ilk olarak mirasçı atama işleminin vasiyetname ve miras sözleşmesi şeklinde yapılmasına dair özellik arz eden hususların ele alınması gerekmektedir.

Atama işlemi miras sözleşmesi şeklinde yapılmışsa; ilk ihtimal atanmış mirasçının sözleşmenin karşı tarafı olmasıdır. Ancak atanmış mirasçının muhakkak sözleşmenin karşı tarafı olması gerekmemektedir. Üçüncü kişi lehine miras sözleşmesi de yapılabilir<sup>20</sup>. Böyle bir durumda, işlemin geçerliliği bakımından üçüncü kişinin katılımı aranmamaktadır. Öyle ki, üçüncü kişi yapılan işlemde haberdar dahi olmayabilir<sup>21</sup>.

Atama işleminin vasiyetname ya da miras sözleşmesi şeklinde yapılması özünde bir farklılık oluşturmamaktadır. Şu var ki, bağlayıcılık değerlendirmesi yönünden miras sözleşmesiyle atanmış mirasçı daha elverişli bir konumda bulunmaktadır<sup>22</sup>. Başka bir anlatımla, şayet mirasbırakan bağlanma iradesi taşıyor olsaydı, iradesini vasiyetname şeklinde dışavururdu. Bu sebeple de,

---

zarlarca “*miras payının genişletilmesi*” olarak nitelendirilmekte; gerçek anlamda bir mirasçı atama işleminin bulunmadığına işaret edilmektedir. Bkz. **Dural / Öz**, § 16, N. 667; **Özcan**, s. 310.

Diğer bir ihtimal ise, mirasbırakanın yasal mirasçısı olduğu hâlde derece itibarıyla mirastan hak kazanamayacak olan mirasçısını atanmış mirasçı olarak tayin etmesidir. Bkz. **Berki**, s. 7.

<sup>18</sup> **Escher**, s. 226; **Gönensay / Birsan**, s. 131; **İnan / Ertaş / Albaş**, s. 221, **Ergüne**, s. 99. Bu kabulün yasal mirasçılığa ilişkin hükümlere kıyasen olduğu hakkında bkz. **Ergüne**, s. 99.

<sup>19</sup> **Andreas von Tuhr**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Cilt 1-2, Çev. Cevat Edege, Ankara, 1983, s. 243; **Zahit İmre / Hasan Erman**, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Basım, İstanbul, 2016, s. 55; **Oğuzman**, s. 94 vd.

<sup>20</sup> **Pierre Tuor**, İsviçre Medeni Kanunu'nun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı, Çev. Amil Artus, Birinci Kısım, Ankara, 1956, s. 392; **Mustafa Dural**, Miras Sözleşmeleri (İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak), İstanbul, 1980, s. 31; **Oğuzman**, s. 130; **Mehmet Demir**, “Olumlu Miras Sözleşmeleri”, YD., C. 20, Sa. 3, Temmuz 1994, s. 284 vd.; **Hasan İşgüzar**, Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Miras Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara, 2003, s. 50. Üçüncü kişi lehine yapılan miras sözleşmesi ile TBK m. 129'da düzenlenen üçüncü kişi yararına sözleşme arasında birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıklar için bkz. **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 31 vd.; **Demir**, s. 285.

<sup>21</sup> **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 31.

<sup>22</sup> **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 115 vd.

miras sözleşmelerinde bağlayıcılığın asıl olduğuna dair bir karine kendiliğinden ortaya çıkmaktadır<sup>23</sup>.

Ancak bu durum, mirasbırakanın malvarlığında eskisi gibi tasarruf edememesi anlamına gelmemektedir. Nitekim bu husus TMK. m. 527 f. 2 ile, “*Mirasbırakan, malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruf edebilir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Hükmün devamı ise, “*Ancak, miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına itiraz edilebilir.*” şeklindedir. Bu düzenlemenin amacını da, miras sözleşmesiyle atanan mirasçının, mirasçılık hakkının tek taraflı olarak sonlandırılmaması şeklinde anlamak gerekmektedir. Yoksa, mirasbırakan atanmış mirasçının durumunu ağırlaştırmayacağını özel olarak taahhüt etmediği sürece dilediği gibi tasarrufta bulunmaya devam edebilir<sup>24</sup>.

Mirasçı atama işlemi vasiyetname şeklinde yapılıyorsa, atanmış mirasçının söz hakkı bulunmamaktadır. Daha açık anlatımla, bu işlemin hükümlerini doğurması bakımından kabul, katılım gibi herhangi bir prosedür aranmamaktadır<sup>25</sup>. Nitekim, TMK. m. 542 ve 543 de vasiyetnamenin serbestçe geri alınabilirliğini düzenlemektedir<sup>26</sup>.

Mirasçı atama işlemi ivazsız olarak yapıldığında, miras sözleşmesi ya da vasiyetname şeklinde yapılmış olabilir. Fakat, ivazlı olarak yapılan bir atama işlemi vasiyetnameyi dışlamaktadır. Bu takdirde, atama işlemi sadece miras sözleşmesi şeklinde yapılabilmektedir<sup>27</sup>.

Bu başlık kapsamında incelenmesi gereken diğer bir husus ortak vasiyetname ile bağlantılı olmaktadır. Hukuk düzenimizde, biraz önce de belirttiği üzere, tip mecburiyeti geçerli olduğundan ortak vasiyetname kabul edilmemiştir. Dolayısıyla, söz gelimi eşler karşılıklı bir kazandırmada bulunma niyeti içerisinde girerlerse, bu arzularını ancak miras sözleşmesi şeklinde ortaya koyabilirler<sup>28</sup>. Bu değerlendirme, İsviçre Türk Medeni Kanunlarının öteden beri tercih

<sup>23</sup> **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 116-118.

<sup>24</sup> **Şener**, s. 322 vd. TMK. m. 527 f. 2 için ayrıca bkz. aş. VI.

<sup>25</sup> **İnan / Ertaş / Albaş**, s. 220 vd.

<sup>26</sup> **Serozan / Engin**, § 4, N. 31. TMK. m. 542, mirasbırakanın vasiyetname için öngörülen şekillerden birine uyararak yeni bir vasiyet yapmasını “dönme” olarak ifade etmiştir. Ancak burada, mirasbırakanın vasiyetnamesini ölümüne kadar geçecek süre zarfında serbestçe geri alma imkânından bahsedilmek gerektir. Bkz. **Halil Akkanat**, “El Yazısı İle Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri”, Prof. Dr. Hayri Domanıç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 2, Yayına Hazırlayan Doç. Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul, 2001, s. 799.

<sup>27</sup> **Gönensay / Birsen**, s. 131.

<sup>28</sup> **Serozan / Engin**, § 1, N. 48. “...*Şu halde eşlerden kocanın 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra 21.12.2003 tarihinde ölümü nedeniyle, Sözleşme ile kabul edilen mal ortaklığı rejiminin, eşlerden birinin ölümüyle değil, yeni yasanın kabulü ile rejiminin edinilmiş mallara katılma rejimine dönüşme nedeniyle sona erdiğinin kabulü gerekecektir. Bu durumda Sözleşme’nin 6. maddesi hükmünün de artık geçersiz, dolayısıyla bağlayıcı olmadığı söylenebilecektir. Ne var ki, 6. madde içeriği itibarıyla ölüme bağlı bir tasarruf olarak nitelendirilebilecekse, müteveffanın son arzularını ayakta tutma adına geçerli/bağlayıcı bir düzenleme olacağı açıktır. Bu açıdan bakıldığında; tekrar etmek gerekirse Sözleşmenin 6. maddesinde, “evliliğimiz devam ederken biz eşlerden birimizin diğerinden önce vefatı halinde ortaklığa ait olan mallar ile bilcümle maddi ve manevi haklarımızın tamamı Medeni Kanunun 222. maddesinin son fıkrasındaki fîru hakları mahfuz kalmak üzere sağ kalan eşe ait olacak ve fîrudan gayri ka-*

ettiği sistemin bir ürünü olmaktadır<sup>29</sup>. Ortak vasiyetnamenin geçerli kılındığı Almanya’da ise, eşlerin birbirini karşılıklı olarak mirasçı atamasına da olanak tanıyan bir sistem ile karşılaşılmaktadır<sup>30</sup>.

## V. VASİYET İLE ARALARINDAKİ İLİŞKİ

Mirasçı atama ve vasiyet<sup>31</sup> tasarruflarına uygulamada yaygın olarak rastlanmaktadır. Zira, mirasbırakanlar genellikle terekede etkisini gösterecek bir tasarrufta bulunma yolunu izlemektedir<sup>32</sup>. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar içerisinde yer alan bu iki kurum arasındaki ilişkinin ortaya konulması önem arz etmektedir.

Mirasbırakanın terekkesinden mirasçıya/vasiyet alacaklısına belirli değerler yöneltiyor olması bu iki tasarrufun benzerliğini oluşturmaktadır<sup>33</sup>. İşte bu noktada benzerlik sonlanmaktadır. Farklılıklar ise, özellikle iki tasarrufa bağlanan sonuçlar yönünden kendini göstermektedir. Bu farklılıkların incelenmesinden önce ise, mirasbırakanın mirasçı mı atadığı yoksa vasiyette mi bulunduğu konusunda tereddütte kalındığı durumlarda ne şekilde hareket edilmesi gerektiği belirlenmelidir. TMK. m. 517 uyarınca vasiyet yönünden kıstas, mirasbırakanın bir kimseyi mirasçı atamaksızın vasiyet yoluyla kazandırmada bulunması şeklinde belirlenmiştir. Fakat, böyle bir kıstas bulunsa da, mirasbırakanların genelde teknik terimlere yabancı olması gibi bir gerçeklik de bulun-

---

*nuni mirasçılardan hiçbiri ne suretle olursa olsun bir güne hak ve mütealebede bulunamayacaktır” şeklinde ifade yer almaktadır. Başka bir ifade ile sözleşmenin bu hükmü ile bir eş, diğer eşi mirasçı atamıştır (nabetmiştir)... ..Mirasbırakanın son arzularının mümkün olduğu kadar ayakta tutulması (favor testamenti/ ölüme bağlı tasarruf lehine yorum) gerekir(Baygın, Cem: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, Y. 2000, s. 574; Serozan/Engin, s. 223 Eldeki olayda “eşlerden birisinin diğerinden önce vefatı halinde, ortaklığa ait mallar ile bülümle maddi ve manevi haklarının tamamının, sağ kalan eşe ait olacağına” yönelik sözleşmedeki kabulleri bir olumlu miras sözleşmesi olarak ayaktadır ve eşler açısından geçerli/bağlayıcıdır...” Yarg. HGK, 14.05.2014, E. 2013/ 8-1077, K. 2014/664 (Lexpera). Bu karara konu olan uyumsuzlukta, eşler mal ortaklığı sözleşmesini kabul etmiştir. Şu var ki, bu sözleşmenin içerisinde yer alan ve biraz önce anılan hüküm mirasçı atama niteliğini taşımaktadır. Mal rejimi sözleşmesi yapılırken resmi vasiyetnamenin şartlarının yerine getirilmesi de, şekil bakımından işlemde bir aksaklık bulunmadığını göstermektedir: “...Öte yandan sözleşmenin resmi vasiyetname şeklinde düzenlendiği de açıktır. Zira sözleşme, iki tarafın katılımıyla noter tarafından düzenlenmiştir (TMK m. 532/1). Yarg. HGK, 14.05.2014, E. 2013/ 8-1077, K. 2014/664.*

<sup>29</sup> **Mustafa Dural**, “İsviçre Türk Hukukunda Ortak (Müşterek) Vasiyetnameler”, MHAD, Y. 1969, C. 3, Sa. 4, s. 165-173 özl. s. 171 vd. Ayrıca bkz. **Şener**, s. 319.

<sup>30</sup> Almanya’da noter marifetiyle yapılan bir ortak vasiyetname hakkında hazırlanan bilimsel rapor için bkz. **İlhan Helvacı**, Borçlar Hukuku, Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar (2000-2010), İstanbul, 2010, s. 547 vd. Bu vasiyetname ile eşler birbirini karşılıklı olarak mirasçı atamışlardır. **Helvacı**, s. 548.

<sup>31</sup> TMK. m. 517 “belirli mal bırakma” terimini kullanmaktadır. Ne var ki bu ifade, vasiyet konusu olabilecek değerler sadece maldan ibaret olmadığı için eksik ve yanıltıcı olmaktadır. Bkz. **Serozan / Engin**, § 4, N. 133. Bizde bu sebeple, Kanun’un terim tercihine sadık kalmamaktayız.

<sup>32</sup> **Kılıçoğlu**, s. 147.

<sup>33</sup> **Şener**, s. 416; **Ayiter**, s. 61; **Nüşin Ayiter / Ahmet M. Kılıçoğlu**, Miras Hukuku, Genişletilmiş 2. bs., Ankara, 1991, s. 100.

maktadır. Özellikle el yazısı ile düzenlenen vasiyetnameler düşünüldüğünde, yanlış isimlendirmeler sebebiyle aksaklıklarla karşılaşılması ihtimal dâhilindedir<sup>34</sup>.

Bunun yanı sıra, mirasbırakanın tasarrufunu söz gelimi, “*mirasçı atama*” şeklinde isimlendirmiş olması dahi, hukuken bağlayıcılık taşımamaktadır. Önemli olan mirasbırakanın gerçek iradesinin ortaya konulmasıdır<sup>35</sup>. İkircikli hâllerde ise, mirasbırakanın salt kullandığı sözcüklerden hareket edilerek nitelendirmeye gidilmesi doğru olmamaktadır. Yapılması gereken, yorum yolu ile gerçek amacın ortaya çıkarılmasıdır<sup>36</sup>. Bu da, ancak tercih edilen sözlere değil öze bakılmak suretiyle gerçekleştirilebilir<sup>37</sup>. Ölüme bağlı tasarruftaki kazandırmanın tereke içinde kapladığı yer de yorum vasıtası olarak nitelendirmede yardımcı olmaktadır<sup>38</sup>.

Mirasçı atama ve vasiyet tasarruflarını birbirinden ayırmak için çeşitli kriterlerden yararlanılmaktadır. Şu var ki; bu kriterlere mirasçı atamanın özellikleri arasında zikredilen külli halefiyet prensibi esas teşkil etmektedir<sup>39</sup>. Bu sebeple de, atama işleminde muhatap olan kişi “*mirasçı*” sıfatını haiz olurken, lehine vasiyette bulunulan kişi “*alacaklı*” sıfatını haizdir<sup>40</sup>. Yine bu sebeple, atanmış mirasçı borçlardan sorumluyken, vasiyet alacaklısının böyle bir sorumluluğu bulunmamaktadır<sup>41</sup>.

Mirasçı atama ve vasiyet tasarrufları etki alanları yönünden de birbirinden ayrılmaktadır. Vasiyet tasarrufu yönünden, prensip itibarıyla terekeye dâhil bir mal etkilenmektedir<sup>42</sup>. Oysa, mirasçı atamada terekenin tamamı veya belirli bir oranı etkilenmektedir<sup>43</sup>. Bu doğrultuda, atanmış mirasçının kazanımı kendiliğinden gerçekleşmektedir<sup>44</sup>. Vasiyet alacaklısı ise, mirasbırakanın ölümlüyle birlikte alacak hakkını borçlu konumunda olan mirasçılara yöneltmektedir<sup>45</sup>.

Değinilmesi gereken diğer bir husus ise, kazanma konularıyla bağlantılı olmaktadır. Atanmış mirasçı her durumda terekeden gerçek anlamda bir kazandırma elde edemeyebilir. Zira, terekenin pasifinin fazla olduğu durumlar, atanmış mirasçının kendi şahsi malvarlığı ile sorumluluğunu zorunlu kılmak-

<sup>34</sup> **İmre / Erman**, s. 122.

<sup>35</sup> **Ergüne**, s. 92. TMK. m. 516 f. 2 yönünden değerlendirme için ayrıca bkz. yuk. II.

<sup>36</sup> **Şener**, s. 414.

<sup>37</sup> **Serozan / Engin**, § 4, N. 130.

<sup>38</sup> **Ergüne**, s. 92.

<sup>39</sup> **Ayiter / Kılıçoğlu**, s. 100. Roma Hukuku yönünden de en önemli fark olduğuna dair saptama için bkz. **Kayak**, s. 570.

<sup>40</sup> **Mehmet Demir**, “Olumlu Miras Sözleşmeleri”, YD., C. 20, Sa. 3, Temmuz 1994, s. 284; **Gençcan**, s. 110.

Vasiyet alacaklısının da mirasçı olarak isimlendirilmesi için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 150 vd.

<sup>41</sup> **Tuor**, s. 386; **Şener**, s. 414; **Ayiter / Kılıçoğlu**, s. 100.

<sup>42</sup> Bu prensibin ayrışımı, tedarik vasiyeti oluşturmaktadır. Tedarik vasiyeti için bkz. **Kemal Tahir Gürsoy**, Türk Medenî Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, Ankara, 1955, s. 157-159.

<sup>43</sup> **Kılıçoğlu**, s. 150.

<sup>44</sup> Ayrıca bkz. aş. VII.

<sup>45</sup> **İmre / Erman**, s. 122.

tadır<sup>46</sup>. Oysa, vasiyet alacaklısına borç yüklenmiş olsa dahi kendisine vasiyet edilen alacağın değerini aşan miktarı ödeme zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>47</sup>.

## VI. YASAL MİRASÇILIK İLE ARALARINDAKİ İLİŞKİ

Mirasçı atama işlemi üzerine prensip itibariyle atanmış mirasçı yasal mirasçı ile aynı mertebede hukuki statüye kavuşmaktadır<sup>48</sup>. Bu sebeple de, her iki mirasçılık sıfatına bağlanan özellikler genel itibariyle örtüşmektedir. Ancak, yasal mirasçılık sıfatına bağlanan kimi özellikler dolayısıyla farklılıklar da bulunmaktadır. Bunlar; kök içi halefiyet prensibinden kaynaklı durumlar, saklı payların olması, denkleştirmenin talep edilmesi, tenkis davası açma imkânı, gerektiği durumda terekenin geçici olarak yasal mirasçılara teslim edilmesi şeklinde ifade edilmelidir<sup>49</sup>.

Çalışma konumuz mirasçı atamaya dair olunca, atanmış mirasçının zaten sahip olamadığı bu özelliklerin bir etki uyandırmayacağı düşünülebilir. Ne var ki, denkleştirme ve tenkis talepleri ile bağlantılı kimi hususlar konumuz yönünden önem arz etmektedir.

TMK. m. 669 ila 675 hükümleri arasında düzenlenen mirasta denkleştirme kurumu yasal mirasçılara özgü hükümler getirmektedir. Denkleştirme, en genel ifadesiyle, mirasbırakanın sağlığında yaptığı kazandırmalar sebebiyle yasal mirasçılar arasında bozulan eşitliğin yeniden tesisini sağlamaya yönelik bir kurum olarak tanımlanabilir<sup>50</sup>. Bu anlamda, kurumun yasal mirasçılara konu ediniyor olması, hâliyle açılacak bir davada gerek denkleştirme yükümlüsünün gerekse de denkleştirme alacaklısının yasal mirasçı olmasını zorunlu kılmaktadır<sup>51</sup>. İşte konumuz yönünden, atanmış mirasçıların denkleştirme davası yönünden konumu incelenmelidir. Bu bağlamda, prensip itibariyle atanmış mirasçıların ne denkleştirme yükümlüsü sayılmaları ne de denkleştirme alacaklısı olmaları kabul edilmektedir<sup>52</sup>. Özellikle, bu konu denkleştirme yükümlüsü olma bağlamında değerlendirilmektedir. Esasen, atanmış mirasçıların denkleştirme yükümlüsü olamamaları düşüncesi, mirasbırakanın kendi iradesiyle

<sup>46</sup> Özüğür, s. 1054.

<sup>47</sup> Özüğür, s. 1054.

<sup>48</sup> **Bülent Köprülü**, Miras Hukuku Dersleri I, Mirasçılar – Ölümüne Bağlı Tasarruflar – Mirasın İntikali (Geçmesi), Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. bs., İstanbul, 1985, s. 170, **Serozan / Engin**, § 4, N. 131.

<sup>49</sup> Atanmış mirasçılar ve yasal mirasçılar arasındaki farklar için bkz. **Öztan**, s. 310 vd.

<sup>50</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 491; **Serozan / Engin**, § 1, N. 168.

<sup>51</sup> **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, “Mirasta İade (= Denkleştirme) İle İlgili Meseleler”, Medeni Kanun’un 50. Yılı, Bilimsel Hafta: 15-17 Nisan 1976, Ankara, 1977, s. 135; **Öztan**, s. 311.

<sup>52</sup> **Fikret Eren**, “Mirasta İade”, Adalet Dergisi, Y. 1963, C. 3-4, s. 349; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 492; **Tülay Aydın-Ünver**, “Miras Bırakanın Yasa Gereği Denkleştirmeye Tabi Olan Kazandırmaları”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul, 2011, s. 142; **Gamze Turan Başara**, Miras Hukukunda Denkleştirme, Ankara, 2013, s. 202-204. **Kılıçoğlu**, yasal mirasçılardan başka üçüncü bir kişiye yapılan kazandırmaların denkleştirmeye tabi olamayacağını şu gerekçelerle açıklamaktadır: İradi mirasçıya yapılan sağlararası bir karşılıksız kazandırmanın olduğu durumda, aslında ölüme bağlı bir tasarruf bulunmaktadır. Ölümüne bağlı tasarruflar ise mirasın açılmasıyla sonuç doğurmakta ve dolayısıyla denkleştirmeye tabi tutulamamaktadır. Bkz. **Kılıçoğlu**, s. 468. **Ayan**, atanmış mirasçıların denkleştirme yükümlülüğünün bulunmadığını belirtmekte; sonrasında bu kişilere ancak tenkis talebi yöneltebileceğini saptamaktadır. Bkz. **Ayan**, s. 311.

atanmış mirasçıları bu statüye kavuşturması gerçekliği düşünüldüğünde anlam kazanmaktadır<sup>53</sup>. Ancak, burada ayırık hâli, “*gerçek olmayan denkleştirme*” oluşturmaktadır. Gerçek olmayan denkleştirme hâlinde, mirasbırakan atanmış mirasçıyı denkleştirme yükümlüsü olarak tayin etmektedir<sup>54</sup>.

Şu ana kadar denkleştirme yükümlülüğü bağlamında açıklamalarda bulunuldu. Şimdi ise, doktrinde azınlıkta kalan, atanmış mirasçıların hem denkleştirme yükümlüsü hem de denkleştirme alacaklısı olabileceğine dair görüşün<sup>55</sup>, denkleştirme alacaklılığı yönünden özellik arz eden bir düşüncesine yer verilmelidir. Bu görüş uyarınca, denkleştirmenin terekeye yönelik olması, terekede söz sahibi olacak herkesin koruma kapsamına alınmasını gerektirmektedir<sup>56</sup>. Uygulamada, denkleştirme taleplerinin genellikle yasal mirasçılar arasında söz konusu olması ise farklı değerlendirmelere kapıyı kapatmamalıdır. Aksi takdirde, kanunun sözü ve özü ile birlikte uygulanması gerekliliği ihlal edilmiş olur<sup>57</sup>.

TMK. m. 560 ile 571 hükümleri arasında düzenlenen tenkis kurumu ise, saklı paylı mirasçılar esas alınarak kaleme alınmıştır. Fakat, bu kurumun kıyasen uygulanması gerekli olan durumlar düşünüldüğünde (TMK. m. 527 f. 2, TMK. m. 519 f. 1 gibi) daha geniş bir alanı kapsadığı ortadadır<sup>58</sup>. Bizim burada incelemek istediğimiz ise olumlu miras sözleşmesi kenar başlıklı TMK. m. 527 ile bağlantılı olmaktadır<sup>59</sup>. TMK. m. 527 f. 2 uyarınca, mirasbırakanın miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına itiraz edilebilmektedir. İşte burada “itiraz edilebilir” içeriğiyle düzenlenen hükmün hukuki olarak nitelendirilmesi konusunda, yollar tenkis ile buluşmaktadır. Bu durum hükmün gerekçesine, kıyasen uygulanması gerekliliğini içerir biçimde yansıtılmıştır. Nitekim, doktrinde de atanmış mirasçının tenkise ilişkin hükümlere<sup>60</sup> başvurması gerektiğine işaret edilmektedir. Bu talep, kendine özgü nitelikler taşımasının yanı sıra, bünyesinde kıyasen uygulanmanın getirdiği birtakım yorum sorunlarını da taşımaktadır<sup>61</sup>. Ancak, burada uzun uzadıya bu yorum sorunlarını incelemek yerine, sadece, tenkis imkânının yetersiz kaldığı durumlarda devreye girmesi önerilen dönme hakkına işaret etmek istiyoruz.

Atanmış mirasçının mirasbırakanın sağlığında beklenen hakkının dahi olmaması gerçeği; tenkis imkânına ölümden sonra başvurulmasını zorunlu kılmaktadır. İşte bu zorunluluk sebebiyle, miras sözleşmesiyle karşı edim özverisinde bulunan atanmış mirasçılar kimi zaman yetersiz ve elverişsiz sonuçlarla

<sup>53</sup> Serozan / Engin, § 7, N. 39c.

<sup>54</sup> Serozan / Engin, § 7, N. 39c. *İmre*, atanmış mirasçının denkleştirme ile yükümlü kılınmasını, mirasbırakan tarafından miras paylaşımına ilişkin konulmuş kural olarak nitelendirmektedir. Bkz. **Zahit İmre**, Türk Miras Hukuku, Yenilenmiş Dördüncü Bası, İstanbul, 1978, s. 808.

<sup>55</sup> **Berki**, s. 232 vd.

<sup>56</sup> **Berki**, s. 232 vd.

<sup>57</sup> **Berki**, s. 232.

<sup>58</sup> Serozan / Engin, § 3, N. 95.

<sup>59</sup> Bkz. yuk. IV.

<sup>60</sup> Serozan / Engin, § 4, N. 117; **Öztan**, s. 151; **Serkan Ayan**, “Olumlu Miras Sözleşmelerinin İçeriğine Aykırı Hukuki İşlemlere İtiraza Yönelik Medeni Kanun’un 527/ II Hükmünün Anlamı”, THD, Y. 6, Sa. 58, Haziran 2011, s. 27; **Ahmet Nar**, Türk Miras Hukukunda Tenkis, İstanbul, 2016, s. 25.

<sup>61</sup> Serozan / Engin, § 4, N. 117.



karşılaşabilmektedir. Gerçekten, dava sonucunda elde edilecek değer in tereke- de bulunmaması ihtimali düşünüldüğünde ne demek istenildiği anlaşılacaktır. Artık bu aşamada iş işten çoktan geçmiş olmaktadır<sup>62</sup>. Kanun ise bu ihtimalin gerçekleştiği durumlarda nasıl bir yolun izlenmesi gerektiği konusunda boşluk içermektedir. İşte, bu noktada doktrinde üretilen çözüm yardımı yetişmekte ve atanmış mirasçıya sözleşmeden dönme hakkının tanınması gerektiğine vurgu yapılmaktadır<sup>63</sup>.

## VII. KÜLLİ HALEFİYET PRENSİBİ

Külli halefiyet prensibi, mirasbırakanın malvarlığının bir bütün olarak, aktif ve pasifleriyle birlikte, mirasçılara geçirilmesini ifade etmektedir<sup>64</sup>. Bu geçiş, bir kişiye yönelik olabileceği gibi, birden çok kişinin oluşturduğu bir kişiler topluluğuna, yani miras ortaklığına yönelik de olabilir<sup>65</sup>.

Külli halefiyet prensibinin Kanun'a yansıtılması TMK. m. 599 ile gerçekleştirilmiştir. "Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar." Bu prensibin tamamlayıcısı mahiyetinde olan kendiliğinden kazanılma da<sup>66</sup> hükmün devamında yer almaktadır. "Kanunda öngörülen ayrıntı durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını,

<sup>62</sup> Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. bs., İstanbul, 2007, s. 314.

<sup>63</sup> Serozan, Dönme, s. 313 vd.; Serozan / Engin, § 4, N. 124.

<sup>64</sup> İmre, s. 15 vd.; Nüşin Ayiter, Miras Hukuku, 4. bs., Ankara, 1978, s. 7; Oğuzman, s. 6; Kocayusufpaşaoğlu, s. 41; İmre / Erman, s. 11; Dural / Öz, § 1, N. 74; Serozan / Engin, § 6, N. 11; Halil Akkanat, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul, 2004, s. 56 vd.; Suat Sarı, Uygulamalı Miras Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2015, s. 21.

<sup>65</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 44 vd.; Cem Akbıyık, Miras Sebebiyle İstihkak Davası, Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Işığında Bilimsel Bir Sentez Denemesi, İstanbul, Der Yayınları, 2003, s. 11.

Birden çok kişinin mirasçı olması durumunda; mirasın geçişinin "miras ortaklığı"na olması ve bu anlamda elbirliği ile hak sahipliğinin geçerli olması, mirasçılarının terekeye ait borçlardan şahsen ve müteselsilen sorumlu olmaları külli halefiyet prensibinin tamamlayıcısı niteliğindedir. Bu değerlendirme için bkz. Oğuzman, s. 5 vd.; Sarı, s. 22. Mirasçılarının şahsen ve müteselsilen sorumlu olmaları, Kanun'un alacaklıları gözetmek saikiyle öngördüğü teselsül avantajından kaynaklanmaktadır. Bkz. Serozan / Engin, §7, N. 29. Bu bağlamda, şahsen ve müteselsilen sorumlu olma durumu, külli halefiyet prensibinin tamamlayıcısı olmaktan ziyade hukuk politikası tercihi olarak nitelendirilmelidir.

<sup>66</sup> İmre / Erman, s. 11, Ayiter / Kılıçoğlu, s. 225.

"...Vasiyetname, muayyen mal vasiyeti niteliğinde olmayıp, mirasçı atamaya ilişkindir (TMK. md. 516). ... ..Atanmış mirasçılarda ise miras, miras bırakanın ölümü ile kazanılır (TMK. md. 599 /3). Mirasçı atanan kişi miras bırakanın ölümü ile tereke üzerinde doğrudan ve kendiliğinden bir aynı hak kazanır. Bu durumda, miras bırakanın intikal eden aynı hakların, atanmış mirasçı adına tescili için vasiyetnamenin yerine getirilmesi davasına dolayısıyla mahkeme hükmüne ihtiyaç yoktur. Atanmış mirasçıya, buna ilişkin mirasçılık belgesi verilmesi (TMK. md. 598/2) yeterli olup, bu nitelikteki belge ile aynı hakların bu kişi adına tapuda (resmi senet düzenlenmeksizin tescili) mümkündür (Tapu Sicili Tüzüğü md. 21/a)... .. O halde mahkemece davanın hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya uygun değildir..." Yarg. 3. HD., 06.12.2010, E. 2010/12478, K. 2010 /19947, Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD., 05.04.2010, E. 2010/ 4803, K. 2010/5809 (Lexpera).

alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar.”

Dolayısıyla taşınmazlarda tescile, taşınırlarda teslimle, alacaklarda temlike gerek olmaksızın kazanma gerçekleşmiş olmaktadır<sup>67</sup>. Benzer şekilde, borcun nakli için de alacaklının rızası aranmamaktadır. Mirasbırakandan alacaklı olan kişiler kendiliğinden mirasçının alacaklısı konumuna girmekte ve mirasçı borçlardan kişisel olarak sorumlu olmaktadır<sup>68</sup>.

### VIII. MİRASÇILIK BELGESİ VERİLMESİ

Mirasçılık belgesi, uygulamada sıklıkla anıldığı ismiyle veraset ilamı, TMK. m. 598 ile düzenlenmektedir. Bu belge sadece mirasçılar açısından öngörülmüş değildir. Dolayısıyla, vasiyet alacaklıları da bu sıfatlarını gösterir nitekte belge verilmesini isteme imkânına sahiptir<sup>69</sup>.

Mirasçılık belgesi, adına düzenlenen yasal ya da atanmış mirasçının hakkı lehine bir karine oluşturmaktadır. Bu şekliyle, belgenin kesin hüküm oluşturacak bir gücü ve mahiyeti bulunmamaktadır<sup>70</sup>. Mirasçılık belgesinin aleniyeti sağlama, hak iddia etmeyi kolaylaştırma, alacaklıları uyarma gibi çeşitli işlevleri bulunmaktadır<sup>71</sup>. Atanmış mirasçılar bakımından önemli işlevi ise, hakların tespitini sağlama ve terekeye zilyet kılınmanın önünü açma şeklinde kendini göstermektedir<sup>72</sup>.

Bu ön açıklamalardan sonra, hükmün incelemesine geçilmelidir: TMK. m. 598 f. 1 yasal mirasçılar<sup>73</sup>, f. 2 ise atanmış mirasçılar ve vasiyet alacaklıları esas alınarak kaleme alınmıştır. Hükmün iki fıkrası arasında içerik yönünden farklılık arz eden bir durum göze çarpmaktadır. Bu durum, 31.03.2011 tarihli ve 6217 sayılı Kanun'un 19 uncu maddesiyle, birinci fıkrada yer alan “sulh

<sup>67</sup> Şener, s. 41 vd.; İmre / Erman, s. 11; Dural / Öz, § 31, N. 1676; Ayiter / Kılıçoğlu, s. 226; Serozan / Engin, § 6, N. 11; Kılıçoğlu, s. 149 vd.

<sup>68</sup> Şener, s. 41.

<sup>69</sup> Hüküm vasiyet alacaklılarının da belgeyi isteme imkânına sahip olması üzerine kurulu olduğundan, Kanun'un terim tercihi ile içerik örtüşmemektedir. Veraset senedi, veraset belgesi veya miras belgesi terimlerinin daha yerinde olabileceğiyle ilgili görüş için bkz. Zekeriya Kurşat, Terekenin Korunması Önlemleri, İstanbul, 2010, s. 253.

Mevcut duruma dair bu husus yansıtıldıktan sonra, var olan bir çelişkiye dikkat çekmemek olmaz: Vasiyet alacaklılarının bu sıfatlarını gösterir belge alabilmelerine imkân sağlayan düzenlemenin gerekliliğine şüphe ile yaklaşılmalıdır. Zira TMK. m. 597 f. 1 uyarınca, bu kişiler tebliğ aldıkları vasiyetname örneği sayesinde zaten alacaklı sıfatlarını ispat edebilirler. Bu konuda başkaca bir belgeye de ihtiyaçları bulunmamaktadır. Bkz. Serozan / Engin, § 5, N. 83; Kurşat, s. 253.

<sup>70</sup> Köksal Kocağa, “Mirasçılık Belgesi (MK m. 598)”, GÜHFD, C. IX, Sa. 1-2, s. 85 vd. Ancak, çekişmeli yargı sonucunda verilen mirasçılık belgesi kesin hüküm gücündedir. Bkz. Gençcan, s. 856.

<sup>71</sup> Dural / Öz, § 30, N. 1663.

<sup>72</sup> Kocağa, s. 85; Nuri Erişgin, Mirasçılık Belgesi, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s. 59; Zilyetlik yönünden oluşabilecek ihtimaller için bkz. Kocayusufoğlu, s. 585 vd.

<sup>73</sup> “...Davacı; hem yasal mirasçı hem de atanmış mirasçıdır. Hem yasal mirasçı hem de atanmış mirasçı olan kişinin açtığı davada, iki sıfatına göre mirasçılık belgesi verilir.” Yarg. 2. HD., 23.05.2005, 4877/8082, Yarg. 2 HD. 4.7.1985, 4526/6326. Bkz. Gençcan, s. 106 ve dn. 173.

mahkemesince” ibaresinden sonra gelmek üzere “veya noterlikçe” ibaresinin eklenmesinden kaynaklıdır. Her ne kadar NK. m. 71’e noterlerin yapabileceği diğer işlemler kısmına, mirasçılık belgesi verilmesi eklense de, bu durum atanmış mirasçıları kapsar nitelikte değildir. Zira, hâlen TMK. m. 598 f. 2, “*Mirasçı atamaya veya vasiyete ilişkin ölüme bağlı tasarrufa mirasçılar veya başka vasiyet alacaklıları tarafından kendilerine bildirilmesinden başlayarak bir ay içinde itiraz edilmekçe, lehine tasarrufta bulunan kimseye, sulh mahkemesince atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olduğunu gösteren bir belge verilir.*” hükmü caridir. Dolayısıyla, açık hüküm bulunduğundan, atanmış mirasçıların ve vasiyet alacaklılarının noterden belge istemesi mümkün görünmemektedir<sup>74</sup>.

Bunun yanı sıra, konumuz bağlamında hükümde zikredilen bir aylık süreye de değinmek gereklidir. TMK. m. 597 uyarınca vasiyetname atanmış mirasçıya tebliğ edilmekte, bu tarihten başlamak üzere bir aylık itiraz süresi işletilmekte ve sonrasında mirasçılık belgesi verilmektedir. Bu anlamda, mirasçılık belgesi verilmesi ispat işlevini haiz ve dolayısıyla hak tesis etmeyen bir belge olduğundan, ilgililerin tenkis, iptal ve miras sebebiyle istihkak davası açma hakları saklı kalmaktadır<sup>75</sup>.

Hemen yukarıda TMK. m. 598’nin sadece mirasçıların değil, vasiyet alacaklılarının da haklarını gösterir bir belge almasına imkân tanıdığı belirtildi. Yargıtay, yerel mahkemenin mirasçılığın tespitine dair talebi reddetmesi üzerine tarafına intikal ettirilen bir uyuşmazlıkta, “*...Mirasçılık belgesi verilmesi isteminde çoğun içinde azı da vardır ilkesi uyarınca davacının isteminin vasiyet alacaklısı belgesi verilmesi olarak nitelendirilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*”<sup>76</sup> gerekçesiyle kararı bozmuştur. Ancak, gerek yerel mahkemenin gerekse de Yargıtay’ın göz ardı ettiği şu hususa değinmek gereklidir: “*Davacı vekili, muris M. E.’in Kocaeli ... Noteliği’nde düzenlediği düzenleme şeklinde vasiyetname ile tüm malvarlığını davacı H. E.’e bıraktığını, vasiyetnamenin Kocaeli 3. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2012/ 1571 Esas, 2013/ 272 Karar sayılı ilamı ile açılıp okunduğunu, anılan vasiyetname doğrultusunda veraset ilamı verilmesini talep ve dava ettiği anlaşılmıştır.*”<sup>77</sup> Kararda olduğu gibi, mirasbırakan şayet tüm malvarlığını mirasçıya bırakıyorsa bu tasarrufun doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere<sup>78</sup> mirasçı ataması olarak nitelendirilmesi gereklidir. Dolayısıyla, atanmış mirasçının bu sıfatı taşımasından kaynaklı mirasçılık belgesinin kendisine verilmesi gerekirdi.

## IX. MİRASI RET HAKKI

Mirasçılar, külli halefiyet prensibi gereğince mirasbırakanın ölümüyle mirası herhangi bir işleme gerek olmaksızın kazanmakta ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olmaktadır. Bu sonuçlar üzerine kurulu bir sistemin, mirasçılar bakımından tehlikeli sonuçlar doğurması olasıdır<sup>79</sup>. İşte

<sup>74</sup> Benzer yönde bir değerlendirme için bkz. **Ayan**, s. 267 dn. 76.

<sup>75</sup> **Serozan / Engin**, § 5, N. 85.

<sup>76</sup> Yarg. 14. HD., 16.06.2015, E. 2015/2117, K. 2015/ 6746 (Lexpera).

<sup>77</sup> Yarg. 14. HD., 16.06.2015, E. 2015/2117, K. 2015/ 6746 (Lexpera).

<sup>78</sup> **Ayiter / Kılıçoğlu**, s. 101; **Kılıçoğlu**, s. 149; **Antalya / Sağlam**, s. 184; **Ergüne**, s. 93.

<sup>79</sup> **İlhan Helvacı**, Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK. m. 605 – MK. m. 618), 1. Baskıdan Tıpkı 2. Baskı, İstanbul, 2014, s. 5-8.

bu sebeple de, kanunkoyucu mirasçılarını korumak amacıyla mirasın reddi, resmi defter tutulması ve resmi tasfiye kurumlarını ihdas etmiştir<sup>80</sup>. Bu kurumların genel özellikleriyle de olsa tanıtılması, bu çalışmanın amacını ciddi surette aşar. Dolayısıyla, atanmış mirasçılar bakımından özellik arz etmesi münasebetiyle mirasın reddi konusu incelenecektir.

Mirasın reddi kurumu TMK. m. 605 ila 618 hükümleri arasında düzenlenmektedir. TMK m. 605 uyarınca yasal ve atanmış mirasçıların mirası reddetmesi mümkündür. Kanun hükmü doğrultusunda, mirasın reddi ya mirasçının iradesine dayanır ki -bu gerçek ret olarak adlandırılmaktadır- ya da Kanun tarafından öngörülen karineye dayanır ki -bu da hükmi ret- şeklinde adlandırılmaktadır<sup>81</sup>.

Gerçek ret yönünden mirası ret süresi üç ay olarak belirlenmiştir. TMK. m. 606 bu sürelerin başlangıcını yasal mirasçılar ve atanmış mirasçılar yönünden farklı tayin etmektedir. Yasal mirasçılar açısından ret süresi, mirasçı olduklarını daha sonra öğrendiklerini ispat etmedikçe mirasbırakanın ölümünü öğrendikleri tarih ile birlikte başlamaktadır. Vasiyetname ile atanmış mirasçılar için ise süre, mirasbırakanın tasarrufunun kendilerine resmen bildirildiği tarihte işlemeye başlamaktadır<sup>82</sup>. Görüldüğü üzere, hüküm miras sözleşmesi ile atanmış mirasçılar bakımından suskun kalmaktadır. Bu takdirde, doktrinde ağırlıklı olarak belirtildiği üzere, yasal mirasçılar yönünden öngörülen esaslardan yararlanılması uygun olacaktır<sup>83</sup>. Nitekim, çoğu durumda atanmış mirasçının kendisinde miras sözleşmesine ilişkin bir suretin de bulunacağı düşünülürse, mirasçılık sıfatını daha sonra öğrenmesi ile pek karşılaşılmamaktadır<sup>84</sup>.

TMK. m. 611 f. 2 uyarınca, mirası reddeden atanmış mirasçının payı mirasbırakanın ölümü bağli tasarrufundan aksi anlaşılmadıkça, mirasbırakanın en yakın yasal mirasçısına kalmaktadır. Aksinin anlaşılacağı durumu ise, yedek mirasçı ataması oluşturmaktadır<sup>85</sup>. Bu bağlamda, mirasbırakan atanmış mirasçılardan birinin mirası reddetmesi durumu yönünden, ona ait payın miras payları oranında diğer atanmış mirasçılara geçmesini öngörebilmektedir<sup>86</sup>.

Hatırlanacağı üzere, mirasbırakan yasal mirasçılarına da atanmış mirasçı sıfatını kazandırabilmekteydi<sup>87</sup>. Acaba her iki mirasçılık sıfatını uhdesinde taşıyan bir kişinin mirası bölümsel olarak reddetmesi mümkün müdür? Bu anlamda soruya olumlu yanıt verilmekte, mirasçının dilediği sıfatından kaynaklı mirasçılığını reddetmesinin mümkün olduğu görüşü paylaşılmaktadır<sup>88</sup>. Ancak prensip itibarıyla mümkün olan bu durum ile izlenen amaca erişilmesinin çok da olanaklı olmadığı düşüncesi de paylaşılmaktadır<sup>89</sup>. Gerçekten, söz

<sup>80</sup> Helvacı, s. 8 ve dn 14.

<sup>81</sup> Dural / Öz, § 32, N. 1696; Öztan, s. 409.

<sup>82</sup> Aynı prensip miras sözleşmesiyle üçüncü bir kişinin mirasçı olarak atanmasında da geçerli olmaktadır. Zira, bu sözleşmeler de aynen vasiyetnameler gibi açılmakta ve ilgiliye tebliğ olunmaktadır. Bkz. Dural / Öz, § 32, N. 1709; Helvacı, s. 83.

<sup>83</sup> Oğuzman, s. 291; Dural / Öz, § 32, N. 1709; Ayan, s. 278; Hatemi, s. 137; Helvacı, s. 82.

<sup>84</sup> Dural / Öz, § 32, N. 1709.

<sup>85</sup> Dural, Öz, § 32, N. 1743. Helvacı, s. 184 vd.

<sup>86</sup> Helvacı, s. 185. Aynı yönde başka bir örnek için bkz. İmre / Erman, s. 369.

<sup>87</sup> Bkz. yuk. III.

<sup>88</sup> Serozan / Engin, § 6, N. 52; Helvacı, s. 65.

<sup>89</sup> Dural / Öz, § 32, N. 1703.

gelimi borçlardan kurtulmak amacıyla bu sıfatlarından birini reddeden atanmış mirasçının, diğer mirasçılık sıfatı hâlen devam etmektedir. Dolayısıyla kendisi borçlardan sorumlu kalmaya da devam etmektedir<sup>90</sup>.

Mirasın reddi ile bağlantılı bir diğer ihtimal de şöyle karşımıza çıkmaktadır: Mirasbırakan, mirasçı olarak atadığı kişiye ayrıca vasiyette bulunma yoluna da gidebilir. Böylelikle, mirasçı ve vasiyet alacaklısı sıfatlarını aynı kişide birleştirmiş olur<sup>91</sup>. Dolayısıyla, bu görünümde kişinin atanmış mirasçılıktan kaynaklanan sıfatıyla mirası reddetmesi durumunda, vasiyet alacaklısı olarak vasiyetten yararlanmaya devam etmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır<sup>92</sup>.

## **X. MİRASBIRAKANIN SAĞLIĞINDA MALLARINI ATANMIŞ MİRASÇIYA VERMESİ**

Mirasçı atama işlemi yönünden özellik arz eden bir durum TMK. m. 572'den kaynaklanmaktadır. Hüküm, mirasbırakanın sağlığında malvarlığını atadığı mirasçıya devretmesini konu edinmektedir. Bu bakımdan hüküm, sadece miras sözleşmesi ile atanan mirasçılara uygulanma kabiliyetini haiz olup vasiyetname ile atanan mirasçıları kapsamamaktadır<sup>93</sup>. Hükümün kendine özgü hâlini en çarpıcı biçimde anlatan ifadeye aynen yer vermeyi gerekli görüyoruz: *“Bu görünümüyle MK 572 kuralı, bir gözünü “mirası kazanma umudunun mirasçıya intikal etmezliği” kuralına kapamış olurken, öteki gözünü de “ölümden önce mirasın intikal etmezliği” kuralına kapamış olmaktadır”*<sup>94</sup>. Hâl böyleyken, esasen ölüme bağlı tasarruf olan miras sözleşmesi ile sağlararası bir işlem olan malvarlığının devri aynı kapta karılmış olmaktadır<sup>95</sup>.

Mirasbırakanın sağlığında malvarlığını devretmesini düzenleyen hüküm, ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin uygulamasıyla birlikte düşünüldüğünde anlam kazanmaktadır. Gerçekten, sözleşmenin yapılması ve atanmış mirasçı olan bakım borçlusuna malvarlığının devredilmesi durumu sıklıkla birlikte bulunmaktadır<sup>96</sup>. Ancak, ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin ve mirasçı atanmasının bulunduğu her durumda muhakkak bu hükümün uygulanacağına dair bir ön kabul de doğru olmamaktadır<sup>97</sup>.

<sup>90</sup> Dural / Öz, § 32, N. 1703.

<sup>91</sup> Ayiter / Kılıçoğlu, s. 102.

<sup>92</sup> Ayiter / Kılıçoğlu, s. 102.

<sup>93</sup> Şener, s. 325; Dural, Miras Sözleşmeleri, s. 124; Dural / Öz, § 16, N. 664.

<sup>94</sup> Serozan / Engin, § 1, N. 127.

<sup>95</sup> Dural, Miras Sözleşmeleri, s. 123.

<sup>96</sup> Tuor, s. 393. Mirasbırakanın bakım borçlusunu mirasçı atanmasında çoğu durumda tek yönlü ve ivazlı bir miras sözleşmesi bulunmaktadır. Çeşitli ihtimaller yönünden nitelendirme için bkz. Oğuzman, s. 133 vd.

<sup>97</sup> *“...Resmi memur (noter) tarafından düzenlenen bakım alacaklısı tarafından bakım borçlusunun mirasçı nasbedildiği ölüncüye kadar bakma sözleşmesini Türk Medeni Kanununun miras mukavelesine ilişkin 545. maddesi gereğince resmi vasiyet şeklinde (TMK. md. 532) düzenlenmiş olup geçerlidir. Böyle bir sözleşme ile bakım alacaklısı olan mirasbırakan sağlığında ifası gereken bir taahhüt altına girmemiş, bakım borçlusu ölüncüye kadar diğer tarafı bakıp beslemek, görüp gözetmek borcu altına girmiştir. Buna karşılık mirasçı atanmıştır... ...Davacı, ölüncüye kadar bakma sözleşmesi ile miras bırakan tarafından sağlığında mirasın tamamı için mirasçı atandığına göre atanmış mirasçı olduğuna ilişkin belge verilmesi gerekirken, sözleşmenin miras bırakana sağlığında ifası ge-*

Bu aşamada, hükmün metnine yer vermek suretiyle özellik arz eden durumların öne çıkarılması gereklidir:

*“Mirasbırakan, sağlığında bütün malvarlığını miras sözleşmesiyle atadığı mirasçıya devretmişse, bu mirasçı resmi defter düzenlenmesini isteyebilir. Mirasbırakan, malvarlığının tamamını devretmemişse veya tamamen devrettikten sonra yeni mallar edinmişse; miras sözleşmesi, aksine bir kural içermedikçe, yalnız sağlıkta devredilmiş olan malları kapsar. Mirasbırakanın sağlığında malvarlığını devretmesi hâlinde, miras sözleşmesinde başka türlü bir kural yoksa, miras sözleşmesinden doğan hak ve borçlar atanmış mirasçının mirasçılarna geçer.”*

İlk olarak, mirasbırakanın sağlığında malvarlığını devretmesi hâlinde külli halefiyetten kaynaklanan esasların geçerli olmadığı hususu saptanmalıdır<sup>98</sup>. Daha açık anlatımla; nasıl ki sağlararası bir işlemde taşınmazlarda tescil, taşınırlarda teslim, alacaklarda temlik işlemlerinin gerçekleştirilmesi aranmaktadır. Aynen öyle de; mirasbırakanın devir işlemlerini bu surette tatbik etmesi zorunludur<sup>99</sup>. Ancak, borçların geçişi kanun gereği kendiliğinden olmaktadır. Bu aşamada, alacaklılara ilan gerekliliği doğmaktadır. Ancak, mirasçı resmi defter düzenlenmesini istemişse ve bu hükümler uyarınca ilan yapılmışsa ikinci bir ilan aranmamaktadır<sup>100</sup>.

Miras sözleşmesiyle atanan mirasçılar yönünden Türk Medenî Kanunu iki karine getirmektedir. Bu karinelere biri, mirasbırakanın sağlığında mallarını devretmesi durumuyla bağlantılı olmaktadır<sup>101</sup>. TMK. m. 572 f. 2 uyarınca mirasbırakan, malvarlığının tamamını devretmemişse veya tamamını devrettikten sonra yeni mallar edinmişse, miras sözleşmesi aksine bir kural içermedikçe, yalnız sağlıkta devredilmiş olan malları kapsamaktadır.

TMK. m. 572 f. 3 uyarınca miras sözleşmesinde başka türlü bir kural yoksa, atanmış mirasçının hak ve borçları, kendi mirasçılarna geçmektedir. Gerçekten, söz gelimi, ölünceye kadar bakma sözleşmesinden kaynaklı bir atama işleminde, atanmış mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi durumunda, onun mirasçıları mirasbırakana bakma borcu altında bulunmaktadır. Ancak aynı zamanda atanmış mirasçının haklarına da ehil olmaktadır<sup>102</sup>. Bu şekilde, hüküm âdeti yedek kazandırmaya olanak tanımaktadır<sup>103</sup>. Zira bu hüküm olmasaydı, TMK. m. 548 f. 1 devreye girecek, böylelikle miras sözleşmesi

---

*reken bir yükümlülük yüklenmediği gözetilmeden yazılı şekilde red kararı verilmesi usul ve yasağa aykırıdır.”* Yarg. 2. HD., 08.03.2005, E. 2004/17026, K. 2005/3505. Bkz. **Nazif Kaçak**, Yeni İçtihatlarla Türk Medenî Kanunu, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. bs., C. II, Madde 495-1030, 2007, s. 1333.

<sup>98</sup> **Oğuzman**, s. 139.

<sup>99</sup> **Oğuzman**, s. 139.

<sup>100</sup> **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 127.

<sup>101</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 259; **Özüğür**, s. 1051. Bu karinelere ikincisi ise, TMK. m. 548’de yer almaktadır. Şayet atanmış mirasçı mirasbırakanın ölümünde sağ değilse, miras sözleşmesi kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Ancak mirasbırakandan önce ölen kişinin mirasçıları, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ölüme bağlı tasarrufta bulunandan, miras sözleşmesi uyarınca elde ettiği ölüm tarihindeki zenginleşmeyi geri isteyebilmektedir.

<sup>102</sup> **Tuor**, s. 393.

<sup>103</sup> **Baki İlkay Engin**, Yedek Mirasçılık, İstanbul, 2003, s. 91.

kendiliğinden ortadan kalkacaktı. Dolayısıyla yapılan kazandırmaların da iadesi gündeme gelecekti<sup>104</sup>.

Gerçekleştirilen devrin hukuki niteliği konusunda doktrinde tartışmaların olduğu, ancak yeknesak bir görüşün mevcut olmadığı hususuna işaret etmekle yetinelim<sup>105</sup>. Ancak, bu konuda farklı şekilde isimlendirmeler yapılsa da değişmeyen yön, miras sözleşmesiyle atanan mirasçıya sağlararası bir devir yapılması olmaktadır<sup>106</sup>.

### XI. MİRASÇI ATAMA İŞLEMİNİN KOŞULA BAĞLI OLMASI

Ölüme bağlı tasarrufların çeşitlerinin düzenlendiği ayırmda TMK. m. 515 “koşullar ve yüklemeler” kenar başlığıyla düzenleme getirmektedir. Hüküm uyarınca, mirasbırakan ölüme bağlı tasarruflarını koşullara veya yüklemelere bağlayabilir. Bu bağlamda, hiç şüphesiz mirasçı atama işlemi de koşula bağlı olarak yapılabilir. Böylelikle, mirasbırakanlara daha geniş, deyim yerindeyse gözü arkada kalmadan tasarrufta bulunma imkânı da sunulmuş olmaktadır<sup>107</sup>. Söz gelimi, mirasbırakan arkadaşını ileride belirli bir konuda roman yayınlaması koşuluna bağlı olarak mirasçı atayabilir<sup>108</sup>. Burada atama işleminin hüküm ifade etmesi, gerçekleşmesi gelecekte şüpheli bir duruma bağlandığından geciktirici koşul bulunmaktadır<sup>109</sup>. Benzer şekilde, atama işleminin bozucu koşula bağlı olarak yapılması da mümkündür. Bozucu koşulun varlığı hâlinde ise, atanmış mirasçı mirasbırakanın ölümüyle birlikte mirasçı sıfatını kazanmaktadır. Gelgelelim, gelecekte gerçekleşmesi şüpheli olan olayın gerçekleşmesiyle atama işlemi hükümden düşmektedir<sup>110</sup>.

Atanmış mirasçılığı yasal mirasçılıktan ayıran özelliklerden biri de, *mirasbırakandan önce ölüm* hâlidir. Bu hâlde, atanmış mirasçıların kendi altsoyularının mirasçı sıfatını kazanması söz konusu olmamaktadır. Ancak, bu prensibin yedek mirasçı atama işleminden yararlanılmak suretiyle aşılması mümkündür<sup>111</sup>. Hiç şüphesiz, mirasbırakanın atanmış mirasçının yerine geçmek üzere dilediği bir kişiyi mirasçı ataması da mümkündür. Yedek mirasçı atama TMK. m. 520 ile düzenlenmektedir. Bu hüküm uyarınca,

*“Mirasbırakan, atadığı mirasçının kendisinden önce ölmesi veya mirası reddetmesi hâlinde onun yerine geçmek üzere bir veya birden çok kişiyi yedek mirasçı olarak atayabilir. Bu kural belirli mal bırakmada da uygulanır.”*

Hüküm ölüm ve reddetme hâleriyle sınırlı olmak üzere kaleme alınmıştır. Ne var ki, buradaki sayım örnek kabilinden kabul edilmelidir. Böylelikle söz

<sup>104</sup> Engin, s. 91

<sup>105</sup> Bu görüşlerin incelenmesi için bkz. Serap Özbey, “Olumlu Miras Sözleşmesi”, Çankaya Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s. 15 vd. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>

<sup>106</sup> Dural, Miras Sözleşmeleri, s. 126.

<sup>107</sup> Kılıçoğlu, s. 143.

<sup>108</sup> İmre / Erman, s. 135.

<sup>109</sup> Ayan, s. 95 vd.

<sup>110</sup> Ayan, s. 98.

<sup>111</sup> İnan / Ertaş / Albaş, s. 221. Bu anlamda, yedek mirasçılığın kanuni halefiyet prensibini iradi mirasçılık alanında tamamlayıcı işlevi bulunmaktadır. Bkz. Engin, s. 2.

gelimi, mirastan yoksunluk hâlinde de hükmün uygulanması sonucuna varılacaktır<sup>112</sup>. Uygulama ise şu şekilde cereyan edecektir: Asıl olarak mirasçı olması istenen kişinin bu sıfatını yitireceği bir sebep gerçekleşmeli ve yedek mirasçı da hayatta bulunmalıdır. Bu yönüyle de, yedek olarak atanan kişinin mirasçılığı geciktirici koşula bağlı bir atama niteliğini taşımaktadır<sup>113</sup>.

Koşula bağlı niteliği dolayısıyla incelenmesi gereken diğer bir kurum ise TMK. m. 521 ila 525 hükümleri arasında düzenlenen artmirasçı atama olmaktadır. Biraz önce değinildiği üzere, yedek mirasçılıkta sadece bir kişi hak sahibi olmaktadır. Oysa, artmirasçı atamada hem ön mirasçı hem de art mirasçının hak sahibi olacağı bir kurgu bulunmaktadır<sup>114</sup>. TMK. m. 524 uyarınca ön mirasçı, mirası atanmış mirasçılar gibi kazanmaktadır. Bu kurguda, ön mirasçının kazandığı mirasçılık sıfatı bozucu koşula, art mirasçının kazanımı ise geciktirici koşula bağlı olmaktadır<sup>115</sup>.

## SONUÇ

Mirasbırakan sağlığında müstakbel terekesinin paylaşımını etkileyen işlemler yapabilmektedir. Bu kapsama giren mirasçı atama işlemi ile, mirasbırakan bir veya birden fazla kişiyi terekenin tamamı veya belirli bir oranında hak sahibi kılmaktadır. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar içerisinde yer alan mirasçı atama işlemi, gerek vasiyetname gerekse de miras sözleşmesi şeklinde yapılabilir. Mirasbırakan atama işlemi koşula bağlı olarak da yapılabilir. Mirasçı atama ve vasiyet tasarruflarının birbirinden ayrılması konusu önemlidir. Bazen öyle durumlarla karşılaşmaktadır ki, nitelendirme konusunda arada kalınmaktadır. İşte böyle durumlar bakımından ölüme bağlı tasarrufun yorumu meselesi önem kazanmaktadır.

Atama işlemi ile birlikte atanmış mirasçılar prensip itibarıyla yasal mirasçılarla aynı mertebede hukuki statüye kavuşmaktadır. Külli halefiyet prensibi gereği mirasbırakanın ölümüyle birlikte atanmış mirasçılar da mirası küll olarak edinmekte ve bu edinim kendiliğinden gerçekleşmektedir. Ne var ki, bu iki mirasçılık sıfatına Kanun kimi konularda farklı sonuçlar bağlamakta, kimi hükümlerin ise uygulamasını farklı tayin etmektedir. Mirasbırakanın sağlığında malvarlığını atadığı mirasçıya devretmesi durumu taşıdığı özellikler ile olağanın dışında bir seyir izlemektedir. Bir yandan atama işleminin varlığı ölüme bağlı bir tasarrufu göstermektedir. Öte yandan ise, ölümden önce intikal gerçekleşmiş olmaktadır.

<sup>112</sup> İmre / Erman, s. 148; Kocayusufpaşaoğlu, s. 289; Serozan / Engin, § 4, N. 164; Öztan, s. 325; Kılıçoğlu, s. 152 vd.; Ayan, s. 136.

<sup>113</sup> Escher, s. 244; İmre / Erman, s. 149; Engin, s. 27 vd.

<sup>114</sup> Engin, s. 34.

<sup>115</sup> Engin, s. 32 dn. 72. Ayrıca bkz. Escher, s. 247 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 291.



**KISALTMALAR**

<b>aş.</b>	: Aşağıda
<b>bkz.</b>	: Bakınız
<b>bs.</b>	: Bası
<b>C.</b>	: Cilt
<b>Çev.</b>	: Çeviren
<b>dn.</b>	: Dipnot
<b>E.</b>	: Esas
<b>f.</b>	: Fıkra
<b>GÜHFD</b>	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGK.</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>K.</b>	: Karar
<b>Lexpera</b>	: Lexpera Çevrimiçi Hukuk Bilgi Bankası
<b>m.</b>	: Madde
<b>MHAD</b>	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
<b>NK</b>	: Noterlik Kanunu
<b>özl.</b>	: Özellikle
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>Sa.</b>	: Sayı
<b>SBE.</b>	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
<b>TBK</b>	: Türk Borçlar Kanunu
<b>THD</b>	: Terazi Hukuk Dergisi
<b>TMK</b>	: Türk Medeni Kanunu
<b>vd.</b>	: Ve devamı
<b>Y.</b>	: Yıl
<b>Yarg.</b>	: Yargıtay
<b>YD</b>	: Yargıtay Dergisi
<b>yuk.</b>	: Yukarıda

**KAYNAKÇA**

**Akbıyık, Cem:** Miras Sebebiyle İstihkak Davası, Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Işığında Bilimsel Bir Sentez Denemesi, İstanbul, 2003.

**Akkanat, Halil:** "El Yazısı İle Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 2, Yayına Hazırlayan Doç. Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul, 2001.

**Akkanat, Halil:** Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul, 2004.

**Antalya, Gökhan / Sağlam, İpek:** Miras Hukuku, 3. bs., İstanbul, 2015.

**Ayan, Mehmet:** Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara, Ekim 2016.

**Ayan, Serkan:** “Olumlu Miras Sözleşmelerinin İçeriğine Aykırı Hukuki İşlemlere İtiraza Yönelik Medeni Kanun’un 527/ II Hükümünün Anlamı”, THD, Y. 6, Sa. 58, Haziran 2011.

**Aybay, Aydın:** Miras Hukuku Dersleri, Yeni Medeni Kanuna Göre Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul, 2002.

**Ayiter, Nüşin:** Miras Hukuku, 4. bs., Ankara, 1978.

**Ayiter, Nüşin / Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Miras Hukuku, Genişletilmiş 2. bs., Ankara, 1991.

**Turan Başara, Gamze:** Miras Hukukunda Denkleştirme, Ankara, 2013.

**Berki, Şakir:** Miras Hukuku, Ankara, 1975.

**Demir, Mehmet:** “Olumlu Miras Sözleşmeleri”, YD, C. 20, Sa. 3, Temmuz 1994.

**Dural, Mustafa:** “İsviçre Türk Hukukunda Ortak (Müşterek) Vasiyetnameler”, MHAD, Y. 1969, C. 3, Sa. 4 (Vasiyetname).

**Dural, Mustafa:** Miras Sözleşmeleri (İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak), İstanbul, 1980 (Miras Sözleşmeleri).

**Dural, Mustafa / Öz, Turgut:** Miras Hukuku, Onuncu Bası, İstanbul, 2016.

**Engin, Baki İlkay:** Yedek Mirasçılık, İstanbul, 2003.

**Ercoşkun Şenol, H. Kübra:** “Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemler”, Atatürk Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2011.

**Eren, Fikret:** “Mirasta İade”, Adalet Dergisi, Y. 1963, C. 3-4.

**Ergüne, Mehmet Serkan:** Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul, 2011.

**Erişgin, Nuri:** Mirasçılık Belgesi, Ankara, 2013.

**Escher, A.** Medeni Kanun Şerhi Miras Hukuku, Çev.: Sabri Şakir Ansay, Ankara, 1949.

**Gençcan, Ömer Uğur:** Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2016.

**Gönensay, Samim / Birsen, Kemaleddin:** Miras Hukuku, İkinci Bası, İstanbul, 1963.

**Gürsoy, Kemal Tahir:** Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, Ankara, 1955.

**Hatemi, Hüseyin:** Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 5. bs., İstanbul, 2014.

**Helvacı, İlhan:** Borçlar Hukuku, Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar (2000-2010), İstanbul, 2010.

**Helvacı, İlhan:** Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK. m. 605 – MK. m. 618), 1. Baskıdan Tıpkı 2. Baskı, İstanbul, 2014.

**İmre, Zahit:** Türk Miras Hukuku, Yenilenmiş Dördüncü Bası, İstanbul, 1978.

**İmre, Zahit / Erman, Hasan:** Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Basım, İstanbul, 2016.

**İnan, Ali Naim / Ertaş, Şeref / Albaş, Hakan** Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Yeni Medeni Kanununa – Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 9. bs, Ankara, 2015.

**İşgüzar, Hasan:** Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Miras Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara, 2003.

**Kaçak, Nazif:** Yeni İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. bs., C. II, Madde 495-1030, 2007.

**Kayak, Sevgi:** “Roma Hukukunda Mirasçı Atama”, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul, 2015.

**Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Miras Hukuku, Genişletilmiş 6. bs., Ankara, 2015.

**Kocaağa, Köksal:** “Mirasçılık Belgesi (MK m. 598)”, GÜHFD, C. IX, Sa. 1-2.

**Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Miras Hukuku, Hiç Değişiklik Yapılmamış 3. bs., İstanbul, 1987.

**Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** “Mirasta İade (= Denkleştirme) İle İlgili Me-seleler”, Medeni Kanun'un 50. Yılı, Bilimsel Hafta: 15-17 Nisan 1976, Ankara, 1977.

**Köprülü, Bülent:** Miras Hukuku Dersleri I, Mirasçılar – Ölümüne Bağlı Tasarruflar – Mirasın İntikali (Geçmesi), Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. bs., İstanbul, 1985.

**Kurşat, Zekeriya:** Terekenin Korunması Önlemleri, İstanbul, 2010.

**Nar, Ahmet:** Türk Miras Hukukunda Tenkis, İstanbul, 2016.

**Oğuzman, M. Kemal:** Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. bs., İstanbul, 1995.

**Özbey, Serap:** “Olumlu Miras Sözleşmesi”, Çankaya Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>

**Öztan, Bilge:** Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Yedinci Bası, Ankara, 2016.

**Özüğür, Ali İhsan:** Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, C. 1, Ankara, Ocak 2016.

**Sarı, Suat:** Uygulamalı Miras Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2015.

**Serozan, Rona:** “Değişen Toplumun Değişen Miras Hukuku”, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul, 2015.

**Serozan, Rona:** “Miras Hukukunda İradi Mirasçıların Konumunu Güçlendiren Yeni Gelişmeler”, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, İstanbul, 2004 (İradi Mirasçılar).

**Serozan, Rona:** “Ölümüne Bağlı Tasarrufların Yorumuna Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996.

**Serozan, Rona:** Sağlararası İşlem Yoluyla Ölümüne Bağlı Kazandırma, İstanbul, 1979.

**Serozan, Rona:** Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. bs., İstanbul, 2007 (Dönme).

**Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay:** Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2014.

**Sungurbey, İsmet:** Medeni Hukuk Sorunları, C. 2, İstanbul, 1974.

**Şener, Esat:** Miras Hukuku, Ankara, 1977.

**Tuor, Pierre:** İsviçre Medeni Kanunu'nun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı, Çev. Amil Artus, Birinci Kısım, Ankara, 1956.

**Tuor, Pierre:** İsviçre Medeni Kanunu'nun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı, Çev. Amil Artus, Son Kısım, Ankara, 1957.

**von Tuhr, Andreas:** Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Cilt 1-2, Çev.: Cevat Edege, Ankara, 1983.

# **TÜRK BORÇLAR KANUNU UYARINCA SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE AYIP NEDENİYLE BEDELDE İNDİRİM HAKKI\***

*(THE PRICE REDUCTION RIGHT UNDER THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS  
DUE TO DEFECTIVE GOOD)*

**Cemile Turgut\*\***

## **ÖZ**

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 227. maddesinde satıcının ayıp nedeniyle sorumluluğu neticesinde alıcının sahip olduğu seçimlik hakların neler olduğu belirtilmiştir. Çalışmamızda alıcının sahip olduğu bu seçimlik haklardan, satış sözleşmesine konu olan malın bedelinde indirim hakkı incelenecek olup, bu doğrultuda öncelikle farklı teorilere de yer verilerek bu hakkın hukuki niteliği ve bedelde indirimin ne şekilde yapılacağı Yargıtay kararları ışığında değerlendirilecek, daha sonra da bu hakkın kullanılmasının sınırları ve sonuçları 818 sayılı Borçlar Kanunu ile karşılaştırmalı olarak ayrıntılarıyla irdelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Satış Sözleşmesi, Ayıptan Sorumluluk, Bedelde indirim Hakkı.

## **ABSTRACT**

*This study deals with the issue of buyer's right to resort to Art. 227 of the Turkish Code of Obligations no.6098 that govern the principle of price reduction among other remedies in case of a contractual breach. The purpose of this study is to elaborate on the nature, scope and outcome of price reduction in the light of Supreme Court's decisions. For the sake of a better understanding of the matter at hand, a comparison is introduced between current and former regulations of the Turkish Law.*

**Keywords:** Sales Agreement, Responsibility due to Defective Good, Price Reduction Right.

\*\*\*

---

\* Bu makale, 20.3.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 21.4.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 26.4.2017 tarihinde geçmiştir.

\*\* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi - turgut-cemile@gmail.com

## I. GENEL OLARAK AYIPTAN SORUMLULUK

Satış sözleşmesinde satıcının malın ziyedliği ile mülkiyetini devretme borcunun yanında, söz konusu maldaki ayıbı üstlenme borcu da vardır. Bu hususta borçlunun ayıptan sorumluluğu incelenirken, öncelikli olarak ayıp kavramı ve satıcının ayıbı üstlenme borcundan ne anlaşılması gerektiği irdele-  
necektir.

Genel olarak ayıp, satış sözleşmesine konu olan malda ortaya çıkan ve alıcının o maldan tümüyle veya gerektiği gibi yararlanmasını engelleyen eksiklikler ve bozuklukları ifade eder<sup>1</sup>. Satıcının ayıbı üstlenme borcu ise, satıcının satmış olduğu malda yer alan bu gibi eksiklik ve bozukluklardan sorumlu olmasıdır<sup>2</sup>.

Maldaki ayıptan satıcının sorumlu olabilmesi için bazı maddi ve şekli şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Söz konusu maddi şartlar; satıcının, daha önce alıcıya satış konusu mala yönelik belirttiği veya söz verdiği niteliklerin malda bulunmaması, böyle bir söz vermemiş olsa dahi, tabiatı gereği malda bulunması zorunlu olan ve olmadığı taktirde maldan yararlanma olanağını kısıtlayan veya yok eden niteliklerin ayıplı olması, maldaki ayıbın yarar ile hasarın alıcıya geçmesinden önce yani malın tesliminden önce mevcut ve gizli olması<sup>3</sup>, son olarak da satıcının ayıbı üstlenme borcunun sorumsuzluk anlaşması ile kaldırılmamış olmasıdır<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> **Aydın Zevkililer / Emre Gökyayla**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bs., Turan Kitabevi, Ankara, 2016, s.120; **Kadir Berk Kapancı**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 5; **Melek Yüce Bilgin**, "Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Hakları, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu - Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2011, s. 381. **Cevdet Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 67. **Nalan Kahveci**, Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Ankara, 2014, s. 5. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 8. maddesinde ise ayıplı mal kavramının tanımı yapılmıştır. Bu hususta "Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örneğe ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır."

<sup>2</sup> **Turgut Akıntürk / Derya Ateş Karaman**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler - Özel Borç ilişkileri, 21.Bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 243; **Seyfullah Edis**, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 1963, s. 7; **Zevkililer / Gökyayla**, s. 120.

<sup>3</sup> **Haluk Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I, 6.Bs., İstanbul, 1990, s. 175; **Aydın Zevkililer**, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun - Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Yönetmelikler - Tebliğler - Avrupa Birliği Direktifleri, 2. Bs., Ankara, 2001, s. 69; **Aydın Zevkililer / Murat Aydoğdu**, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara, 2004, s. 114. Türk Borçlar Kanunu m. 222 gereğince alıcı var olan ayıpları önceden biliyor ise artık satıcı bundan sorumlu olmayacaktır. Yine, alıcının satılan malı yeterli gözden geçirmekle görebilecek olduğu ayıplar dolayısıyla da satıcı, eğer bu ayıbın var olmadığı konusunda güvence vermiş ise sorumlu olacak, aksi taktirde sorumlu olmayacaktır. Gizli ayıplar için, bir diğer deyişle olağan bir gözden geçirmeye anlaşılmayan ayıplar için ise satıcı alıcıya güven vermemiş olsa bile sorumlu olacaktır. Ayrıca bkz.Yarg. 4. HD. 21.09.2006, 10201/ 9437. (Çevrimiçi, www.kazanci.com.tr, 23.02.2017)

<sup>4</sup> Bu durumda satıcı, artık ayıptan sorumlu tutulamayacaktır. Ancak Borçlar Kanunu m. 221 gereğince, satıcı satılan ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, sorumluluğu sınırlandıran veya kaldıran anlaşma hükümsüz olacaktır.

Satıcının ayıp nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için gerçekleşmesi gereken şekli şartlar ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 223.maddesi gereğince, alıcının malı teslim aldıktan sonra işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz gözden geçirmesi ve satıcının sorumluluğuna ilişkin ayıp bulmuş ise, bunu uygun bir süre içinde satıcıya bildirmesidir. Gözden geçirme ve bildirim sürelerine uyma, alıcı için gerçek anlamda bir borç olmayıp, külfet niteliği taşır<sup>5</sup>. Alıcı uygun bir süre içinde gözden geçirme ve bildirimde bulunmayı ihmal edecek olursa Türk Borçlar Kanunu'nun aynı maddesinin ikinci fıkrası gereğince ayıplı da olsa malı kabul etmiş sayılır. Fakat ayıp, olağan bir gözden geçirme ile veya malı kullanmadan ortaya çıkacak nitelikte değil ise yani gizli veya hile ile gizlenmişse, alıcı uygun süre içinde bildirimde bulunmamış olsa dahi, ileride ayıp ortaya çıkar çıkmaz hemen satıcıya bildirerek onu sorumlu tutma olanağı olacaktır<sup>6</sup>.

Satış sözleşmesine konu olan maldaki ayıp olduğu taktirde alıcı Türk Borçlar Kanunu'nun 227.maddesinde sayılan dört seçimlik haktan bir tanesini seçebilecektir. Buna göre; alıcı dilerse malı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönebilir, malı elinde tutarak ayıp oranında satış bedelinden uygun bir miktarın indirilmesini talep edebilir, bu yollara başvurmadan malın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini isteyebilir veya aşırı bir masraf gerektirmediği taktirde bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteyebilir<sup>7</sup>. Bu hususta çalışmamızda alıcının satış bedelinden uygun miktarın indirilmesini talep hakkı irdelenecektir.

## **II. ALICININ AYIP SEBEBİYLE BEDELDE İNDİRİM HAKKI**

### **A. Bedelde İndirim Hakkının Hukuki Niteliği**

Türk Borçlar Kanunu'nun 227. maddesi gereğince, satış sözleşmesinde ayıbın var olması halinde alıcı, satış bedelinden ayıp oranında indirim yapılmasını isteyebilecektir. Alıcının seçimlik hakkını kullanması sonucu satış bedelinin indirilmesi, borcun yenilenmesi (tecdit) değildir.Çünkü burada eski bir borç yerine yeni bir borç tahsis edilmesi durumu yoktur.Aynı şekilde satış bedelinin indirilmesi ile yeni bir sözleşme de yapılmış olmaz. Burada yalnızca satış sözleşmesinin esaslı unsurlarından birinde (satış bedeli unsuru) bir değişiklik yapılmaktadır. Bu noktada öğretilde, satış bedelinin indirildiği oranda satış sözleşmesinin hükümsüzleşmesini sağlayan sözleşmeden kısmen dönülmesi durumu olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> **Zevkliler / Gökyayla**, s. 132.

<sup>6</sup> TBK.m. 223/II. Satıcının ağır kusurlu olması durumunda, satılan maldaki ayıbın kendisine uygun sürede bildirilmediğini ileri sürmesi satıcıyı sorumluluktan kurtarmaz. TBK. m. 225/ I. Böylece ayıbın uygun bir süre içerisinde bildirilmesine ilişkin genel kural, satıcının ağır kusurlu olduğu hallerde geçerli olmayacaktır. **Zevkliler / Gökyayla**, s. 127; **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017. s. 111.

<sup>7</sup> 818 sayılı Borçlar Kanunu kapsamında bu haklardan satılanın ücretsiz onarımını talep etme hakkı alıcıya tanınmamıştı. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da ise, tüketici niteliğine sahip kişilere yapılan satışlar diğer üç seçimlik hakkın yanında ayrıca "özürlü malın ücretsiz onarımını isteme" hakkı da eklenmiştir. Yine 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda dördüncü hak korunmuş ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanuna da bu hak eklenmiştir.**Zevkliler / Gökyayla**, s. 133.

<sup>8</sup> **Yavuz**, s. 97.

Bedelde indirim seçimlik hakkının hukuki niteliğini genel olarak açıklayabilmek için öğretilerde bu konuda yer alan temel teorilerin irdelenmesi gerekmektedir.

### 1. Sözleşme Teorisi

Sözleşme teorisi görüşüne göre, kanunda belirtilen hakların kullanılması, satıcıya yönelik bir öneriden ibarettir. Bu nedenle, alıcının sahip olduğu seçimlik haklarından birini kullanabilmesi için tarafların bu hususta anlaşmaları veya anlaşamadıkları takdirde hakim tarafından yenilik doğuran bir kararın verilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla satış bedelinde indirim gerçekleşebilmesi için alıcının bu yöndeki teklifinin öncelikle satıcı tarafından kabul edilmesi gerekir. Eğer satıcı anlaşmadan kaçınır ve bu teklifi kabul etmez ise alıcı açacak olduğu eda davası ile satıcıyı kaçıdığı kabul beyanında bulunmaya mahkum ettirecektir. Ancak hakim tarafından verilen yenilik doğurucu kararın etkisi sadece satış bedelinin indirilmesi ile sınırlı olacaktır ve alıcı ödemediği satış bedelinden indirilen tutarın iadesini yine yeni bir dava açarak elde edebilecektir. Nitekim bu görüş, alıcının bir başka hakkı olan sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, yine tarafların anlaşması yahut anlaşamadıkları takdirde, hakimin karar vermesi gerektiğini, bu yenilik doğurucu kararın sözleşmenin dönüştürülmesi ile sınırlı olduğunu, tarafların yerine getirmiş oldukları edimlerin iadesi bakımından yine ayrıca bir dava açmaları gerektiğini savunmaktadır<sup>9</sup>.

### 2. Değiştirilmiş Sözleşme Teorisi

Sözleşme teorisinde olduğu gibi burada da alıcının seçimlik hakkını kullanabilmesi için satıcıya bir öneride bulunması gerekir. Satıcı bu öneriyi kabul ettiği takdirde seçim hakkı sona erer ve taraflar arasında ilk sözleşmeyi değiştiren bir sözleşme kurulmuş olur. Eğer ki satıcı bu noktada anlaşmadan kaçmakta ise, bu durumda alıcı dava açarak hakim tarafından yenilik doğurucu bir karar verilmesini talep edebilecektir. Ancak sözleşme teorisinden farklı olarak burada alıcının açtığı dava sonucu hakimin vereceği karar, sadece seçimlik hakkın kullanılmasına ilişkin sözleşmenin kurulmasına yönelik değil, aynı zamanda iade talebinin ifasına yönelik de olacaktır. Bu noktada, alıcının satış bedelinde indirim istemesi sonucu satıcı kabulden kaçınırsa, hakim indirilen satış bedeli tutarının alıcıya iadesine karar vermelidir. Verilen iade kararı, örtülü olarak satış bedelinin indirilmesi üzerinde anlaşmaya dair yenilik doğurucu sonucu da içerecektir<sup>10</sup>.

Öğretilerde değiştirilmiş sözleşme teorisini savunanlar, bu görüşlerini TBK'nın 227. maddesinin IV. ve V. fıkrasında yer alan hakime "dönme yerine onarma veya

<sup>9</sup> Oser, Hugo / Wilhelm Schöenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184-418, Zürich, 1936 (naklen) **Gümüş**, s. 95-96.

<sup>10</sup> Giger, Hans, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I Art. 1-529

OR, 3. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 2003; Keller, Max / Ziehr, Kurt, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich, 1995; Honsell, Heinrich, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 2003, (naklen) **Gümüş**, s. 96.



bedelde indirim” ve “bedelin indirilmesi yerine dönmeye veya ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesine” karar verme yetkisinin tanınması ile açıklamaktadırlar. Keza, söz konusu yetki ancak, tarafların anlaşmaları veya mahkemenin vereceği yenilik doğuran bir karar olması halinde anlam kazanacaktır<sup>11</sup>.

### **3. Yenilik Doğuran Hak Teorisi**

Yenilik doğuran hak teorisine göre, alıcının seçimlik hakları yenilik doğuran hak niteliğinde olup; alıcı, seçimlik haklardan hangisini talep ediyorsa tek taraflı irade beyanı ile bu hakkı seçmiş olur ve beyanın satıcının hakimiyet alanına ulaşması ile de yenilik doğuran hak sonuçlarını kendiliğinden doğurur<sup>12</sup>. Bu noktada alıcının satış bedelinde indirim istemesi halinde, bu yöndeki beyanın satıcıya ulaşması ile birlikte satış bedelindeki indirim, satıcının kabulüne veya bir dava açılmasına gerek olmaksızın kendiliğinden sonuç doğuracaktır<sup>13</sup>. Öğretide bedelde indirim ve sözleşmeden dönme değiştirici yenilik doğuran haklar olarak kabul edilirken<sup>14</sup>; bedelde indirim hakkının bozucu yenilik doğuran hak olduğunu yönünde görüş de mevcuttur<sup>15</sup>.

Bunun yanında, sözleşmeden dönme ve bedelin indirilmesi haklarının kullanılmakla sonuç doğurması itibarıyla yenilik doğuran hak olduğu fakat, onarım ve yenisiyle değiştirme seçimlik haklarının ise alıcının ifa menfaatine ulaşmasını sağlayan, sözleşmenin aynen ifasına hizmet eden talepler olması nedeniyle yenilik doğuran hak değil, edaya yönelik icra edilebilir talepler olduğunu savunan görüşler de vardır<sup>16</sup>. Söz konusu görüşe göre, sözleşmenin kurulması anından itibaren alıcının sahip olduğu asli ifa talebi malın teslim edilmesinden sonra içerik değiştirerek tâli ifa talebine dönüşür ve alıcı malın yenisi ile değiştirilmesi veya onarım adları altında aynen ifada ısrarcı olabilir. Nasıl ki ifa talebi bir yenilik doğuran hak değilse ve icra edilmesi gerekiyorsa, aynı şekilde onarım veya yenisi ile değiştirme de edaya yönelik icra edilebilir taleplerdir. Dolayısıyla ancak sonuca ulaştırmaları, yani ayıpsız ifanın gerçekleşmesi ihtimalinde alıcının talep hakkı sona erer. Satıcının malı tamir edememesi veya verilen yeni malın da ayıplı çıkması ihtimalinde ise alıcının diğer seçimlik haklarına başvurmasına engel olamaz.

### **B. Değerlendirme**

Öncelikle belirtmek gerekir ki, taraflar irade serbestisi gereğince, sözleşme ile aralarında çıkacak uyuşmazlığa çözüm olarak yukarıda belirtilmiş olan

<sup>11</sup> **Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2015, s. 137.

<sup>12</sup> **Necip Kocayusufoğlu / Hüseyin Hatemi / Rona Seroan / Abdülkadir Arpacı**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 235. **Eren**, s. 129.

<sup>13</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Vedat Buz**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005, s. 170 vd; **Yeşim Atamer**, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005, s. 363

<sup>14</sup> **Murat Aydoğdu / Nalan Kahveci**, Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri) Adalet Yayinevi, Ankara, 2014, s. 176.

<sup>15</sup> **Yavuz**, s. 81.

<sup>16</sup> **Yeşim Atamer / Ece Baş**, “Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayrıtan Doğan Sorumluluk” İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C. 88, İstanbul, 2014, s. 35.

görüşlerden herhangi birini kararlaştırabilirler. Ancak taraflar aralarında böyle bir sözleşme yapmamış iseler, alıcıya tanınan seçimlik hakkın niteliği o vakit önem kazanır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 202.maddesinde her ne kadar, alıcının bedelde indirim seçimlik hakkını kullanabilmesi için dava açması gerektiği belirtilmiş olsa da 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 227. maddesinde "*alıcı, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir*" denilmek suretiyle, alıcının söz konusu hakkı kullanabilmesi için dava açma zorunluluğu olmadığı gibi, satıcıya bu konuda öneride bulunup, onunla anlaşma yapma zorunluluğunun da olmadığı sonucuna varılır. Alıcı, bedelde indirim hakkını tek taraflı irade beyanını kullanmak suretiyle seçmiş olur<sup>17</sup>. İstisnai hal dışında alıcının bu hakkın kullanılmasından vazgeçmesi mümkün değildir. Satıcının, alıcının seçimine itiraz ederek dava açması halinde ise dava, tespit davası niteliğinde olacaktır. Bu nedenle kanaatimizce, alıcının bedelde indirim hakkına yönelik, gerek sözleşme gerekse değiştirilmiş sözleşme teorisinde belirtilen alıcı ve satıcının anlaşmış olması gerektiği görüşüne bu noktada gerekli olmayacak, yenilik doğuran hak görüşünü benimsemek isabetli olacaktır.

## II. BEDELİN İNDİRİLMESİ ŞEKLİ

Alıcının satış bedelinin indirilmesi yolunu seçtikten sonra, tarafların aralarında anlaşarak satış bedelinden indirilecek tutarı belirleme imkanı vardır. Ancak taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadığı taktirde, bu tutarın tespiti mahkeme kararı ile olacaktır.

### A. Nispi Metod Yöntemi

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 202. maddesinde, alıcının bedelde indirim seçimlik hakkını kullanması halinde, indirilecek tutarın nasıl hesaplanacağına ilişkin bir hüküm yer almamaktaydı. Ancak yargı kararlarında baskın olarak nispi metodu uygulanmaktaydı<sup>18</sup>. Söz konusu hesaplama göre;

<sup>17</sup> Eren, s. 129.

<sup>18</sup> **Yarg. 13. HD. 03.07.2014, 9225/ 2864:** "...Satış bedelinden indirilecek miktarın tespitinde, doktrinde, "mutlak metod", "nisbi metod" ve "tazminat metodu" adıyla bilinen değişik görüşler mevcutsa da, ayıpsız Dairemiz gerekse Yargıtay tarafından öteden beri uygulanan "nispimetod" olarak adlandırılan hesaplama yöntemi benimsenmektedir. (Bkz. 13.HD. T.26.12.1997, E.1997/7580; K. 1997/10870) Bu metoda göre; satış tarihi itibarıyla satılanın, ayıpsız ve ayıplı değerleri arasındaki oranın, satış bedeline yansımaları miktarı belirlenmektedir. Başka bir ifade ile satılanın, tarafların kararlaştırdıkları satış bedeli gözetilmeksizin, satış tarihi itibarıyla gerçek ayıpsız rayiç değeri ile, ayıplı haldeki rayiç değeri ayrı ayrı belirlenerek, bu iki değer birbirine bölünmesi suretiyle elde edilecek oran, satış bedeline uygulanmaktadır. Somut olayda, davaya konu bağımsız bölümün satış tarihindeki ayıplı ve ayıpsız değerlerinin belirlenerek nispi metodun uygulandığı anlaşılmaktadır..." **Yarg. 13. HD. 26.12.1997, 7580/10870;** "...Ayıp nedeni ile bedelden indirim miktarının tesbitinde öğretide ve Yargıtay kararlarında kabul edilen orantılı metodundan yararlanılması gerekir. Bu metoda göre satım tarihi itibarıyla aracın ayıpsız ve ayıplı değeri arasındaki orantı kararlaştırılan semere uygulanır. Değişik bir anlatımla, bilirkişiler öncelikle satım tarihi itibarıyla davaya konu aracın, tarafların kararlaştırdıkları satım bedeli gözetilmeksizin gerçek ayıpsız sürüm değeri ile saptanan ayıplı haldeki sürüm değerini ayrı ayrı saptamalı, bu iki değer birbirine bölünmesi suretiyle elde edilecek oranı, bu defa taraflarca kararlaştırılan satım bedeline uygulamalı, böylece satış bedelinden indirilmesi gereken miktarı tesbit etmelidirler..." Benzer yönde Yargıtay Kararları: **Yarg. 13. HD. 02.10.2013, 24807/24013; Yarg. 13. HD. 02.05.2013, 29295/11031; Yarg. 13.HD. 13.04.2014, 8150/7244.**(çevrimiçi, www.kazanci.com.tr, 10.02.2017)

“Ayıpsız Değer / Ayıplı Değer = Kararlaştırılan Bedel / Ödenecek Bedel”

“Ödenecek Bedel = Kararlaştırılan Bedel x Ayıplı Değer / Ayıpsız Değer”  
şeklindedir.

Malın bedeli önceden ödenmişse;

“İstenecek (indirilecek) miktar = Kararlaştırılan Bedel – Ödenecek Bedel”

şeklinde olacaktır<sup>19</sup>. Söz konusu yöntem, satılanın ucuz veya pahalı olmasına göre sağlanan karın göz önünde tutulması bakımından adalete en uygun olan metod olarak kabul edilmiştir<sup>20</sup>. Yargıtay, bu yöntemi hesaplarken, malın ayıplı ve ayıpsız değerini, bedelindeki kar gözetilmeksizin ayrı ayrı saptanması gerektiğini belirtmiştir<sup>21</sup>.

### **B. Mutlak Metod Yöntemi**

Mutlak metod yönteminde esas olarak, satılanın objektif değeri işe satılanın ayıplı durumundaki objektif değeri arasındaki fark bulunur. Bulunan değer, satılandaki değer azalması tutarını oluşturur ve satış bedelinden değer azalması tutarının indirilmesi ile satış bedeli bulunur. Burada alıcı eğer satış bedelini satıcıya ödemiş ise, satıcıdan işte bu değer azalması tutarının iadesini talep edebilecektir<sup>22</sup>.

### **C. Tazminat Yöntemi**

Tazminat yönteminde, malın ayıplı değeri hesap edilir ve bu değer malın bedelinden düşürülerek, aradaki fark alıcıya ödenir<sup>23</sup>.

## **III. BEDELDE İNDİRİM HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI**

### **A. Bedelde İndirim**

25 Mayıs 1999 tarihli Tüketici Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkında 1999/44/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi'ne göre, bedelin indirilmesi hakkı sadece tüketicinin sözleşmeye uygun bir ifa elde edemediği hallerde kullanılmasını uygun görmektedir. Bir başka deyişle tüketici, herhangi bir sebeple onarım veya yenisiyle değişim iste- me hakkına sahip değilse ancak o zaman bedelde indirim hakkını kullanabilecektir. Oysaki ne 6502 sayılı TKHK'da, ne de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda böyle bir sistem benimsenmiştir. Bu sebeple onarım veya yenisiyle değişim haklarının kullanılmasına gerek olmadan alıcı direkt bedelde indirim hakkını kullanabilecektir<sup>24</sup>.

Direkt olarak bedelde indirim hakkını kullanabilecek olan alıcının bu hakkı yukarıda da belirttiğimiz üzere, yenilik doğuran bir hak niteliğinde olması nedeniyle, alıcının seçim hakkını kullanması da genel olarak yenilik doğuran hakların kullanılmasına hakim olan prensipler çerçevesinde değerlendirilecek-

<sup>19</sup> **Yavuz**, s. 133; **Eren**, s. 149.

<sup>20</sup> **Zevkliiler/Gökyayla**, s. 138; **Eren**, s. 149.

<sup>21</sup> **Yarg. 16. HD., 31.03.1997, 6841/7405.** (Çevrimiçi, www.kazanci.com.tr,11.02.2017)

<sup>22</sup> **Gümüş**,s. 105; **Eren**, s. 148; **Zevkliiler / Gökyayla**, s. 138.

<sup>23</sup> **Zevkliiler, Gökyayla**, s. 138; **Eren**, s. 148.

<sup>24</sup> **Atamer/Baş**, s. 45.

tir. Böylece alıcı, bir kere seçim hakkını kullanmışsa, seçim hakkı da sona erecektir. Bundan sonra yeni bir seçim hakkı yapma imkanı olmayacaktır. Ancak taraflar isterler ise, sözleşme serbestisi sınırları içerisinde, seçim hakkının kullanılmasının sonuçlarını ortadan kaldıran veya değiştiren bir başka sözleşme yapabileceklerdir. Örneğin, önceden sözleşmeden dönme yolunu seçerek seçim hakkını kullanmış olan alıcı, satıcı ile anlaşarak satış bedelinin indirilmesi yolunu kabul edebilir<sup>25</sup>.

Alıcı, tek taraflı beyan olarak satış bedelinde ayıp oranında indirim talep ederek, sözleşmeyi ayakta tutmaktadır. Bu talep çerçevesinde, sözleşme varlığını sürdürdüğü için alıcı ayıplı malı alıkoymakta, buna karşılık henüz ödemediği satış bedelini de ödemek durumunda kalmaktadır. Ancak, burada alıcının ödeyeceği bedel sözleşmede kararlaştırılan ilk bedel değil, ayıp oranında indirilmiş bedeldir<sup>26</sup>.

Bedelin indirilmesi hakkı ayrıca Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) m.50 düzenlenmiş olup buna göre, “malların sözleşmeye uygun olmaması durumunda bedel ödenmiş olsun veya olmasın alıcı bedeli, fiilen teslim edilen malların teslim anındaki değeri ile sözleşmeye uygun malların aynı andaki değeri arasındaki farkla orantılı olarak indirebilir...” Sözleşme kapsamında alıcı, bedelden indirim isteme hakkıyla satım bedelinin bir kısmını veya tamamını alıkoyma veya satım bedelini daha önce ifa ettiği hallerde de bunların iadesini isteme hakkına sahip olmaktadır. Keza satım bedelinin ödenmiş olması, bedelde indirim isteme hakkından feragat anlamına gelmemektedir<sup>27</sup>.

## B. Tazminat Talebi

Satıcının ayıptan doğan sorumluluğu kural olarak, kusurunun olup olmadığı yönünde bir farklılık yaratmaz<sup>28</sup>. Bir diğer deyişle, malın ayıplı çıkması halinde alıcının seçimlik haklarını satıcıya yöneltmesi satıcının kusuruna bağlı değildir<sup>29</sup>. Ancak burada önemle belirtilmelidir ki, satıcının kusuru olmasa bile sorumlu olması sadece seçimlik haklara yöneliktir. Buradan satıcının tazminat ödeme borcu yönünden kusursuz sorumlu olduğu sonucu çıkarılmamalıdır<sup>30</sup>.

Alıcı, kanunda belirtilmiş olan seçimlik hakkın kullanılmasıyla birlikte zararın giderilmesini isteyebileceği gibi sadece zararın tazmini de isteyebilecektir. Alıcı bu noktada sadece zararın tazminin talep etmişse, satılarda ayıp bulunması TBK m. 112’de düzenlenen gereği gibi ifa etmeme niteliğini taşıyacağı

<sup>25</sup> **Kemal Oğuzman / Nami Barlas**, Medeni Hukuk - Giriş Kaynaklar – Temel Kavramlar, 21. Bası, İstanbul, 2015, s. 165.

<sup>26</sup> **Eren**, s. 147.

<sup>27</sup> **İpek Yücer Aktürk**, “Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi, S. 231,

<sup>28</sup> Satıcının ayıpları bilmese bile sorumlu olması durumu sadece hayvan satımları açısından sınırlandırılmıştır. TBK m. 220’de hayvan satıcısının sorumluluğu genişletilmiş ve yazılı olarak üstlenilmiş olmasının yanı sıra, kasten veya ağır ihmâl ile ayıbın varlığının gizlenmesi hallerinde de sorumluluk olacağı belirtilmiştir.

<sup>29</sup> **Cüneyt Pekmez**, “Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Borca Aykırılıktan Doğan Kusursuz Sorumluluğa Genel Bakış”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2015, s. 508.

<sup>30</sup> **Yeşim Atamer**, “Taşınır Satımı Sözleşmesi” Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 199.

için, alıcı ifaya olan menfaatini talep edebilecektir<sup>31</sup>. Nitekim bu durum TBK m. 227/II hükmünde: “Alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.” şeklinde ifade edilmiştir.

Seçimlik hakların kullanılması ile birlikte zararın giderilmesi noktasında ise bir ayırım yapmak gerekecektir. Seçimlik hakkın kullanılması sadece satılandaki değer eksikliğini giderecektir. Ancak tek başına değer eksikliğinin giderilerek ayıbın telafi edilmesi alıcının uğradığı zararı tam olarak karşılayamayabilir. Bu durumda alıcı, seçimlik hakkını kullanarak tamamıyla karşılayamadığı olumlu zararının tazmini TBK m. 112 uyarınca karşılayacaktır. Bu doğrultuda satıcı, aleyhine olan kusur karinesini çürüterek sorumluluktan kurtulabilir.

Peki bedelde indirim seçimlik hakkını kullanan alıcı, TBK 229/I, b.3'te belirtilen “ayıplı maldan doğan doğrudan zararının giderilmesi” ve aynı maddenin II. fıkrasında yer alan “satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer zararlarını da gidermekle yükümlüdür.” hükümlerinden yararlanabilecek midir? Keza söz konusu madde hükmü “Dönmenin Sonuçları” başlığı altında düzenlenmiştir ve 818 sayılı BK m 205/II ve III gibi bedel indirimi seçimlik hakkı ile birlikte bu tazminat talebinin söz konusu olup olmayacağı düzenlenmemiştir.

Öğretide, satış bedelinin indirimi seçimlik hakkını kullanan alıcının, uğradığı zararın tazminini sadece TBK 112 ile uyarınca talep edebileceğini, TBK m. 229/I, b.3 ve II'nin kıyasen uygulanamayacağı görüşü mevcuttur. Bu görüşü savunanlar dayanak olarak, satıcıyı sebep sorumluluğuna dayalı olarak kusuru olmaksızın tazminat ödemekle yükümlü kılan 229.madde hükmünün, ayıplı ifanın en ağır sonucu olan sözleşmeden dönme için getirilmiş istisnai bir hüküm niteliğinde olup, ayıplı ifanın daha hafif bir sonucunu oluşturan bedel indirimi hakkının kullanılması durumunda uygulama bulmaması gerektiğini belirtmişlerdir<sup>32</sup>. Keza Yargıtayın da genel olarak bu görüşü benimsediği söylenebilir<sup>33</sup>.

Öğretideki diğer görüşe göre ise, TBK m. 229/I,b.3 ve II'nin kıyasen uygulanması ile alıcı, bedelde indirim seçimlik hakkını kullandığı taktirde uğradığı zararın tazminini isteyebilecektir. Bu doğrultuda alıcı, uğramış olduğu doğrudan zararı satıcı ayıplı ifade kusurlu olmasa bile talep edebilecekken; uğradığı dolaylı zararı sadece satıcı kusurlu ise talep edebilecektir. Bu görüşü savunanlar, sözleşmeden dönme halinde satıcının kusuru olmasa bile sorumlu tutulması söz konusuysen, satış bedelinin indirilmesi halinde satıcıyı sadece kusurlu ise bu zarardan sorumlu tutmanın isabetsiz olacağını belirtmişlerdir<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> **Zevkliler/Gökyayla**, s. 143; **Eren**, s. 150.

<sup>32</sup> **Yeşim Atamer**,Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m.4 – Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri-,Batider, C. XXIV, S.1, 2007, s. 95; Edis., 126.

<sup>33</sup> “...BK'nun 202. maddesine göre satıcının tekeffülü altındaki satılanın ayıbı anlaşıldığı zaman, alıcı seçimlik hakkına sahiptir. Dilerse satılanı redde hazır olduğunu beyan ederek satımın feshini, dilerse satılanı alıkoyup semenin tenzilini isteyebilir. Şayet uğranılan zarar semenin tenzili ile karşılanmazsa alıcı, semenin tenzili ile birlikte eksik ifa nedeniyle uğradığı zararı BK'nun 96. maddesi uyarınca isteyebilir.” **Yarg. 19. HD., 28.06.2011, 1069, 5025.** (Çevrimiçi, www.kazanci.com.tr,11.02.2017)

<sup>34</sup> **Cevdet Yavuz**, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, 1989, s. 189; **Ömer Arbek**, Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara, 2005, s. 59;

Bu görüşü savunanlara göre, zararı meydana getiren ve bedelde indirim ile dönmeyi gerektiren olay bakımından herhangi bir ayırım yoktur. Keza, satılan-daki küçük/önemli olmayan bir ayıp, önemli bir zarara sebep olabilecektir. Böyle bir zararın olması durumunda, satış bedelinin indirilmesi hakkının kullanılması halinde, satıcıyı kusurlu ise bu zarardan sorumlu tutmak ve fakat dönme durumunda kusuru olmasa bile satıcının sorumlu olduğunu kabul etmenin haklı bir tarafı yoktur<sup>35</sup>. Ayrıca yine böyle bir zararda da alıcının dönme yolunu seçebileceğini söylemek kafi olmayacak, hakim döne davası neticesinde bedelin indirilmesine karar vermesi halinde, bu ihtimal gerçekleşmeyecektir. Bu nedenle bedelde indirimde de kıyas yoluyla TBK m. 229/1, b.3 ve II hükmü uygulanabilir<sup>36</sup>.

Kanatimizce söz konusu hükmün sözleşmeden dönme seçimlik hakkı kapsamında istisnai bir hüküm olduğu göz önünde tutulmalı ve TBK m. 229 hükmünde tazminata ilişkin düzenlemeler kıyas yoluyla diğer ayıba ilişkin haklara uygulanmamalıdır. Bu doğrultuda, TBK m. 112'de yer alan hüküm doğrultusunda alıcının, seçimlik hakkını kullanarak tamamıyla karşılamadığı olumlu zararının tazminini sağlamalıdır. Nitekim TBK m. 229'un gerekçesindeki, "...alıcının, satılanın ayıplı olması nedeniyle, dönme hakkını kullanmasının sonuçlarının, Tasarının 228.maddesinde düzenlendiği göz önünde tutulursa, onun dönme dışındaki diğer seçimlik hakları ile birlikte, uğradığı zararın giderilmesini, genel hükümlere göre isteyebileceğinde bir duraksama yoktur." ibaresi, kanun koyucunun da ilk görüşü benimsediğini göstermektedir.

#### IV. BEDEL İNDİRİMİ HAKKININ KULLANILMASINDA ÖZEL DURUMLAR

##### A. Bedel İndirimi Hakkının Kullanılmayacağı Haller

TBK m. 227/V gereğince; "Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir." Bu hükmün amacı esas itibarıyla, alıcının hem ayıplı malı alıkoyup, hem de aynı anda satış bedelinin indirimini isteyerek satış bedelinin tamamını geri almasını engellemektir<sup>37</sup>.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 202. madde hükmünde bu durum "kıymetinin noksanı satılanın semenine müsvavi ise alıcı ancak satımın feshini talep edebilir" şeklinde düzenlenmişti. Ancak bu hüküm, yine aynı kanunun 203. maddesi gereğince çeşit satışlarında alıcıya satılanın değiştirilmesini isteme hakkıyla çeliştiği gerekçesiyle eleştirilmekteydi ve ilk hükmün, ikinci hükmün verdiği bir başka seçimlik hakkın varlığını görmezden geldiği belirtilmekteydi. Bu nedenle 202. madde hükmünün, 'istenilen indirimin satım parasına eşit olması halinde, alıcı, satım parasının indirilmesini talep edemeyecektir.' şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>38</sup>. Ne var ki 6098 sayılı Kanun ile bu ifadeye satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme imkanı da eklenmiştir.

Şahiniz, C. Salih, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara, 2008, s. 160; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 143.

<sup>35</sup> **Gümüş**, s. 106

<sup>36</sup> **Aral / Ayrancı**, s. 151; **Eren**, s. 150.

<sup>37</sup> **Gümüş**, s. 111; **Eren**, s. 135; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 139.

<sup>38</sup> **Yavuz**, s. 156.

## B. Sadece Bedel İndirimi Hakkının Kullanılabileceği Haller

TBK m. 228/II gereğince, “Satılan alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı onu başkasına devretmişse ya da biçimini değiştirmişse alıcı, ancak değerindeki eksiklik karşılığının satış bedelinden indirilmesini isteyebilir.” Söz konusu madde metninde yer alan üç farklı durumda birinin mevcut olması; alıcının, sözleşmeden dönme, ayıbın giderilmesi ve ayıplı malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi seçimlik haklarının ortadan kalkmasına ve alıcının sadece satış bedelinde indirim talep etme hakkına sahip olmasına neden olur. Hükümde yer alan “değerindeki eksiklik karşılığı” satış bedelinde indirim; TBK m. 227/1,b.2’de olduğu gibi “ayıp oranında” satış bedelinde indirim olarak okunması gerektiği belirtilmiştir<sup>39</sup>.

### 1. Satılanın Yok Olması

TBK m. 228’in ikinci fıkrasında, öncelikle satılanın alıcıya yüklenebilen bir sebep nedeniyle yok olması durumu belirtilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 204. maddesinde<sup>40</sup> ise “alıcının taksiri” kavramı kullanılmışken, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda bu ifadeye yer verilmemiştir. Taksir kelimesinden her ne kadar kusur kavramının anlaşılması gerektiği düşünülse de, bunun yine de teknik anlamda bir kusur olmadığı belirtmek gerekir. Çünkü burada alıcı, kendisine teslim edilen satılanın maliki olmuştur ve malik sıfatıyla, satılanı dilediği gibi kullanabilecektir. Bu noktada kusur kavramı ile asıl anlatılmak istenen husus, alıcının kendi davranışıyla satılanın herhangi bir şekilde bozulmasına, telef ve hasara uğramasına yol açmasıdır. Yoksa alıcının bu davranışlarında bir hukuka aykırılık durumunun gerçekleşmesi söz konusu olmadığı gibi, gerçek anlamıyla bir kusurdan da söz edilemeyecektir<sup>41</sup>. Nitekim 6098 sayılı kanunun 228.maddesinde bu durum, “...satılan alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa...alıcı, ancak değerindeki eksiklik karşılığının satış bedelinden indirilmesini isteyebilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Böylelikle, alıcıya yüklenebilen herhangi bir sebeple satılanın yok olduğu hallerde alıcı sadece bedelde indirim talep edebilecektir. Yine TBK m. 228’in ikinci fıkrasında her ne kadar malın alıcıya yüklenebilir bir sebeple yok olmasından bahsediliyor ise de, öğretide, yine alıcıya yüklenebilir bir sebeple malın ağır bir biçimde zarara uğraması durumunda da alıcının sadece bedelde indirim hakkının olacağı kabul edilmektedir<sup>42</sup>.

### 2. Alıcının Satılanın Biçimini Değiştirmesi

TBK 228 hükmünde belirtilen ve alıcıya sadece bedelde indirim talep hakkını kullanmasına neden olan bir diğer durum ise, alıcının fiiliyle, satılanın biçiminde bir değişiklik meydana getirmesidir<sup>43</sup>. Bu noktada üzerinde düşü-

<sup>39</sup> Gümüş, s. 112; Eren, s. 133; Zevkliler/ Gökyayla, s. 136.

<sup>40</sup> BK. m. 204/II: “Mebi müşterinin taksiri yüzünden telef olmuş yahut müşteri onu başkasına temlik veya şeklini taşıyır etmiş ise ancak kıymet noktasına mukabil semenin tenzili dava edebilir.”

<sup>41</sup> Yavuz, s. 159.

<sup>42</sup> Gümüş, s. 112.

<sup>43</sup> Burada geniş anlamda biçim değiştirmeden söz edilmiş olmakla beraber, asıl belirtilmek istenen, mülga kanunda hukuki taşıyır olarak belirtilen işleme, birleşme ve karışma halleridir.

nülmesi gereken soru, alıcının yapmış olduğu değişikliklerin kapsamı ne olmalıdır ki alıcının talep hakkını sadece bedelde indirim talep hakkına indirgesin? Burada kanunda değişikliğin boyutunun ne derecede olması gerektiği konusunda bir netlik yoktur. Ancak bizim de katılmış olduğumuz ve öğretilde belirtilen görüş neticesinde, alıcının yapmış olduğu şekil değişikliği Medeni Kanun'da belirtilen dürüstlük kuralı gereğince, satıcı tarafından kabul edilemez bir nitelikteyse, o vakit alıcı sadece bedelde indirim talep hakkını kullanabilecektir<sup>44</sup>.

### 3. Alıcının Satılanı Başkasına Devretmesi

TBK 228'de alıcının sadece bedelde indirim talep edebileceğini belirtilen son durum ise, alıcının satılanı başkasına devretmesi halidir. Burada "devir" kavramının geniş olarak yorumlanması gerektiği ve yalnızca mülkiyetin geçirilmesi değil, satılan üzerinde bir sınırlı aynı hak tesis edilmesinin de bedelde indirim dışındaki seçimlik hakların kullanılmasına engel sayılması gerektiği yönünde görüş bildiren yazarlar da mevcuttur<sup>45</sup>.

Öğretilde bu noktada, alıcının satılanı devrederken ayıbın varlığını bilip bilmemesinin önem arz etmeyeceğini savunan bir görüş mevcutken<sup>46</sup>; aksi görüşe göre, alıcının maldaki ayıbı bilerek malı devretmesi malın misli ile değiştirilmesi ve sözleşmeden dönme haklarından feragat sayılacaktır<sup>47</sup>.

Genel olarak, TBK m. 228/II'de belirtilen durumların sınırlayıcı olmadığı ve alıcının somut olaya göre satılanı kullanmasının da dönme hakkını ortadan kaldıracabileceği ve somut olayın şartlarına göre TBK 228/II'yi uygulanabilir kılaacağı belirtilmektedir<sup>48</sup>. Satılanın alıcı tarafından ayıplı olduğu bilinmesine rağmen devredilmesi durumuna benzer olarak, alıcının satılanın ayıplı olduğunu bilerek kullanması yine malın değiştirilmesi ve sözleşmeden dönme haklarından feragat anlamına geleceği aktarılmıştır<sup>49</sup>. Aral/Ayrancı, alıcının ayıbı bilmemesine rağmen satılanı kullanmayı devam etmesinin dönmeden feragat olarak yorumlanabilmesi için somut olayın özelliklerine bakmak gerektiğini belirtmektedirler. Örneğin alıcı ayıbı öğrenmiş olmasına ve geçerli bir sebebi olmamasına rağmen satılanı kullanmakta ısrar eder ise o zaman alıcı sadece 228/II'ye kıyasen satış bedelinin indirilmesini talep edebilmelidir<sup>50</sup>. Kanaatimizce buradaki geçerli sebebi malın korunmasına yönelik bir kullanma olarak algılamak ve sınırlandırmak makul olacaktır. Bir diğer deyişle alıcının, mala zarar gelmesini engellemek amacıyla onu kullanması ancak geçerli bir sebep sayılmalıdır. Aksi taktirde somut olayda da hangi sebebin geçerli olduğunun tespiti kolay olacaktır.

<sup>44</sup> **Pınar Çağlayan**, Alıcının Ayıplı Malı İade Edememesinin Dönme Hakkının Kullanılmasına Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, 2010, s. 145.

<sup>45</sup> **Yavuz**, s. 160; **Edis**, s. 102.

<sup>46</sup> **Gümüş**, s. 112.

<sup>47</sup> **Yavuz**, s. 125.

<sup>48</sup> **Gümüş**, s. 112.

<sup>49</sup> **Yavuz**, s. 164; **Kapancı**, s. 64.

<sup>50</sup> **Aral/Ayrancı**, s. 142.



## V. ZAMANAŞIMI SÜRESİ

### A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun 231. maddesi gereğince; "Satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, satıldandaki ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrar." Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, alıcı seçim hakkını iki yıl içerisinde kullanmak durumundadır. Genel itibariyle alıcının seçim hakkının tabi olduğu bu süre, seçim hakkının niteliği itibari ile yenilik doğuran bir hak olmasına rağmen, zamanaşımı süresidir. Oysaki zamanaşımına tabi olan haklar, kural olarak, yalnız alacak haklardır. Alacak hakkı niteliğinde olmayan diğer haklar ise zamanaşımına uğramazlar. Ancak TBK m. 231'de açık olarak zamanaşımı süresinin öngörülmüş olması, yenilik doğuran hakların hak düşürücü süreye tabi olmaları kuralının istisnasını oluşturmaktadır<sup>51</sup>.

Alıcının maldaki ayıp nedeniyle kullanacağı seçim hakkı, yukarıda belirtilen zamanaşımı süresi dışında, herhangi bir süre ile sınırlandırılmamıştır. Bir başka ifade ile alıcı, iki yıllık zamanaşımı süresi içerisinde açık veya gizli ayıbı bildirip, bedelde indirim seçimlik hakkını kullanmak ve tazminat talebinde bulunmak durumundadır<sup>52</sup>. Burada aslen, satıcının ayıptan doğan sorumluluğundaki ağır şartlar göz önünde bulundurulmuş ve satıcının sorumluluğunu bir nebze azaltabilmek için iki yıl gibi kısa bir süre öngörülmüştür. Fakat, bazı pahalı ve değerli eşyaların sahteliğinin yıllar sonra ortaya çıkabileceği göz önünde bulundurulursa (örneğin, değerli bir tablonun veya pahalı bir takımın satılması hali) iki yıllık kısa süre alıcı bakımından hak kayıplarına neden olabilecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 148. maddesinde yer alan "bu ayırmada belirlenen zamanaşımı süreleri, sözleşmeyle değiştirilemez." ifadesi, kanunun ikinci ayırımında yer hükümleri kapsamaktadır. Bu hükümler dışında yer alan zamanaşımı süreleri eğer bunlara ilişkin kurallar emredici nitelikte değil ise, taraflarca değiştirilebilecektir. Ayıba ilişkin zamanaşımı süresini düzenleyen 231. maddesinde yer alan "Satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça..." ifadesinden ise tarafların zamanaşımı süresini uzatabileceği anlaşılmaktadır.

Yukarıda bahsi geçmekte olan hükümde tarafların zamanaşımı açısından sadece uzatmaya yönelik bir değişiklik yapabileceklerini belirtilmektedir. Ancak bu uzatmanın sınırının ne olacağı konusuna gerek kanunda gerekse gerekçede herhangi bir açıklık getirilmemiştir. Öğretide ise bazı yazarlar TBK m. 146'daki genel düzenlemenin 10 yıllık bir üst sınır getirdiğini belirtirken<sup>53</sup>, bazıları herhangi bir üst sınırın olmayacağını savunmaktadırlar<sup>54</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 246. maddesi gereğince: "Taşınır satışına ilişkin kurallar, kıyas yoluyla taşınmaz satışında da uygulanır." Buna göre, taşınır satış sözleşmesinde satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla, taşınmaz satış sözleşmesinde satıcının ayıptan doğan sorumlu-

<sup>51</sup> "Borçlar Kanunu'un 207. maddesindeki süre, hak düşürücü süre olmayıp, zamanaşımı süresidir". **Yarg. 19. HD. 16.02.2009, 5952/1084**, Yavuz N, s. 1227; **Yavuz**, s. 82.

<sup>52</sup> **Gümüş**, s. 115; **Eren**, s. 123.

<sup>53</sup> **Şahin**, s. 125; **Aral**, s. 149; **Kapan**, s. 83.

<sup>54</sup> **Yavuz**, s. 85.

luğu hakkında da uygulanabilecektir. Fakat kanunun 244.maddesi taşınmazın yüzölçümü miktarındaki eksiklikleri ayıp sayarak satıcının bu eksiklik nedeniyle sorumluluğunu öngörmekte ve sadece taşınmaz üzerindeki yapılara özgü olmak üzere özel bir zamanaşımı süresi getirmektedir. Buna göre: “*Bir yapının ayıplı olmasından doğan davalar, mülkiyetin geçmesinden başlayarak beş yılın ve satıcının ağır kusuru varsa yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar*<sup>55</sup>.”

### **B. Satıcının Ağır Kusurlu olduğu Hallerde**

Türk Borçlar Kanunu'nun 231. maddesinin son fıkrasında yer alan hüküm gereğince; “*Satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamayacaktır.*” Bu durumda genel hükümlerde yer alan on yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olacaktır.

Taşınmaz satışında ise satıcının ağır kusuru olması halinde satıcı beş yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamayacaktır<sup>56</sup>. Ancak taşınır satışındaki ayıplarda satıcının ağır kusurlu olması durumunda kanun maddesi herhangi bir süre öngörmemiş olduğu için genel zamanaşımı hükümlerine başvurulacak olduğu halde Türk Borçlar Kanunu'nun 244.maddesinde, satılan taşınmazdaki bir yapının ayıplı olmasından dolayı ağır kusurlu satıcının sorumluluğunu açık bir şekilde yirmi yıllık zamanaşımına bağlamıştır.

### **SONUÇ**

Satış sözleşmesine konu olan malda ayıp olması durumunda alıcının sahip olduğu bedelde indirim seçimlik hakkının hukuki niteliğinin ne olduğu hususunda farklı görüşler yer alsa da kannatimizce bu yenilik doğuran bir haktır ve alıcı tek taraflı irade beyanı ile bu hakkı seçmiş olur. Beyanın satıcının hakimiyet alanına ulaşması ile de bu yenilik doğuran hak sonuçlarını kendiliğinden doğurur.

Söz konusu bedelde indirim hakkının kullanılması sonucu bedelde indirimin nasıl yapılacağına ilişkin kanunda net bir ifade yer almazken Yargıtay genel olarak nispi metodun uygulanması yönünde bir görüş benimsemektedir. Nitekim bu yöntemin satılanın ucuz veya pahalı olmasına göre sağlanan karın göz önünde tutulması bakımından adalete en uygun olan metod olduğu söylenebilir.

Alıcı, bedelde indirim hakkıyla birlikte zararın giderilmesini isteyebileceği gibi sadece uğradığı zararın tazmini de isteyebilecektir. Alıcı bu noktada sadece zararın tazminin talep etmişse, satılarda ayıp bulunması TBK m. 112'de dü-

<sup>55</sup> TKHK. m. 12'ye göre de, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda bu süre taşınmazın tesliminden itibaren beş yıldır. Ayrıca TBK m. 478 gereğince eser sözleşmesi çerçevesinde yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmiş ise, bu sebeple açılacak davalar da teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

<sup>56</sup> 53 “... Gayrimenkul satışında ölçünün eksik çıkması nedeniyle alıcının satıcıya karşı açacağı davanın yasal dayanağı B.K'nun ayıba karşı tekeffül ile ilgili hükümleridir. Ayıba karşı tekeffül davası B.K 217 maddesi yollamasıyla B.K 207/1 maddesi gereğince 1 yıllık zamanaşımına tabidir. Satıcının alıcıyı iğfal etmiş olması halinde satıcı 1 yıllık zamanaşımı süresinden istifade edemez...” **Yarg. 13. HD. 01.04.2008, 15133/4504. (Çevrimiçi, www.kazanci.com.tr.)**

zenlenen gereği gibi ifa etmeme niteliğini taşıyacağı için, alıcı ifaya olan menfa-  
atini talep edebilecektir. Bedelde indirim hakkını kullanılması ile birlikte zarar-  
ın giderilmesi noktasında ise bir ayırım yapmak gerekecektir. Bu hususta se-  
çimlik hakkın kullanılmasında sadece satılardaki değer eksikliğini giderecektir.  
Ancak tek başına değer eksikliğinin giderilerek ayıbın telafi edilmesi alıcının  
uğradığı zararı tam olarak karşılayamayabilir. Bu durumda alıcı, seçimlik hak-  
kını kullanarak tamamıyla karşılayamadığı olumlu zararının tazmini TBK m.  
112 ile karşılayacaktır. Bu doğrultuda satıcı, aleyhine olan kusur karinesini  
çürüterek sorumluluktan kurtulabilecektir.

Alıcı bedelde indirim hakkını kullanırken bazı kanuni sınırlamalara tabi-  
dir. Bu noktada, satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı  
bedelde indirim hakkını kullanamayıp, sözleşmeden dönme veya satılanın ayıp-  
sız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabileceken;  
satılan alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı onu  
başkasına devretmişse ya da biçimini değiştirmişse alıcı, sadece değerindeki  
eksiklik karşılığının satış bedelinden indirilmesini isteyebilecektir.

### **KAYNAKÇA**

Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hü-  
kümler - Özel Borç ilişkileri, 21. Bs., Beta Yayınları, İstanbul-2013.

Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku- Özel Borç ilişkileri,  
Yetkin Yayınları, Ankara-2015.

Arbek, Ömer: Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara-2005.

Atamer Yeşim / Baş Ece, "Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Ola-  
rak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım  
Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk" İstanbul Barosu Dergisi Tüketici  
Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C. 88, İstanbul-2014.

Atamer Yeşim, "Taşınır Satımı Sözleşmesi" Türk Borçlar Kanunu Sem-  
pozyumu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul-2012, s. 187-222.

Atamer Yeşim, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Millet-  
ler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılı-  
ğın Sonuçları, İstanbul-2005.

Atamer, Yeşim: Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m.4 - Eleşti-  
riler ve Revizyon Teklifleri-, Batider, C. XXIV, S.1, 2007.

Aydoğdu, Murat / Kahveci Nalan: Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişki-  
leri), Adalet Yayınevi, Ankara-2014.

Bilgin, Melek Yüce: "Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun  
Şartları ve Alıcının Hakları, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri-  
nin Değerlendirilmesi Sempozyumu - Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2011,  
s. 381-418.

Buz, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara-2005.

Çağlayan, Pınar: Alıcının Ayıplı Malı İade Edememesinin Dönme Hakkı-  
nın Kullanılmasına Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, 2010.

Edis, Seyfullah: Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Te-  
keffül Borcu, Ankara-1963.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara-2017.

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I., Vedat Kitapçılık, İstanbul-2013.

Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul-1992.

Kahveci, Nalan: Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Ankara-2014.

Kapancı, Kadir Berk: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul-2012.

Kocayusufoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin/Seroan, Rona / Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III., Filiz Kitabevi, İstanbul-2014.

Oğuzman Kemal / Barlas, Nami: Medeni Hukuka Giriş- Temel Kavramlar, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2015.

Pekmez, Cüneyt: "Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Borca Aykırılıktan Doğan Kusursuz Sorumluluğa Genel Bakış", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2015, s. 489-522.

Şahiniz, Salih: Tacirler Arası Ticari atımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, İstanbul - 2008.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I, 6. Bası, İstanbul-1990.

Yavuz, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınları, İstanbul-2012. (Yavuz).

Yavuz, Cevdet: Satıcının Satılanın (malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta Basın Yayım, İstanbul-1989.

Yavuz, Nihat: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.I, Adalet Yayınları, Ankara-2013. (Yavuz N.)

Yücer Aktürk, İpek: Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Sorumluluğu, Ankara Barosu, 2015, s. 211-238.

Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bs., Turan Kitabevi, Ankara-2016.

Zevkliler, Aydın / Aydoğdu, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara-2004.

Zevkliler, Aydın: Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun - Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Yönetmelikler - Tebliğler - Avrupa Birliği Direktifleri, 2. Bası., Ankara-2001

**LEGAL YAYINCILIK TÜM YILLAR DERGİ FİYAT LİSTESİ**  
**(BASILI, ONLINE SÜRELİ-SÜRESİZ VE E-DERGİ)**  
**LEGAL PUBLISHING'S PRICE LIST COVERING ALL THE YEARS**  
**(PRINTED-ON LINE-PERIODIC- NON-PERIODIC, AND E-JOURNAL)**

DERGİLER	BASILI	ONLINE (SÜRELİ)	ONLINE (SÜRESİZ)	E-DERGİ
<b>Legal Hukuk Dergisi (Aylık)</b>				
2017	465₺	209,25₺	279₺	279₺
2016	465₺	209,25₺	279₺	279₺
2015	425₺	191,25₺	255₺	255₺
2014	425₺	191,25₺	255₺	255₺
2013	390₺	175,50₺	234₺	234₺
2012	390₺	175,50₺	234₺	234₺
2011	370₺	166,50₺	222₺	222₺
2010	350₺	157,50₺	210₺	210₺
2009	330₺	148,50₺	198₺	198₺
2008	300₺	135₺	180₺	180₺
2007	260₺	117₺	156₺	156₺
2006	240₺	108₺	144₺	144₺
2005	220₺	99₺	132₺	132₺
2004	200₺	90₺	120₺	120₺
2003	150₺	67,50₺	90₺	90₺
<b>Mali Hukuk Dergisi (Aylık)</b>				
2017	350₺	157,50₺	210₺	210₺
2016	350₺	157,50₺	210₺	210₺
2015	320₺	144₺	192₺	192₺
2014	320₺	144₺	192₺	192₺
2013	290₺	130,50₺	174₺	174₺
2012	290₺	130,50₺	174₺	174₺
2011	275₺	123,75₺	165₺	165₺
2010	260₺	117₺	156₺	156₺
2009	245₺	110,25₺	147₺	147₺
2008	220₺	99₺	132₺	132₺
2007	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2006	175₺	78,75₺	105₺	105₺
2005	160₺	72₺	96₺	96₺
<b>İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (3 Aylık)</b>				
2017	265₺	119,25₺	159₺	159₺
2016	265₺	119,25₺	159₺	159₺
2015	240₺	108₺	144₺	144₺
2014	240₺	108₺	144₺	144₺
2013	220₺	99₺	132₺	132₺
2012	220₺	99₺	132₺	132₺
2011	200₺	90₺	120₺	120₺
2010	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2009	180₺	81₺	108₺	108₺
2008	145₺	65,25₺	87₺	87₺
2007	120₺	54₺	72₺	72₺
2006	110₺	49,50₺	66₺	66₺
2005	100₺	45₺	60₺	60₺
2004	90₺	40,50₺	54₺	54₺

DERGİLER	BASILI	ONLİNE (SÜRELİ)	ONLİNE (SÜRESİZ)	E-DERGI
<b>Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi (3 Aylık)</b>				
2017	230₺	103,5₺	138₺	138₺
2016	230₺	103,5₺	138₺	138₺
2015	210₺	94,50₺	126₺	126₺
2014	210₺	94,50₺	126₺	126₺
2013	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2012	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2011	180₺	81₺	108₺	108₺
2010	170₺	76,50₺	102₺	102₺
2009	160₺	72₺	96₺	96₺
2008	140₺	63₺	84₺	84₺
2007	120₺	54₺	72₺	72₺
2006	110₺	49,50₺	66₺	66₺
2005	100₺	45₺	60₺	60₺
<b>Banka ve Finans Hukuku Dergisi (3 Aylık)</b>				
2017	230₺	103,5₺	138₺	138₺
2016	230₺	103,5₺	138₺	138₺
2015	210₺	94,50₺	126₺	126₺
2014	210₺	94,50₺	126₺	126₺
2013	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2012	190₺	85,50₺	114₺	114₺
<b>Medenî Usul ve İcra İfîlâs Hukuku Dergisi (4 Aylık)</b>				
2017	180₺	81₺	108₺	108₺
2016	180₺	81₺	108₺	108₺
2015	160₺	72₺	96₺	96₺
2014	160₺	72₺	96₺	96₺
2013	145₺	65,25₺	87₺	87₺
2012	145₺	65,25₺	87₺	87₺
2011	135₺	60,75₺	81₺	81₺
2010	125₺	56,25₺	75₺	75₺
2009	120₺	54₺	72₺	72₺
2008	105₺	47,50₺	63₺	63₺
2007	90₺	40,50₺	54₺	54₺
2006	80₺	36₺	48₺	48₺
2005 (2 sayıdır)	50₺	22,50₺	30₺	30₺
<b>Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi (6 Aylık)</b>				
2017	120₺	54₺	72₺	72₺
2016	120₺	54₺	72₺	72₺
2015	100₺	45₺	60₺	60₺
2014	100₺	45₺	60₺	60₺
2013	90₺	40,50₺	54₺	54₺
2012	90₺	40,50₺	54₺	54₺
<b>Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi (6 Aylık)</b>				
2017	120₺	54₺	72₺	72₺
2016	120₺	54₺	72₺	72₺
2015	100₺	45₺	60₺	60₺
2014	100₺	45₺	60₺	60₺
2013	90₺	40,50₺	54₺	54₺

**Legal Yayıncılık A.Ş.**

Caferağa Mah.General Asım Gündüz Cad.(Bahariye) Sekizler Apt. No: 59 D: 6-7 Kadıköy/İSTANBUL

Tel: (0216) 449 04 85 - 86 Faks: (0216) 449 04 87 mail: legal@legal.com.tr

www.legal.com.tr

DERGİLER	BASILMI	ONLİNE (SÜRELİ)	ONLİNE (SÜRESİZ)	E-DERGİ
<b>Tıp Hukuku Dergisi (6 Aylık)</b>				
2017	120₺	54₺	72₺	72₺
2016	120₺	54₺	72₺	72₺
2015	100₺	45₺	60₺	60₺
2014	100₺	45₺	60₺	60₺
2013	90₺	40,50₺	54₺	54₺
2012	90₺	40,50₺	54₺	54₺
<b>Anayasa Hukuku Dergisi (6 Aylık)</b>				
2017	120₺	54₺	72₺	72₺
2016	120₺	54₺	72₺	72₺
2015	100₺	45₺	60₺	60₺
2014	100₺	45₺	60₺	60₺
2013	90₺	40,50₺	54₺	54₺
2012	90₺	40,50₺	54₺	54₺
<b>Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (6 Aylık)</b>				
2010	45₺	-	-	-
2009	45₺	-	-	-
2008	45₺	-	-	-
2007	45₺	-	-	-
2006	45₺	-	-	-
<b>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (6 Aylık)</b>				
2017	140₺	-	-	-
2016	140₺	-	-	-
2015	120₺	-	-	-
2014	120₺	-	-	-
2013	90₺	-	-	-
2012	90₺	-	-	-
2011	85₺	-	-	-
2010	35₺	-	-	-
2009	35₺	-	-	-
2008	60₺	-	-	-
2007	60₺	-	-	-
2006	60₺	-	-	-
<b>İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi (3 Aylık)</b>				
2008	75₺	-	-	-
2007	65₺	-	-	-
2006 (2 sayıdır)	25₺	-	-	-

**Legal Yayıncılık A.Ş.**

Caferağa Mah.General Asım Gündüz Cad.(Bahariye) Sekizler Apt. No: 59 D: 6-7 Kadıköy/İSTANBUL

Tel: (0216) 449 04 85 - 86 Faks: (0216) 449 04 87 mail: legal@legal.com.tr

www.legal.com.tr

DERGİ MİKTARI	İNDİRİM
2	%2
3-5	%4
6-9	%6
10+	%10

Aldığınız Dergi Aboneliği Kadar <b>Paket İndirimi</b> Uygulanacaktır.	Oluşturacağınız paketlere yukarıdaki <b>paket abonelik indirimleri</b> uygulanacaktır. <b>Kredi Kartına 6 Taksit</b> yapılmaktadır.
---	--

BANKA ADI	ŞUBE	ŞUBE KODU	HESAP NO	IBAN NO
Yapı Kredi Bankası	Moda	217	60825788	TR81 0006 7010 0000 0060 8257 88
Garanti Bankası	Moda	124	6299549	TR39 0006 2000 1240 0006 2995 49
Akbank	Moda	256	48668	TR31 0004 6002 5688 8000 0486 68
Türkiye İş Bankası	Bahariye	1343	47728	TR34 0006 4000 0011 3430 0477 28

PTT / Posta Çeki Hesap No: 1052845

**Legal Yayıncılık A.Ş.**

Caferağa Mah.General Asım Gündüz Cad.(Bahariye) Sekizler Apt. No: 59 D: 6-7 Kadıköy/İSTANBUL  
Tel: (0216) 449 04 85 - 86 Faks: (0216) 449 04 87 mail: legal@legal.com.tr  
www.legal.com.tr





**LEGALBANK ABONELİK FORMU**  
**SUBSCRIPTION FORM FOR THE LEGALBANK LEGAL DATABASE**



LEGAL YAYINCILIK A.Ş.

Abonelik için Tel: (0216) 449 04 85-86 Faks: (0216) 449 02 26 - 449 04 87  
www.legalbank.net legal@legal.com.tr

<b>LEGALBANK ABONELİK FORMU</b>			
<b>Mevzuat ve Kararlar Bankası (www.legalbank.net)</b>			
<b>Abonenin</b>		<b>Fatura Bilgileri</b>	
Adı -Soyadı		Adı -Soyadı	
Firma		Firma	
Adres		Adres	
T.C. Kimlik No.		T.C. Kimlik No.	
Telefon		Vergi Dairesi	
Cep Telefonu		Vergi No.	
E-Posta (abone isminiz olarak kullanılacaktır)		Kullanıcı Adedi	
<b>1 Yıllık (1 Kullanıcı) Abonelik Bedeli 590 TL</b>			
<b>Banka Hesabına Ödeme</b>			
<input type="checkbox"/> Yapı Kredi Bankası (Moda Şubesi - 217) Hesap No. 60825788 (IBAN NO: TR81 0006 7010 0000 0060 8257 88)			
<input type="checkbox"/> Garanti Bankası (Moda Şubesi - 124) Hesap No. 6299549 (IBAN NO: TR39 0006 2000 1240 0006 2995 49)			
<input type="checkbox"/> Akbank (Moda Şubesi - 256) Hesap No. 0048668-8 (IBAN NO: TR31 0004 6002 5688 8000 0486 68)			
<input type="checkbox"/> T. İş Bankası (Bahariye Şubesi- 1343) Hesap No. 47728 (IBAN NO: TR34 0006 4000 0011 3430 0477 28)			
<b>Posta Çeki İle Ödeme</b>			
<input type="checkbox"/> PTT Posta Çeki Hesap No: 1052845			
<b>Sadece Kredi Kartına 6 Taksit yapılmaktadır</b>			

Adı Soyadı	Banka	
Kredi Kart No		
<input type="checkbox"/> VISA <input type="checkbox"/> MASTERCARD	Son Kullanma Tarihi	<input type="checkbox"/> - <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
C V V		
<b>Ödeme Şekli</b>	<b>Tarih</b>	<b>Tutar</b>
Peşinat		
Toplam		

Yukarıda belirttiğim tutarın, VISA/MASTERCARD kredi kartı hesabıma borç kaydedilerek Firmanızın hesabı bulunan bankalar nezdindeki ilgili hesaplarına Firmanız ile çalışılan bankalar arasında belirlenen koşullar çerçevesinde alacak kaydedilmesini kabul ediyorum ve bu konuda ilgili bankaları yetkili kılıyorum. İş bu abonelik sözleşmesi, www.legalbank.net sitesindeki mevzuat kararlar bankası 1 yıllık abonelik hizmetini kapsamaktadır.

Legal Yayıncılık 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerini eksiksiz olarak yerine getirmeyi taahhüt eder.

Tarih ...../...../.....

Abone İmza .....

Şirket Temsilcisi İmza .....