

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ  
DERGİSİ

SELÇUK LAW REVIEW



Cilt (Volume): 26

Sayı (Number): 3

Yıl (Year): 2018



# SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

## SELÇUK LAW REVIEW

Cilt (Volume): 26 • Sayı (Number): 3 • Yıl (Year): 2018

ISSN: 1306 - 8075

E-ISSN: 2548 - 1177

### **Sahibi (Owner):**

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına  
Prof. Dr. Mustafa ŞAHİN (Dekan V.)

### **Editörler (Editors) :**

Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN  
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe ARAT  
Dr. Öğr. Üyesi Alper UYUMAZ  
Arş. Gör. Özge PAŞAOĞLU

### **Yayın Kurulu (Editorial Board) :**

Prof. Dr. Yavuz ATAR  
Prof. Dr. Berrin AKBULUT  
Prof. Dr. Faruk BİLİR  
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER  
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN  
Prof. Dr. Paulo de Tarso Pires de Lara

Doç. Dr. N. Binnur TULUKÇU  
Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN  
Doç. Dr. Erdal YERDELEN  
Dr. Öğr. Üyesi S. Sami AKKURT  
Dr. Öğr. Üyesi Murat AKSAN  
Dr. Öğr. Üyesi Nurşen AYAN

### **Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :**

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)  
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Başkent Ü.)  
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)  
Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)  
Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)  
Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Ü.)  
Prof. Dr. Aydın GÜLAN (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Arslan KAYA (İstanbul Ü.)  
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ (Gazi Ü.)  
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)  
Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN (Gazi Ü.)  
Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)  
Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İ. Kültür Ü.)  
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)  
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (Gazi Ü.)

Baskı – Cilt: Selçuk Üniversitesi Basımevi / 0 332 241 18 47 / Aralık 2018

# DERGİ HAKKINDA

## AMAÇ

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

## KAPSAM

Dergimiz Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez elektronik ortamda ve basılı olarak yayımlanan hukuk alanında makale kabul eden hakemli bir dergidir. Kamu hukuku, özel hukuk ve malî hukuk alanlarındaki makalelerin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

## DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Dergimizde yayımlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir. Yayın şartları son sayfada yer almaktadır.

## KISALTMA

Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

## HABERLEŞME ADRESİ

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA

Tel : 0332 241 00 45

Fax : 0332 241 01 05

İnternet : <http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr> • <http://dergipark.gov.tr/suhfd>

E-posta : [hukukdergi@selcuk.edu.tr](mailto:hukukdergi@selcuk.edu.tr) • [dergisuhfd@gmail.com](mailto:dergisuhfd@gmail.com)

## DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER



TR DİZİN Hukuk Veri Tabanı

Dergimiz ULAKBİM'in 16.06.2010 tarih ve 1799 sayılı yazısıyla TÜBİTAK ULAKBİM HUKUK VERİ TABANINA alınmıştır.



ASOS INDEX (Asos Academia Social Science Index)

Dergimiz 2016 yılından itibaren Asos Academia Social Science Index tarafından taranan dergiler arasındadır.



SOBIAD (Sosyal Bilimler Atf Dizini)

Dergimiz 2017 yılından itibaren SOBIAD tarafından taranan dergiler arasındadır.



HeinOnline

Dergimiz 2017 yılından itibaren HeinOnline tarafından taranan dergiler arasındadır.

## İÇİNDEKİLER

### MAKALELER

#### KAMU HUKUKU

YÜKSEK ÖĞRETİM KURUMLARI DÖNER SERMAYE İŞLETMELERİNDE  
KAMU ZARARI VE SORUMLULARI..... 11

*Dr. Öğr. Üyesi. Gülden ŞİŞMAN*

*Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN*

ALİ HAYDAR EFENDİ’DE VÂKIFIN ŞARTLARI (ŞART-I VÂKIF)..... 45

*Dr. Öğr. Üyesi Ahmet AKMAN*

İSTANBUL SÖZLEŞMESİ VE 2017 TÜRKİYE GÖLGE RAPORUNA İLİŞKİN BİR  
DEĞERLENDİRME ..... 87

*Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR*

SEÇİM SİSTEMLERİ VE TÜRKİYE'DE MİLLETVEKİLİ SEÇİM SİSTEMİNE İLİŞKİN BİR ÖNERİ..... 113

*Dr. Öğr. Üyesi Abdulkadir YILDIZ*

KAMU HİZMETİNİN UYARLAMA İLKESİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME 155  
*Arş. Gör. Ahmet BAĞRIAÇIK*

HAKSIZ TAHRİKİN FELSEFİ TEMELLERİ..... 185  
*Arş. Gör. Abdulkadir ÇADAK*

## ÖZEL HUKUK

TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE TESCİLE TÂBİ OLMAYAN KANUNÎ İPOTEKLER..... 241

*Dr. Öğr. Üyesi Özge YENİCE CEYLAN*

TAAHHÜTLÜ ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE SONUÇLARI 271  
*Arş. Gör. Kemal ERDOĞAN*

TÜRK VE RUS HUKUKUNDA ÇOCUĞUN VELÂYETİ..... 331  
*Gulden ABUGALI*

# SELÇUK LAW REVIEW

Volume: 26 • Number: 3 • Year: 2018

## CONTENTS

### ARTICLES

#### PUBLIC LAW

PUBLIC LOSS AND THE RESPONSIBLES IN THE HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS' REVOLVING FUNDS ..... 11

*Asst. Prof. Gül den ŞİŞMAN*

*Assoc. Prof. Ümit Süleyman ÜSTÜN*

CONDITIONS OF ENDOWMENT FOUNDER IN ALI HAYDAR EFENDİ..... 45

*Asst. Prof. Ahmet AKMAN*

ISTANBUL CONVENTION AND AN ASSESSMENT OF THE 2017 TURKEY SHADOW REPORT..... 87

*Asst. Prof. Tuğba BAYRAKTAR*

ELECTORAL SYSTEMS AND A SUGGESTION FOR TURKEY LEGISLATIVE ELECTION SYSTEM..... 113

*Asst. Prof. Abdulkadir YILDIZ*

A EVALUATION OF ADAPTATION PRINCIPLE BY THE PUBLIC SERVICE.. 155

*Asst. Ahmet BAĞRIAÇIK*

PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF UNJUST PROVOCATION..... 185

*Asst. Abdulkadir ÇADAK*

## PRIVATE LAW

NON-REGISTERED LEGAL MORTGAGES ACCORDING TO THE TURKISH  
CIVIL CODE..... 241

*Asst. Prof. Özge YENİCE CEYLAN*

THE TERMINATION OF PROMISSORY SUBSCRIPTION CONTRACTS AND ITS  
RESULTS..... 271

*Asst. Kemal ERDOĞAN*

GUARDIANSHIP OF CHILDREN IN TURKISH AND RUSSIAN LAW ..... 331

*Gulden ABUGALI*



*Makaleler*

---

---

*Kamu Hukuku*



## **YÜKSEK ÖĞRETİM KURUMLARI DÖNER SERMAYE İŞLETMELERİNDE KAMU ZARARI VE SORUMLULARI\***

**Dr. Öğr. Üyesi. Gül den ŐŐŐMAN\*\***

**Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN\*\*\***

### **PUBLIC LOSS AND THE RESPONSIBLES IN THE HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS' REVOLVING FUNDS**

#### **Makaleye Atıf**

**Klasik Usul:** ŐŐŐman, Gül den / Üstün, Ümit Süleyman: Yüksek Öğretim Kurumları Döner Sermaye İşletmelerinde Kamu Zararı ve Sorumluları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 2018, s. 11-43.

**APA:** ŐŐŐMAN, G, ÜSTÜN, Ü. (2018). Yüksek Öğretim Kurumları Döner Sermaye İşletmelerinde Kamu Zararı ve Sorumluları. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26 (3), 11-43. DOI: 10.15337/suhfd.467409.

---

\* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 04.10.2018

**Kabul Edildiği Tarih:** 18.12.2018

**DOI Numarası:** [10.15337/suhfd.467409](https://doi.org/10.15337/suhfd.467409)

\*\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**E-mail Adresi:** gulden\_av@hotmail.com

**ORCID ID:** [0000-0002-6467-6048](https://orcid.org/0000-0002-6467-6048)

\*\*\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**E-mail Adresi:** sustun@selcuk.edu.tr

**ORCID ID:** [0000-0003-0710-3312](https://orcid.org/0000-0003-0710-3312)

## ÖZ

*Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu'nun 71.maddesi kamu zararını; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olmak şeklinde tanımlanmaktadır. Bu çalışmanın amacı yükseköğretim kurumları döner sermayeleri açısından kamu zararını incelemektir. Bunun yanı sıra devlete verilen zararın tazminini sağlamak için kamu zararının sorumlusunun da belirlenmesi gerekecektir.*

**ANAHTAR KELİMELER:** *Malî Sorumluluk, Kamu Zararı, Sayıştay Denetimi, Yüksek Öğretim Kurumları, İdari Sorumluluk.*

## ABSTRACT

*Article 71 in Public Financial Management and Control Law No. 5018 stated public loss as is preventing an increase or causing a decrease in the public resource as a result of a decision, transaction or action that violates the legislation and that stems from their intention, fault or negligence. The purpose of this study is to examine public loss in terms of revolving funds for higher education institutions. In addition to this, the responsibility for public loss will also need to be determined in order to compensate the damage to the state.*

**KEY WORDS:** *Financial Liability, Public Loss, Court of Accounts Audit, Higher Education Institutions, Administrative Responsibility.*

## GİRİŞ

Türkiye'de hem ekonomi içindeki yeri hem de sağlık hizmetlerinde üstlendikleri görevler nedeniyle döner sermaye işlemleri büyük öneme sahiptir.

Döner sermaye işletmelerinin gelir, gider, varlık ve yükümlülüklerin, etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde yönetilmesini; mevzuata uygun olarak faaliyet gösterilmesini, her türlü malî karar ve işlemlerde usulsüzlük ve yolsuzluğun önlenmesini; varlıkların kötüye kullanılması ve israfını önlemek ve kayıplara karşı korunmasını sağlamak amacıyla denetlenmesi gerekmektedir. Merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri bu Kanuna ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri olup üniversiteler II Sayılı cetvel "özel bütçeli idareler", başlığı altında yer almaktadır. Bu bağlamda genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerine bağlı olarak

kurulmuş döner sermaye işletmeleri 5018 Sayılı Kanunda belirtilen esaslar çerçevesinde Sayıştay denetimine tabidir. Sayıştay, denetimlerinin neticesinde kamu idarelerinin gelir, gider ve malları ile bunlara ilişkin hesap ve işlemlerinin kanunlara ve diğer hukuki düzenlemelere uygunluğunu tespit edip değerlendirmekle sorumludur.

Sayıştay denetimi sürecinde döner sermaye işletmeleri öncelikle 5018 Sayılı Kanuna, eklerine ve bu kanuna göre hazırlanmış yönetmeliklere uygun olup olmadığına bakılacaktır. Çalışmanın konusu kamu zararına ilişkin Sayıştay tarafından Yükseköğretim Kurumları Döner Sermayeleri için kesin hükme bağlanmış kararların “kamu zararı” ve “kamu zararı sorumlusu” kavramı ile birlikte değerlendirilmesidir. Çalışmada konu ile ilgili Sayıştay kararlarına da yer verilecektir.

### I-DÖNER SERMAYE İŞLETMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin aslî ve sürekli kamu hizmetlerini yerine getirirken ortaya çıkan kapasite fazlasını değerlendirmek, devlete ek gelir sağlamak ve topluma faydalı olmak malî ve idarî özerklik, giderlerde serbestlik ve özel ayrıcalıklar sağlamak amacıyla başta sağlık olmak üzere eğitim, tarım, orman gibi hemen hemen her faaliyette bulunabilecek döner sermayeli işletmeler kurulmuştur<sup>1</sup>.

Mülga 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanunu'nun 49. maddesi “Genel bütçe içinde yönetilen sınıai ve ticari kurum ve idarelerin ilk madde ve malzeme alım bedelleri ile uzman ve işçi ücretleri döner sermaye adıyla bütçelere konulan ödenekler ile karşılanır ve ödenir” hükmüne yer vererek bu işletmelerin işlevini vurgulamıştır. İlk döner sermaye uygulaması 26.01.1925 gün ve 549 sayılı “Ziraat Müesseselerine Sabit Sermaye Vaz'ına Dair Kanun” ile başlamıştır. Ancak Türkiye’de ilk kez döner sermaye deyiimi 27.01.1927 gün ve 968 sayılı “Milli Matbaa Tahsisatının Mütedavil Sermaye halinde İstimaline Dair Kanun”la eş anlama gelen “Mütedavil Sermaye” olarak kullanılmıştır<sup>2</sup>.

Üniversiteler bünyesinde de bu bağlamda döner sermaye işletmeleri kurulmuştur. Döner Sermaye İşletmelerinin kurulmasına dayanak teşkil eden düzenleme Yükseköğretim Kanununun 58. maddesi ve bu maddeye

<sup>1</sup> <http://dsermaye.sdu.edu.tr/tr/kurumsal-tanitim/doner-sermayeli-isletmeler-4646s.html>

<sup>2</sup> [http://donersermaye.gen.tr/?page\\_id=9](http://donersermaye.gen.tr/?page_id=9) ET. 10.09.2018

dayanılarak hazırlanmış yönetmelikler olup bu yönetmelikler üniversitede kurulacak döner sermaye işletmelerinin kurulum, çalışma ve tasfiye işlemlerini idarî ve malî yönden düzenler<sup>3</sup>. Üniversitelere bağlı döner sermaye işletmelerin faaliyet alanları ise; bilimsel görüş vermek, proje hazırlamak, araştırma, uygulama ve benzeri hizmetler yapmak, belirli bilimsel sonuçların uygulamasını sağlamak, üniversite ve ona bağlı kurumlarda hasta muayene ve tedavisi yapmak ve bunlarla ilgili tahlil ve araştırmaları yürütmek, faaliyet alanları ile sınırlı olarak mal ve hizmet üretiminde bulunmak gibi alanlar olarak belirtilebilir<sup>4</sup>.

Sahip olduğu ayrıcalıklar nedeniyle döner sermayeli işletmeler mali idare sisteminin önemli malî istisnalarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>5</sup>. Döner sermayeler 06.11.1981 tarih ve 17506 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun "Döner Sermaye ve Araştırma Fonu" başlıklı 58. maddesinde<sup>6</sup> ifade edildiği

<sup>3</sup> YİĞİTER Şule Yüksel/ HANOĞLU Mahmut, *Üniversitelerde Döner Sermaye İşletmeleri*, Erzincan 2017, s. 24.

<sup>4</sup> <http://dsermaye.sdu.edu.tr/tr/kurumsal-tanitim/doner-sermayeli-isletmeler-4646s.html> (ET. 10.09.2018).

<sup>5</sup> Döner sermaye, genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerine kanunlarla verilen asli ve sürekli kamu görevlerine bağlı olarak ortaya çıkan ve genel idare esaslarına göre yürütülmesi mümkün olmayan mal ve hizmet üretimine ilişkin faaliyetlerin sürdürülebilmesi için, kamu idaresine bağlı olarak kurulmuş işletmelere tahsis edilen sermayeyi, işletme ise verilen sermayenin tahsis amacını gerçekleştirmek üzere kurulan döner sermaye işletmeleri olarak tanımlanmaktadır... Döner sermaye esasları, genel bütçe içindeki kuruluşlara iktisadi nitelik ve yönetim bakımından serbestlik getirerek sınırlı ve ticari nitelik taşıyan işletmeler kurabilmekte, işletme esaslarına göre kar amacıyla çalışmalarını gerçekleştirebilmektedir. Bkz. <http://dsermaye.sdu.edu.tr/tr/kurumsal-tanitim/doner-sermayeli-isletmeler-4646s.html>

<sup>6</sup> "Üst kuruluşlarda, ilgili kurulların önerisi ve Yükseköğretim Kurulunun onayı ile; üniversitelerde ve bunlara bağlı fakülte, enstitü, yüksekokul, konservatuvar, meslek yüksekokulları ile uygulama ve araştırma merkezlerinde ilgili yönetim kurulunun önerisi, rektörün olumlu görüşü ve Yükseköğretim Kurulunun onayı ile döner sermaye işletmeleri kurulabilir. Verilecek ilk sermayenin miktarı bütçede gösterilir ve kendi gelirleri ile, yükseköğretim üst kuruluşlarında Yükseköğretim Kurulunun kararı ile üniversitelerde ise ilgili yönetim kurulunun önerisi ve rektörün onayı ile artırılabilir. Döner sermaye işletmelerinin faaliyet alanları, sermaye limitleri, işletme ile ilgili yönetim işlerinin yürütülmesi esasları ve Muhasebe usulleri, Maliye Bakanlığının olumlu görüşü alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunun tespit

döner sermaye işletmeleri üst kuruluşlarda, ilgili kurulların önerisi ve Yükseköğretim Kurulunun onayı ile; üniversitelerde ve bunlara bağlı fakülte, enstitü, yüksekokul, konservatuar, meslek yüksekokulları ile uygulama ve araştırma merkezlerinde ilgili yönetim kurulunun önerisi, rektörün olumlu görüşü ve Yükseköğretim Kurulunun onayı ile döner sermaye işletmeleri kurulabilir

Döner sermaye işletmelerinin yeniden yapılandırılması ile ilgili olarak bugüne kadar; Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan Döner Sermayeli İşletmeler Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği<sup>7</sup>, Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelik<sup>8</sup>, Yükseköğretim Kurumlarında Döner Sermaye Gelirlerinden Yapılacak Ek Ödemenin Dağıtılmasında Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik<sup>9</sup> ve Döner Sermayeli İşletmeler Genel Tebliği (Sıra No:1) yürürlüğe konulmuştur.

5018 Sayılı Kanunda kamu zararı kavramı ile ilgili hükme yerilmektedir. İlgili kanunun amacı md. 1 çerçevesinde *“kalkınma planları ve programlarda yer alan politika ve hedefler doğrultusunda kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesi ve kullanılmasını, hesap verebilirliği ve malî saydamlığı sağlamak üzere, kamu malî yönetiminin yapısını ve işleyişini, kamu bütçelerinin hazırlanmasını, uygulanmasını, tüm malî işlemlerin muhasebeleştirilmesini, raporlanmasını ve malî kontrolü düzenlemek”* olarak belirtilebilir. Kanunun kapsamına, merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin malî yönetim ve kontrolü girmektedir. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar ise Sayıştay denetimini dışında tutulmuş olup bunun temel nedeni söz konusu kurumların malî özerkliklerinin zedelenmemesi ve korunmaya çalışılmasıdır<sup>10</sup>. Kanun’un kapsamı dışında kalan kamu kurum ve kuruluşları kendi mevzuatlarında yapılan düzenlemelere göre tespit tahsil ve takip

---

*edeceği esaslara göre ilgili kurumun veya birimin döner sermaye yönetmeliğinde belirtilir...”*

<sup>7</sup> RG, 01.05.2007, S. 26509.

<sup>8</sup> RG, 25.08.2007, S. 26624.

<sup>9</sup> RG, 18.02.2011, S. 27850.

<sup>10</sup> TURGUTER Necip, *5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu Açıklaması*, Ankara 2015, s. 506.

edilecektir. hüküm varsa bu hükmü uygulayacaktır. Ancak mevzuatlarında bir hüküm mevcut değilse haksız fiil nedeniyle genel hükümlere gidilmeli ve Borçlar Kanununun ilgili hükümleri uygulanmalıdır<sup>11</sup>.

Döner sermaye işletmelerinin gelir, gider, varlık ve yükümlülüklerin, etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde yönetilmesini; mevzuata uygun olarak faaliyet gösterilmesini, her türlü malî karar ve işlemlerde usulsüzlük ve yolsuzluğun önlenmesini; varlıkların kötüye kullanılması ve israfını önlemek ve kayıplara karşı korunmasını sağlamak amacıyla denetlenmesi gerekmektedir. Söz konusu denetim Sayıştay tarafından yapılmaktadır.

Merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri bu Kanuna ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idarelerini olup üniversiteler II Sayılı cetvel “özel bütçeli idareler”, başlığı altında yer almaktadır. Bu bağlamda genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerine bağlı olarak kurulmuş döner sermaye işletmeleri 5018 Sayılı kanunda belirtilen esaslar çerçevesinde Sayıştay denetimine tabidir. Bunun yanı sıra denetim çalışmasının devamı olarak Sayıştay karşımıza bir hesap mahkemesi olarak da çıkmaktadır<sup>12</sup>.

## II- 5018 SAYILI KANUNA GÖRE KAMU ZARARININ TANIMLANMASI

*“Kamu zararı, kamu görevlilerinin kasıt, kusur, ihmal ve tedbirsizliği sonucu kendilerine teslim edilen devlet malını koruyamayarak ve/veya hizmet dışı kalmasına neden olarak doğrudan doğruya devlete verdikleri zararlarla, yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle üçüncü kişilere verdikleri zararlar sebebiyle devletin tazminat ödemek durumunda bırakılması sonucu*

<sup>11</sup> TURGUTER Necip, *Kamu Zararı Açıklaması*, Ankara 2012, s. 33-34.

<sup>12</sup> BİLGİN Pertev, “Sayıştayın Yargı Düzeni İçindeki Yeri” (Bir Şavaş Hikayesi), *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, No:7, Nisan 1994; TAN, Turgut, *İdare Hukuku*, Ankara: 2014, s. 666; ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1986, s. 379; İNAN Atilla, *(Yargı Kararlarıyla) Sayıştay İlamlarını İnfazı*, Ankara:2016, s. 15; AKSOY Mehmet/GEÇGEL Bülent/ÖZ Yusuf, *Sayıştay Hesap Yargısı*, Ankara 2018, s. 44; UZ Abdullah, *Hesapları Kesin Hükme Bağlamakla Görevli Sayıştay’ın Yargısal Kimliği*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 54, Sayı 4, Yıl 2005, s. 361; AKYEL Recai, “Bir Hesap Yargısı Olarak Sayıştay”, *ITAAD*, Yıl:6, Sayı 23 (Ekim 2015), s. 20; GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Yönetmelik Yargı*, Ankara:2015, s. 70; *Anayasa Mahkemesi Kararı*, 27.12.2012 Tarih, 2012/102 Esas, 2012/207 Karar, RG, 02.04.2013, S. 28606 mük. Sayıştay Dergisi, Sayı:88/ Ocak - Mart 2013, <http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der88m9.pdf>, ET. 20.05.2018.

Karşıt Görüş: GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara:2013, s. 438.



dolaylı olarak neden oldukları zararları ifade etmektedir"<sup>13</sup>. Kamu zararının şahsî zarardan farkı azalmanın kişilerin mal varlığında değil de toplumun malvarlığında olması olup zarar kavramını kişi açısından şahsî zarar, kamu açısından ise kamu zararı, hazine zararı olarak ifade etmek mümkündür<sup>14</sup>. Kamu zararı, hukuk kişisi olarak devletin tüm malvarlığının, kamusal alana özgü biçimde tanımlanmasının sonucunda, kamu görevlilerinin harcama sürecindeki etkinliklerinin sebebiyet verebileceği olgu olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>15</sup>.

Kamu zararı kavramı 5018 Sayılı Kanunun 71. maddesinde şöyle tanımlanmıştır. Kamu zararı:

*"Kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır"*. 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71. maddesine dayanılarak çıkarılan Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik<sup>16</sup>'de de benzer bir tanıma yer verilmiş ve kamu zararı *"Mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmali sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıyla doğan zarar"* olarak ifade edilmiştir. Ancak, devlet zararı kavramı ile kamu zararı kavramı eşdeğer kavramlar değildir. Dolayısıyla devletin uğramış olduğu her türlü kaybı ya da zararı kamu zararı olarak değerlendiremeyiz. Kamu zararının belirlenmesinde hangi hususların esas alınacağı, kamu zararının ortaya çıkış biçimleri 5018 Sayılı KMYKK md.71 ve

<sup>13</sup> AKYILMAZ Bahtiyar, "Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXIX, S. I-2, Y. 2011, s. 63.

<sup>14</sup> BAYAR Doğan, "Kamu Zararı ve Hesap Yargısı", *Dış Denetim*, Ocak-Şubat-Mart 2011, s. 39.

<sup>15</sup> KARAHAN Serhan Tefvik, Mülkiyet Bağlamında Kamu Zararı Kavramı: Olanaklılık Ve Anlam, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, Yıl 2015, s. 22.

*"...kamu kaynağı, borçlanma suretiyle elde edilen imkanlar dahil kamuya ait gelirler, taşınır ve taşınmazlar, hesaplarda bulunan para, alacak ve haklar ile her türlü değerleri ifade etmekte olup vekalet ücreti olarak tahsil edilip muhasebe kayıtlarında emanet hesabına alınan tutarlarda bu yönüyle kamu kaynağını oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu kaynaktan mevzuata aykırı olarak yapılan ödeme kamu zararıdır"* Sayıştay Temyiz Kurulu, Saymanlık Adı: İstanbul İl Özel İdaresi Saymanlığı, Yılı: 2007, Dairesi: 7, İlam No: 906, Dosya No: 33486, Tutanak No: 34120, Tutanak Tarihi: 27.12.2011, Kazancı İçtihat Programı

<sup>16</sup> RG, 19.10.2006, S. 26324.

Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik md. 6'da tek tek sayılmıştır. İlgili düzenlemelere göre:

*“İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,*

*Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,*

*Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,*

*İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,*

*İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,*

*Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması,*

*Görevlilere teslim edilen taşınırın zarara uğraması*

*Kamu idarelerine ait malların kiraya verilmesi, tahsisi, yönetimi, kullanımı ve elden çıkarılması işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması”, kamu zararının belirlenmesinde esas alınır.*

### III- DEVLET MEMURLARI KANUNUNA GÖRE ZARARIN TANIMLANMASI

Devlet Memurları Kanununda memurların görevleri ile ilgili ödevleri yerine getirirken bunun yanı sıra kişilere verdikleri zararlardan sorumluluklarına ilişkin 12 ve 13 maddelerde düzenlemelere yer verilmiştir. Devlet Memurları Kanunu çerçevesinde zarar karşımıza iki şekilde çıkar:

• Kamu görevlilerinin mevzuat hükümlerince belirlenmiş olan görevlerini dikkat ve itina ile yapmamaları neticesinde kasıt, ihmal veya tedbirsizlikle devlete veya üçüncü kişilere verdikleri zarar

• Kendilerine teslim edilen Devlet malının korunması ve her an hizmete hazır halde bulundurulması için gerekli olan tedbirlerin kasıt, ihmal ve tedbirsizlik nedeniyle alınmamasından kaynaklanan zararlar.

DMK. 12. madde ile hizmetin kuruluş ve işleyiş şekline yasalaradaki aksaklıklardan kaynaklanan hizmetten ayrılmasına olanak bulunmayan hizmet kusurunu değil memurun kamu hizmetini ifa ettiği sırada görevi ile ilgili olarak kusurlu eylemi sonucu oluşan kişisel kusuru ile idareye verilen zararın giderilmesi hali düzenlenmiştir<sup>17</sup>. İdare memurların görevleri

<sup>17</sup> PINAR İbrahim, *Açıklamalı İçtihatlı Devlet Memurları Kanunu Şerhi*, Ankara 2009, s. 141.

dolayısıyla hazine aleyhine oluşan zararlarda memura karşı resen uygulama zararı tazmin etme yetkisine sahip değildir bu nedenle de rıza ile elde edemediği tazminat iddiaları için adli yargıda tazmin davası açmak zorundadır<sup>18</sup>. Ancak ilgili memurun rızası var ise mahkeme kararı olmadan da zararın tazmini yoluna gidilebilir<sup>19</sup>.

DMK md. 13'e göre "Kişiler kamu hukukuna tabii görevlerle ilgili olarak uğradığı zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır". Söz konusu madde ile hem memur korunmakta sürekli tazminat tehdidi altından kalmadan işini yapması sağlanmakta diğer taraftan da idare edilenlerin uğramış oldukları zararlar için ödeme kabiliyeti bulunan devlete yönelmesini sağlamak ve güvence vermektedir. Ortaya çıkan zararlar açısından memurun değil Devletin muhatap alındığı bu sistemde hem zarar veren hem de zarara uğrayan yönünden Devletin sorumlu tutulması teminatı getirilmiştir<sup>20</sup>. Ancak memurlar görevleri ile ilgili olmayan kişisel eylem ve işlemleri nedeniyle kişilere verdikleri zararlardan dolayı özel hukuk hükümlerine göre doğrudan sorumlu olacaklar ve güvenceden yararlanamayacaklardır<sup>21</sup>. Kamu görevlisinin görevsel kusurunun varlığı için kamu hukukuna tabi bir görev nedeniyle kamu görevlisinin zarar doğurucu tutumu ve davranışı bu görev sırasında görevin gereği olarak yapılmalıdır<sup>22</sup>. Başka bir ifade ile idari davranış, zarar ve nedensellik bağının gerçekleşmesi gerekir<sup>23</sup>. Bunların yanı sıra kusurun tespitinde zararın oluştuğu alan içinde normal olarak yapılması gereken davranış ve çalışmalarla sorumluluğu iddia edilen davranış ve tutumu arasında da bir fark olup olmadığına bakılacak ve bu farktan kusur

<sup>18</sup> PARLAK, s. 141.

<sup>19</sup> AKSOY, Mehmet/KIZILKAYA, Eyüp, Kamu Zararı ve Sorumluluk, Ankara 2017, s. 73.

<sup>20</sup> ALIKAŞIFOĞLU Kemalettin, *Son Değişiklikleri İçeren Açıklamaları Gerekçeli Yargı Kararlı Genel Tebliğli Devlet Memurları Kanunu*, Ankara 2002, s. 131.

<sup>21</sup> GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt II, Bursa 2009, s. 808.

<sup>22</sup> GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, Ankara 2014, s. 728; GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, Ankara 2013, s. 383, 384.

<sup>23</sup> GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, Ankara 2013, s. 383, 384; YAŞAR Hasan Nuri, *İdare Hukuku*, İstanbul 2014, s. 440.

olarak bahsedilecektir<sup>24</sup>. Bu şartlardan birini eksikliği halinde idarenin sorumluluğu kalkacaktır<sup>25</sup>.

Kamu görevlilerinin kusurları nedeniyle sebep oldukları zararlara ilişkin Anayasa'nın 129/5 maddesinde yer alan düzenlemede memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının idare aleyhine açılacağını ancak idarenin bu zararı ilgililere rücu edeceğine dair düzenlemeye yer vermiştir. Rücu konusunda idarenin takdir yetkisi olmayıp bağlı yetki söz konusudur<sup>26</sup>.

Şunu da ifade etmekte fayda vardır ki, DMK ve 5018 Sayılı Kanunun 71. maddesi dışında farklı kanunlarda da kamu zararı kavramına rastlanmaktadır. Ancak bu düzenlemelere rağmen Danıştay kamu zararı kavramını dar yorumlamaktadır<sup>27</sup>.

### III- YÜKSEK ÖĞRETİM KURUMLARI DÖNER SERMAYE İŞLETMELERİNDE ORTAYA ÇIKAN KAMU ZARARI

#### A- Elde Edilen Gelirin Kanuna Aykırı Olarak Dağıtılması

Döner sermaye işletmesi faaliyetlerinin gerçekleştirilmesinde, kaynakların ekonomik, verimli ve tasarruflu kullanılması esastır. Yapılacak ek ödemenin oranları ile bu ödemelerin esas ve usulleri Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkartılacak yönetmelikle belirlenir. Söz konusu yönetmelikte, üniversitelerde faaliyet gösteren döner sermaye işletmelerinin elde ettiği gelirlerden, maliyetlerin ve kanunî kesintilerin düşülmesinden sonra kalan tutardan bu gelirin elde edilmesine katkı sağlayan öğretim elemanlarına ve diğer personellere ek ödemenin nasıl yapılacağını anlatmaktadır<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Ankara: 2015, s. 697

<sup>25</sup> ATAY Ender Ethem, "İdarenin Sorumluluğu", *Prof. Dr. Faruk Eren'e Armağan*, Ankara:2006, s. 1066.

<sup>26</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar, "İdare Hukukunda Kamu Görevlilerine Rücu Sorunu", *Prof. Dr. Faruk Eren'e Armağan*, Ankara:2006, s. 1051.

<sup>27</sup> PARLAK Nukrettin, "Sayıştay Yargısında Kamu Zararı Kavramı: Sorunlar ve Öneriler", *Sayıştay Dergisi*, S.108, Ocak - Mart 2018, s. 21; KOÇBERBER Seyit, "Kamu Zararı Kavramı Üzerine Yargı Kurumları Arasındaki Hüküm Uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesinin Rolü ve Önemi", *Sayıştay Dergisi*, S. 97, Nisan-Haziran 2015.

<sup>28</sup> YİĞİTER Şule Yüksel/HANOĞLU Mahmut, *Üniversitelerde Döner Sermaye İşletmeleri*, Erzincan Üniversitesi Yayınları, Erzincan:2017, s. 28.

Döner sermayelerde elde edilen gelirin nasıl dağıtılacağına ilişkin Yüksek Öğretim Kurumu Kanununun 58. maddesinde ve ilgili yönetmelikte ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Döner sermaye işletmelerinde kamu zararı çoğunlukla elde edilen gelirin kanuna aykırı olarak dağıtılmasından kaynaklanmaktadır. Bu husus ise karşımıza iki şekilde çıkmaktadır: Birincisi personele ödeme yapılırken kanuna aykırı davranılması; ikincisi ise döner sermayeden yapılacak ödemelerin, döner sermayenin kuruluş amacına uygun ve işletmelerin kendi öz giderleri ile ilgili olmamasıdır.

Rektör yardımcısına mesai saatleri içinde verdiği meslekî hizmetten dolayı ek ödeme verilmesi<sup>29</sup>, performans ödemesi altında ödeme yapılması<sup>30</sup>, gelir getirici katkısı olmayan kişilere sadece komisyon üyeliği gibi gerekçelerle ek ödeme yapılması<sup>31</sup>, döner sermayenin demirbaş listesinde

<sup>29</sup> "...2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 58 inci maddesinin (f) fıkrasına göre üniversite yönetim kurulunun uygun gördüğü birimin döner sermaye hesabından yönetici payı olarak ayrılan tutardan ek ödeme yapılan Rektör Yardımcısı.....'a mesai saatleri içerisinde verdiği mesleki hizmetler için Yükseköğretim Kurumlarında Döner Sermaye Gelirlerinden Yapılacak Ek Ödemenin Dağıtılmasında Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin 5 inci maddesinin 2 nci fıkrasında tanımlanan "(A) Kurumsal katkı puanı" üzerinden ek ödeme yapılması sonucu sebep olunan ..... TL kamu zararının, Harcama Yetkilisi (Başhekim) ..... ve Gerçekleştirme Görevlisi .....'a, müştereken ve müteselsilen 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53 üncü maddesi gereğince işleyecek faizleri ile ödettilmesine oybirliğiyle..." Sayıştay 2. Dairesi, Yıl:2013 Karar No:35284, İlam No: 159, Tutanak Tarihi:15.1.2015, <https://sayistay.gov.tr/tr/kararlar/dk/?krr=12258>

<sup>30</sup> "2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun "Döner Sermaye" başlıklı 58'inci maddesinde, üniversiteler ve bağlı birimlerinde döner sermaye işletmelerinin nasıl kurulacağı, elde edilen gelirlerin ne şekilde değerlendirileceği, bu gelirlerin öğretim elemanları ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi personel arasında hangi oranlarda ve ne şekilde dağıtılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede, öğretim üyelerine "performans ödemesi" adı altında bir ödeme öngörülmemiştir. 2547 sayılı Kanunun 58. maddesinde yapılan değişiklikleri açıklamak amacıyla Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan 18 seri nolu Genel Tebliğin hiçbir yerinde öğretim üyelerine performans ödemesi yapılacağına ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır..." Sayıştay 8. Daire K. 6245 T. 11.9.2008, Kazancı İhtihat Programı.

<sup>31</sup> "...Yapılan incelemelerde kadrosu tıp ve diş hekimliği fakülteleri ile sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinde olmayan bazı personele sadece komisyon üyeliklerinden ötürü performans ek ödemesi yapıldığı görülmüştür. Ancak komisyon üyeliğinden ötürü kişiye (E) puanı hesaplanabilmesi için, o kişinin (A) puanının olması

kayıtlı olmayan araçlar ve teçhizat için ödeme yapılması yahut da personele izinli bulunduğu dönemde döner sermayeden ödeme yapılması örnek olarak verilebilir<sup>32</sup>.

*gerekmektedir. Yani, kurumsal katkı puanı olmayan kişilerin komisyon üyeliği görevlerinden ötürü diğer faaliyetler puanı oluşmaz. (E) puanı sadece kurumsal katkısı olan kişilerin diğer faaliyetleri dolayısıyla aldıkları ilave puandır. Dolayısıyla, gelir getirici faaliyetlere doğrudan veya dolaylı katkısı olmayan kişilere sadece komisyon üyeliklerinden ötürü performans ek ödemesi yapılması mümkün değildir. Üniversitenin idari kadrolarındaki kişilerin mevzuatla verilmiş görevleri bütün üniversite yönetimini kapsamaktadır. Üniversite eğitim ve araştırma merkezleri de bu kapsamdadır. Savunmada belirtilen ahizlerin yapmış oldukları çalışmalar döner sermaye faaliyeti kapsamında olmayıp kendilerinin aldıkları kadro maaşı karşılığında yapmaları gereken asli görevleridir. Bu itibarla, gelir getirici katkıları olmaksızın bazı personele döner sermaye gelirlerinden performans ek ödemesi yapılması neticesinde oluşan ..... TL'lik kamu zararının Harcama Yetkilisi Prof. Dr. .... ve Gerçekleştirme Görevlisi Doç. Dr. ....'den, müştereken ve müteselsilen, 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53 üncü maddesi gereği işleyecek faizleriyle birlikte tazminine oybirliğiyle..." Sayıştay 2. Dairesi Yıl:2013, Karar No:35259, İlam No: 38, Tutanak Tarihi: 11.11.2014 Kazancı İctihat Programı*

<sup>32</sup> "Turizm Bakanlığı Döner Sermaye İşletmeleri Yönetmeliğinin 4'üncü maddesi hükmüne göre, döner sermayeden yapılacak ödemelerin, dönersermayenin kuruluş amacına uygun ve işletmelerin kendi öz giderleri ile ilgili olması gerektiğinden, döner sermayenin demirbaş listesinde kayıtlı olmayan ve bakanlık makamında kullanılan aracın kasko sigorta giderinin döner sermaye bütçesinden ödenemeyeceği, ayrıca 3941 sayılı Bütçe Kanununa ekli R cetveli 340 ayrıntı kodunda yer alan diğer harcama kalemlerinin esas giderlerine ilişkin olarak ödenen sigorta giderleri dışında devlet mallarının sigorta ettirilmemesinin esas olduğuna dair hüküm ile 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun değişik 106'ncı maddesinde yeralan kamu kurum ve kuruluşlarına ait motorlu araçlar maddesinde yeralan kamu kurum ve kuruluşlarına ait motorlu araçlar için mali sorumluluk sigortasını öngören hüküm uyarınca ihtiyari bir sigorta türü olan kasko sigorta yaptırılarak bedelinin ödenemeyeceği gerekçesiyle ...- liraya tazmin hükmolunmuştur.

*Döner Sermaye İşletmesinin faaliyetlerinde kullanılsa bile işletmenin demirbaş kayıtlarında görülmeyen ve Bakanlığa ait olduğu anlaşılan motorlu araçlar için 2918 sayılı Kanunun değişik 106'ncı maddesi uyarınca sadece mali sorumluluk sigortası yaptırılması zorunlu olup, genel bütçeye dahil Turizm Bakanlığına ait bu araçların genel Bütçeye ekli R cetvelinin 340 ayrıntı kodunda belirtildiği üzere devlet malı olarak sigorta ettirilmemesi esas olduğundan kasko sigortası yaptırılarak bedelinin döner sermaye bütçesinden ödenmesi mevzuata aykırı olmaktadır". Sayıştay Temyiz Kurul Kararı K. 24880 T. 17.10.2000, Kazancı İctihat Programı. Sayıştay 2. Daire K. 31754, T. 20.3.1997, Kazancı İctihat Programı*

İlgili düzenlemeye göre gelirin dağıtılmaması ya da döner sermaye gelirlerinden döner sermayenin elde edilmesine katkısı olmayanlara ödeme yapılması karşımıza kamu zararı olarak çıkacaktır. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 22.12.1973 gün ve 1968/8 Esas ve 1973/14 sayılı kararında belirtildiği üzere eğer idare usulüne aykırı olarak memura fazla ödeme yapmış ise ödediği meblağı bir mahkeme kararına gerek kalmadan her zaman geri alabilecektir<sup>33</sup>.

### **B- Ödemelerin Mevzuatta Düzenlenen Belgelere Dayanmadan Yapılması**

Merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerinde malî işlemlerin gerçekleştirilmesi ve muhasebeleştirilmesi kapsamında, harcamaların ödeme belgesine bağlanarak kanıtlayıcı belgelerle ispat edilmesi gerekmektedir. Merkezî Yönetim Harcama Belgeleri Yönetmeliğinde kanıtlayıcı belgeler, kamu harcamalarının belirlenmiş usul ve esaslara uygun olarak yapıldığına ve gerçekleştirildiğine ilişkin, görevlendirilmiş kişi veya komisyonlarca düzenlenip onaylanan belgelerdir. Genel Yönetim Muhasebe Yönetmeliğinde<sup>34</sup> kesin ödemelerin ve ön ödemelerin hangi belgeler esas alınarak yapılacağı açıklanmıştır. İlgili yönetmeliğe göre avans veya kredi suretiyle yapılacak ön ödemelerde, harcama talimatı; ihale mevzuatına göre yapılacak alımlarda onay belgesi; mevzuatları gereği yüklenicilere verilecek avanslarda<sup>35</sup>, harcama talimatı; avans teminatına<sup>36</sup> ilişkin alınının onaylı örneği; gereken hallerde Maliye Bakanlığı'nın uygun görüş yazısı veya üst yöneticinin kararı olmadan ödeme yapılamayacaktır. Çalışmamızın ilerleyen aşamalarında üst yöneticilerin kim olduğu ve sorumlulukları ayrıca irdelenecektir.

<sup>33</sup> Dş. 11. D., T: 04.10.2006, E:2006/5872, K: 2006/4550, Kazancı İçtihat Programı.

<sup>34</sup> RGS:25839, RGT:08.06.2005.

<sup>35</sup> Kamu hizmetlerinin ifasında kesin ödeme öncesi verilen meblağdır. 5018 Sayılı Kanun bağlamında ön ödeme olarak da tanımlanabilir. Yükleniciler sözleşmelerinde belirtmek ve karşılığında aynı tutarda teminat alınmak koşuluyla yüklenicilere; mal ve hizmet alımlarında yüklenme tutarının yüzde 10'una, yapım işlerinde ise yüklenme tutarının yüzde 15'ine kadar bütçe dışı avans verilebilecektir

<sup>36</sup> İhalelerde ihale için önceden borç verilmesi gerekiyorsa, bu borcu ilgilendiren giderlerin karşılanabilmesi için müteahhide ödenecek ve sonra kesin istihkakdan mahsup edilecek olan avansı sağlamak üzere verilen mektuptur.

### C- Ödevlerin Zamanında Yerine Getirilmemesi Sebebiyle İdareye Ek Külfet Yüklenmesi

Kamu idaresinin yükümlülüklerini mevzuatına uygun bir şekilde yerine getirmemesi nedeniyle ödemek zorunda kaldığı faiz, tazminat, gecikme zammı, para cezası gibi ek malî külfetler de kamu zararı olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin üniversite döner sermaye işletmeleri tarafından gerçekleştirilen bazı teslim ve hizmetler KDVK çerçevesinde istisna kapsamına girmemektedir. Üniversite döner sermaye işletmelerinin idarecileri bu teslim ve hizmetlerin KDV'ye tabi olduğunu bilmemeleri yüzünden döner sermaye işletmelerinin KDV mükellefiyetine ilişkin herhangi bir işlem yapmamaktadırlar. Döner sermaye işletmelerinin KDV mükellefi olmalarına ilişkin hususlar Vergi Dairesi Başkanlıkları tarafından yapılan denetim ve incelemelerde tespit edildiği durumlarda ise döner sermaye işletmeleri 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen cezai yaptırımlarla karşılaşmaktadırlar. Tahsilât yapılmadan fatura düzenlenmesi ya da tahsilât yapılmasına rağmen fatura düzenlenmemesi de kamu zararına neden olacak ve idareye ek külfet getirecek uygulamalara örnek olarak verilebilir. Bu husus karşımıza kamu zararı olarak çıkmaktadır. Vergi kanunlarını okuyup anlamamanın ve değerlendirmenin zor olması sebebiyle bu tür kamu zararları ortaya çok sık çıkmaktadır. Bu yüzden idareye ek külfet yükleyerek kamu zararına sebebiyet vermemek için vergi idaresinden özgelge istemek ve bu doğrultuda işlem yapmak her zaman için daha doğru bir yaklaşım tarzı olacaktır. Özelgeye göre işlem yapılması halinde kamu zararından dolayı mali sorumluluk doğmayacaktır. Ancak yanlış bilgilendirme nedeniyle vergi idaresinin kamu zararından dolayı sorumlu tutulabilmesi gerekir. Ancak bu konuya ilişkin herhangi bir yargı kararına rastlanmamıştır.

SGK primlerinin zamanında ödenmemesi nedeniyle kesilen idarî para cezalarını da bu hususa örnek olarak vermemiz mümkündür. Nitekim bu konuya ilişkin birçok Sayıştay kararı vardır<sup>37</sup>. Kurum çalışanları için Sosyal

<sup>37</sup> "...Kurum çalışanları için Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmesi gereken bildirelerin yasal süresi içinde bildirilmemesi nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kesilen idari para cezalarının kurum bütçesinden değil, söz konusu yasal yükümlülükleri yasal süresi içinde yerine getirmeyen ilgili memurlar ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kurum amirleri tarafından ödenmesi gerekmektedir.

... Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi, Tıp Fakültesi ve Sürekli Eğitim Merkezi tarafından kurum çalışanları için Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmesi gereken



Güvenlik Kurumuna bildirilmesi gereken bildirelerin yasal süresi içinde bildirilmemesi nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kesilen idari para cezalarının kurum bütçesinden değil, söz konusu yasal yükümlülükleri yasal süresi içinde yerine getirmeyen ilgili memurlar ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kurum amirleri tarafından ödenmesi gerekmektedir<sup>38</sup>.

#### D- İş, Mal Veya Hizmetin Rayiç Bedelinden Daha Yüksek Fiyatla Alınması Veya Yapıtırılması

Rayiç bedel bir hizmetin ya da malın piyasa koşulları doğrultusunda belirlenen bedelidir. Kamu Zararının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 4. fıkrasında ise “Rayiç bedel: Bir mal, iş veya hizmetin temin edildiği yer ve tarihteki normal alım ve satım bedeli” olarak tanımlanmıştır.

*aylık prim ve hizmet bildireleri ile işyeri bildirelerinin yasal süresi içinde bildirilmemesi nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kesilen idari para cezalarının kurum bütçesinden ödendiği tespit edilmiştir...devlet memurlarının görevlerini ve yasal sorumluluklarını zamanında ve eksiksiz olarak yapmaktan ve yaptırmaktan, maiyetindeki memurları yetiştirmekten, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmekten sorumlu oldukları anlaşılmaktadır.*

*Bu sorumluluğun gereği ... Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi, Tıp Fakültesi ve Sürekli Eğitim Merkezi tarafından kurum çalışanları için Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmesi gereken bildirelerin yasal süresi içinde bildirilmemesi nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kesilen idari para cezalarının kurum bütçesinden değil, söz konusu yasal yükümlülükleri yasal süresi içinde yerine getirmeyen ilgili memurlar ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kurum amirleri tarafından ödenmesi gerekmektedir.*

*Bu itibarla, her ne kadar Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmesi gereken aylık prim ve hizmet bildireleri ile işyeri bildirelerinin yasal süresi içinde bildirilmemesi nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kesilen idari para cezasının kurum bütçesinden ödenmesi sonucu ... TL kamu zararı oluşmuşsa da;*

*Tıp Fakültesi **Döner** Sermaye İşletme Müdürlüğüne ait ... TL kamu zararı ..., Sürekli Eğitim Merkezine ait ... TL kamu zararı ... tahsil edildiğinden ... TL'lik işlem için ilişik kalmadığına, Diş Hekimliği **Döner** Sermaye İşletme Müdürlüğüne ait ... TL ve ... TL'lik ödemenin sehven yapıldığı sorumlular tarafından kabul edilmesine rağmen herhangi bir tahsilat yapılmadığından toplam ... TL'nin Harcama Yetkilisi (Dekan) ... ve Gerçekleştirme Görevlisi (Hastane Müdürü) ...'dan müştereken ve müteselsilen, tahsiline”, Sayıştay 2. Daire, K. 35344, T. 27.10.2015.*

<sup>38</sup> Sayıştay 2. Daire, K. 35344, T. 27.10.2015, Kazancı İçtihat Programı

Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece tarafından her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve bir hesap cetvelinde gösterilir. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda belirtildiği üzere Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz. Ancak bazı durumlarda ihale yapılmaksızın doğrudan temin usulü uygulanır<sup>39</sup>. Doğrudan temin yoluyla

<sup>39</sup> Doğrudan temin Madde 22- (Değişik: 30/7/2003-4964/15 md.) Aşağıda belirtilen hallerde ihtiyaçların ilân yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temini usulüne başvurulabilir: a) İhtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi. b) Sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması. c) Mevcut mal, ekipman, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun sağlanması için zorunlu olan mal ve hizmetlerin, asıl sözleşmeye dayalı olarak düzenlenecek ve toplam süreleri üç yılı geçmeyecek sözleşmelerle ilk alım yapılan gerçek veya tüzel kişiden alınması. d) Büyükşehir belediyesi sınırları dahilinde bulunan idarelerin onbeş milyar, diğer idarelerin beşmilyar Türk Lirasını aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve işeyle ilişkin alımlar. (1) e) İdarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralanması. (1) Bu bentte yer alan eşik değerler ve parasal limitlerin 1/2/2018 tarihinden itibaren uygulanması ile ilgili olarak, 19/1/2018 tarihli ve 30306 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Kurumunun 2018/1 No.lu Kamu İhale Tebliğine bakınız. 8238-1 f) (Değişik: 20/11/2008-5812/8 md.) Özelliğinden ve belli süre içinde kullanılma zorunluluğundan dolayı stoklanması ekonomik olmayan veya acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile ortez, protez gibi uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbî sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemeleri alımları. g) Milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, Kanun kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımları. h) (Ek: 12/12/2003-5020/28 md.; Değişik: 20/11/2008-5812/8 md.) 8/1/1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanunun 22 ve 36 ncı maddeleri uyarınca Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan hizmet alımları ile fikri ve sınai mülkiyet haklarının ulusal ve uluslararası kuruluşlar nezdinde tescilini sağlamak için gerçekleştirilen hizmet alımları. ı) (Ek: 15/5/2008-5763/35 md.) Türkiye İş Kurumunun, 25/6/2003 tarihli ve 4904 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (b) ve (c) bentlerinde sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları ile 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 48 inci maddesinin yedinci fıkrasında sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları, i) (Ek: 20/11/2008-5812/8 md.; Değişik: 19/11/2013-6504/1 md.) Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halkoyuna sunulması, milletvekili genel ve ara seçimleri, mahalli idareler ile mahalle muhtarlıkları ve

yapılacak hizmet ve mal alımlarında, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilir.

Rayiç bedelin tespiti mal ve hizmet alımları nedeniyle devlet hazinesinde kamu zararının oluşup oluşmadığının belirlenmesi açısından önemlidir. Bunun yanı sıra 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesine dayanılarak çıkarılan yönetmeliğin 7. Maddesinde memurun kasıt, ihmal veya tedbirsizliği nedeniyle verdiği zararın rayiç bedel üzerinden ödenmesi esas alınmıştır.

Döner sermayeler ihtiyaçlarını temin ederken saydamlık, ihtiyaçların uygun şartlarla zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması gibi ilkelere uymak zorundadır<sup>40</sup>. İş, mal ve hizmet alımlarında belirlenen rayiç bedellerin üstüne gerekçesiz bir şekilde çıkılmaması gerekir. Eğer döner sermaye işletmeleri rayiç bedelin üzerinde mal ve hizmet alımı gerçekleştirmiş ise kamu kaynağında azalmaya yol açacağı için bu durum kamu zararı olarak ortaya çıkacaktır.

#### IV- DÖNER SEMAYE İŞLETMELERİNDE KAMU ZARARININ SORUMLUSU

Sorumluluk, memurun görevi gereği yapması gereken işi verilen amacına uygun olarak ifa edip etmediğinin bunun yanı sıra yetkisini görevin gereğine uygun olarak kullanıp kullanmadığının sorgulanmasıdır<sup>41</sup>. “Malî Sorumluluk” kavramı ise 5018 Sayılı Kanun çerçevesinde hazineye verilen zararın zarar veren kişi tarafından giderilmesi sonucunu doğuran sorumluluk türü olarak tanımlanır<sup>42</sup>.

---

ihтияr heyetleri genel ve ara seçimi dönemlerinde Yüksek Seçim Kurulunun ihtiyacı için yapılacak filigranlı oy pusulası kâğıdı ile filigranlı oy zarfı kâğıdı alımı, oy pusulası basımı, oy zarfı yapımı hizmetleri ile bu seçimlere yönelik her türlü seçim malzemelerinin alımı ile yurt dışı seçim harcamaları, il seçim kurulu başkanlıkları tarafından alınacak oy pusulası basım hizmeti alımı.

<sup>40</sup> Bkz. ÜSTÜN Ümit Süleyman/ÇALIŞ Hande Sena, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 2, 2018, s. 111 vd.

<sup>41</sup> BAYAR Doğan, “Mali Sorumluluk Nedir?”, *Maliye Dergisi*, S. 154, Ocak-Haziran 2008, s. 13.

<sup>42</sup> ŞİŞMAN Gülden, *Sayıştay Yargısında Vergi Alacağı Açısından Kamu Zararı*, Ankara 2017.

Döner Sermaye işletmelerinde kamu zararı çoğunlukla elde edilen gelirin mevzuata uygun olarak harcanmamasından kaynaklanmaktadır. Kamu zararının, bu zarara neden olan kamu görevlisinden veya diğer gerçek ve tüzel kişilerden tahsiline ilişkin usûl ve esaslar, Maliye Bakanlığı'nın teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Yetkisiz tahsil ve ödeme 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 58. Maddesine Göre Döner Sermaye İşletmelerinin Kurulmasında Uyulacak Esaslara İlişkin Yönetmeliğin<sup>43</sup> 11. maddesinde; “Döner sermaye işletmesinin hizmetleri, yönetim kurulu, ita amiri, işletme müdürü, sayman, tahakkuk memuru, veznedar, ayniyat memuru, ambar memuru, memurlar ve işçiler tarafından, saymanlık hizmetleri ise Maliye Bakanlığınca kurulan saymanlıklarca yürütülür” hükmüne yer verilmiştir. Üniversitelerde döner sermaye işletmesinin hizmetleri, üniversite yönetim kurulu, hastane yönetim kurulu, harcama yetkilisi, işletme müdürü, muhasebe yetkilisi, gerçekleştirme görevlisi ve diğer personeller tarafından yürütülür<sup>44</sup>. Sayıştay yargılamasında sorumluluk doğuracak konular ancak kanuna aykırılık halinde ortaya çıkacak olup, kanunî dayanak olmadıkça diğer normlar esas alınarak sorumluluğa hükmedilemeyecektir<sup>45</sup>.

#### A- Harcama Yetkilisinin Görevleri ve Sorumluluğu

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun “Harcama talimatı ve sorumluluk” başlıklı 32. maddesi gereği bütçeden harca yapılabilmesi için harcama yetkilisini harcama talimatı vermesi gerekir. Harcama talimatında ilgili düzenleme gereği hizmet ya da mal alımına ilişkin şu bilgilere yer verilir: Hizmetin gerekçesi, yapılacak işin konusu ve tutarı, süresi, kullanılabilir ödeneği, gerçekleştirme usulü ile gerçekleştirmeyle görevli olanlara ilişkin bilgiler. Aynı zamanda düzenlemede harcama yetkilileri, “harcama talimatlarının bütçe ilke ve esaslarına, kanun, tüzük ve yönetmelikler ile diğer mevzuata uygun olmasından, ödeneklerin etkili, ekonomik ve verimli kullanılmasından ve bu Kanun çerçevesinde yapmaları gereken diğer işlemlerden sorumludur” hükmüne yer verilmiştir.

<sup>43</sup> RG, 05.07.1983, S. 18098,

<sup>44</sup> <http://dsermaye.sdu.edu.tr/tr/kurumsal-tanitim/doner-sermayeli-isletmeler-4646s.html>, E.T. 17.05.2018

<sup>45</sup> OYMAK Celal/İNAN Atilla, *Temel Mali Kanunlar Sayıştay Yargısı ve Hak Arama Yolları*, Ankara Ocak 2011, s. 14.

Döner Sermayeli İşletmeler Bütçe Ve Muhasebe Yönetmeliği md. 9'a göre malî karar ve işlemlerin hazırlanması, yüklenmeye girilmesi, iş ve işlemlerin gerçekleştirilmesi ve belgelendirilmesinden oluşan ön mali kontrol harcama görevlileri tarafından yapılacaktır.

İlgili düzenlemeye göre harcama yetkilileri; yardımcıları veya hiyerarşik olarak kendisine en yakın üst kademe yöneticileri arasından bir veya daha fazla sayıda gerçekleştirme görevlisini ödeme emri belgesi düzenlemekle görevlendirir.

5018 Sayılı Kanun md. 31<sup>46</sup>'e göre harcama yetkisi kısmen ya da tamamen devredilebilir. Ancak yetki devrinin yazılı olması; devredilen yetkinin sınırlarının belirlenmesi ve bu durumun mutlaka muhasebe yetkilisine sorumluluğun tespiti açısından bildirilmesi gerekmektedir. Ancak şunu ifade etmekte fayda vardır yetki devri halinde idari sorumluluk devam edecektir. Bunun yanı sıra harcama yetkilisi ile muhasebe yetkilisi görevi aynı kişide birleşemez.

Yükseköğretim Kurumları açısından Fakülteler, Enstitüler, Daire Başkanlıkları (Yapı İşleri ve Teknik, İdari ve Mali İşler, Sağlık, Kültür ve Spor, Öğrenci İşleri, Kütüphane ve Dokümantasyon, Strateji Geliştirme, Personel, Bilgi İşlem Daire Başkanlıkları), Hukuk Müşavirliği, Yüksekokul, Meslek Yüksekokulu, Hastaneler, Araştırma ve Uygulama Merkezleri harcama birimi ve bunların en üst yöneticileri de harcama yetkilisi olarak tespit edilmiş bulunmaktadır<sup>47</sup>. 5018 Sayılı Kanun md 31 gereği *“bütçeyle ödenek tahsis edilen her bir harcama biriminin en üst yöneticisi harcama yetkilisidir”*. Harcama Yetkilileri Hakkındaki Genel Tebliğde<sup>48</sup> belirtildiği üzere üniversitelerde rektör üst yönetici olarak karşımıza çıkar. Üniversitelerin Döner Sermaye İşletmeleri ise doğrudan Rektörlüğe bağlıdır ve bu nedenle

<sup>46</sup> Madde 31/5: *“Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinde; idareler, merkez ve merkez dışı birimler ve görev unvanları itibarıyla harcama yetkililerinin belirlenmesine, harcama yetkisinin bir üst yönetim kademesinde birleştirilmesine ve devredilmesine ilişkin usûl ve esaslar Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenir. Harcama yetkisinin devredilmesi, yetkiyi devreden idarî sorumluluğunu ortadan kaldırmaz”*.

<sup>47</sup> TOSUN Mustafa Umut, “Kamu Zararı: Türk Kamu Yükseköğretim Kurumları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Sosyoekonomi*, Yıl 2016, Sayı 24(30), s. 163.

<sup>48</sup> 1 Seri Nolu Harcama Yetkilileri Hakkında Genel Tebliğ.

harcama yetkilisi rektördür<sup>49</sup>. Rektör harcama yetkisini yazılı olarak uygun gördüğü ölçüde yardımcılara, dekanlara veya enstitü, yüksekokul, araştırma ve uygulama merkezi müdürlerine devredebilir<sup>50</sup>. Bu bağlamda Rektör yardımcısı da rektörden aldığı yazılı ve sınırları belirtilmiş yetki devriyle Harcama Yetkilisi olarak sorumlu olacaktır. Mali sorumluluğun tespit edilmesi sürecinde rektörün harcama yetkisini devredip devretmediği önem ifade edecektir. Eğer harcama yetkisini usulüne uygun devretmiş ise bu durumda gözetim ve denetim sorumluluğu devam edecek ancak malî sorumluluktan bahsetmemiz mümkün olmayacaktır. Hem 5018 Sayılı Kanun hem de Harcama Yetkilileri Genel Tebliğinde belirtildiği üzere usulüne uygun yetki devri yazılı olmalı, devredilen yetkinin sınırları açıkça belirlenmiş olmalıdır ve merkez teşkilatında harcama yetkisinin devri ve bu yetkinin geri alınması üst yöneticiye, mali hizmetler birimine ve muhasebe yetkilisine; merkez dışı birimlerde ise mali hizmetler birimine ve muhasebe yetkilisine yazılı olarak bildirilmelidir. Üst yöneticiler, mevzuata uygun olarak harcama yetkisini devretmiş olsalar dahi amiri oldukları kamu görevlileri üzerindeki gözetim yükümlülükleri devam ettiği için harcama yetkisinin devri kaynaklı ortaya çıkabilecek zararlardan ve aksaklıklardan idarî olarak sorumludur<sup>51</sup>. Üst yöneticiler bütçe uygulamasında doğrudan görev almaktan ziyade gözetim ve denetim sorumluluğunu üstleneceklerdir bu sebeple de sadece bağlı buldukları bakana karşı idarî sorumlulukları olacaktır<sup>52</sup>. Ancak Sayıştay yargılamasında üst yöneticilerin malî sorumluluğunun olmaması otoritenin sorumlulukla orantılı olması ilkesi ile bağdaşmadığı için eleştirilmektedir<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> VAROL Asaf, "Harcama Yetkilileri ile İlgili Bazı Çelişkiler ve Çözüm Önerileri", *Sayıştay Dergisi*, S. 70, s. 47.

<sup>50</sup> VAROL, s. 47.

<sup>51</sup> ÜSTÜN, Ümit Süleyman/HEPAKSAR, Engin/KILIÇ, Ramazan/KULUÇLU, Erdal, "Kamu Mali Yönetimi ve Sayıştay Hesap Yargısında Mali Sorumluluk", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Y. 2011, C. 16, S. 2, s. 385.

<sup>52</sup> AKSOY Mehmet/KIZILKAYA Eyüp, *Kamu Zararı ve Sorumluluk*, Ankara 2017, s. 154; ÇOLAK Bayram, *Son Değişiklikleriyle Birlikte Konu Anlatımlı 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu*, Ankara 2008, s. 82.

<sup>53</sup> İNAN Atilla, "Sayıştay Yargılamasında Sorumluluk", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 11, S. 1, Yıl 1978, s. 75.

## B-Kurul Halinde Gerçekleştirilen İşlemlerde Sorumluluk

5018 sayılı Kanununun 31/3 maddesinde “Kanunların verdiği yetkiye istinaden yönetim kurulu, icra komitesi, komisyon ve benzeri kurul veya komite kararıyla yapılan harcamalarda, harcama yetkisinden doğan sorumluluk kurul, komite veya komisyona ait olur” hükmüne yer verilmiştir.

Kurul halinde görev yapan karar organlarının kamu zararından sorumlulukları müşterek müteselsil bir sorumluluktur<sup>54</sup>. Ancak sorumluluğun doğabilmesi için icra yetkilerinin bulunması gerekir. Sayıştay Genel Kurulu’nun 5189/1 sayılı kararında belirtildiği üzere yönetim kurulu, icra

<sup>54</sup> “Sayıştay Genel Kurul Kararına göre yönetim kurulu, icra komitesi, komisyon ve benzeri kurul veya komite kararıyla yapılan harcamalarda, harcama yetkisinden doğan sorumluluk belirlenirken; kararın, harcama talimatının unsurlarını taşıyıp taşımadığının ve kurul, komisyon veya komitenin harcama sürecinde rol alıp almadığının belirlenmesi gerekmektedir. Kanunların verdiği yetkiye istinaden yukarıda sayılan organların kararı, harcama talimatının taşınması gereken unsurlarını taşıyor ve kurul komisyon, komite harcama sürecinde yer alıyorsa, harcama yetkisinden doğan sorumluluk yönetim kurulu, icra komitesi, komisyon ve benzeri kurul, komite veya komisyona ait olacaktır. İlgili görevlendirmelere ilişkin kararlar alan Yüksek Kurum Yönetim Kurulunun ise sadece kitap fuarlarına katılmaya ilişkin kararlar almadığı, aynı zamanda; kimlerin görevlendirileceğine, hangi giderlerin ödeneceğine ve hangi bütçeden ödeneceğine de karar verdiği, görevlendirileceklerin belirlenmesi ve hangi giderlerin hangi bütçeden ödeneceğine ilişkin kararların icraya ilişkin harcama yetkilisini ve gerçekleştirme görevlisini bağlayan kararlar olduğu, dolayısıyla Yönetim Kurulunun bu konuya ilişkin kararlarının harcama talimatının unsurlarını içerdiği, uygulamada .... ve diğer alt Kurumları kanunlar kadar bağlayıcı niteliğe sahip olduğu bu nedenle, icra yetkisi kullanan Yönetim Kurulunun da sorumluluğa dahil edilmesi gerektiği tespit edilmiştir.

Bu itibarla yurtdışında muhtelif kitap fuarlarına katılan görevlilere 6245 sayılı Kanuna aykırı işe bedeli ve şehir içi ulaşım masrafı ödenmesi sonucu oluşan toplam .... TL tutarındaki kamu zararının; .... TL’sinin Harcama Yetkilisi ....., Gerçekleştirme Görevlisi .... ile Yönetim Kurulu Üyeleri ....., ve .....’ya .... TL’sinin Harcama Yetkilisi ....., Gerçekleştirme Görevlisi .... ile Yönetim Kurulu Üyeleri ....., ve .....’ya .... TL’sinin Harcama Yetkilisi ....., Gerçekleştirme Görevlisi .... ile Yönetim Kurulu Üyeleri ....., ve .....’ya .... TL’sinin Harcama Yetkilisi ....., Gerçekleştirme Görevlisi .... ile Yönetim Kurulu Üyeleri ....., ve .....’ya müştereken ve müteselsilen, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu’nun 53 üncü maddesi gereği işleyecek faizleri ile ödettilmesine, oy birliğiyle...” Sayıştay 8. Daire, Karar no: 98, İlam No: 180. Karar Tarihi: 2005, <https://www.sayistay.gov.tr/tr/kararlar/dk/?krr=24077>, ET. 21.11.2018.

komitesi, komisyon ve benzeri kurul veya komite kararıyla yapılan harcamalarda, harcama yetkisinden doğan sorumluluk belirlenirken şu hususların değerlendirilmesi gerekir:

- Kurul halinde alınan kararın, harcama talimatının unsurlarını taşıyıp taşımadığı
- Kurul, komisyon veya komitenin harcama sürecinde rol alıp almadığı

Eğer yönetim kurulu, icra komitesi, yürütme kurulu, encümen gibi adlarla teşkil edilen yönetim organlarının kararı, harcama talimatının taşınması gereken unsurları taşıyor ve kurul, komisyon, komite harcama sürecinde yer alıyorsa, harcama yetkisinden doğan sorumluluğun yönetim kurulu, icra komitesi, komisyon ve benzeri kurul, komite veya komisyona ait olacaktır<sup>55</sup>.

Yönetim kurulu, icra komitesi, yürütme kurulu, encümen gibi adlarla teşkil edilen yönetim organlarının kararı, harcama talimatının taşınması gereken unsurları taşıyor, ancak kurul, komisyon, komite harcama sürecinde yer almıyorsa, yönetim kurulu, icra komitesi, komisyon ve benzeri kurul veya komitenin sadece harcama talimatının kanun, tüzük ve yönetmeliklere uygun olmasından sorumlu olacaktır<sup>56</sup>.

Yönetim kurulu, icra komitesi, encümen gibi adlarla teşkil edilen yönetim organlarının kararı bir giderin yapılması için harcama yetkilisine izin verme şeklinde düzenlenmiş ise, bu halde kurul, komisyon veya komitenin harcamaya izin veren kararın kanun, tüzük ve yönetmeliğe uygun olmasıyla sınırlı olarak kamu zararından sorumlu olacaktır<sup>57</sup>.

### C- Gerçekleştirme Görevlileri ve Sorumluluğu

Döner Sermayeli İşletmeler Bütçe Ve Muhasebe Yönetmeliğinin 10. maddesi gerçekleştirme görevlilerini, gider ve gelir gerçekleştirme görevlileri

<sup>55</sup> Sayıştay Genel Kurul Kararı, Karar Tarihi: 14.06.2007, Karar No: 5189/1, <http://www.ybu.edu.tr/stratejedb/contents/files/Say%C4%B1%C5%9Ftay%20Genel%20Kurul%20Karar%C4%B1.pdf>

<sup>56</sup> Sayıştay Genel Kurul Kararı, Karar Tarihi: 14.06.2007, Karar No: 5189/1, <http://www.ybu.edu.tr/stratejedb/contents/files/Say%C4%B1%C5%9Ftay%20Genel%20Kurul%20Karar%C4%B1.pdf>

<sup>57</sup> Sayıştay Genel Kurul Kararı, Karar Tarihi: 14.06.2007, Karar No: 5189/1, <http://www.ybu.edu.tr/stratejedb/contents/files/Say%C4%B1%C5%9Ftay%20Genel%20Kurul%20Karar%C4%B1.pdf>



olmak üzere ikiye ayırmıştır. Gider gerçekleştirme görevlileri, harcama talimatı üzerine; işin yaptırılması, mal veya hizmetin alınması, teslim almaya ilişkin işlemlerin yapılması, belgelendirilmesi ve ödeme için gerekli belgelerin hazırlanması görevlerini yürütürler. Gelir gerçekleştirme görevlileri ise işletme gelirlerinin tahakkuk ve takip işlemlerini yürütürler.

İlgili düzenlemeye göre gider ve gelir gerçekleştirme görevlileri, kendilerine verilen görevlerin mevzuatına ve usulüne uygun olarak yürütülmesinden, düzenledikleri belgelerin doğruluğundan ve diğer gerçekleştirme görevlileri tarafından düzenlenen belgeler üzerinde yapmaları gereken kontrollerden sorumludurlar.

Döner Sermaye İşletme Müdürü Rektör tarafından atanır. Müdürlüğe bağlı işletmelerin koordinasyonunu sağlayan müdür gerçekleştirme görevlisi olup kamu kaynaklarının etkin, ekonomik ve verimli kullanılmasından sorumludur.

#### **D- Muhasebe Biriminin Sorumluluğu**

5018 sayılı “Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu” nun “Muhasebe Hizmeti ve Muhasebe Yetkilisinin Yetki ve Sorumlulukları” başlıklı 61. maddesi “*Muhasebe hizmeti; gelirlerin ve alacakların tahsili, giderlerin hak sahiplerine ödenmesi, para ve parayla ifade edilebilen değerler ile emanetlerin alınması, saklanması, ilgililere verilmesi, gönderilmesi ve diğer tüm mali işlemlerin kayıtlarının yapılması ve raporlanması işlemleridir. Bu işlemleri yürütenler muhasebe yetkilisidir*” hükmü ile muhasebe yetkilisi tanımlanmış görev ve yetkileri belirlenerek, görevleri sırasında ortaya çıkan kamu zararını ödemekle/ iade etmekle yükümlü oldukları hüküm altına alınmıştır. Bunun yanı sıra Döner Sermayeli İşletmeler Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliğinin 8. maddesi gereğince işletme gelirlerinin tahsili işlemi muhasebe birimlerince yürütülecektir.

Muhasebe yetkilileri; 5018 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelik md 14’de sayılan hizmetlerin<sup>58</sup> zamanında yapılmasından ve muhasebe kayıtlarının

<sup>58</sup> Gelirleri ve alacakları ilgili mevzuatına göre tahsil etmek, yersiz ve fazla tahsil edilenleri ilgililerine iade etmek ;Giderleri ve borçları hak sahiplerine ödemek; para ve parayla ifade edilebilen değerler ile emanetleri almak, saklamak ve ilgililere vermek veya göndermek; Görevlerinin sınırları içinde kalan kayıtları usulüne uygun, saydam ve erişilebilir şekilde tutmak, belge ve bilgileri her türlü müdahaleden bağımsız olarak düzenlemek, Yönetmelik gereğince düzenlenmesi gereken belge ve bilgileri, belirtilen sürelerde ilgili yerlere düzenli olarak vermek; Veznenin

usulüne uygun, saydam ve erişilebilir şekilde tutulmasından; mutemetleri aracılığıyla aldıkları ve elden çıkardıkları para ve parayla ifade edilen değerler ile bunlarda meydana gelen kayıplardan; ön ödeme ile kesin ödemelerin yapılması ve ön ödemelerin mahsubu aşamalarında ödeme emri belgesi ve eki belgelerin usulünce incelenmesi ve kontrolünden; yersiz ve fazla tahsil edilen tutarların ilgililerine geri verilmesinde, geri verilecek tutarın, düzenlenen belgelerde öngörülen tutara uygun olmasından; ödemelerin, ilgili mevzuatın öngördüğü öncelik sırası da göz önünde bulundurularak, muhasebe kayıtlarına alınma sırasına göre yapılmasından; rücu hakkı saklı kalmak kaydıyla, kendinden önceki muhasebe yetkilisinden hesabı devralırken göstermediği noksanlıklardan; muhasebe yetkilisi mutemetlerinin hesap, belge ve işlemlerini ilgili mevzuata göre kontrol etmekten bu bağlamda da kamu zararı açısından hesap vermekten sorumludur.

Muhasebe yetkililerinin ret ve iadeler ile ayrılıp gönderilmesi gereken paylara ilişkin fazla ve yersiz ödemelerde sorumluluğu görevleri gereği

kontrolünü ilgili mevzuatında öngörülen sürelerde yapmak. Muhasebe yetkilileri; muhasebe birimlerine teslim edilen para ve parayla ifade edilen değerlerin ilgili mevzuatında öngörüldüğü şekilde alınmasını, muhafaza edilmesini ve gerekli güvenlik tedbirlerinin alınmasını sağlamakla yükümlüdürler. Muhasebe yetkilileri; ilgili mevzuatında öngörülen süreler içinde ve belirsiz günlerde vezneyi kontrol ederek kayıp ve noksanlık olmaması için gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler. Bu görevin gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle meydana gelecek kayıp ve noksanlıklardan genel hükümlere göre sorumludurlar. Muhasebe hizmetlerine ilişkin defter, kayıt ve belgeleri ilgili mevzuatında belirtilen sürelerle muhafaza etmek ve denetime hazır bulundurmamak; Yangın, sel, deprem, yer kayması, çığ düşmesi gibi afet hâlleri le savaş veya askerî ve idarî sebeplerle tahliye ya da hırsızlık gibi nedenlerle veznede kayıp veya noksanlık meydana gelmesi hâlinde, muhasebe yetkililerince durum derhal en yakın amire yazılı olarak bildirilir. Ayrıca, olaya ilişkin delillerin kaybolmaması için gerekli tedbirleri alır. Sorumluluğun ibrası için, muhasebe yetkilileri olayı öğrendikleri günden itibaren en geç 15 gün içinde, bağlı oldukları idareye başvurur. Bu durumda muhasebe yetkilisinin sorumluluğu, bağlı olunan idarenin üst yöneticisinin görüşleri alınarak Sayıştay tarafından hükme bağlanır. Muhasebe yetkilisi mutemetlerinin hesap, belge ve işlemlerini ilgili mevzuatında öngörülen zamanlarda denetlemek veya muhasebe biriminden uzak yerlerde görev yapan muhasebe yetkilisi mutemedinin bulunduğu yerdeki birim yöneticisinden kontrol edilmesini istemek; Hesabını kendinden sonra gelen muhasebe yetkilisine devretmek, devredilen hesabı devralmak; Muhasebe birimini yönetmek.

incelemeleri kanunî zorunluluk olan belgelerle sınırlıdır<sup>59</sup>. Muhasebe yetkilileri ödeme emri belgesi ve ekleri üzerinde;

<sup>59</sup> “...Sosyal Güvenlik Kurumundan Döner Sermaye İşletme Müdürlüğünün ilgili hesabına gönderilen paraların ilk muhasebe kayıtlarının bu tutarlar üzerinden yapıldığı, buna ilişkin olarak İşletme Müdürlüğünde bulunan muhasebe işlem fişlerinin gerçek tutarları ihtiva ettiği, İşletme Müdürlüğünce hazırlanan ve Saymanlık Müdürlüğüne gönderilen muhasebe işlem fişlerinde yazan tutarların Muhasebe Uzmanı ..... tarafından değiştirildiği, muhasebe işlem fişlerine eklenen ve elektronik ortamda ulaşılabilen müşteri hesap ekstrelerinde yer alan tutarların da bu fişlere uygun şekilde değiştirildiği, böylelikle Sosyal Güvenlik Kurumundan gönderilen paraların Saymanlık Müdürlüğü kayıtlarına eksik kaydedildiği, muhasebe kayıtları dışında tutulan paraların ise ilgili tarafından hesabın bulunduğu bankaya sahte ödeme talimatları ve hatta faks ve elektronik posta gönderilmek suretiyle İşletme Müdürlüğü ile borç-alacak ilişkisi bulunmayan kişi ve firmalara aktarılmasının sağlandığı, bankanın bu aktarma işlemlerini Döner Sermayeli İşletmeler Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliğinin 73 üncü maddesine göre düzenlenmesi gereken “gönderme emri” olmadan gerçekleştirdiği anlaşılmıştır.

Muhasebe yetkilileri muhasebe biriminin yönetiminden ve muhasebe hizmetlerinin yürütülmesinden sorumludurlar. Muhasebe yetkililerinin bu sorumlulukları kapsamına giren hususlar arasında muhasebe kayıtlarının mevzuata ve usulüne uygun şekilde tutulması, giderlerin hak sahiplerine ödenmesi yer almakta ise de; muhasebe kayıtlarının eksik tutulması ve hak sahibi olmayan kişilere ödeme yapılması işlemlerinin tahrif edilmiş muhasebe işlem fişleri ve hesap ekstreleriyle yapıldığı, ayrıca ..... tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumundan gönderilen ..... TL'nin banka hesabına girdiği, bu tutarın bankaya fakslanan ve .....'ın imzasını taşıyan aktarma talimatıyla bir firmaya aktarıldığı, talimata “SGK İl Müd. Sağ. Arş. Talimat İade” şeklinde not konulmak suretiyle usulsüz aktarmanın gizlenmeye çalışıldığı, bu tutara ilişkin olarak saymanlıkça bankaya gönderilen herhangi bir gönderme emri bulunmadığı, ..... tarih ve ..... numaralı muhasebe işlem fişinde bu tutarın gösterilmediği, dolayısıyla söz konusu usulsüz işlemleri .....'ın bilinçli şekilde gerçekleştirdiği görülmüştür. Buna göre usulsüz işlemler nedeniyle ortaya çıkan kamu zararının, muhasebe yetkilisi oldukları için savunmaları alınan ..... (Saymanlık Müdürü) ve .....'nun (Sayman Yardımcısı-Saymanlık Müdürü Vekili) mevzuata aykırı karar, işlem ve eyleminden kaynaklanmadığı, kamu zararına ilişkin olarak illiyet bağı olmadığından kamu zararında sorumlulukları bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu itibarla, ..... Döner Sermaye İşletme Müdürlüğü banka hesabına Sosyal Güvenlik Kurumundan gönderilen paraların muhasebe hesaplarına eksik kaydedilmesi ve muhasebe kayıtlarına girmeyen tutarlardan hak sahibi olmayan kişilere ve firmalara gerçeğe aykırı gönderme emirleriyle ödeme yapılması sonucu sebep olunan ..... TL kamu zararının Muhasebe Yetkilisi (Muhasebe Uzmanı-Saymanlık Müdürü Vekili) .....'a münferiden 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53 üncü maddesi gereği işleyecek

- Yetkililerin imzasını,
- Ödemenin çeşidine göre ilgili mevzuatında belirlenen belgelerin tamam olmasını<sup>60</sup>,

*faizleriyle birlikte ödettirilmesine oy çokluğuyla...". Sayıştay 2. Dairesi, Kamu İdaresi Türü:Yüksek Öğretim Kurumları, Yıl:2013, Karar No:35423 İlam No:312, Tutanak Tarihi:18.10.2016, <https://www.sayistay.gov.tr/tr/kararlar/dk/?krr=21982>, ET 21.07.2018.*

<sup>60</sup> Merkezî Yönetim Harcama Belgeleri Yönetmeliği md. 5: Ödeme belgesi en az üç nüsha düzenlenir. İlk iki nüshası, bu Yönetmelikte belirtilen kanıtlayıcı belgelerle birlikte muhasebe birimine verilir. Ödeme belgesinin birinci nüshası ile eki kanıtlayıcı belgeler Sayıştaya gönderilir, ikinci nüshası ise muhasebe biriminde saklanır. Kanıtlayıcı belgeler, kamu harcamalarının belirlenmiş usul ve esaslara uygun olarak yapıldığına ve gerçekleştirildiğine ilişkin, görevlendirilmiş kişi veya komisyonlarca düzenlenip onaylanan belgelerdir. Kesin veya ön ödeme şeklinde yapılacak kamu harcamalarında ödeme belgesi olarak bağlanacak kanıtlayıcı belgeler aşağıda belirtilmiştir.

a) Kesin ödemelerde;

Bütçeden nakden veya mahsuben yapılacak kesin ödemelerde Genel Yönetim Muhasebe Yönetmeliği eki 1 örnek numaralı Ödeme Emri Belgesine harcamanın çeşidine göre Yönetmeliğin ilgili maddelerinde belirtilen belgeler kanıtlayıcı belge olarak bağlanır.

b) Ön ödemelerde;

1)Avans veya kredi suretiyle yapılacak ön ödemelerde;

-Harcama talimatı, ihale mevzuatına göre yapılacak alımlarda onay belgesi, - Gereken hallerde kredi izin yazısı;

2)Mevzuatları gereği yüklenicilere verilecek avanslarda;

-Harcama talimatı, ihale mevzuatına göre yapılacak alımlarda onay belgesi, -Avans teminatına ilişkin alındının onaylı örneği, -Gereken hallerde Bakanlığın uygun görüş yazısı veya üst yöneticinin kararı, Genel Yönetim Muhasebe Yönetmeliği eki 2 örnek numaralı Muhasebe İşlem Fişine kanıtlayıcı belge olarak bağlanır.

Ödeme belgesinin birinci nüshasına, kanıtlayıcı belgelerin aslı veya yasal bir sebeple aslı temin edilemeyenlerin onaylı suretleri bağlanır. Fatura ve taşınır işlem fişinin asıllarının bağlanması esastır. Ancak, kaybolma, yırtılma, yanma gibi mücbir sebeplerle aslının temin edilemediği hallerde, fatura ve/veya taşınır işlem fişinin onaylı örnekleri bağlanmak suretiyle ödeme yapılabilir. Onaylı suretlerin, onaylayan ilgili birim yetkilisinin adı, soyadı, unvanı, imzası ve resmi mühür ile onay tarihini taşıması gerekir.

- Maddî hata bulunup bulunmadığını,
- Hak sahibinin kimliğine ilişkin bilgileri, kontrol etmekle yükümlüdürler.

Kanun ve yönetmelikte ifade edilen belgeler dışında inceleme yapma ve denetleme sorumluluğu yoktur. Ancak söz konusu belgelerde eksiklik ya da hata varsa ödeme yapamaz aksi takdirde kamu zararından sorumluluğu doğacaktır.

Muhasebe yetkilileri, ödeme emri belgesi eki belgelerin, ödemesi yapılacak giderin çeşidine ve alım şekline göre Merkezi Yönetim Harcama Belgeleri Yönetmeliğinde ve özel mevzuatında öngörülen belgelerden olmasını ve bu belgelerin eksiksiz olarak ödeme emri belgesi ekine bağlanmasını kontrol etmekle sorumlu olup, belgelerin alınan mal veya hizmet ya da yapılan iş bazında miktar veya ara toplam olarak bütçedeki tertiplerine uygunluğunun kontrolünden ve doğruluğundan sorumlu değildir. (Yönetmelik md 20)

Muhasebe yetkililerinin maddî hataya ilişkin sorumlulukları; bir malî işlemin muhasebeleştirilmesine dayanak teşkil eden karar, onay, sözleşme, hakediş raporu, bordro, fatura, alındı ve benzeri belgelerde; gelir, alacak, gider ya da borç tutarının tespit edilmesine esas rakamların hiçbir farklı yoruma yer vermeyecek biçimde, bilerek veya bilmeyerek yanlış seçilmesi, oranların yanlış uygulanması, aritmetik işlemlerin yanlış yapılması ve muhasebeleştirmeye esas toplamlarının muhasebeleştirme belgesinde ilgili hesaplara noksan veya fazla kaydedilmek suretiyle yapılan yersiz ve fazla alma, verme, ödeme ve gönderilmesiyle sınırlıdır. Teknik nitelikteki belgelerde, bu niteliğe ilişkin olarak yapılmış maddi hatalardan bu belgeleri düzenleyen ve onaylayan gerçekleştirme görevlileri sorumlu olup, muhasebe yetkililerinin bu belgelere ilişkin sorumlulukları aritmetik işlemlerdeki yanlışlıklarla sınırlıdır. (md 20)

İşletmelerin nakit mevcudunun yeterli olması durumunda ödemeler, ödeme emri belgelerinin muhasebe biriminin kayıtlarına giriş sırasına göre yapılır. Nakit yetersizliği nedeniyle ödemenin zamanında yapılmamasının idareye ek bir külfet getirmesi nedeniyle ortaya çıkan zarardan muhasebe yetkilisi sorumlu olmayacaktır

---

Elektronik ortamda oluşturulan ortak bir veri tabanından yararlanmak suretiyle yapılacak harcamalarda, veri giriş işlemleri gerçekleştirme görevi sayıldığından, ödeme belgesine ayrıca bu verileri kanıtlayıcı belge bağlanmaz.

### E-Elektronik Ortamda Oluşturulan Ortak Veri Tabanına Bilgi Girişine Esas Olacak Belgeleri Düzenleyenlerin Sorumluluğu

5018 Sayılı Kanununun 33. maddesine 5436 sayılı kanunla eklenen üçüncü fıkrada; *“Elektronik ortamda oluşturulan ortak bir veri tabanından yararlanmak suretiyle yapılacak harcamalarda, veri giriş işlemleri gerçekleştirme görevi sayılır”* hükmüne yer verilmiştir.

Kanunun ilgili maddesine dayanılarak çıkarılan ve 31.12.2005 tarihli ve 26040 sayılı 3. mükerrer Resmî Gazete’de yayımlanan Merkezi Yönetim Harcama Belgeleri Yönetmeliğinin 5. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında ise *“Elektronik ortamda oluşturulan ortak bir veri tabanından yararlanmak suretiyle yapılacak harcamalarda, veri giriş işlemleri gerçekleştirme görevi sayıldığından, ödeme belgesine ayrıca bu verileri kanıtlayıcı belge bağlanmaz. Üçüncü ve dördüncü fıkraların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça belirlenir”* denilmektedir. Düzenleme gereği elektronik ortamda oluşturulan veri tabanı esas alınarak yapılan harcamalarda sisteme girilecek verilere ilişkin belgeleri imzalayanlar gerçekleştirme görevlisi olarak kabul edilecek harcama yetkilisi ile birlikte sorumluluğu doğacaktır. Bu hususu Sayıştay’ın 5189/1 Sayılı kararı ile de teyit edilmiştir. Ancak elektronik ortamda oluşturulan ortak veri tabanından ne anlaşılması gerektiği konusuna açıklık getirilmemiştir<sup>61</sup>.

### SONUÇ

Kamu zararı 5018 Sayılı Kanunla hukuk literatürüne giren bir kavram olup kamu görevlilerinin mali sorumluluğunun belirlenmesi açısından önemlidir. 5018 Sayılı Kanun’un 71. maddesi çerçevesinde Sayıştay ilamları da değerlendirilerek döner sermaye işletmelerinde kamu zararının en çok hangi alanlarda ortaya çıktığı şu şekilde tespit edilmiştir:

- Elde edilen gelirin kanuna aykırı olarak dağıtılması
- Ödemelerin mevzuatta düzenlenen belgelere dayanmadan yapılması
- Ödevlerin zamanında yerine getirilmemesi nedeniyle idareye ek külfet yüklenmesi
- İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması.

<sup>61</sup> ORULLUOĞLU Cuma, *Kamu Zararı*, Ankara 2012, s. 133.

Bunun yanı sıra 5018 sayılı Kanunun 71. maddesi dışında farklı kanunlarda da kamu zararı kavramına da rastlamaktayız. Ancak Sayıştay kamu zararı kavramı sadece md. 71 çerçevesinde ele alarak dar yorumlamıştır. 5018 Sayılı Kanun dışında başka Belediye Kanunu gibi özel kanunlarda yer alan kamu zararı kavramı da esas alınmalı ve değerlendirilmelidir.

Hazineye verilen zarar Sayıştay tarafından tespit edildikten sonra karşımıza çıkacak diğer önemli konu, sorumlunun belirlenmesidir. Sayıştay yargısında esas olan malî sorumluluktur. Malî sorumluluk devlete verilen zararın tazmini sonucunu içerir. Üniversitelerde döner sermaye işletmesinin hizmetleri, üniversite yönetim kurulu, hastane yönetim kurulu, harcama yetkilisi, işletme müdürü, muhasebe yetkilisi, gerçekleştirme görevlisi ve diğer personeller tarafından yürütülmektedir. 5018 Sayılı Kanun'da her birinin görevi ve sorumluluğunun kapsamı ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Sorumluluk doğuracak konular ve sorumlunun tespiti yapılırken kanunî dayanaklar esas alınacak yorum yoluyla sorumluluğun kapsamı genişletilemeyecektir. Sayıştay daireleri tarafından yapılan hesap yargılaması sonucunda; ya hesap ve işlemlerin yasal düzenlemelere uygunluğuna ya da kamu zararının sorumlulardan tazminine hükmedilmektedir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer sorun malî sorumluluk neticesinde belirlenen alacağın kamu alacağı olup olmadığıdır. Başka bir ifade ile Sayıştay ilamlarının 6183 Sayılı Kanun'a göre infaz edilip edilmeyeceğidir. 6183 Sayılı Kanun'un 1. maddesinde kamu alacağı kavramı şu şekilde tanımlamıştır:

*“Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur.*

*Türk Ceza Kanununun para cezalarının tahsil şekli ve hapse tahvili hakkındaki hükümleri mahfuzdur.”*

Kamu zararı haksız fiilden kaynaklanan bir alacak olduğu için kamu alacağı değildir. Bu nedenle de ilamların infazı 6183 Sayılı Kanun'a göre değil İcra İflas Kanunu'na göre yapılacaktır. Sayıştay ilamlarının 6183 Sayılı kanun kapsamı dışında tutulması adil bir uygulama değildir. Kamu alacağı olmamakla birlikte özel kanunları gereği 6183 Sayılı Kanun çerçevesinde

taahsil edilen alacaklar söz konusudur, Sosyal Güvenlik Kurumu alacağı gibi. 5018 Sayılı Kanun'a eklenecek bir madde ile kamu zararından kaynaklanan alacaklar da 6183 Sayılı Kanun'un kapsamına dâhil edilmelidir.

Sayıştay'ın etkinliği artırılmalıdır. Sayıştay'ın etkinliğinin artırılması uzmanlık alanı olan kamu zararının tespitini ve önlenmesini kolaylaştıracaktır. Özellikle Yüksek Öğretim Kurumlarında ortaya çıkan kamu zararının tespiti ve önlenmesi devlet hazinesi açısından büyük öneme sahiptir.



## KAYNAKLAR

- AKSOY Mehmet/KIZILKAYA Eyüp, *Kamu Zararı ve Sorumluluk*, Ankara 2017.
- AKSOY Mehmet/GEÇGEL Bülent/ÖZ Yusuf, *Sayıştay Hesap Yargısı*, Ankara 2018.
- AKYEL Recai, Bir Hesap Yargısı Olarak Sayıştay, *ITAAD*, Yıl:6, Sayı:23 (Ekim 2015)
- AKYILMAZ Bahtiyar, “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXIX, S. 1-2, Y. 2011.
- AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Ankara 2015
- AKYILMAZ Bahtiyar, “İdare Hukukunda Kamu Görevlilerine Rücu Sorunu”, *Prof. Dr. Faruk Eren’e Armağan*, Ankara 2006.
- ALİKAŞIHOĞLU Kemalettin, *Son Değişiklikleri İçeren Açıklamaları Gerekçeli Yargı Kararlı Genel Tebliğli Devlet Memurları Kanunu*, Ankara 2002.
- ATAY Ender Ethem, “İdarenin Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Faruk Eren’e Armağan*, Ankara 2006
- BAYAR Doğan, “Kamu Zararı ve Hesap Yargısı”, *Dış Denetim*, Ocak-Şubat-Mart 2011.
- BAYAR Doğan, “Mali Sorumluluk Nedir?”, *Maliye Dergisi*, S. 154, Ocak-Haziran 2008.
- BİLGİN Pertev, “Sayıştayın Yargı Düzeni İçindeki Yeri (Bir Şavaş Hikayesi)”, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, No:7, Nisan 1994
- ÇOLAK Bayram, *Son Değişiklikleriyle Birlikte Konu Anlatımlı 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu*, Ankara 2008.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref, *Yönetmelik Yargısı*, Ankara:2015.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN, Turgut, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, Ankara 2014.
- GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, Ankara:2013.
- GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt II, Bursa:2009.
- İNAN Atilla, *(Yargı Kararlarıyla) Sayıştay İlamlarını İnfazı*, Ankara 2016.
- İNAN Atilla, “Sayıştay Yargılamasında Sorumluluk”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 11, S. 1, Yıl 1978.
- İNAN Atilla, *(Yargı Kararlarıyla) Sayıştay İlamlarını İnfazı*, Ankara 2016.

- KARAHAN Serhan Tevfik, “Mülkiyet Bağlamında Kamu Zararı Kavramı: Olanaklılık Ve Anlam”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 6, S. 1, Yıl 2015.
- KARTALCI Kadir, “Döner Sermaye İşletmelerinin Yeniden Yapılandırılması”, *Akademik Yaklaşımlar Dergisi (Journal Of Academic Approaches)*, İlkbahar 2012, C. 3 S. 1.
- KOÇBERBER Seyit, “Kamu Zararı Kavramı Üzerine Yargı Kurumları Arasındaki Hüküm Uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesinin Rolü ve Önemi”, *Sayıştay Dergisi*, S. 97, Nisan-Haziran 2015.
- OYMAK Celal/İNAN Atilla, *Temel Mali Kanunlar Sayıştay Yargısı ve Hak Arama Yolları*, Ankara 2011.
- ORULLUOĞLU Cuma, *Kamu Zararı*, Ankara 2012.
- ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1986.
- PARLAK Nukrettin, “Sayıştay Yargısında Kamu Zararı Kavramı: Sorunlar ve Öneriler”, *Sayıştay Dergisi*, S.108, Ocak - Mart 2018.
- PINAR İbrahim, *Açıklamalı İçtihatlı Devlet Memurları Kanunu Şerhi*, Ankara 2009.
- SAYIŞTAY DERGİSİ, Sayı:88/ Ocak - Mart 2013, <http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der88m9.pdf>
- ŞIŞMAN Gülden, *Sayıştay Yargısında Vergi Alacağı Açısından Kamu Zararı*, Ankara 2017.
- TAN Turgut, *İdare Hukuku*, Ankara 2014.
- TOSUN Mustafa Umur, “Kamu Zararı: Türk Kamu Yükseköğretim Kurumları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Sosyoekonomi*, Yıl 2016, Sayı 24(30).
- TURGUTER Necip, 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu Açıklaması, Ankara 2015.
- TURGUTER Necip, *Kamu Zararı Açıklaması*, Ankara 2012.
- UZ Abdullah, “Hesapları Kesin Hükme Bağlamakla Görevli Sayıştay’ın Yargısal Kimliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 54, Sayı 4, Yıl 2005.
- ÜSTÜN Ümit Süleyman/ÇALIŞ Hande Sena, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 2, 2018.

ÜSTÜN Ümit Süleyman/HEPAKSAZ Engin/KILIÇ, Ramazan/KULUÇLU Erdal, “Kamu Mali Yönetimi ve Sayıştay Hesap Yargısında Mali Sorumluluk”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Y. 2011, C. 16, S. 2.

VAROL Asaf, “Harcama Yetkilileri ile İlgili Bazı Çelişkiler ve Çözüm Önerileri”, *Sayıştay Dergisi*, S. 70.

YAŞAR, Hasan Nuri, *İdare Hukuku*, İstanbul 2014

YİĞİTER Şule Yüksel/ HANOĞLU Mahmut, *Üniversitelerde Döner Sermaye İşletmeleri*, Erzincan Üniversitesi Yayınları, Erzincan 2017.

<https://sayistay.gov.tr/tr/kararlar/dk/?krr=12258>

<http://dsermaye.sdu.edu.tr/tr/kurumsal-tanitim/doner-sermayeli-isletmeler-4646s.html>, E.T. 17.05.2018

Kazancı İçtihat Programı

<http://dsermaye.sdu.edu.tr/tr/kurumsal-tanitim/doner-sermayeli-isletmeler-4646s.html>

Sayıştay Dergisi, Yıl:2013, Karar No:35423

<https://www.sayistay.gov.tr/tr/kararlar/dk/?krr=21982>



## **ALİ HAYDAR EFENDİ'DE VÂKIFIN ŞARTLARI (ŞART-I VÂKIF)\***

**Dr. Öğr. Üyesi Ahmet AKMAN\*\***

### **CONDITIONS OF ENDOWMENT FOUNDER IN ALI HAYDAR EFENDI**

#### **Makaleye Atıf**

**Klasik Usul:** Akman, Ahmet: Ali Haydar Efendi'de Vâkıfın Şartları (Şart-ı Vâkıf), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 2018, s. 45-86.

**APA:** AKMAN, A. (2018). Ali Haydar Efendi'de Vâkıfın Şartları (Şart-ı Vâkıf). Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26 (3), 45-86. DOI: 10.15337/suhfd.485127.

---

\* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 19.11.2018

**Kabul Edildiği Tarih:** 10.12.2018

**DOI Numarası:** [10.15337/suhfd.485127](https://doi.org/10.15337/suhfd.485127)

\*\* N. Erbakan Üniv. Hukuk Fak. Öğr. Üyesi.

**E-mail Adresi:** aakman@konya.edu.tr

**ORCID ID:** [0000-0002-8697-1662](https://orcid.org/0000-0002-8697-1662)

## ÖZ

Klasik fıkıh kitaplarının kendi sistematığı içerisinde ele alınan vakıflar konusu, 19. Yüzyıl sonlarına doğru meydana gelen kanunlaştırma anlayışının da etkisiyle daha yerli ve İslâm Hukukuna dayalı kanun yapma düşüncesi ile yapılan bazı çalışmalar arasında yerini almıştır. Bu meyanda Osmanlı ve Mısır'da yapılan son derece değerli çalışmalar olmuştur. Bunlardan özellikle Ömer Hilmi'nin yazmış olduğu "İthâfü'l-Ahlâf fi Ahkâmi'l-Evkâf" ile, Mısır'da Kadri Paşa'nın hazırladığı "Kânunu'l-Adl ve'l-İnsâf fi'l-Kazâi alâ Müşkilâtı'l-Evkâf" resmi olarak yürürlüğe girmemiş olsalar da, uygulamada kendilerinden yargıda ve diğer alanlarda istifade edilmiştir. Onlardan daha sonra ve özellikle Ömer Hilmi'nin kitabına vurgu da yaparak, öncekilerin eksiklerini ve zaman içerisinde oluşmuş güncelleme ihtiyacını da karşılamak üzere Mecelle şârihlerinden Ali Haydar Efendi, "Tertîbü's-Sunûf fi Ahkâmi'l-Vukûf" adlı diğerlerinden daha kapsamlı eserini kaleme almıştır. Ele aldığımız vâkıfın şartları bahsi de kitaplarda konunun ilgilendirdiği alanlara göre farklı yerlerde ele alınmış olmakla birlikte, ağırlıklı olarak müstakil iki fasılda işlenmiştir. Başta "Tertîbü's-Sunûf" olmak üzere bahsettiğimiz diğer iki kitapla da mukayese edilerek, ilgili hukuki literatürün de yardımıyla şart-ı vâkıf konusu ele alınmıştır. Vakıf kurucusunun şartlarının şer'i hükümlere uygun olması aranmakla beraber, bazı hallerde şartların geçersiz addedilerek vakfın devamına imkan veren veya maslahat gereği şartlara uyulmaması mümkün olan haller ortaya konulmaya çalışılmıştır.

**ANAHTAR KELİMELER:** İslâm-Osmanlı Vakıf Hukuku, Şart-ı Vâkıf, Batıl Şart, Hukuki İşlem.

## ABSTRACT

The subject of the foundations dealt with within the own systematic of classical fiqh books, has taken its place among some studies with the idea of making law based on domestic and Islamic law with the effect of the legalization approach towards the end of the 19th century. Inter alia, there were highly valuable studies which were studied in Ottoman Empire and Egypt. Especially "İthâfü'l-Ahlâf fi Ahkâmi'l-Evkâf" written by Ömer Hilmi and "Kânunu'l-Adl ve'l-İnsâf fi'l-Kazâi alâ Müşkilâtı'l-Evkâf" written by Kadri Pasha in Egypt, which did not go into effect officially, were benefited in practice, jurisdiction and other areas. After that Ali Haydar Efendi who was one of the Mecelle's commentator wrote "Tertîbü's-Sunûf fi Ahkâmi'l-Vukûf" which is more comprehensive than others by especially emphasising Ömer

Hilmi's book in order to complete former book's deficiency and cater for updating need. Conditions of the foundation were adressed in different places and were discussed in two separate part in this book. In this paper, with the help of law literature about conditions of the foundation, it was adressed two exceptional case on condition that conditions of the "waqf" founder have to conform to the sharia law by comparing with Tertîbü's-Sunûf fi Ahkâmi'l-Vukûf, Kânunu'l-Adl ve'l-İnsâf fi'l-Kazâi alâ Müşkilâti'l-Evkâf and İthâfü'l-Ahlâf fi Ahkâmi'l-Evkâf. First of those is standing of foundation by quashing to conditions. Second one is circumstances that it is possible that conditions are not conformed in accordance with the affair of the foundation.

**KEY WORDS:** *Islam-Ottoman Waqf Law, Condition of Waqf Founder, Unlawfull Condition, Legal Transaction.*

## I. Hukuki İşlemler ve Vakıflarda Şartlar

### Genel Olarak

Her hukuki işlemin, gerekli kurucu unsurları ile tamamlandıktan sonra sağlamaya çalıştıkları hukuki sonuçları vardır. Örneğin alım-satım ve kira sözleşmelerinin hukuki sonuçları, mal yahut menfaat ile bedelin el değiştirmesidir. İki yahut tek taraflı ve farklı nitelikteki sözleşmelerin mahiyetlerine uygun sonuçlara ulaşmak hususunda tarafların gayret sarf etmeleri, onların gerçekleşmelerini zorlaştıracak veya imkansız kılacak davranışlardan sakınmaları gerektiği gibi, bu olumsuz hukuki sonucu doğurabilecek sözleşmeye uygun olmayan şartları başlangıçta veya sonradan ortaya koymamaları gerekir. Taraflar sözleşme ile beraber bazı şartları (*ca'li şartlar*) ileri sürüp üzerinde anlaşabilirler. Hz. Peygamber (s.a.) de: "Müslümanlar şartlarıyla bağlıdırlar; Ancak, bir haramı helal veya bir helali haram kılan şart hariç."<sup>1</sup> buyurmuştur. Bu şartların ileri sürülmesinde mezhepler arasında çeşitli genişlik ve esneklik farklılıkları olmakla birlikte, sözleşmenin gereğinden olan, bunu destekleyen veya örfte geçerli şartlar, genellikle sahih şartlar olarak kabul edilirler.<sup>2</sup> Bu şartlardan önemli bir kısmı

<sup>1</sup> Tirmizî, Ahkâm, 17.

<sup>2</sup> İbn Âbidîn, Mecmûatü Resâil-i İbn-i Âbidin, c.I-II, Dersâdet 1325, II, 121; İbn Kayyim el-Cevziye, Muhammed b. Ebi Bekir (ö.751), İ'lâmü'l-Muvakkîn, thk. Muhammed Abdüsselam İbrahim, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiye, I. Baskı, c.I-IV, Beyrut 1411/1991, I, 239; Hallâf, Abdülvehhâb, İlmü Usûli'l-Fıkıh, Dârü'l-Müttehîde,

diğer şartlara da uymak kaydıyla, sözleşmenin kurulmasına ve yürütülmesine engel değildir. Bir kısmı ise, sözleşmeye esaslı zarar verirler ve onlarla sözleşmenin yürütülmesi mümkün olmaz. Bu sonuncunun derhal iptal edilerek, sözleşmeye devamın bunlarsız sağlanması gerekir. Ancak bir kısım şartlar daha vardır ki, bunlar sözleşmenin kurucu şartlarına aykırıdır.<sup>3</sup>

Vakıflar da bir hukuki işlem olarak kurulurken kurucusuna, vakfedilen mala ve vakıftan yararlananlara dair sözleşme gereklerine uygun olmalıdır. Mütekavim olmayan (*şer'i-hukuki olarak mal kabul edilmeyen*) bir malı vakıf yapmak, vakfın te'bîd (*daimilik*) ve bağlayıcılık (*lüzûm*) anlayışına aykırı şartlar ileri sürmek, ehil olmayan vakıf kurucusunun vakıf kurması uygun olmayan şartlara örnek olarak verilebilir.<sup>4</sup> Bunlar varken sözleşme kurulmuş olmaz. Bunlar naslara ve şer'i ahkâma aykırı olan şartlardır.<sup>5</sup> Bunlar sonradan ortaya kinsa dahi genellikle sözleşmeye o safhadan sonra devam imkanı kalmaz.

Dımaşk 1992, s.119-120; Ebu Zehra, Muhammed, Muhâdarât fi'l-Vakf, Câmîatü'd-Düvelî'l-Arabiye, Matbaat-ü Ahmed Ali Muhaymire, yy. 1959, s. 156; Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhâtı Fikhiyye Kâmûsu, Bilmen Yay., İstanbul 1969, VI, 23; Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslâm Hukuku, (c.I-III), İz Yay., 9. Baskı, İstanbul 2016, II, 183 vd.; Mecelle, md.186-189; Ali Haydar Ef., Dürerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, c.I-IV, 3.Baskı, İstanbul 1330, I, 291-292.

<sup>3</sup> Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yay., İstanbul 2017, s. 1196; Akıntürk, Turgut, "Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme", AÜHFD, 1970, c.27, sy.3-4, s. 221 vd.; Berki, Ali Himmet, Vakıflar 1946, s. 82; Savaş, Abdurrahman, "Network Marketing", II. Uluslararası İslam Ticaret Hukuku Kongresi "Günümüzdeki Meseleler", (15-19 Ekim 2015), KTO Karatay Üniversitesi Yay., Konya Aralık 2016, s. 60-61.

<sup>4</sup> İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddin Muhammed b. Abdülvahid, Fethü'l-Kadîr, Dârü'l-Fikir, c.I-X, yy. ty, VI, s.214; Hilâlü'r-Rey, Hilâl b. Yahya b. Müslim el-Basri, Ahkâmü'l-Vakf, thk. Halid Abdullah eş-Şuayb, I. Baskı, Garas Yay., Kuveyt 1435/2014, s. 149, 150; Zerka, M. Ahmed, Ahkâmü'l-Evkâf, II. Baskı, Dârü Ammâr, Amman 1419/1998, s. 143; İbyânî, Muhammed Zeyd el-İbyânî Bey, Kitabü Mebâhisi'l-Vakf, II. Baskı, Mısır 1330/1912, s. 7 vd., 32; Fetâvây-ı Kadihân (Hâniye), Diyarbakır 1310, (el-Fetâva'l-Hindiye kenarı), III, 336; Ebu Zehra, Muhâdarât, s.161; Yeken, Zühdfî, Ahkâmü'l-Vakf, I. Baskı, Matbaatü'l-Asriye, Beyrut ty, s. 204, 205; Ahmed İbrahim Bey-Vasil Alaüddin Ahmed İbrahim, Mevsûâtü Ahkâmî'l-Vakf Ala'l-Mezâhibi'l-Erbaa, el-Mektebetü'l-Ezheriyye li't-Türas, Kahire 2009, s.129; Tertîb, md.203 vd., 266, 307, 308; Hatemi, Hüseyin, Önceki ve Bugünkü Türk Hukuku'nda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969, s. 83, 96; Berki, Vakıflar, İkinci Tab'ı, İstanbul 1946, s. 48 vd.

<sup>5</sup> Bkz. Buhâri, Şürût, 17,19; Müslim, Vasiyye, 15.



İleri sürülen şartlardan sözleşmeyi ifsat etmeyenlerin ise kendiliğinden geçersiz olduğu kabul edilerek veya geçersiz kılınarak sözleşmeye devam mümkündür.<sup>6</sup> Bazı şartlar vardır ki, bunlar sözleşmenin kuruluşuna engel olmaktadır. Ortada geçerli sıhhatte bir sözleşme yoktur. Ancak bir zaman geçmiş olmasıyla korunacak bazı haklar ortaya çıkabilmekte, bu fiili duruma ilişkin münferit, dikkate alınması gereken sorumluluklar olabilmektedir.<sup>7</sup> Buraya kadar belirttiğimiz hususlarla pozitif hukukta sözleşmelerle ilgili yokluk, butlan ile iptal edilebilirlik nazariyelerinin bakış açıları farklılıklar olmakla beraber genel çerçevede birbirine benzer mahiyettedir.<sup>8</sup>

Vakıflarda en önemli konularından birisi vâkıfların şartları ve bunlara uyulup uyulmaması hususudur. Vakıflar çeşitli sebep ve maksatlarla kurulmakta ve her vâkıf vakfı üzerindeki bu iradesinin de devamını arzu etmektedir. Aksi düşünce toplumdaki vakıf kurma iradesini teşvik edici olmaz. Bu konudaki temel kaide, başta hukuka ve vakfın maslahatına uygunluktur.<sup>9</sup>

Genellikle tek taraflı bir hukuki işlem<sup>10</sup> olarak kabul edilen vakıf kurma işlemi ile sağlanmak istenen sonuç, vakfın kuruluş gayesi ve hedeflerine ulaşmak için belli bir malın vâkıfın mülkünden çıkarılarak, bahse konu gayeye tahsis edilmesidir. Günümüz mer'î hukuk sistemlerinde belli bir gayeye

<sup>6</sup> Ebu Zehra, Muhâdarât, s. 162; Fetâvây-ı Kadîhân, III, s. 337; Tertîb, md. 336; Berki, Vakıflar (1940), s. 46 vd.; Kaşıkçı, Osman, "Eski Hukukumuzda Takyidi Şarta Bağlı İşlemler", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997, c. I, sy. 1, s. 234-236; Kaşıkçı, O., "Şart", DİA, c. 38, s. 366-367.

<sup>7</sup> Bkz. Mecelle, md. 370-373; Ali Haydar Ef., Mecelle Şerhi, I, s. 617-618; Ebu Zehra, Muhâdarât, s. 155 vd.; Çeker, Orhan, Fıkıh Dersleri-1, Tekin Kitabevi, 9. Baskı, Konya 2016, s. 65 vd.

<sup>8</sup> Oğuzman, Kemal M.-Öz, Turgut, M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, I, s. 175 vd.; Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 349-350; Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 20. Bası (Yeni Borçlar Kanununa Göre), Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 98-102; Krş. Savaş, Abdurrahman, İslâm Hukuku ve Türk Medeni Hukukunda Evlenmenin Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 19-26; Apaydın, H. Yunus, İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara 1989, s. 99, 100, 104, 145, 146.

<sup>9</sup> Berki, Vakıflar (1946), s. 81.

<sup>10</sup> Hatemi, Vakıf Kurma Muamelesi, s. 41.

özgülenen ekonomik değere sahip, yeterli miktardaki mal ve haklar, oluşturulan mal topluluğu tüzel kişiliğine tahsis edilerek bu sonuç sağlanmaktadır. İslâm Hukukunda tüzel kişilik kavramının maddi kriterler bakımından genellikle var olduğunu, ancak kurumsal tüzel kişilik anlayışın zaman içerisinde olgunlaştığını belirterek, vâkıftan çıkan mülkiyetin akibetinin tartışma konusu olduğunu ifade edelim.<sup>11</sup> Hayır ve iyilik yoluyla Allah'a yakınlaşma (*kurbet*) kasdıyla kurulan vakıf, bu gayeyi gerçekleştirmek için oluşturulan varsayılan (*mefrûz*) bir mal topluluğu şahsiyeti olarak vakıf malın sahibi olarak düşünülebilir.<sup>12</sup>

Her vakfın kendi gayesini gerçekleştirmeye yönelik şartlar, açıkça zikredilme bile var olduğu düşünülür. Hukuka uygun şartlara göre kurulmuş vakıfların, mütevellisinden, her kademedeki görevlileri, bunlara uygun hareket ederek vakfın gaye ve hedefine ulaşması için gayret sarf etme borcu altındadırlar. Velâyet-i âmme yetkisini haiz hâkim ve tarihi süreç içerisinde duruma göre yetkili diğer bazı kamu görevlileri de bu sorumluluğu üstlenirler. Ancak bazı durumlarda vakıf kurucularının bunlar dışında bir kısım özel şartlar öngörmesi de söz konusu olabilmektedir. Burada da kriter, şer'i ahkâma, hukuki mahiyete uygunluk, vakfın maslahat ve faydasına hizmet ediyor olmaktır.<sup>13</sup> Vakfedenin öngörmediği yeni şartlar gerekli olduğunda hâkim tarafından özellikle tevliyetle<sup>14</sup> dair tamamlayıcı ve yeni ilave uygulamalar geliştirilmesi hep mümkün olmuştur. Vakıfta değiştirilemez ve muhalefet edilemez şartlar tevliyetle ilgili olmayıp,<sup>15</sup> vakıftan yararlananlar, yararlanma şekli ve istihkakların dağılımıyla alakalıdır.

Başlangıçta konulmuş olan şartların vakfın maslahatına uygun olma özelliği de zamanla kaybolabilir yahut dönem ve münferit hadiseler itibariyle, geçici olarak buna hizmet etmeyebilir. Yeni durumlara uyumlu hale

<sup>11</sup> Hatemi, Vakıf Kurma Muamelesi, s. 76-77.

<sup>12</sup> Miskavî, Ömer, Nizâmü'l-Vakf ve Ahkâmühü's-Şer'iyetü ve'l-Kanuniyetü, Takdim Vehbe ez-Zuhayli, Dârü'l-Fikir, Dimaşk 1431/2010, s. 177-178; Hatemi, Hüseyin, Medeni Hukuk Tüzelkişileri I, İstanbul 1979, s. 54.

<sup>13</sup> Berkî, Vakıflar (1946), s. 81-82.

<sup>14</sup> Tevliyet vakfın yönetimini anlatan bir kavram olarak kullanılmaktadır. Bu yönetim yetkisine sahip kişiye mütevellî denmektedir. Mütevellî; "Umur ve mesâlih-i vakfi şurûtu-ı vakfiye ve ahkâm-ı şer'îye dairesinde idare ve rüyet için tayin olunan kimsedir." Tertîb, md. 103.

<sup>15</sup> Tertîb, md. 408; Berkî, Vakıflar (1940), s. 87.

getirilebilmesi imkan ve yetkisinin vakfiyelerde<sup>16</sup> vakıf kurucusu ve idareciler için öngörülmüş olması, vakıflarda sürekliliği ve dinamizmi sağlayan en uygun yöntemdir. Bu yetkinin olmadığı durum yahut zaruri hallerde vakfın maslahatına uygun çeşitli kararlar hâkim tarafından da verilebilmektedir.<sup>17</sup> Ayrıca bazı özel şartlar ortaya konulmak istenebilir ki, bunlar bahsettiğimiz gibi kuruluşa engel olurlar.<sup>18</sup> Bahse konu bütün bu şartlarla ilgili olmak üzere, genel kâidelere,<sup>19</sup> teorik açıklamalarla birlikte münferit olaya özgü tespit ve çözümlere, klasik fıkıh kitaplarının vakıf bölümlerinde, vakıfla ilgili monografilerde ve bu çalışmada ele aldığımız tarzda tedvin edilmiş kanun kitabı türündeki eserlerde yer verilmiştir.<sup>20</sup>

Uygulamada ortaya konulmak istenen şartlara çoğunlukla detaylı olarak vakfiyelerde yer verilmiştir. Kimler vakıftan yararlanacak, hangi esas ve oranlarda bu yararlanma gerçekleşecek, gelirlerden yapılacak harcamalarda sıra ve öncelikler, evlâda yapılan vakıflarda erkek ve kızların durumu, ilk evlattan sonrakiler konusunda kullanılan ibareler ve anlamları, bunların son bulması (*inkırâzı*) halinde vakıftan kimlerin yararlanacağı gibi hususlar her zaman önem arz etmiştir. Vakfın türüne ve gayesine uygun olarak, dâimilik vasfı da göz ardı edilmeyerek, gelecek nesillerin vakıf kurucusunun gerçek iradesini anlayıp, vakfın başlangıçta belirtilen gayesine ulaşmaya yardım edecek şekilde yorumlanıp uygulanması sürekli gözetilmiş hususlardandır. Vakıf terminolojisinde şartın bu bakımdan özel yeri ve kullanımı vardır. Vakfiyelerde evlada meşrût, fukaraya meşrût gibi vakfın yönelik olduğu gaye ve desteklemek istediği unsurlar için kullanılan bu ve diğer şartlar, ihtilafların çözümünde yargının çokça mürâacat ettiği terimlerden olmuştur.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> Vakfiye: Vâkîfın kuruluş beyanı ve hâkimin mürâfaası ile hükmüne dayanan vakfın kuruluş belgesi. Berki, *İstilah ve Tâbirler*, Ankara 1966, s. 57; bkz. Tertîb, md. 129.

<sup>17</sup> Muhammed Kadri Paşa, *Kânûnu'l-Adl ve'l-İnsâf fi'l-Kazâi alâ Müşkilâti'l-Evkâf*, Tahkik; Ali Cuma Muhammed, Muhammed Ahmed Sirac, I. Baskı, Dârü's-Selam, Mısır 1427/2006, md. 209.

<sup>18</sup> Ebu Zehra, *Muhâdarât*, s. 161.

<sup>19</sup> Berki, *Vakıflar (ikinci kitap: Medenî Kanunda Tesis ve Vakıflar Kanunu Hükümleri)*, Birinci basılış, Ankara, Nur Matbaası, 1950, s. 29-30

<sup>20</sup> Berki, *Vakıflar*, Cihan Kitaphânesi, İstanbul 1940, s. 81 vd.

<sup>21</sup> Akgündüz, Ahmed, *İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 278-280; Öztürk, Nazif, *Türk Yenileşme Tarihi Çevrevesinde*

Vakıf kuruluş işlemleri hukuken bağlayıcı olarak tamamlandığında vakıf şartları da artık yürürlüğe girmiştir. Bu safhadan sonra genel anlamda vakıf şartları, artık vâkif, mütevellî ve ilgili bütün taraflar öncelikli olmak üzere herkes için bağlayıcı olup, değiştirilmesi veya uyulmama imkanı son derece istisnai şartlara münhasır hale gelmektedir.<sup>22</sup>

Bu çalışmamızda vakıflarda şartların mahiyeti ve bunlara ilişkin hükümler esas itibarıyla, resmi olarak yürürlüğe girmemiş olsa bile uygulayıcılar için yol gösterici mahiyetteki ferdi kanun tasarılarından biri olan Ali Haydar Efendi'nin "*Tertîbü's-Sunûf fi Ahkâmi'l-Vukûf*" adlı eserinin,<sup>23</sup> 26. fasıldaki (md. 840-866); "vakıf şartlarına uymanın lüzûmu" ve 27. fasıldaki (md. 867-882); "vakıf şartlarına muhalefetin caiz olduğu meseleler" başlıklı iki fasıl bağlamında ele alınacaktır. *Tertîb*'deki maddelerde atıfta bulunulan kaynaklara da diğer kaynakların yanında bakılmıştır. Bu arada "*Tertîb*" gibi bu alanda kanunlaştırma çalışmalarından olan Muhammed Kadri Paşa'nın "*Kânunu'l-Adl ve'l-İnsâf fi'l-Kazâi alâ Müşkilâti'l-Evkâf*" ve Ömer Hilmi Efendi'nin "*İthâfü'l-Ahlâf fi Ahkâmi'l-Evkâf*" adlı eserlerinin ilgili bölümlerinden de istifade edilmiştir. Bu çalışmamızda Ali Haydar Efendi'nin eserinin esas alınmasında bahse konu diğer iki eserden kronolojik olarak daha sonra ve daha kapsamlı oluşu etkili olmuştur. Yazıldığı dönemde ortaya çıkan yeni durum ve hukuki meselelere çözümler getirmiş olduğu gibi, bazı eksik hususlar da tamamlanmak istenmiştir.<sup>24</sup> Bu arada yine istifade ettiğimiz benzer türde çalışmalardan olan ve birkaç baskıları da olan Elmalılı Hamdi Yazır'ın *İrşâdü'l-Ahlâf Fî Ahkâmi'l-Evkâf*,<sup>25</sup> Ebulûla Mardin'in *Ahkâm-ı*

Vakıf Müessesesi, Ankara 1995, s. 23; İbn Âbidîn, el-Ukûdü'd-Dürriyye fi Tenkîhi'l-Fetâvâ'l-Hamidiyye, c.II, yy. ty, I, 140,143; Ali Haydar Efendi, *Tertîbü's-Sunûf fi Ahkâmi'l-Vukûf*, Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul 1337/1240, md. 883-889; Remî, Hayreddin b. Ahmed, *Fetâvây-ı Hayriye li Nefi'l-Beriyye*, c. I-II, Bulak 1273, s. 143; Dürrîzâde Mehmed Arif, *Netîcetü'l-Fetâvâ maan Nükûl*, İstanbul 1265/1849, Matbaa-i Amire, s.181.

<sup>22</sup> Kadri Paşa, *Kânunu'l-Adl*, md.127 (s. 278); Akgündüz, *Vakıf Müessesesi*, s. 268; Hatemi, *Vakıf Kurma Muamelesi*, s. 65-66.

<sup>23</sup> Ali Haydar, *Tertîbü's-Sunûf fi Ahkâmi'l-Vukûf*, Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul 1337/1240; Özcan, Tahsin, "Ali Haydar Efendi Ve Osmanlı Vakıf Hukuku", II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri, İstanbul 2016, II, s. 298-299.

<sup>24</sup> Müellifin bu konuda kendi açıklamaları için bkz. *Tertîb*, s.4 (Önsöz şeklinde yazılan başlangıç kısmı).

<sup>25</sup> Bkz. Öztürk, N., Elmalılı M. Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar. TDV Yay., Ankara 1995, s. 227 vd.

*Evkâf* (1337/1338, 1338/1339, 1339/1340) ve Ali Himmət Berki'nin *Vakıflar* (1940, 1946, 1950) adlı eserleri de mukayese açısından zikredilmeye değerdir. Metinde Ali Haydar Efendi'nin eseri sadece "*Tertîp*" ismi ve madde numarası ile, diğer iki eser müelliflerinin isimleriyle, mesele ve madde numaralarıyla ve açıklamalar için ayrıca sayfa numaralarına işaret edilmiştir.

## II. Vakıfta Şartlar

### A. Mahiyeti

Yukarıda ifade ettiğimiz çerçevedeki bir hukuki işlemle birlikte vâkîf tarafından ortaya konulmuş bulunan şartların, vakfın mahiyet ve maslahatına uygun, gayesini gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir.<sup>26</sup> Bu şartlar vâkîf tarafından kuruluş esnasında vakfiyede yer verilen ve vakfın işleyişi için hem vâkîfin kendisi, mütevellî ve hem de vakıflarda te'bîd (*dâimilik*) ve bağlayıcılık da göz önünde bulundurulduğunda, sonraki vakîf yöneticilerinin uyması gerekli vakfiyelerde yer alan genel ve bazen de özel şartlardır. Vâkîfin, mütevellînin ve içinde yaşanan toplumun bu şartların uygulandığı ve bunlara uyulduğunun kontrolünü yapmaları beklenir.<sup>27</sup> Vakıflarda teftiş ve denetimin en temel bakıldığı hususlar İslâm-Osmanlı vakîf hukuk tarihi boyunca vâkîfin şartları olmuştur. Denetimle görevli kişi ve kurumlar her sene denetledikleri vakîf muhasebelerinde şart-ı vâkîfa uyulmadığını tespit ettiklerinde, mütevellîleri ihtar etmekte ve duruma göre sorumlu tutmaktaydılar.<sup>28</sup> Vakfiyelerde yer alan şartlar aradan zaman geçtikten sonra bile vâkîfin gerçek iradesini ve vakfın gayesini anlamaya elveren ilk bakılacak belgelerdir. Burada gelirlerin tahsili, harcamalar, vakfın devamlılığına hizmet eden tamir, bakım ve koruma görevlerinin tanımlandığı, vakıftan istifade edenlere (*mürtezika*)<sup>29</sup> ne şekilde ödeme yapılacağı, vazifelerin<sup>30</sup> tespit ve

<sup>26</sup> İbn Âbidîn, *Reddül-Muhtâr*, IV, 433; Berki, *Vakıflar* (1946), s. 82.

<sup>27</sup> Döndüren, Hamdi, *İslâm Hukukuna Göre Günümüzde Vakîf Meseleleri*, İstanbul 1437/2016, s. 46.

<sup>28</sup> Berki, *Vakıflar* (1946), s. 30.

<sup>29</sup> Berki, *İstilah ve Tabirler* (Vakfa dair yazılan eserlerle Vakfiye ve benzeri vesikalarda geçen), Ankara 1966, *Vakıflar Genel Müdürlüğü Neşriyatı*, s. 41.

<sup>30</sup> Vazîfe (ç. *Vezâif*); Vakıflarda vakfiye ile belirlenmiş görev ve hizmetler ile bunlara vakîf gelirinden ödenen takdir edilmiş maaş ve ücretleri anlatır. *Tertîb*, md. 115; Ömer Hilmi Ef., *İthâfû'l-Ahlâf Fi Ahkâmî'l-Evkâf*, Mektebetü Hukûk-ı Şâhâne, Matbaa-i Âmire, İstanbul 1307, mes. 356; Berki, *İstilah*, s. 14; Başoğlu, Tuncay, "Vazife", *DİA*, c. 42, s. 580.

varsa farklılıklarının gözetilmesinin, maaşların ve borçların ödenmesi ile ilgili şartlar tespit edilerek ortaya konulmaktadır.<sup>31</sup> Vâkif, vakıf kurma iradesinin kapsamını kendisi oluşturarak sürekli olmasını istediği hayrın çerçevesini oluşturduğu şart ortamıyla birlikte çizerek vakfiyede tarif eder. Vakfın sonraki yöneticilerinin vakfiyedeki şartları bilmesi ve bunlara nüfûzu gerekir.<sup>32</sup> Vâkifin bu iradesinin yerine getirilmemesi halinde, insanlar için vakıf yoluyla sadaka-i câriye niteliğinde hayır yapmak arzusu yaygın bir şekilde oluşmaz.<sup>33</sup>

### B. Şartların Anlaşılması ve Yorumlanması

Vâkifin ortaya koyduğu şartları doğru yorumlamak kendisi için vakıf yapılan (*mevkûfun aleyh-meşrûtun leh*)<sup>34</sup> cihet<sup>35</sup> ve hak sahiplerinin haklarını korumak bakımından oldukça önem arz etmektedir. Yorumla ilişkin genel kaideleri A. H. Berki veciz bir şekilde özetlemiştir.

- “1. Hakikat mümkün olmayan yerde mecaza gidilir.”<sup>36</sup>
2. İbareler kül halinde hüküm ifade eder.
3. Hilafına karine olmadıkça, mutlak, itlaki ile mukayyed, kayıdı üzerine cereyan eder.
4. Bir mefhum bir vasıf ile tavsif ve bir kayıt ile takyit olunursa, vasıf ve kayıt mucebince amel olunur.
5. Hilafına karine olmadıkça sıfatlar muzafın kaydı olur.
6. Hilafına karine olmazsa, zamirler yakına raci olur.
7. Matufun aleyh ile matuf arasındaki vasıf, mevsufuna inhisar eder.
8. Vakıf zamanında mevkûfun aleyhin mevcut olması şart değildir.”<sup>37</sup>

<sup>31</sup> Ebu Zehra, Muhâdarât, s. 160; Berki, Vakıflar (1940) s. 83 vd.; Serahî, Muhammed b. Ahmed, el-Mebsût, Dârü'l-Marife, c.I-XXX, Beyrut 1414/1993, XII, 46-47; Tertîb, md. 115.

<sup>32</sup> Tertîb, md. 208. “Vâkifin şerâit-i vakfiyeye vukûfu şarttır”.

<sup>33</sup> Berki, “Vakıflarda Şartlara Riayet Meselesi”, VD, İstanbul 1968, sy. 7, s. 13.

<sup>34</sup> Tertîb, md. 151, 182, 184, 185, 282, 330; Öztürk, Elmalılı..., s. 100-101; Berki, Vakıflar (1946), s. 5-66.

<sup>35</sup> Cihet (ç. cihât), vakfın gayesini gerçekleştirecek olan hizmetlerdir. Berki, İstilah, s. 10; Tertîb, md. 283.

<sup>36</sup> Krş. Mecelle md. 12, 61

<sup>37</sup> Berki, Şartlara Riayet, s. 14; Krş. Tertîb, md. 7-91.

Bu genel kâideler bazı örnekler üzerinden açıklanabilir. Vakfiyelerde mutlak olarak kullanılan “veled ve evlâd” tabirleri kız veya erkek olarak takyit edilmediğinde, ıtlak üzere bırakılarak erkek ve kıza birlikte şamil olur. “Veled ve evlad-ı zükûrum veya inâsım” ifadesi de mukayyet takyidi üzere olması gerektiğinden erkek veya kız çocuklarından hangisi için kullanılmışsa onu ifade eder. Çocuğu olma ihtimali olmayan kimsenin “evladım” ifadesi, gerçek manasına değil, mecazi olarak torunlara teşmil edilir. “Neslen ba'de neslin” ifadesi de ibare ve tabirlerin kayıtlarıyla birlikte, kül halinde mana ifade edeceğinden dolayı, devam eden tüm nesillere şamil olur. “Bir vakfiyyede, "caalel'vâkifu tevliyete hu linefsihi sümme liveledihi Zeyd-in sümme lievlâdihî" demiş olsa lievlâdihî-deki zamir Zeyde irca' edilir, vâkıfa irca' edilmez.”<sup>38</sup>

Yukarıdaki maddeler daha çok lafzi anlamda istifade edilebilecek, başka konuların yorumlanmasında da istifade edilen genel kurallardır. Vakıflarda meşrut olan şartların bizzat kendilerinin doğru anlaşılmalrı için ortaya konmuş bazı kurallar da vardır.

1. Vakfiyesi olmayan vakıflarda şart-ı vâkîf, beyyine-i sâire (diğer deliller) ile ispat olunabilir. Vakfiyesi olduğu halde bile vâkîfın şartının anlaşılmadığı durumlarda şahit dahil diğer deliller yargılamada delil olarak kullanılabilir.

2. Şart-ı vâkîf malum olmayan yerde teâmüle bakılır. Diğer delillerden netice alınamadığında önceki mütevellilerin eskiden beri yapageldikleri uygulamalar bu konudaki teâmülü oluşturur.

3. Vakfiyede birlikte uygulama imkanı olmayan birbirine muhalif iki şarttan ikincisi, ilkini ortadan kaldırır.

4. Aksi açıkça anlaşılmadıkça vakıf geliri hak edenler arasında eşit olarak dağıtılır. Bir kısmı belirlenmişse; bunlar arasında belirlenen şekliyle, kalanı diğer hak edenler arasında eşit olarak dağıtılır.

5. Alelittlak vakıf istiğlâle masruftur. Örneğın vakfiyede gelirinden istifade veya oturma arasında belirleme yapılmamışsa, gelirinden istifadeye

<sup>38</sup> Bu maddelerin uygulaması bağlamında açıklama ve örnekler için bkz. Berki, Şartlara Riayet, s. 14-15; Berki, Vakıflar (1940), s. 111-114; Berki, Vakıflar (1946), s. 114-115; İbn Âbidîn, Tenkîh, I, 140, 143, 150, Fetâvây-ı Hayriye, s. 156.

yorumlanması gerekir. Bunlardan biri veya diğeri yahut ikisi birden şart olarak öngörülmüşse, şarta uygun hareket edilerek harcama yapılır.<sup>39</sup>

Vâkıfların şarta dair kullandıkları ve özellikle vakfiyelerde yer verdiği lafızlarda örfün de belirleyici rolü vardır. Örf belli şartlarda İslâm Hukukunda geniş bir kullanıma sahiptir.<sup>40</sup> Mecellede yer alan “Âdet muhakkemdir.” genel kaidesi de bu alanda bir çerçeve çizmektedir.<sup>41</sup> Vakfiyelerdeki şartların özellikle diğerk hukuki işlemlerden daha uzun ömürlü de olabilen vakıflarda değışen zaman içerisinde, doğru bir şekilde yorumlanabilmesinde örf, vakıf kurucusunun iradesini anlama ve uyma bakımından en önemli yorum yöntemlerinden birisidir.<sup>42</sup>

Özel ifadeli şartlarla çelişki halinde, kesin olmak kaydıyla genel ifadeli şartların önceliğı vardır.<sup>43</sup> Vâkıfın şartı yeterince bilinir olmadığında teamül haline gelmiş eski uygulamalara bakılır. Öncelik o vakfın daha önceki mütevellilerinin ilgili hususta yapmış oldukları icraattır. Bu şekilde kadîm teâmül haline gelmiş olanın dışına çıkılmaması gerekir. Vâkıfın şartı ve kadîm teâmülde emsal uygulamaya rastlanmazsa, artık konu hâkimin kararına bağı hale gelmektedir.<sup>44</sup> Ömer Hilmi bu hususu; “Mazmûnu sabit olmayıp, minel kadîm kendisiyle amel olunmamış olan vakfiyenin mevâdd-ı mündericesiyle amel ve hükmolunamaz.” şeklinde ifade etmiştir.<sup>45</sup> Vakfiyede yer alan şartlar

<sup>39</sup> Berki, Vakıflar (1946), s. 85 vd.

<sup>40</sup> Bilgi için bkz. Dönmez, İ. Kâfi, “Örf”, DiA, c. 34, s. 89 vd.

<sup>41</sup> Bkz. Mecelle, md. 36; Ali Haydar Ef., Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, I, 92 vd.; Hâdimî, Ebu Said Muhammed, Mecâmiu'l-Hakâyık, İstanbul 1311, s. 45, 46; İbn Âbidîn, Mecmûatü Resâil, II, 115; Fethullahü'l-Muîn, Muhammed Ebussuûd b. Ali el-Hüseynî el-Mısri, Haşiyetü ala Şerhi'l-Kenz Muhammed Molla Miskîn - Hâşiyetü Ebi's-Suud Alâ Molla Miskîn-, c.I-III, I. Baskı, Cemiyeti'l-Maarifi'l-Misriyye, Mısır 1287/1870, II, 508; Krş. Bedir, Murteza, Buhara Hukuk Okulu, (Vakıf Hukuku Bağlamında X-XIII. Yüzyıl Orta Asya Hanefi Hukuku Üzerine Bir İnceleme), Gözden Geçirilmiş II. Baskı, İSAM Yay., İstanbul 2014, s. 195-196.

<sup>42</sup> Mahmud Hamza, Mahmud b. Muhammed Nesib b. Hüseyin, el-Ferâidü'l-Behiyye Fi Kavaidi'l Fıkhiyye, Dimaşk-Şam 1298/1880, s. 225; Hallâf, Abdülvehhâb, İlmü Usûli'l-Fıkıh, s. 90.

<sup>43</sup> Mahmud Hamza, Ferâid, s. 226.

<sup>44</sup> Ömer Hilmi, mes. 168, 169.

<sup>45</sup> Ömer Hilmi, mes. 170.



arasında çatışma olması halinde ikisine de uymak mümkün olmuyorsa, zaman açısından ikinci şart birinciyi ortadan kaldırmış kabul edilir.<sup>46</sup>

Vâkîfın ortaya koyacağı şartların sıhhatini etkileyen belli başlı bazı prensiplerin aşağıdaki şekilde ortaya konması mümkündür:

“1. Vâkîfın makul ve meşru olan şartlarına muhalefet caiz değildir. (Vâkîfın makul ve hukuka uygun şartlarına uyulması gerekir.)

2. Her şart ki, vakfın mahiyetine müessir hükmünü muhildir, bu şart vakfın sıhhatini ihlal eder. (Vakfın hukuki niteliği ihlal edici şartlar, sıhhatini de ihlal eder.)

3. Her şart ki vakfın veya mevkûfun aleyhlerin (kendisine vakıf yapılanların) menfaatine muhaliftir, vakıf sahih ve şart lağvıdır.” (Vakfın ve kendisine vakıf yapılanların menfaatına aykırı şartlar geçersiz, vakıf sahihtir.)<sup>47</sup>

### III. Ali Haydar Efendi'nin “Tertîbü's-Sunûf” Adlı Kitabında Vakıf Şartları:

Ali Haydar Efendi, “Tertîbü's-Sunûf”ta konuyu iki fasılda ele almıştır. Bunlardan ilki, “Uyulması Gereken Vakıf Şartları Beyanındadır.” başlığındaki 26. fasıl, diğeri ise, “Vakıf Şartlarına Muhalefetin Caiz Olduğu Mesâil Beyanındadır.” başlıklı 27. fasıldır.

Çalışmamızın bu kısmında konuyu her iki fasıldaki ilgili maddeler üzerinden ve kitabın konuya getirdiği perspektiften ele alacağız. İki fasılda 840 ilâ 882. maddeler arasında konu düzenlemiş olup, Tertîb'in sistematüğının fasıl-madde esaslı olduğunu, fasıl başlıklarının olup, madde başlıklarının olmadığını bu arada belirtmek gerekir. Maddelerin parantez içinde hüküm maddesi haline getirilmiş şekli, parantez dışı bunların açıklaması ve varsa alınan kaynak kitaba ismen temas, ayrıca gerektiğinde sayfa altında alınan kaynaklara ait ibâreler ve diğeri bazı açıklayıcı hususlarla dipnot verme şeklinde ele alınmıştır.

#### A. “Şart-ı vâkîf nass-ı şârî” gibidir.” Temel Kaidesi:

Vakıf hukukuyla ilgili oldukça yaygın olan bu kaide,<sup>48</sup> Tertîb'in “Başlangıç”ta yer alan vakıfla ilgili ‘Bazı Fikhî Kaideleri’ni ele alan 2.

<sup>46</sup> Tertîb, md. 16, 889; Ömer Hilmi, mes. 173; Kadri Paşa, Kânûnu'l-Adl, md. 102; Mahmud Hamza, Ferâid, s. 223; Berki, Şartlara Riayet, s. 15.

<sup>47</sup> Berki, Vakıflar (1950), s. 8.

<sup>48</sup> Tertîb. md. 840.

makalesinin 8. maddesinde de düzenlenmiştir. Burada vakıf kurucusunun ortaya koyduğu şartlar; amel, mefhûm ve delâlet yönleriyle şâri'in nassına benzetilmektedir. Hükümlere ulaşmak, kavramsal anlam ve fiil bakımından naslarla olan benzerliği; şartlara uymanın gerekliliği ile bunlara muhalefetin câiz olmayışı ile izah edilmektedir. Mezheplerde genellikle benzer ifadelerle aynı anlayış paylaşılmıştır.<sup>49</sup> Lafız ve manası ile hükme delâlet bakımından nasların sahip oldukları nitelikler ile vakıf kurucusunun şartlarının anlaşılması arasında metodolojik yorum benzerliği mevcuttur. Burada vakıf hukukuna uygun olarak şartların ortaya konulması ve bu suretle oluşan bağlayıcılıktan, Şâri' tarafından yapılan yapısal anlamdaki hüküm sevki kastedilmemektedir.<sup>50</sup>

Sahih vakıflarda<sup>51</sup> şer'i hükümlere uygun, vakfın gaye ve maslahatını gerçekleştirmeye yönelik şartlara muhalefet ve bunları değiştirmek bazı istisnalar dışında câiz olmamaktadır. Buna aykırılık hâlinde genel kural, vakfın geçerli, ancak şartın geçersiz olduğu şeklindedir.<sup>52</sup> Örneğin mütevellinin asla azledilemeyeceği şartı bu türdendir. Zaman içerisinde ehliyetizlik ve azli gerektiren hıyânet ortaya çıktığında bu şarta itibar edilmeyerek azil

<sup>49</sup> İbn Âbidîn, Reddül-Muhtâr, IV, 433; İbn Âbidîn, Tenkîh, I, 123, 168; İbn Nüceym, el-Eşbâh ve'n-Nezâir, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiye, I. Baskı, Beyrut 1419/1999, s. 163; İbn Nüceym, Resâilü İbn-i Nüceym el İktisadiyye (Resâilü'z-Zeyniye fi Mezhebi'l-Hanefiye), thk. Muhammed Ahmed Serac-Ali Cuma Muhammed, Dârü's-Selâm, Kahire h. 1419/20-1998/99, s. 280; Bilmen, İstılâhât, IV, 339 vd., 352; Kadri Paşa, Kânûnu'l-Adl, s.240 (md. 101, dn. 2); Trablusi, Bürhanüddin İbrahim b. Musa, Kitabül-İs'af fi Ahkâmül-Evkâf, II. Baskı, Mısır 1320/1902, s. 59; Zerka, Ahkâmül-Evkâf, s. 155; İbn Kûdame, Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed, el-Muğnî, Maktebetül-Kahire, c. I-X, Kahire 1388/1968, VI, 9; Ebül-Hasen Takıyyüddîn Alî b. Abdilkâfî b. Alî b. Temmâm es-Sübkî, Fetâvâ es-Sübkî, Dârü'l-Meârif, c., I-II , I, 471.

<sup>50</sup> Bkz. Akgündüz, Vakıf Müessesesi, s. 270; İfadeye yönelik eleştiri için bkz. İbnü'l-Kayyim, İ'lamü'l Muvakkîn, I, s. 238.

<sup>51</sup> Sahih vakıf; konusunu menkul veya gayrimenkul mülk malların teşkil ettiği vakıflardır. Gayrisahih vakıflara irsâdî yahut tahsisat kabilinden vakıflar da denir. Kuru mülkiyet devlette olup, gayrisahih ifadesi hukuken geçersiz oldukları anlamına gelmemektedir. Bunlar da kendi içerisinde sahih olan ve olmayan olarak ikiye ayrılırlar. Bkz. Günay, H. Mehmet, "Vakıf", DİA, c. 42, s. 478; Berki, Vakıflar (1940), s. 16, 17.

<sup>52</sup> Berki, Vakıflar (1946), s. 82.

gerçekleştirilir.<sup>53</sup> Vakfiye bu konuda suskun kalmış da olabilir. Tevliyet konusunda değişiklik yetkisi veren hiçbir şart öngörülme dâhi, vâkîf tarafından hâkimin görüşü de alınarak uygun değişiklik yapılabilir.<sup>54</sup>

Tertîb'te yer alan her iki maddede (md.8 ve 840) verilen çeşitli misaller ile birlikte, vâkîf tarafından tayin edilmiş olan mütevellinin, vefat etmeden önce, tevliyeti de kapsar şekilde başkasını vasi tayin edememesine dâir vâkîfın şartına uyması gerektiği belirtilir. Hâkimin yaptığı tescilden sonra, kuruluşta uhdesine almamışsa, şartların vâkîf tarafından dahi değiştirilme yetkisi bulunmamaktadır.<sup>55</sup> Çünkü artık vakfedilen mal (*mevkûf*) vâkîfın mülkünden çıkmıştır. Örneğin tıp medresesi olarak tescil edilen vakıf binası, vakfiyedeki şartlar değiştirilerek imalathane, kütüphane, mahkeme ve ambar olarak kullanılamaz. Buna dâir dikkat çekecek kadar çok sayıda uygulamadan örnek nakledilir. Aslı medrese iken sonradan kütüphaneye dönüştürülen bir mahalde kitap okumanın dahi doğru olmadığı, aslı cami olduğu halde farklı bir gayeye dönüştürülen mekanda yahut avlusunda çalışmanın ve orada satılan bir şeyi almanın caiz olmayacağı ifade edilir.<sup>56</sup>

Vakfın meşru gayesini gerçekleştirmeye yönelik olan şartlar, aynı zamanda vakfın maslahatına da uygun kabul edilir. Vakfın kuruluşu esnasında vakfın temel gayesi ve ulaşmak istediği hedef vakfeden tarafından ortaya konulmuştur. Bu hedefe varmak adına vakfın idaresini elinde bulunduranların, vakfın gelirlerini elde etme konusundaki faaliyetleri ile bunların muhafazası, idaresi, dağıtımı, muhasebesi konularına hizmet eden ve vakfedenin en uygun şekilde takdir ettiği düşünülerek onun tarafından konulmuş şartlara muhalefeti caiz olmamaktadır.<sup>57</sup> Mirasçılarının sorumlu

<sup>53</sup> Berki, Vakıflar (1946), s. 82.

<sup>54</sup> Ömer Hilmi, mes. 163, 165; Bilmen, İstîlâhât, IV, 353; Berki, Vakıflar (1940), s. 80-81.

<sup>55</sup> Ömer Hilmi, mes.161; Kadri Paşa, Kânûnu'l-Adl, md. 98.

<sup>56</sup> Ali Haydar, Tertîb, md. 840 (Ayrıca bkz.md. 8 ve 459); Bilmen, İstîlâhât, IV, 352.

<sup>57</sup> Bkz Hatîb eş-Şîrbînî, Şemsüddin Muhammed b. Ahmed, Muğni'l-Muhtâc İla Ma'rifeti Meâni Elfâz'l-Minh'ac, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiye, I. Baskı, (c.I-VI), yy.1415/1994, III, 535; İbn Kudûme, el-Muğni, VI, 8, 9; Hattâb, Şemsüddin Ebu Abdillâh Muhammed b. Muhammed b. Abdîrrahman, Mevâhibü'l-Cellî fi Şerhi Muhtasari'l-Halîl, Dârü'l-Fikir, III. Baskı, c. I-VI, yy. 1412/1992, VI, 35, 37; Hassâf, Ahkâmü'l-Evkâf, 21-23; İbyânî, Mebâhis, s. 33; Ebu Zehra, Muhâdarât, s. 163-164; Netîcetü'l-Fetâvâ, s. 182.

olmadığı vakıf borçlarının vakfın gelirlerinden ödenmesi ve istihkakta vakıftan yararlanan fakirlere tahsisten önce bu borçların öncelenmesi, vakfın idâmesine hizmet etmesi dolayısıyla câiz olan şartlardandır.<sup>58</sup>

Özellikle vakıfta bağlayıcılık ve dâimiliğe (*lüzûm ve te'bîd*) aykırı şartlar, maslahatı ortadan kaldıran ve hatta vakıf kurma işlemi zedeleyen şartlardandır.<sup>59</sup> Bunlar genellikle mülkiyetin vâkıfın elinden çıkmasını engelleyen, hibe ve satabilme haklarının vâkıfta kalmasını sağlamaya yönelik ve yine bu düşünceyle ölümden sonra vakıf malının mirasçılara intikalini öngörerek vakfın kurulmasına imkan veren şartlardandır. Vakfın mevcut ve gerçekleşmesi muhakkak olan bir hususa bağlanması (*müncez olması*) gerekli bir husustur. Buna aykırı olarak şart muhayyerliğinin (*hiyâr-ı şart*)<sup>60</sup> öngörülmüş olması vakıf oluşumuna engel olur.<sup>61</sup> Ancak mescit vakfında muhayyerlik şartı, vakfın kurulmasına engel olmaz, şartın kendisi geçersiz kabul edilir. Genel anlamda da kendisi geçersiz olup, vakfın kuruluşuna engel olmayan bazı şartlar vardır ki; bunlar vakfın kuruluşuna engel olmamakta, sadece şartların kendisi bâtil olmaktadır.<sup>62</sup> Şer'i hükümlere veya hayatın mûtad akışına uygun olmayan şartlar, vakfı da ayrıca etkileyip etkilememesi

<sup>58</sup> Kadri Paşa, *Kânûnu'l-Adl*, s. 235.

<sup>59</sup> İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed, *el-Bahrü'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik, Dârü'l-Kitabi'l-İslamiye* ty, II. Baskı, c.I-VIII (Bahr), V, 208; Hassâf, Ebû Bekr Ahmed b. Ömer b. Müheyr el-Hassâf eş-Şeybânî, *Kitabü Ahkâmü'l-Evkâf*, I. Baskı, *Dîvânü Umûmi'l-Evkâfi'l-Misriye*, Mısır 1322/1904 s. 127-129; Trablusi, Bürhanüddin İbrahim b. Musa, *Kitabü'l-İs'af fi Ahkâmi'l-Evkâf*, II. Baskı, Mısır 1320/1902 (el-İs'af), s.30; Tertîb, md. 275.

<sup>60</sup> Satış sözleşmesinde tarafların öngörülmüş süre içinde sözleşmeyi kabul edip etmeme seçeneğine sahip olmalarına şart muhayyerliği adı verilir. (Mecelle, md. 300); Ahmed İbrahim, "el-Uğûd ve's-Şürût ve'l- Hiyârât", *Mecelletü'l-Kânûn ve'l-İktisâd*, VI, Kahire 1934, s.712-713; Özdemir, Recep, "İslâm Hukukunda Şart Muhayyerliği", *İÜİFD*, Bahar 2016/7(1) 139-172, s.155 vd; Kaşıkçı, Osman, "Eski Hukukumuzda Şarta Bağlı İşlemler", Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul Marmara Hukuk Fakültesi, İstanbul 1999, s. 382, 387 (dn. 74), 389.

<sup>61</sup> Ömer Hilmi, mes. 67-69; Hatemi, Vakıf Kurma Muamelesi, s. 67; Berki, Vakıflar (1946), s. 62.

<sup>62</sup> İbn Nüceym, Bahr, V, s. 219; Kadri Paşa, *Kânûnu'l-Adl*, md. 12, 13; Zerka, *Ahkâmü'l-Evkâf*, s. 146; *Fetâvây-ı Kadihân*, III, 337; Ömer Hilmi, mes. 69; Berki, Vakıflar (1946), s. 65 (dn. 1).

itibariyle, yukarıdaki anlamlardan biri ya da diğerine dâhil olur.<sup>63</sup> 1946 tarihli Mısır Vakıflar Kanunu yukarıda belirtilen her iki tür şartı içeren vakıfların geçerli, şartların ise geçersiz olduğu şeklinde genel bir düzenleme getirmiştir.<sup>64</sup>

“Vakfiye şartlarını vâkîf ve de mütevellinin değiştirmesi sahih ve muteber olmaz.”<sup>65</sup> Vakıf bağlayıcı olarak kurulunca, şartları bakımından da bağlayıcı olur. Söz konusu hukuki işlemin şartlarla birlikte bir bütün teşkil ettiği ve o hukuki işlemin bütünüleyici parçası olduğu kabul edilir. Bu minvalde hayatta iken belirli fukara lehine oluşturulan şartlar, ölüm hastalığı esnasında farklı cihetlere vâkîf tarafından da olsa vasiyet edilememektedir. Yine bu kapsamda geliri (*ğallesi*) mescide ait vakfın söz konusu geliri ile vakfiye şartlarına aykırı olarak ihtiyaç sahiplerine elbise alınması caiz olmamakta, bu harcamayı mütevellinin kendisi için yapması hâli ayrıca taksir ve teaddi sayılacağından ve dolayısıyla sorumluluk kapsamını “*yed-i emânet*”ten “*yed-i damân*”a dönüştüreceğinden mütevellinin tazmin sorumluluğunu da ortaya çıkarmaktadır.<sup>66</sup>

Mütevellinin görevi esnasında uhdesinde bulundurduğu mal ve diğer haklar bakımından hukuki durumunun emanet vasfını haiz olduğu ve emin sıfatıyla, iyi niyetle bunları elinde bulundurduğu kabul edilir. İyi niyetli zilyet olan “*yed-i emânet*” sahibi (malı emanet sorumluluğu ile elde bulunduran ancak taksir ve teaddisi<sup>67</sup> -kusur ve hukuka aykırılık- ile mesul olan) müteveli yukarıda belirtilene benzer bazı hallerde durumu “*yed-i damân*”a (*tazminat sorumluluğu ile zilyet olma*) dönüşerek tazmin sorumlusu olmaktadır.<sup>68</sup>

<sup>63</sup> Mahmud Hamza, Ferâid, s. 238; Yeken, Ahkâmü'l-Vakf, s. 199-201; Trablusi, el-İs'af, s. 28-29; Alâüddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed el-Haskefî ed-Dimaşkî, Dürrü'l-Münteka Şerhu'l-Mülteka, İstanbul 1310-1311, II. Baskı c. I-II, (Mecmau'l-Enhur Şerhu Mülteka'l-Ebhur Hamişli), I, 762; Hâdimî, Mecâmî', s. 46.

<sup>64</sup> Kadri Paşa, Kânûnu'l-Adl, s. 236 vd. (md. 99 ve 100); Mısır Vakıflar Kanunu, md. 22 vd.; Senhûri, Muhammed Ahmed Ferec, el-Kavânînu'l-Misriyye el-Muhtâre mine'l-Fikhi'l-İslamî, Kahire 1368/1949, III, 381 vd.; Yeken, Ahkâmü'l-Vakf, s. 206-207.

<sup>65</sup> Tertîb, md.841.

<sup>66</sup> Tertîb, md. 466, 842; Öztürk, Elmalılı..., 207.

<sup>67</sup> Mehmed Salâhî Bey, Kâmûs-ı Osmânî, (c. I-II / III-IV), İstanbul 1313, III, 109.

<sup>68</sup> Hukuki işlemlerin sorumluluk özellikleri bakımından çeşitleri için bkz. Ali el-Haffî, ed-Damân fi'l- Fikhi'l-İslamî, I. Kısım, Mısır 1971, s. 102-104, 107-108; Bilmen, İstîlâhât, V, 82-84.

Yukardaki örnekte söz konusu harcamanın gelir fazlası olması hâlinde dâhi tasarruf geçerli olmayıp, yetki kapsamına göre bu gelir fazlasının mescide gelir getirici cihet (*müsteğallât*) yatırımına harcanması gerekir. Aksi durum mütevellinin tazmin sorumluluğunu gerektirir.<sup>69</sup> Bir ziraat arazisinin "*müsâkât*"<sup>70</sup> yahut "*ıcar*"a verilmek yoluyla işletilmesi vâkif tarafından şart koşulmuşsa, buna uyulması gerekir. Vâkifin bu şartlara muhalefeti tevliyetten mün'azil olmayı gerektiren ayrı bir şart olarak ileri sürmesi, yine uyulması gerekli bir şart olarak hâkime bu durum gerçekleşirse yeni bir mütevellî tayin etme hakkı verir.<sup>71</sup> Vakfiye şartları gereği vakfın gelirinden maaş veya pay elde etme hakkı olan "*ehl-i vezâif*" kapsamında olan bir şahsın, gerekirse hâkim kararı ile de tespiti yapılarak, vakfın iptalini gerektirecek bir tasarrufta bulunması ve mütevellî ile nizalı (*çekişmeli*) olması halinde, vâkifin bu yöndeki şartına uygun olarak söz konusu vasıflarının (*vazifelerinin*) iptal edilerek vakıfla ilişkilerinin kesilmesi gerekli olur. Bunlar, gayesine uygun olarak vakfın devamlılığını sağlayan ve maslahatına hizmet eden şartlar olarak görülmektedir.<sup>72</sup> Vâkif tarafından Kur'an okunması ve eğitimi maksadıyla vakfedilen bir yerin farklı gayeler için kullanılması halinde, vakıftan istihkak alınamaması, "*Vâkifin şartı, şâri'in nassı gibidir.*" kaidesi gereğidir.<sup>73</sup> Çünkü vâkifin tayiniyle, vakfın konusu belirgin (*muayyen*) hale gelmiştir. Bunlar dışında faaliyet yapılması şartların dışına çıkmak olur.

## B. Vakfın Çeşitleri Bakımından Şartlar

Vakıfların farklı yönleri itibarıyla tasnifi yapılmaktadır. Bunlardan en temel olanı vakıfların mahiyeti itibarıyla yapılan tasniftir. Bu bakımdan vakıflar bizzat kendisinden (*aynından*) istifade edilen vakıflar ve gelirinden istifade edilen vakıflar olarak ikiye ayrılmaktadır. İlkine vakif terminolojisi içerisinde "*müessesât-ı hayriye*", diğerine "*müsteğallât-ı vakfiye*" adları verilmektedir.

a) *Müessesât-ı Hayriye*: Bizzat vakfedilen malın kendisinden yararlanan vakıftır. Bunlar kendi içerisinde, kendisinden istifadenin herkese

<sup>69</sup> Tertîb, md. 842 ve 466; İbn Âbidîn, Reddül-Muhtâr, IV, 436.

<sup>70</sup> Müsâkât; ürün paylaşım esaslı ziraat ortaklığı. Bkz. Mecelle, md. 1441; Döndüren, Hamdi, "Müsâkât", DİA, c. 32, s. 70.

<sup>71</sup> Tertîb, md. 843; Fetâvâ'l-Hindiye, (Heyet-Nizâmüddin el-Belhî başkanlığında), II. Baskı, c.I-VI, Dârü'l-Fikir, 1310, II, 407.

<sup>72</sup> Tertîb, md. 844, 845; F. Hindiye, II, 408.

<sup>73</sup> Tertîb, md. 8; Hâdimî, s. 45; Fethü'l-Muîn, II, 511.

açık olduğu medrese, cami, kütüphane ve köprü gibi vakıflar ile sadece fakirlerin istifade edebileceği hayrî müesseseler olmak üzere ikiye ayrılmaktadırlar. Fakirlere mahsus imâret, dul ve yetimhaneler ile hastaneler bunlara örnek olarak verilebilir.<sup>74</sup> Bu tür vakıflar bir kısım kamu hizmetinin görülmesi şeklinde ortaya çıkarlar ve bunların yerine getirilmelerini sağlayarak önemli bir sosyal kamu hizmeti fonksiyonu yerine getirirler.<sup>75</sup>

b) *Müsteğallât-ı Vakfiye*: Bu çeşit vakıflar doğrudan vakfedilenin kendisinden değil de menkul ya da gayrimenkul olarak gelirinden istifade olunan vakıflardır. Bu kısımdaki vakıflar genellikle birinci gruba giren vakıfların gayelerinin gerçekleşmesi için kullanılmışlardır. Müessesât-ı hayriyeye gelir (*galle*) getiren vakıflardandır.<sup>76</sup> Bu vakıflar genellikle kiraya verilmek suretiyle işletilir ve gelirleri vakfedenin vakıftaki gayesinin tahakkukuna sarf edilir. Vakıf medrese, cami ve hastanenin giderlerini karşılamak üzere vakfedilen mallar buna misal verilebilir. Mesela bir hamam duruma göre ilkinden veya ikincisinden olabilir. Fakirlerin yıkanması için vakfedilen hamam müessesât-ı hayriyedendir. Geliriyle bir caminin masraflarını karşılayan hamam ise, müsteğallât-ı vakfiyedendir. Bunlarda esas olan vakfedenin iradesine ve vakfın gayesine uygun olarak gelirin sarf edilmesi gereken yerlere sarf edilmesidir. Vakfın tamir ve gerekli masrafları sonrası, vakfiyeye uygun olarak vazife denilen maaşlar ve istihkaklar ödenir.<sup>77</sup> Bu kısma giren vakıflar da “*müsakkafât*” ve “*müstegallât*” olmak üzere ikiye ayrılırlar. *Müsakkafât* kelime anlamı itibarıyla çatılı yapılar anlamına gelir. Üzerinde bina bulunan veya bina yapılmak üzere hazırlanmış yapılardan oluşan binalar, han ve dükkanlar anlaşılır. Diğeri ise, kelime anlamı itibarıyla gelir getiren işletmeler demek olup, istilahi anlamda, vakıf olarak gelirinden istifade etmek maksadıyla üzerine ağaç dikilen ve ekin ekilen bahçeler,

<sup>74</sup> Ömer Hilmi, mes. 16, 178, 179; Tertîb, md. 112; Akgündüz, Vakıf Müessesesi, s. 283 vd.

<sup>75</sup> Berki, “İslamda Vakıf Sahih ve Gayr-i Sahih Nevileri I, AÜİFD, c. 6, sy. 1, 1957, s. 26; Arsebük, Esat, Medeni Hukuk I Başlangıç ve Şahsın Hukuku, İstanbul 1938, s. 312; Köprülü, Bülent, “Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev’iyetleri ve İcareteynli Vakıflar”, İÜHFİM 1951, c.XVII, sy. 3-4, s. 707-708.

<sup>76</sup> İşeri, Ahmet, “Vakıflar” (Medenî Kanundan Önceki Ve Sonraki Vakıf Nevileri Ve Hukukî Mahiyetleri), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 21, sy. 1, yıl 1964, s. 211.

<sup>77</sup> Bkz. Akgündüz, “Galle”, DiA, c. 13, s. 338; Tertîb, md. 115.

bağlar, tarım arazileri bu gruba girmektedir.<sup>78</sup> Vakıf yapmak isteyen insanlar içinde yaşadıkları cemiyetin önem verdiği dini ve hayrî yapılar ile insanlara maddi ve manevi katkılar sağladığını düşündüğü yerlere bu neviden gelirinden istifade edilen müsakkafât ve müsteğallât vakfetmişlerdir.<sup>79</sup>

Bir vakıf gayrimenkul hangi kısma giriyorsa vakfiyesindeki şartlar da buna göre oluşur. Bu da vakıftan istifadeyi tanımlayan ve dolayısıyla sınırlayan bir hukuki sonuç doğurur. Oturma şartını ihtiva eden bir vakıfta, bunun yerine gelir elde etmeyi tercih etmek câiz olmamaktadır.<sup>80</sup> Hatta evde oturması şart koşulan alandan fazlaca bir mekan bulursa dâhi kendisine şart koşulanlar dışında kiraya vererek gelir elde etmek düşüncesi hayata geçirilmez. Evdekilerin sayısı arttığında yine başlangıçtaki kişi sayısı esas alınarak gelir istihkâkına devam edilir. Vefat yoluyla azaldığında vefat edenin hakkı iptal edilir ve oturma şartına müstehak olanların sayısı da zamanla düşer.<sup>81</sup>

Bazen vakfın mahiyeti müsaitse, uygulamada oturmak yahut kiraya vererek gelir elde etmek şeklinde bir tercihin vakıf yöneticilerine bırakıldığı durumlar da söz konusu olabilmektedir. Bu son durumda örneğin bir vakıf gayrimenkulün vakfiyesinde bir okulun müderrisinin kendisinin oturması veya gelirinin kendisine verilmesi şartı yer aldığındaki, mütevellinin ihtiyaç ve maslahata binaen yönetimde bir tercih hakkı söz konusu olabilmektedir.<sup>82</sup> Sadece oturma şartı olan vakıfta oturması öngörülen kimse kendisi ve aile efradı ile oturarak kullanması gerekir. Bu kimsenin kendisi oturmayıp, kiraya vererek gelirinden istifade edebilmesi söz konusu olmaz. Bu takdirde gasba dair sorumluluk hükümlerinin ilgili taraflar için işletilmesi gerekir. Ancak

<sup>78</sup> Akgündüz, Vakıf Müessesesi, s. 288-289; Yılmaz, Mustafa, Eski Vakıfların ve Taşınmazların Günümüzdeki Hukuki Rejimi (Vakıfların ve Malların Hukuki Rejimi), Ankara 2013, s. 105, 106.

<sup>79</sup> Berki, İslam'da Vakıf I, s. 25; Berki, Vakıflar (1946), s. 116 vd.; Tertîb, md. 110-112,142; Ömer Hilmi, mes. 16 vd.; Onar, S.S., İdare Hukuku, I, 2. bası, İstanbul 1960, s. 540 vd.; Ghazaleh, Pascale, "Introduction Pious Foundations: From Here to Eternity?", Held in Trust-Waqf in The Islamic World, Edited by Pascale Ghazaleh, The American University in Cairo Press Cairo New York 2011, s. 2.

<sup>80</sup> Berki, Vakıflar (1940), s. 89-91.

<sup>81</sup> Tertîb. md. 850; İbn Âbidîn, Reddül-Muhtâr, IV, 375; Kadri Efendi, Abdülkadir b. Sinanüddin Yusuf, Vâkıâtü'l- Müftîn, I. Baskı, Bulak 1300, 1301 / 1884, s. 76.

<sup>82</sup> Tertîb. md. 855; Tahtâvi, Ahmed b. Muhammed b. İsmail, Hâşiye alâ'd-Dürri'l-Muhtar, c. I-IV, Dârü'l-Marife, Beyrut 1975, II, 556.



âriyet olarak verildiğinde faydalanma hakkı olanın misafiri kabîlinden caiz görülmektedir. Bir vakıf yerinde oturmak veya gelirinden istifade şartı açık değilse veya lafız mutlak olup, hangisi olduğu tasrih edilmemişse, gelirinden istifade anlaşılması lazım gelmektedir.<sup>83</sup> Ancak vakıf yerinin zaruri tamir ihtiyacı olduğunda bunun için kiraya verilmesi mümkün ve gereklidir. Hatta geliri ve tâmiri aynı şahsa meşrû olunan bir vakıfta tâmir yapılmadığında, mütevellî veya hâkim mahallin kira gelirinden öncelikle tâmir yapılmasını sağlayacaktır. Oturan mütevellî gereken tamiri yapmamakta devam ederse hâkim duruma müdahil olacaktır.<sup>84</sup>

Gelirinden istifade olunan, oturmama şartının olmadığı vakıfta, gelirden münhasıran istifade şartına sahip kimse aynı zamanda bu vakıf yerinde oturuyorsa, tamirinden de kendisi sorumludur. Bu kişinin mütevellî olması hâlinde dâhi, hâkim tamire yetecek miktarı oturan mütevelliden tahsil etmek durumundadır.<sup>85</sup> Hatta şartlara bağlılık anlayışının gereği olarak kız ve erkek evladın oturması şartlı olan bir vakıf gayrimenkulde, o yerin fiziki şartları elverdiği ölçüde kız ve erkek çocukların eşleriyle birlikte oturmaları; evin alanı zamanla yetmez hale geldiğinde ise sadece evladın istifadesi hukuken mümkün olmaktadır.<sup>86</sup>

Vakıf şartlarına aykırı vazife ve rütbe oluşturulması da caiz olmamaktadır.<sup>87</sup> Mütevellî kendisi yahut başkası için bu tasarrufta bulunamayacağı gibi, hâkimin de buna izin vermesi câiz değildir. Örneğin hâkimin vâkîfın şartına aykırı şekilde mescidin temizlik işleriyle görevli *ferrâş*<sup>88</sup> tayin etmesi hukuken geçerli olmaz. Mütevellî şart-ı vâkîf çerçevesinde yetkilendirilmiş olmadıkça, örneğin kendisi ümmî olduğu gerekçesiyle muhasebe için belli bir süreliğine de olsa bir vazife belirleyip, birini görevlendiremez. Ancak zaruret halinde ücretle istihdam

<sup>83</sup> Ömer Hilmi, mes. 176; Mahmud Hamza, Ferâid, s. 228; F. Hindiye, II, 415; Tertîb, md. 853, 854, 856; İbn Âbidîn, Reddül-Muhtâr, IV, 375.

<sup>84</sup> Tertîb, md. 396, 851, 852, 857; İbn Âbidîn, Reddül-Muhtâr, IV, 376; İbnü'l-Hümâm, Feth'l-Kadir, VI, 221; İbn Nüceym, Bahr, V, 225, 230; İbn Nüceym, Eşbâh, s. 172; F. Hindiye, II, 369.

<sup>85</sup> Tertîb, md. 862; İbn Âbidîn, Reddül-Muhtâr, IV, 376.

<sup>86</sup> Bkz. Tertîb, md. 852.

<sup>87</sup> Tertîb, md. 114, 115, 385; Fetâvây-ı Hayriye, s. 124, 132.

<sup>88</sup> Vakıf malların temizlik hizmetlerinden sorumlu vazifelilere *ferrâş* adı verilir. Bkz. Yazıcı, Tahsin-İpşirli, Mehmet, "Ferrâş", DİA, c. 12, s. 408.

sağlanabileceği gibi,<sup>89</sup> vazife ihdası vakfın maslahatı için zaruri bir ihtiyaç haline gelmişse, hâkimin yapacağı murâfaalı oturumda karar verilmesi gerekir. Bu safhada hâkim, ihdas ettiği vazife için uygulanacak emsal ücreti ya kendisi tespit eder veya mütevelliyeye bunu yapması için izin de verebilir.<sup>90</sup> Muaccele ve müeccele ile (*peşin ve her yıl ayrıca ödenen*) vakıf mülkte tasarruf hakkı meydana getiren icâreteyn şeklindeki vakıflarda, mutasarrıfın vefatı sonrası için varsa vakfedenin intikâle ilişkin şartına uyulmaması da caiz görülmemiştir.<sup>91</sup>

#### IV. Vâkıfın Şartlarına Muhalefet

Kuruluşu tamamlanan vakıf bu safhadan sonraki icraat ve tasarruflarında kuruluşuna engel olmamış olan şartlara zaman ve durum itibariyle uyum göstermeyebilir. Bu şartlar ya şer'i maksat ve kaidelere bir yönüyle aykırı görünebilir veya zamanla vakfın ve lehine vakıf yapılanların maslahatına ve onların haklarının korunmasına zarar verir ve bu şartlarla artık şer'i bir fayda sağlanmıyor olabilir. Bu sebeple bunlara muhalefet etmek ihtiyaç ve hatta bazen zaruret olarak ortaya çıkabilmektedir.<sup>92</sup>

##### A. Uyulmaması Mümkün Olan Şartlar

Bu kısımdaki şartlar genel kaide olarak vakfın kuruluşuna engel olmazlar, ancak kendileri ile alakalı çeşitli hukuki durumlar ortaya çıkabilir. Konuya başlıca iki noktadan bakılabilir:

a) İlki, vâkıfın şartlarının vakfa fayda ve maslahat sağlamaması ve hatta zarar vermesi yanında, şer'i maksatlarla da uyumlu olmaması halidir.<sup>93</sup> Bu konudaki örneklerde belirtilen bu iki hususun birini veya her ikisini birden görmek mümkündür. Örneğin, vakıf malının belli bir miktar kira bedelinden fazlaya kiraya verilmeyeceği ve hıyanet şüphesi meydana geldiğinde dahi muhasebelerine bakılmayacağı, hıyanetleri ortaya çıktığı halde mütevellinin ve hatta mütevellî olan vâkıfın azledilemeyeceği şartları, bu kabilden bâtil

<sup>89</sup> Berki, Vakıflar (1946), s. 91-92.

<sup>90</sup> Tertîb, md. 385 ve 866; Tahtâvi, Haşiye, II, 560; Fetâvây-ı Hayriye, s. 124; Berki, Vakıflar (1946), s. 91, 260.

<sup>91</sup> Tertîb, md. 858, (İcâreteyn için bkz. Tertîb, md. 986, 988-991; Ömer Hilmi, mes. 37, 187 vd.; Kaya Süleyman, Osmanlı Hukukunda İcâreteyn, İstanbul 2014, s. 188-189.

<sup>92</sup> Zerka, Ahkâmü'l-Evkâf, s. 143-146; Yeken, Ahkâmü'l-Vakf, s. 202.

<sup>93</sup> Ebu Zehra, Muhâdarât, s. 160; Yeken, Ahkâmü'l-Vakf, s. 202-203.

(geçersiz) şartlardır.<sup>94</sup> Osmanlı uygulamasında da bu doğrultuda bir ferman-ı hümayun da sâdır olmuştur.<sup>95</sup> Ehliyeti olmadığı anlaşılan veya sonradan bunu kaybeden mütevellinin de bu olumsuz şarta (*azledilememe*) rağmen görevden azli gerekir.<sup>96</sup> İlim ehli olmayan birinin medreseye müderris tayini, hâkim ve devlet görevlilerinin vakfa müdahalesinin yasaklanması, tamiratın “*vezâif*”e önceliği kaidesine aykırı şartlar da şer’i ahkama ve vakfın maslahatına aykırı oldukları için câiz değildirler. Vakıf malının elden çıkarılarak yerine başka bir malın konulmasını (*istibdâl*) yasaklayan şart, yine aynı şekilde vakfın maslahatına aykırı oldukları için geçersiz olup, şartları oluştuğunda istibdâl hâkim izni ile gerçekleştirilir.<sup>97</sup> Mütevellinin yetkilerine hiçbir surette müdahil olunmaması veya mütevellinin kimseye hesap vermemesi şartları da, genel hukuk kaidelerine ve vakfın menfaatine açıkça aykırı olduğu için hâkim tarafından bu yönde değerlendirilerek iptali gerekir.<sup>98</sup>

**b)** İkincisi ise, vâkıfın ortaya koyduğu şartın, vakıf için daha faydalı bir netice meydana getirecekse, münferit hâdisede aşılması yahut mevcut şarttan farklı şekilde davranılması hâlidir. İçinde bulunulan durumda vâkıfın şartını uygulamak vakfın menfaatine değildir. Hatta bazen uymama gerekliliği zaruret derecesinde bile olabilir. Bu durumda vakfiyede yer alan şart sonraki hâdiseler için geçerliliğini korumakta, müteveli hâkim kararı ile o durumlara özgü olarak şart-ı vâkıfa muhalefet edebilmektedir. Bu şartların varlığı bazen

<sup>94</sup> Haskefi, Dürrü Münteka, s. 761; Tahtâvi, Haşiye, II, 551; F. Hindiye, II, 402; Fethu’l-Muîn, II, 515; İbn Nüceym, Bahr, V, 265; İbn Nüceym, Resâil, s.162; Cattan, Henry, “The Law of Waqf”, Law in The Middle East, Edited by Majid Khadduri and Herbert J. Liebesny, Washington 1955, vol. I, (s. 203-219), s. 210; Tertîb, md. 77; Kadri Paşa, Kânûnu’l-Adl, md. 119; Berki, Vakıflar (1940), s. 81.

<sup>95</sup> Ömer Hilmi, mes. 167 dip notu.

<sup>96</sup> Tertîb, md. 871; Ömer Hilmi, mes. 166, 167; Kadri Paşa, Kânûnu’l-Adlmd. 248; İbn Âbidîn, Reddû’l-Muhtâr, IV, 387; İbyânî, Mebâhıs, s. 32-33; Ebu Zehra, Muhâdarât, s. 163;

<sup>97</sup> Bkz. Tertîb, md. 9 ve 870-875, 881; Kadri Paşa, Kânûnu’l-Adl, md. 119; Fethu’l-Muîn, II, 515; İbn Nüceym, Bahr, V, 241, 266; İbn Nüceym, Eşbâh, s. 164; İbn Âbidîn, Tenkîh, I, 119; Vâkıâtü’l-Müftîn, s. 77; İbnü’l-Hümâm, Fethu’l Kadir, VI, 228; Haskefi, Dürrü Münteka, I, 744; Bedir, M., Buhara Hukuk Okulu, s.220; İstibdal için bkz. Tertîb, md. 1542 vd.

<sup>98</sup> İbn Âbidîn, Reddû’l-Muhtâr, IV, 433; Mardin, Ebulûla, Ahkâm-ı Evkâf, Dârü’l-Fünûn, İstanbul 1339-1340 Ders Yılı Takrirleri, s. 144 vd; Bilmen, İstilâhât, IV, 355.

şer'i ahkama da aykırı olmayabilir, ancak zamanla vakfa zarar vermeye ve nihayetinde vakfın son bulmasına sebep olabilirler. Bu durumda söz konusu şartlara uyulmayarak mepfedetin def'i prensibi hayata geçirilmiş olur. Çünkü bu şartlar vakfın meşru iktisadi faydasını tamamen veya kısmen ortadan kaldıran, yahut sosyal gerçeklikle bağdaşmayan ve dolayısıyla vakıf hedeflerine ulaşmada ve icraatlarında kolaylık yerine zorluk meydana getiren şartlar olmuşlardır.<sup>99</sup>

Hâkimin bu meyanda genel olarak maslahata uygunluk ve menfaatin icap ettirmesi gerekçesi ile verdiği görüş ve kararlar, vâkıfın şartlarına muhalif bile olsa geçerlidir.<sup>100</sup> Örneğin birer sene kiraya verilebileceği şart koşulmuş ve mütevellinin de farklı şartlara uyarlama yetkisinin olmadığı vakıfta, iki veya üç sene altındaki süreler kiracılar için cazip olmazsa bu yola başvurulabilir. Bir sene şartı olan vakıfta bu şarta uyararak vakfın menfaatini sağlayan kiracı bulunduğu, hâkimin iki yahut üç sene için kiraya vermesi de uygun değildir. Hâkimin kararı dâhi maslahata bağlıdır. Burada bir sene müddetle kiralamak isteyen olduğu müddetçe başlangıçtaki şart asıldır ve bu şarta herkesin uymasında vakfın menfaati söz konusudur.<sup>101</sup> Maslahatla alakalı olarak bu durum "Mütevelli ve hâkimin vakıf hakkındaki tasarrufu maslahata men'uttur-bağlıdır-" şeklinde genel bir kaideye bağlanmıştır.<sup>102</sup> Vâkıfın düşük belirlediği bir vazife bedelini de, aynı özelliklere sahip ve düşük bedele razı biri olmadıkça, hâkim vakfın maslahatına uygun olarak artırabilir.<sup>103</sup>

### B. Vâkıfın Şartlar Üzerindeki Tasarrufu

Vâkıf kendisi tarafından kuruluşta ortaya koymuş olduğu şartları değiştirebilmesi, bu değişiklik yetkisini kendisinin bir ya da birden fazla

<sup>99</sup> Mahmud Hamza, Ferâid, s. 214-215; Ahmed İbrahim Bey-Vâsıl Alâüddin, Mevsûat, s. 129; Ebu Zehra, Muhâdarât, s. 157.

<sup>100</sup> Trablusi, el-İs'af, s. 59; İbn Âbidîn, Reddül-Muhtâr, IV, 387; Mardin, Ahkâm-ı Evkâf, s. 145-146.

<sup>101</sup> Tertîb, md. 847; Kadri Paşa, Kânûnu'l-Adl, md. 119; Fethu'l-Muîn, II, 515; Tahtâvi, Haşîye, II, 552; F. Hindiye, II, 419; İbn Nuceym, Bahr, V, 266; İbnü'l-Bezzâzî, Muhammed b. Şihab el-Hanefî, el-Fetâva'l-Bezzâziyye (el-Fetâva'l-Hindiye kenarı, Diyarbakır 1310, IV-VI ciltler), VI, s. 267, 268; Vakîatü'l- Müftîn, s. 77; Hatîb, Muğni'l-Muhtâc, III, 535; Bedir, M., Buhara Hukuk Okulu, s. 212.

<sup>102</sup> Tertîb, md. 10 ve md. 867, 868; Ömer Hilmi, mes. 165; Bilmen, Istilâhât, IV, 344.

<sup>103</sup> Tertîb, md. 876-878; Bilmen, Istilâhât, IV, s. 354.

kullanmayı da ayrıca belirlemiş ve şartlar arasına bunu koymuş olmasına bağlıdır.<sup>104</sup> Bu şartların değişiklik yetkisinin bir defadan fazla olması yönünde vakfiyelerde yerleşik olarak “*merraten ba’de uhra*” ve benzeri ifadeler kullanılmıştır.<sup>105</sup> Şartları değiştirebilme yetkisini elinde bulunduran vâkîf, bu yetkisini ölüm hastalığı esnasında da kullanabilmektedir. Aynı zamanda vâkîf bu şartları değiştirebilme imkanını mütevellî için de öngörmüş olabilir.<sup>106</sup> 1946 Mısır Vakıflar Kanununda da, (md.11, 12-13) kendisini başlangıçta bundan mahrum etse bile, şartların vâkîf tarafından değiştirilebileceği kabul edilmiştir.<sup>107</sup>

Vâkîfın ortaya koyduğu şartların kendisi dâhil herkesi bağladığını, bunlarla ilgili farklı uygulamaların mahiyeti üzerinde durduk. Çoğunlukla vakfiyede somutlaşan vakîf kurucusunun şartlarını iptal ve değiştirme mümkün olmamakta veya belirttiğimiz üzere belli durumların ortaya çıkması gerekmektedir. Vâkîf tarafından değiştirilebilme imkanının başlangıçta ortaya konması, son dönem İslâm Hukuku eserlerinde birbirine zıt beş çift şeklinde toplam on şart olarak ele alınmıştır. Vakfiyelerde bu çiftlerin birlikte zikredilmesi yaygın kullanımdır. Bu çiftlerden her biri diğerinin müteradifi olmadığı için kullanılması düşünülen yetkinin vakfiyede zikredilmesi gerekir. Örneğin ihrâcî (*çıkarma*) zikretmeksizin, idhâli (*dâhil etme*) şart koşmak mümkündür.<sup>108</sup> Bu şartlardan vakfedilen (*mevkûf*) üzerinde etkili olan *ibdâl* ve *istibdâl* dışındaki diğerleri vakîf gelirlerinin harcanması ile alakalıdır.<sup>109</sup> Bu konunun vakıfta bağlayıcılık (*lüzûm*), dönme (*rücu’*) konularıyla da yakından ilgili olduğunu da görüyoruz. Şartlara muhalefet, onlardan dönmekten ayrı bir konudur. Bazen şartlar değiştirilmez; ancak “*rucû’*” edilmeden ihtiyaç ve maslahat gereği belli münferit durumlarda bunlara uyulmaz. Kiralamanın bir seneye sınırlandırıldığında, ihtiyaç sebebiyle bu şarta uyulmayarak sürenin uzatılması bu kabildendir. Bazen de tevliyet şartında olduğu gibi, vâkîfın iradesiyle vakfın faydasına olmak üzere değiştirilebilmektedir.<sup>110</sup> Vakfın

<sup>104</sup> Trablusi, el-İs’af, s. 35; Tertîb, md. 405,406.

<sup>105</sup> Bkz. İbyânî, Mebâhıs, s. 38; Tertîb, md. 406.

<sup>106</sup> Ömer Hilmi, mes. 161, 162; Berki, Vakıflar (1940), s. 87.

<sup>107</sup> Bkz. Kadri Paşa, Kânûnu’l-Adl, s. 94; Ahmed İbrahim Bey-Vâsıl Alâüddin, Mevsûat, s. 131.

<sup>108</sup> Kadri Paşa, Kânûnu’l-Adl, md. 121, 122.

<sup>109</sup> Kadri Paşa, Kânûnu’l-Adl, md. 120 (s. 267-268).

<sup>110</sup> Zerka, Ahkâmü’l-Evkâf, s. 162, 163.

bağlayıcılık niteliği bütün şartları da etkileyen bir husustur. Vâkîfin bunlardan bazılarını muhalefet edebilme imkanını başlangıçta kendisine birden fazla kullanmak üzere şart koşmasının da bir şart-ı vâkîf olduğunu unutmamak gerekir. Vâkîf için söz konusu olabilen bu yetkiler, yine vâkîf tarafından mütevellî için de şart koşulmuş olabilir.<sup>111</sup> Bu şartlar sebebiyle vakıflar değişen durumlara veya başlangıçta öngörülemeyen şartlara uyum kabiliyeti göstererek sürdürülebilirliklerini sağlamışlar ve varlıklarını devam ettirmişlerdir. Bunlar; teksîr-taklîl (*çoğaltma-azaltma*), idhâl-ihrâc (*dahil etme-dışarı çıkarma*), i'ta-hırmân (*verme-mahrum etme*), tağyîr-tebdîl (*başkalaştırma-dönüştürme*), ibdâl-istibdâl (*bedel ile değiştirme-başka mal ile değiştirme*) şartlarıdır.<sup>112</sup>

a) *Teksîr-Taklîl (çoğaltma-azaltma)*: Bu şartlar vakîf kurucusunun kendisi için vakîf yapılan ve vakıftan istifade edenlerin (*mürtezika*) gelirdeki istihkaklarını (*paylarını*) artırması veya azaltması anlamına gelir.<sup>113</sup> Belli bir topluluk için vakîf kuranın, vakfiyesinde ziyade ve noksan olarak da adlandırılan bu şartı uygulayabilmeyi kendisi için öngörmüşse, sonradan hayır gayeli farklı bir cihete de gelirini yönlendirmesi mümkün olmaktadır. Vakıfta bir çalışma karşılığı olmaksızın istifadesi olan *zevâid* kabilinden “*rütbe*” sahiplerinin<sup>114</sup> “*ehl-i vezâif*” lehine istihkaklarının azaltılması da bu meyandadır. Bu, vakfın asıl gayesi ve maslahatını ihlal etmeyen de bir tasarruftur.<sup>115</sup> Vâkîf bu yetkisini herhangi bir kayıt ve şart olmaksızın oluşturabileceği gibi, belli bir süreyle de sınırlı tutabilir. Bu şekilde bir şartın varlığı aranmadan da ihtiyaç ve maslahata binaen hâkimin velâyet-i âmme kapsamında burada yer alan uygulamayı yapabilmesi mümkündür.<sup>116</sup> Azaltma ve artırma, vakfın aslına değil, istihkaklara yöneliktir. Sadece bu şarta dayanarak hak sahiplerinden biri için “*hırmân*” (*mahrum etme*) yoluna gidilemez. Genellikle biri diğerini gerektirmekte ise de, bu şekilde olmayan durumlara da uygulamada rastlanabilmektedir.

<sup>111</sup> Kadri Paşa, Kânûnu'l-Adl, md. 124.

<sup>112</sup> Hassâf, s. 23; Çizakça, Murat, A History of Philanthropic Foundations: The Islamic World From the Seventh Century to The Present, Boğaziçi University Press, İstanbul 2000. s. 17-18.

<sup>113</sup> Trablusi, el-İs'af, s. 34.

<sup>114</sup> Tertîb, md. 114; Berki, İstilah, s. 60.

<sup>115</sup> İbyânî, Mebâhıs, s. 37, 38.

<sup>116</sup> Zerka, Ahkâmü'l-Evkâf, s. 169 (dn. 1).

On şart içerisinde yer almayıp, vakfiyelerde kullanılan ve bu şarta benzeyen *tafdîl-tahsis* (*fazlalaştırma-tahsis*) adı verilen diğer bir şart çiftine göre de, mevkûfun aleyhler (*kendilerine vakıf yapılan*)<sup>117</sup> arasında birini diğerine tercih ederek, istihkaklarda farklılık yapabilmek mümkün olmaktadır. Vâkîf bunu sağlığında bir kere kullandıktan sonra, ancak birden fazla kullanmak yetkisi varsa ilk tasarrufundan rücû' veya yeni bir karar alabilecektir. Bu yetki olup, tahsis ve hirmân (*mahrum etme*) yetkileri olmadığında sadece fazlalık ve azlıkta bir farklılaştırmaya gidebilecek, yoksa bir cihet tamamen mahrum edilemeyecektir. İki kardeşten birinin istihkaki oransal olarak yüzde elli artırıldığında, üçe bölünerek artırılan taraf üçte iki alacaktır. Kişi bakımından tahsis olabileceği gibi, süre bakımından tahsis de söz konusu olabilir. Lehine tahsis yapılan, vâkıftan önce vefat ederse eski hâlâ yeniden dönülür. Tahsis mevkûfun aleyhi (*kendilerine vakıf yapılan*) tamamen mahrum etmeyi kapsamaz.<sup>118</sup>

*b) İdhâl-ıhrâc (dâhil etme-çıkarma):* Bu şartın anlamı ise, vakıf kurulurken *mürtezika* içerisine alınmamış olan bir unsurun sonradan bu kapsama alınması, yahut baştan içeride olanın vakıftan istifade kapsamı dışına çıkarılmasıdır.<sup>119</sup> Bir kısım yararlanan hariçte bırakılınca gelir geri kalanlara harcanır. Onlardan vefat edenin hakkı da ihraç edilenler dahil edilmeyerek yine geride kalanlara verilir.<sup>120</sup> Vâkîf bu şartı kullanmadan vefat ettiğinde, mevkûfun aleyhin istihkakları ilk hali üzerine bırakılır. Ayrıca yetkisi olmadıkça, vâkîfın sağlığında veya ölümünden sonra müteveli bu yetkiyi kullanamaz. Bu yetkiler ayrı ayrı veya beraber öngörülmüş de olabilir.<sup>121</sup> Bunların ayrı ayrı olduğu kadar, birlikte de şart koşulabilmesi ve vakfedenin çocuklarından bazıları belli bir gelir seviyesine ulaştığında çıkarma da dahil, galle (*gelir*) paylarını belli vasıf ve durumlara bağlamak da mümkündür. Bir sonraki başlıkta incelenen şart çifti ile de (*i'ta-hırman*) benzer etkiyi gösteren uygulamada örnekler görülmektedir. Tamamen çıkarma şeklinde

<sup>117</sup> Berki, İstilah, s. 37.

<sup>118</sup> İbyânî, Mebâhıs, s. 40-42; Ebu Zehra, Muhâdarât, s. 174-175; Kadri Paşa, Kânûnu'l-Adl, md. 123, 124 (s. 273,274); Zerka, Ahkâmü'l-Evkâf, s. 167; Trablusi, el-İs'af, s. 126.

<sup>119</sup> Trablusi, el-İs'af, s. 34.

<sup>120</sup> İbyânî, Mebâhıs, s. 39.

<sup>121</sup> Zerka, Ahkâmü'l-Evkâf, s. 166.

kullanılmaya müsait ihraç yetkisi, sonuç itibarıyla hırmân (*mahrum etme*) ile aynı etkiyi gösterebilmektedir.<sup>122</sup>

c) *İ'ta-Hirman* (verme-mahrum etme): Bu şartlar vakıftan yararlananlara düzenli ve sürekli ödeme yapılması yahut tamir ve diğer sebeplerle gelir harcamalarında öncelik gözetilmek suretiyle farklılık yapılabilme imkânı verir. Bu yetki kullanılarak gelirin tamamı veya bir kısmı yararlanarlardan birine mutlak olarak –herhangi bir kayıtla sınırlı olmaksızın– yahut belli bir süreyle verilebilir.<sup>123</sup> Belirli bir süre mevkûfun aleyhlerin bazısının istihkaklarını sona erdirip, aralarından bazıları da tercih edilebilir. Böylece mahrum etme ve verme yetkileri aynı anda kullanılmış olur.<sup>124</sup> Ancak iki şart birlikte kullanılıp, bunun da bir hususta ihtilafa sebep olması halinde *İ'ta* tercih edilmelidir.<sup>125</sup> Bu maddede yer alan yetki kullanılırken fakirlerin mahrum edilerek, sürekli sadece zenginlerin istifadesinin sağlanması, hayırlı işlerle Allah'a yakın olma, “kurbet”<sup>126</sup> genel şartına aykırı olacağından, özellikle Hanefilerde geçerli bir vakfın meydana gelmesine engel olabilmektedir.<sup>127</sup>

d) *Tağyîr-Tebdîl* (dönüştürme-değiştirme): Bu şartın kapsamı vakıf kurucusunun kuruluşdaki şartları farklı bir hale getirmesi veya var olanın yerine bir başka şartı ikâme edebilmesidir. Vakfın harcama yer ve konuları arasında yapılabilecek oran ve miktar değişiklikleri bu kapsamdaki farklılaştırma olarak görülebilir.<sup>128</sup> Vakfiyedeki şartları *tağyîr* ederek vakfın gaye ve hedefine daha uygun başka çözümlere ulaşmak gerekebilir. Yine aynı maksatla örneğin süknâ ve/veya gelir (*galle*) için olan evi sadece gelir maksadıyla ticarethaneye dönüştürmek *tebdîl* anlamına gelmektedir.<sup>129</sup> Vâkif

<sup>122</sup> Kadri Paşa, Kânûnu'l-Adl, md. 121 (s. 270, 271).

<sup>123</sup> İbyânî, Mebâhıs, s. 39; Kadri Paşa, Kânûnu'l-Adl, md. 125 (s. 275, 276); Tertîb, md. 397, 398.

<sup>124</sup> Trablusi, el-İs'af, s. 115, 126 vd.

<sup>125</sup> “İ'ta ve hirman teâruz edince İ'ta takdim olunur.” Tertîb, md. 17.

<sup>126</sup> Berki, İstilah, s. 32; Tertîb, md. 301, 307-309; Hatemi, Vakıf Kurma Muamelesi, s. 121; Berki, Vakıflar (1946), s. 66.

<sup>127</sup> İbn Nüceym, Bahr, V, s. 202-204, 206; Ebu Zehra, Muhâdarât, s. 95 vd., 172; Tertîb, md. 266, 267, 301, 302, 303; Berki, İslamda Vakıf, Sahih ve Gayr-İ Sahih Nev'ileri I, s. 25.

<sup>128</sup> Çizakça, s. 17 (dn. 3).

<sup>129</sup> Ebu Zehra, Muhâdarât, s. 173; Tertîb, md. 100; Bilmen, İstilahât, IV, 355.



kuruluştta tebdîl yetkisini kendisine olduğu gibi kendisinden sonra gelecek mütevellilere de şart koşabilir.<sup>130</sup> Burada yer alan her iki ifadenin diğer şartları önemli ölçüde kapsar şekilde anlaşılabilceği ve daha geniş ve esnek bir kullanıma uygun olduğu anlaşılmaktadır. Bu şartların var olduğu, bir sonraki şart grubu olan ibdâl ve istibdâlin yer almadığında dâhi aynı işlevi görebilmektedir.<sup>131</sup>

e) *İbdâl-İstibdâl (bedel ile değiştirme-başka mal ile değiştirme)*: Bu şart grubu vâkîfın vakıf malını satarak bir bedel karşılığında elden çıkarması (*ibdâl*)<sup>132</sup> ve vakfın asıl malının kendi cinsinden olsun ya da olmasın, kısmen yahut tamamen elden çıkarılarak veya değiştirilerek yerine başka bir malın ikame edilmesini ifade etmektedir (*istibdâl*). Burada önceki malın değerinden daha aşıyağıya gidilmesi tefrît kabul edilerek uygun görülmez.<sup>133</sup> İstibdâl klasik kaynaklarda malın satılarak yerine bir benzerinin alınması şeklinde anlaşılmış ve bu anlama gelmek üzere tebdîl, tağyîr ve ibdâl terimleri de kullanılmıştır. İbdâl ve istibdâl birbirinden genellikle ayrılmayan ve biri diğerini bütönlöyen kavramlardır. Vakıf malın satımı ibdâli, yeni mal alarak öncekinin bir başkasıyla ikame edilmesi de istibdâl olarak anlaşılmış ve sonraki dönemlerde giderek bir malın araya satış girerek veya girmeyerek farklı bir malla değiştirilmesi şeklinde kavramlaşmıştır.<sup>134</sup>

Bu grup şartlar ile vakıf malının zamanla değer ve işlev kaybının önüne geçmek amaçlanmıştır. Vakıfların kuruluşunun üzerinden çok zaman geçebileceği ve bu sürede vakıf mülklerinin gelir zafiyetine düşerek harap olabileceği göz önüne alınırsa, bu yetkinin vakıf kurucusunda ve yöneticilerde bulunması vakfın sürdürülebilirliği ve maslahatına uygun düşmektedir.<sup>135</sup> Her hâlükarda dikkatli kullanılması gereken bu yetkinin kuruluş şartlarında olmadığına ya da tam tersi şartın bulunduğunda, vâkîf

<sup>130</sup> Tertîb, md. 405, 407, 409.

<sup>131</sup> Zerka, Ahkâmü'l-Evkâf, s. 170; Ebu Zehra, Muhâdarât, s. 173-174; Ahmed İbrahim Bey- Vâsıl Alâüddin, Mevsûat, s. 136-137.

<sup>132</sup> Kadri Paşa, Kânûnu'l-Adl, md. 129 (s. 283).

<sup>133</sup> Ebu Zehra, Muhâdarât, s. 173.

<sup>134</sup> Beyaztaş, Murat, "İslâm Vakıflar Hukukunda İstibdâl", İhya Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi", 2017, c. 3, sy. 1, s. 3-4; Tertîb, md. 141, 277; Kadri Paşa, Kânûnu'l-Adl, md. 129 (s. 282-283, 296).

<sup>135</sup> Trablusi, el-İs'af, s. 32-33; Hassâf, s. 22; Fetâvây-ı Kadîhân, III, 338-339; Bilmen, İstîlâhât, IV, 355, 356.

ya da mütevellî tarafından kullanılamasa dâhi velâyet-i âmme temsilcisi hâkim zarurete mebni bu yetkiye sahiptir.<sup>136</sup> Osmanlı uygulaması İmam Ebu Yusuf'un konu hakkındaki olumlu görüşü çerçevesinde gelişmiş, ancak hâkim iznine ve Şeyhülislam Ebussuûd Efendi'nin bu yöndeki görüşü ile h. 951'den itibaren ayrıca padişah onayına tabi olmuştur.<sup>137</sup> Geçmiş uygulamalar arasında bu şartın istismar edildiğine<sup>138</sup> ve de başarılı uygulamalarına<sup>139</sup> dâir örnekler görmek mümkündür.

Yukarıda ele alınan şartların anlaşılması bakımından bazı genel kâidelere yer verilir. Bunlar;

a) Bu şartlar ancak vakfın kuruluşu esnasında ortaya konulursa kullanılırlar.

b) Vakıf kurucusunun söz konusu şartları kendisi, mütevellî veya bir başkası için şart koşması geçerlidir. Burada belirtilenler beraberce zikredildiğinde, vâkîf tek başına bu yetkiyi kullanabilirken, diğerlerinin bu yetkiyi vâkîfla beraber kullanmaları gerekecektir. Diğerleri işlem yapma hususunda müvekkile bağlı kullanılması şartıyla yapılan vekâlet akdindeki vekile benzetilmektedir.

c) Başkasının kullanmasına imkân veren yetkinin kullanılması, vâkîfın sağlığında söz konusu olmaktadır. Vâkîfın vefatı halinde, müvekkili ölen vekile benzetilerek, başkasının yetkisi de son bulmuş olmaktadır.

d) Bu yetkilerin birden fazla kullanılması, başlangıçta bu şekilde öngörülmesine bağlıdır.

e) Bu şartların konusu vakfın harcama cihetlerine yönelik olup, tevliyyete ilişkin değildir. Bu yetkilere vâkîf dışında sahip olmak, gelirden istihkakı değiştirmeye yönelik olup, vakıf kurucusundan meşrut mütevelliyi değiştirme yetkisini vermez.<sup>140</sup> Mütevelliyi değiştirme yetkisi bu durumda vakfedene ve şartlar oluştuğunda hâkime aittir.

<sup>136</sup> Zerka, Ahkâmü'l-Evkâf, s. 171; Yeken, Ahkâmü'l-Vakf, s. 213, 215, 226.

<sup>137</sup> Bkz. Çizakça, s. 20; Ömer Hilmi, s. 198, (md. 416 dipnotu).

<sup>138</sup> Akgündüz, Vakıf Müessesesi, s. 383.

<sup>139</sup> Hoexter, Miriam, "Yirminci Yüzyılda Vakıf Çalışmaları: Durum Tespiti", Çeviren Hatice Güzel, Türk Tarih Kurumu, c.LXV, Ankara 2002, s. 1122.

<sup>140</sup> Tertîb, md. 104 (Vâkîf tarafından kuruluşta mütevellî olması şart koşulan mütevelliyeye meşrut mütevellî denir.); Kadri Paşa, Kânûnu'l-Adl, md. 128 (s. 279).

f) Bahsedilen on şart sonradan düşürme (*iskât*) iradesiyle sonlandırılabilir. Vâkıfın vakfiyedeki “*kendim için olan şartları iptal ettim*”, şeklindeki irade açıklamasıyla bu şartlar iptal edilmiş olur. Kural olarak sâkıt olan (*düşen*), avdet etmez (*geri dönmez*).<sup>141</sup> Bazı görüş farklılıklarına rağmen, bu husus birçok yerde ve mahkemelerde Hanefi mezhebinde tercih edilen bu görüşe uygun şekilde anlaşılmış ve uygulanmıştır.<sup>142</sup> Örneğin artırma (*tafdîl*) şartı olan bir vakıfta, vakfedenin bunu kullanmayacağını açıklaması üzerine, kendisinin kullanabileceği artırma şartını iptal etmiş olur ve hak sahipleri istihkaklarını eşit veya aldıkları hâl üzere alırlar. Yine vâkıf, bir şahsın vakıf gelirinden istihkakını iptal ettiğinde, bu gelir vâkıftan başkaca bir şart söz konusu değilse fakirlere yönelik hale gelmektedir.<sup>143</sup>

Vakıf kurucusunun şartlar üzerinde değişiklik yapabilme imkânını uhdesinde bulundurmasını öngören şartları vakfiyeler üzerinde görmek mümkündür. Bu konuda 1650-1800 yılları arası Şer’iye Sicillerinde bulunan Konya vakfiyeleri derlenmiş ve *transkribe* edilmiştir. Bu eserden çeşitli örnekler vermek meselenin uygulama şeklini göstermesi açısından faydalı olacaktır. Burada sadece vakfiyelerdeki ilgili kısımlara yer verilecektir.

1. “6. Ben hayatta oldukça vakf-ı mezbûra kendim müteveli olup, *tebdil, tağyir, tahvil ve teksir* kendi elimde ola ve vefatımdan sonra şartlarım değiştirilmeye;”<sup>144</sup>

2. “20. Yukarıda vasıfları sayılan evkâfıma hayatta olduğum müddetçe kendim müteveli olup daha önceden olduğu gibi vakfın şartlarının *tebdil* ve *tağyiri*, görevlerin artırılıp eksiltilmesi ölünceye kadar kendi yedimde ola; benim vefatımdan sonra vakfın şartlarının *tebdil* ve *tağyiri* münsed (*kapalı*) olup tevliyet-i merkûme zikredilen ücretiyle oğlum es-Seyyid Mehmed Emin Efendi’ye meşruta ola...”<sup>145</sup>

<sup>141</sup> Mecelle, md. 51; Hâdimî, s. 45.

<sup>142</sup> Zerka, Ahkâmü'l-Evkâf, s. 172-175; Ebu Zehra, Muhâdarât, s. 177, 178; Ahmed İbrahim Bey-Vâsıl Alâüddin, Mevsûat, s. 137.

<sup>143</sup> Trablusi, el-İs’af, s. 126, 129; Kadri Paşa, Kânûnu'l-Adl, md. 126 (s. 277-278); krş. Tertîb, md. 382; Berki, Vakıflar (1946), s. 93.

<sup>144</sup> Sak, İzzet, Şer’iye Sicillerinde Bulunan Konya Vakfiyeleri (1650-1800), Kömen Yay., I. Baskı, Konya 2005, İzzet, Konya Vakfiyeleri, s. 35.

<sup>145</sup> Sak, s. 51.

3. "1. Evkâf-ı mezbûrenin usûl ve şartlarının *ta'yin, tebdil ve tağyiri* vefat edinceye kadar kendi yedimde olup, sonra da şartların *tebdil ve tağyiri* mümkün olmaya."<sup>146</sup>

4. "13. Ben hayatta oldukça vakfın tevliyeti, şartlarının *tebdil ve tağyiri*, görevlerin ihdası ve ilğası kendi yedimde olup vefat eylediğimde vakf-ı mezburun *tebdil, tağyir, ta'til ve teksiri* mümkün olmayıp hâlâ halile-i celîlem olan Fahrü's-Salihat Fatma Kadın binti Ali mütevellî ola;..."<sup>147</sup>

5. "8. Hayatta olduğum sürece vakfın şartlarının *tebdil ve tağyiri* kendi yedimde ola."<sup>148</sup>

Bu ve diğer vakfiyelerde dikkatimizi çeken husus vakıf kurucularının hayatta oldukları süre içerisinde vakıf şartlarında değişiklik yapma yetkisini kendileri için şart koştukları, vefatlarından sonra ise genellikle başkasına yetki vermedikleri şeklinde olmuştur. On şartın tamamına bir arada rastlayamadık, ancak ilgili kısımda da belirttiğimiz gibi en geniş değişiklik imkanı veren "*tebdil-tağyir*" şartına genellikle yer verildiği müşâhade edilmiştir.

### C. Tahsisat Kabilinden Vakıflarda Şartlara Riayet

Bu çeşit vakıflar devlete ait bir arazinin, kuru mülkiyeti (*rakabe*) devlete ait olmak üzere, gelirlerinin yahut tasarruf hakkının veya her ikisinin devlet başkanı veya yetkisi dahilinde bir şahıs tarafından yine hazineden hukuki olarak hak sahibi bulunan bir cihete vakıf yolu ile tahsis edilmesidir.<sup>149</sup> Bu vakıflara irsâdî veya tahsisat kabilinden vakıflar da denir. Elmalılı irsâdî vakfı "*Vakf-ı irsadi, Beytül-male ait bir mülkün menfaatini müstehikk-ı şer'isine ber-vech-i meşruh tahsis etmekten ibarettir.*" şeklinde tarif etmiştir. Gider ve masrafları hazineye ait olmayan gayeler için bu neviden yapılan vakıf "*gayrisahih irsâdî*" olarak adlandırılmaktadır.<sup>150</sup>

Vakıf şartlarına uyulması konusu, genellikle bunları oluşturan devlet reisinin, aynı zamanda iptal edebileceği gerçeğinden hareketle, gayrisahih

<sup>146</sup> Sak, s. 70.

<sup>147</sup> Sak, s. 76.

<sup>148</sup> Sak, s. 79.

<sup>149</sup> Cin, Halil, Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Kültür Bakanlığı Yayını, Ankara 1978, s. 26; Akgündüz, Vakıf Müessesesi, s. 528.

<sup>150</sup> Öztürk, Elmalılı..., s. 153; Ömer Hilmi, mes. 3; Bilmen, İstılâhât, V, s. 6; Mardin, Ebulûla, Toprak Hukuku Dersleri, İstanbul 1947, s. 20, 22; Berki, İstılâh, s. 27, 28.

tahsisata konu vakıflar için söz konusu değildir. Gayrisahih vakıflarda devlet başkanının tevliyet dâhil diğer şartlarda değişikliğe gitme hakkı, bunlar gerçek manada vakıf olmayıp, tahsis olduğu için var olduğu kabul edilir. Masrafı hazineden olmayan yeni bir vazife ve vakfiye şartlarında yer almayan istifadelerin ihdası da mümkündür. Sahih tahsise konu vakıflarda şartlara muhalefet kâideten olmamakta ve hukuki bir sebep olmadan şartlar değiştirilemediği halde, gayrisahih vakıflarda şartlara riayet de mecburi değildir. Maslahat-ı âmme gereği şartları değiştirme mümkün ve bu konuda yetki sahibi de tahsiste yetkili makam olmaktadır.<sup>151</sup>

### SONUÇ

Tek taraflı bir hukuki işlem olan vakıflarda da akitlerde olduğu gibi şartların önemi bulunmaktadır. Vakıfların kuruluşundan idaresine, yerleşik hale gelmiş sadaka-i cariyeye anlayışından da hareketle, ekonomik ve maddi ilişki yoğunluğu olduğu kadar, Allah'a yakınlaşma, hayır ve kısaca literatürde geçtiği şekliyle "kurbet" gayesi etrafında oluşan manevi algı sebebiyle, şartlar konusunda titizlik göstermek zaruretinin toplum içerisinde sürekli bir karşılığı olmuştur. Konuyu ele alan klasik ve yeni dönem çalışmalarında vakfın kurulması esnasında ortaya konulan şartlar, vakfın önemli kurucu şartlarından olan süreklilik ve bağlayıcılık vasıflarının güçlü kılınmasına vurgu yapmışlardır. Vakıflar konusunda ele alınan hususların önemli bir kısmı doğrudan veya dolaylı şartlarla ilgili olup; hem vakıf kurucusunun iradesini doğru anlayarak, hem de zamanın onu eskitmesine karşı önlem olmak üzere, şartları yerine göre katı veya esnek yorumlamak hususunda akıl yürütülür. Vakıflar İslâm hukuk tarihi içerisinde gelişerek, topluma yönelik hayır ve yardımlaşma anlayışının zirve noktasına taşınmasına sebep olmuş, bireysel yaklaşımlardan sonra kurumsal aşamalardan da geçerek her alana nüfûz etmiştir. Fertlerin yoğun desteğine mazhar olduğu kadar, her dönemde devlet desteklerinden de yoğun olarak nasibini almıştır.

Vakıf yoluyla hayır yapmakta yarışan toplum yapısı, bu alanda oluşan yaygın teorik ve pratik hukuk kültürüne de sahip olmuş, neredeyse her

<sup>151</sup> Tertîb, md. 869; Ömer Hilmi, mes. 166; Mahmud Hamza, Ferâid, s. 229; Fetâvây-ı Hayriye, s. 139,140; Zerka, Ahkâmü'l-Evkâf, s. 164; Öztürk, Elmalılı..., s. 154-156; Berki, Vakıflarda Şartlara Riayet, s. 15; Berki, "İslamda Vakıf Sahih ve Gayr-i Sahih Nevileri II, AÜİFD, c. 7, sy. 1, 1958, s. 1-10, s. 2; Tahsisat kabilinden sahih ve gayrisahih vakıflar için bkz. Tertîb, md. 92 vd. ve 354; Ömer Hilmi, mes. 137-139; Bilmen, Istilâhât, IV, 352.

mahallede oluşmuş hayatla iç içe vakıf eserlerle bu alandaki bilgiyi sonraki nesillere aktarmıştır. Vakıfların toplum hayatındaki yeri veciz olarak *“Fihakika Osmanlı İmparatorluğu devrinde pek büyük bir inkişafa mazhar olan bu kabil vakıflar sayesinde bir adam vakıf bir yerde doğar, vakıf beşikte uyur, vakıf mallardan yer ve içer, vakıf kitaplardan okur, vakıf bir mektepte hocalık eder. Vakıf idaresinden ücretini alır ve öldüğü zaman kendisi vakıf bir tabuta konur, vakıf bir mezarlığa gömülürdü. Bu suretle beşeri hayatın bütün icaplarını ve ihtiyaçlarını vakıf mallarla temine pek âlâ imkan vardı.”* şeklinde ifade edilmiştir.<sup>152</sup>

Vakıfın ortaya koyduğu şartlara uyma bakımından Ali Haydar Efendi'de öncelikle şartların bağlayıcılığının kavramsal olarak ortaya konulmaya çalışıldığını görüyoruz. Vakfedenin şartlarının, şâri'in nassı mesâbesinde olduğuna vurgu yapılarak, bunun özellikle müessesât-ı hayriye itibarıyla durumunun altı çizilmiştir. Vakıf lâzım hâle geldikten sonra vakıf şartlarına vâkıf ve mütevellinin de sıkı sıkıya bağlı olması gerektiği, asl-ı mâl ve gelirler başta olmak üzere, bu konudaki kurallar çeşitli örneklerle ortaya konulmuştur. Vakfedenin kendisi de şartlarına muhalefet konusunda hüküm ve şartlar meydana getirmiş olabilir. Bu teorik çerçevenin üzerine, şart-ı vâkıfa muhalefetin câiz olduğu hâller, kimler bakımından, nasıl ve hangi hâllerde yapılabileceği düzenlenmek suretiyle konunun kendi içerisinde bütünlüğü sağlanmıştır. Örneğin vâkıfın istibdâl yapılmama şartı olsa dâhi, vakfın menfaatine uygun olması hâlinde bunun hâkim tarafından nasıl yapılabileceği, örnek verilerek anlatılmıştır. Ali Haydar Efendi'nin kendi ifadesiyle, kendi kitabının benzer diğer çalışmalardan farkı, sonraki zamanlarda vakıflar hukukunda meydana gelen değişimleri de ihtiva ederek, bazı eksiklikleri tamamlayarak daha geniş ve etraflıca güncellenmiş olmasıdır. Kitabın geneli bakımından belirtilen bu ifadenin, şart-ı vâkıf bahsi bakımından da geçerli olduğu görülmektedir.

Vakıfların kuruluştaki meşru gayesine uygun gelişmesi için zaman içerisinde şartlar konusu da dahil olmak üzere denenmiş ve süzölmüş ortak bir dil meydana gelmiş ve bu da vakfiyelerde kendisini göstermiştir. Bu bakımdan şartlar konusunda genel akit teorisine dayanan kurallarla beraber, vakıflara özgü, uygulama kabiliyeti toplum üzerinde uzun zaman denenmiş, detaylı bir şart kuralları dizini meydana gelmiştir. Şer'i-hukuki ahkâma uyma temel şartı dışında, kurucular tarafından belirlenen şartlarda toplumdaki

<sup>152</sup> Arsebük, Medeni Hukuk I, s. 297-298.

genel kabul ile özeldeki o vakfa ilişkin maslahat anlayışını bir arada gerçekleştiren bir görüş ve düşünce hâkim olmuştur. Teori ve pratik birbirini besleyerek geliştirmiştir. Şart hukuku olarak adlandırabileceğimiz bu gelişim çizgisi ile, maslahat anlayışından yola çıkarak, salt maddi menfaatten ziyade hayır gayesi ve *kurbet* ile iç içe geçmiş olarak, vakıf yoluyla hayır yapanlara ve hukuk uygulayıcılarına genişlik sağlanmıştır. Bugün de uygulama kabiliyeti olduğunu düşündüğümüz şekliyle şartların vakfın menfaati, zarara uğratılmaması, maslahatı ile uyumlu olmasına her kesim tarafından sürekli özen gösterilmiş, uyumlu olmayan şartları dışarda tutarak vakıflar hayır yolunda ilerlemiştir. Vakıflar ve onların yol haritası mesabesinde olan şartlar, o vakıftan doğrudan yararlanmayan diğer toplum kesimlerinin de murakabesi altında olmuştur.

Vakıf kurucusunun belli bir ekonomik değerle bir defa yaparak sadaka ve hayır işlemesi yerine, aynı değerle kendi kendine yeterli, sürdürülebilir, devamlılığı olan bir iyilik yolunu kendisine ve sonrakilere ulaşması için şartların da buna elverişli olması gerekiyordu. Vakfedenin buna uygun olmayan şartları da velâyet-i âmme yetkisini haiz hâkim tarafından denetleniyor ve vakfın maslahatına uygun hale getiriliyordu. Çünkü artık vakfın gayesine özgülünen mal varlığı, vâkîfın değil toplumun olmaktaydı. Böylece vâkîf, kamu görevlileri, hâkim ve diğer ilgililer vakfı yaşatmaya ve bu yolla hayır işlenmesine, kendilerini resmi, doğrudan veya yerine göre fahri sorumlu kabul ederek katkı vermekteydiler. Vâkîfın şartlarını her devirde doğru anlamak ve uygulamak yükümlülüğü ile vakfın yönelik olduğu hayrî gayeyi sürdürülebilir kılmayı birlikte önceleyen anlayışla büyük bir vakıf medeniyeti inşa edilmiştir.

## KAYNAKLAR

- Ahmed İbrahim, "el-Ukûd ve's-Şürût ve'l-Hiyârât", Mecelletü'l-Kânûn ve'l-İktisâd, VI, Kahire 1934, s. 641-722.
- Akgündüz, Ahmed, İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, 3. Baskı, İstanbul 2013, (Vakıf Müessesesi).
- Akgündüz, A., "Galle", DİA, c.13, s. 338-339.
- Akıntürk, Turgut, "Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme", AÜHFD, 1970, c. 27, sy. 3-4, s. 219-247.
- Alâüddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed el-Haskefî ed-Dımaşkî (ö. 1088/1677), Dürrü'l-Münteka Şerhu'l-Mülteka, İstanbul 1310-1311, Muharrem Efendi Mat., II. Baskı c. I-II, (Mecmau'l-Enhur Şerhu Mülteka'l-Ebhur Hamişli). (Dürrü Münteka)
- Ali el-Haff, ed-Daman fi'l-Fıkhî'l-İslami, I. Kısım, Mısır 1971.
- Ali Haydar Efendi (ö. 1935), Dürerü'l-Hükkâm Şerh-i Mecelleti'l-Ahkâm, c. I-IV, 3. Baskı, İstanbul 1330. (Mecelle Şerhi)
- Ali Haydar Efendi, Tertîbü's-Sünûf fi Ahkâmi'l-Vükûf, Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul 1337/1340. (Tertîb)
- Apaydın, Hacı Yunus, İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara 1989.
- Arsebük, Esat, Medeni Hukuk I Başlangıç ve Şahsın Hukuku, Tan Matbaası, İstanbul 1938.
- Baçoğlu, Tuncay, "Vazife", DİA, c. 42, s. 579-581.
- Bedir, Murteza, Buhara Hukuk Okulu (Vakıf Hukuku Bağlamında X-XIII. Yüzyıl Orta Asya Hanefi Hukuku Üzerine Bir İnceleme), Gözden Geçirilmiş II. Baskı, İSAM Yay., İstanbul 2014.
- Berki, Ali Himmet, "İslâmda Vakıf Sahih ve Gayr-i Sahih Nevileri I", AÜİFD, c. 6, sy. 1, 1957, s. 19-26. (İslam'da Vakıf I)
- Berki, A.H., "İslamda Vakıf Sahih ve Gayr-i Sahih Nevileri II", AÜİFD, c. 7, sy. 1, 1958, s. 1-10. (İslam'da Vakıf II)
- Berki, A.H., Vakıflar, Cihan Kitaphanesi, İstanbul 1940. (Vakıflar 1940)
- Berki, A.H., Vakıflar, İkinci Tab'ı, İstanbul 1946. (Vakıflar 1946)
- Berki, A. H., Vakıflar (ikinci kitap: Medenî Kanunda Tesis ve Vakıflar Kanunu Hükümleri), Birinci basılış, Ankara, Nur Matbaası, 1950. (Vakıflar 1950)



- Berki, A.H., İstilah ve Tabirler (Vakfa dair yazılan eserlerle Vakfiye ve benzeri vesikalarda geçen), Ankara 1966, Vakıflar Genel Müdürlüğü Neşriyatı. (İstilah)
- Berki, A.H., “Vakıflarda Şartlara Riayet Meselesi”, VD, İstanbul 1968, sy. 7, s. 12-16. (Şartlara Riayet)
- Beyaztaş, Murat, “İslâm Vakıflar Hukukunda İstibdâl”, İhya Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi”, 2017, c. 3, sy. 1. s. 1-21.
- Bilmen, Ömer Nasuhi (ö. 1971), Hukûk-ı İslâmiyye ve İstılâhâtı Fıkhiyye Kâmûsu, Bilmen Yay., İstanbul 1969.
- Buhâri, Ebu Abdillah Muhammed b. İsmail (256/870), Sahih, Mat. Âmire, c.I-VIII, Mısır 1315.
- Cattan, Henry, “The Law of Waqf”, Law in The Middle East, Edited by Majid Khadduri and Herbert J. Liebesny, Washington 1955, vol. I, s. 203-219.
- Cin, Halil, Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Kültür Bakanlığı Yayını, Ankara 1978.
- Çeker, Orhan, Fıkıh Dersleri-1, Tekin Kitabevi, 9. Baskı, Konya 2016.
- Çizakça, Murat, A History of Philanthropic Foundations: The Islamic World From the Seventh Century to The Present, Boğaziçi University Press, İstanbul 2000.
- Döndüren, Hamdi, İslâm Hukukuna Göre Günümüzde Vakıf Meseleleri, İstanbul 1437/2016.
- Döndüren, Hamdi, “Müsâkât”, DİA, c. 32, s. 70-71.
- Dönmez, İ. Kâfi, “Örf”, DİA, c. 34, s. 87-93.
- Dürrîzâde Mehmed Arif (ö. 1215/1800), Netîcetü'l-Fetâvâ maan Nükûl, İstanbul 1265/1849 Matbaa-i Âmire. (Netîcetü'l-Fetâvâ)
- Ebü'l-Hasen Takıyyüddîn Alî b. Abdilkâfi b. Alî b. Temmâm es-Sübkî (ö. 756/1355), Fetâvâ es-Sübkî, Dârü'l-Meârif, c. I-II.
- Ebü'l-Mehâsin Fahrüddîn Hasen b. Mansûr b. Mahmûd el-Özkendî el-Fergânî (ö. 592 / 1196), Fetâvây-ı Kadihân (Hâniye), (el-Fetâvâ'l-Hindiye kenarı, Diyarbakır 1310, c. I-III). (Fetâvây-ı Kadihân)
- Ebu Zehra, Muhammed, Muhâdarât fî'l-Vakf, Câmîatü'd-Düvelî'l-Arabiye, Matbaat-ü Ahmed Ali Muhaymire, yy. 1959. (Muhâdarât)

- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yay., İstanbul 2017.
- Fetâvâ'l-Hindiye, (Heyet-Nizâmüddin el-Belhî başkanlığında), II. Baskı, c. I-VI, Dârü'l-Fikir, 1310. (F. Hindiye)
- Fethullâhü'l-Muîn, Muhammed Ebussuûd b. Ali el-Hüseynî el-Mısri, Hâşiyetü ala Şerhi'l-Kenz Muhammed Molla Miskîn -Hâşiyetü Ebi's-Suud Alâ Molla Miskîn-, c. I-III, I. Baskı, Cemiyetü'l-Maârifî'l-Mısriyye, Mısır 1287/1870, (Fethu'l-Muîn).
- Ghazaleh, Pascale, "Introduction Pious Foundations: From Here to Eternity?", Held in Trust-Waqf in The Islamic World, Edited by Pascale Ghazaleh, The American University in Cairo Press Cairo New York 2011, s. 1-22.
- Günay, Hacı Mehmet, "Vakıf", DİA, c. 42, s. 475-479.
- Hâdimî, Ebu Said Muhammed (ö. 1176/1762), Mecâmiu'l-Hakâyık, Sahafiyye-i Osmaniye Şti., İstanbul 1311. (Hâdimî)
- Hallâf, Abdülvehhâb, İlmü Usûli'l-Fıkıh, Dârü'l-Müttehıde, Dimaşk 1992.
- Hatemi, Hüseyin, Medeni Hukuk Tüzelkişileri I, İstanbul 1979.
- Hatemi, Hüseyin, Önceki ve Bugünkü Türk Hukuku'nda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969. (Vakıf Kurma Muamelesi)
- Hatîb eş-Şirbînî, Şemsüddin Muhammed b. Ahmed (ö. 977/1570), Muğni'l-Muhtâc İla Ma'rifeti Meani Elfazî'l-Minhac, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiye, I. Baskı, c. I-VI, yy. 1415 / 1994.
- Hattâb, Şemsüddin Ebu Abdillah Muhammed b. Muhammed b. Abdirrahman (ö. 954/1547), Mevahîbü'l-Celîl fi Şerhi Muhtasarî'l-Halîl, Dârü'l-Fikir, III. Baskı, c. I-VI, yy. 1412/1992.
- Hassâf, Ebû Bekr Ahmed b. Ömer b. Müheyr el-Hassâf eş-Şeybânî (ö. 261/875), Kitabü Ahkâmü'l-Evkâf, I. Baskı, Dîvânü Umumi'l-Evkâfi'l-Mısriye Mat., Mısır 1322/1904.
- Hilâlü'r-Rey, Hilâl b. Yahya b. Müslim el-Basri (ö. 645), Ahkâmü'l-Vakf, thk. Halid Abdullah eş-Şuayb, I. Baskı, Garas Yay. (www.gheras.com), Kuveyt 1435/2014. (Hilâlü'r-Rey)
- Hoexter, Miriam, "Yirminci Yüzyılda Vakıf Çalışmaları: Durum Tespiti", Çeviren Hatice Güzel, Türk Tarih Kurumu, c. LXV, Ankara 2002, s. 1115-1145.

- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdî'l-Aziz (ö. 1252/1836), Reddü'l-Muhtâr Ala'd-Dürri'l-Muhtâr, Dârü'l-Fikir, c. I-VI, Beyrut 1412/1992. (Reddü'l-Muhtâr)
- İbn Âbidîn, el-Ukudü'd-Dürriyye fi Tenkîhi'l-Fetâvâ'l-Hamidiyye, (Tenkîh), c.I-II, yy. ty.
- İbn Âbidîn, Mecmûatü Resâil-i İbn-i Âbidin, c.I-II, Dersaadet 1325. (Mecmûatü Resâil)
- İbnü'l-Bezzâzî, Muhammed b. Şihab el-Hanefî (ö. 827/1423), el-Fetâvâ'l-Bezzâziyye (el-Fetâvâ'l-Hindiye kenarı, Diyarbakır 1310, IV-VI ciltler). (Fetâvâ'l-Bezzâziyye)
- İbn Kûdame, Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed (ö. 620/1223), el-Muğnî, Maktebetü'l-Kahire, c. I-X, Kahire 1388/1968.
- İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddin Muhammed b. Abdülvahid (ö. 861/1457), Fethu'l-Kadîr, Dârü'l-Fikir, c. I-X, yy. ty.
- İbn Kayyim el-Cevziye, Muhammed b. Ebi Bekir (ö. 751/1350), İ'lâmü'l-Muvakkîn, thk. Muhammed AbdüsSelâm İbrahim, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiye, I. Baskı, c. I-IV, Beyrut 1411/1991.
- İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed (ö. 970/1563), el-Bahrü'r-Râik Şerhu Kenzî'd-Dekâik, Dârü'l-Kitabî'l-İslamiye ty, II. Baskı, c. I-VIII. (Bahr)
- İbn Nüceym, el-Eşbâh ve'n-Nezâir, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiye, I. Baskı, Beyrut 1419/1999. (Eşbâh)
- İbn Nüceym, Resâilü İbn-i Nüceym el İktisadiyye (Resâilü'z-Zeyniye fi Mezhibi'l-Hanefiye), thk. Muhammed Ahmed Serac-Ali Cuma Muhammed, Dârü's-Selâm, Kahire 1419/20-1998/99. (Resâil)
- İbyânî, Muhammed Zeyd el-İbyânî Bey, Kitabü Mebâhisi'l-Vakf, II. Baskı, Mısır 1330/1912. (Mebâhis)
- İşeri, Ahmet, "Vakıflar" (Medenî Kanundan Önceki ve Sonraki Vakıf Nevileri ve Hukukî Mahiyetleri), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 21, sy. 1, yıl 1964.
- Kadri Efendi, Abdülkadir b. Sinanüddin Yusuf (v.1084/1674), Vâkıâtü'l-Müftîn, I.Baskı, Matbaat-ı Mîriyye, Bulak 1300,1301/1884. (Vâkıâtü'l-Müftîn)
- Kaşıkcı, Osman, "Eski Hukukumuzda Takyidi Şarta Bağlı İşlemler", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997, c. I, sy. 1, s. 207-243.

- Kaşıkçı, O., "Eski Hukukumuzda Şarta Bağlı İşlemler", Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul Marmara Hukuk Fakültesi, İstanbul 1999. s. 375-409.
- Kaşıkçı, O., "Şart", DiA, c. 38, s. 365-367.
- Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslâm Hukuku, c. I-III, 9. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Kaya Süleyman, Osmanlı Hukukunda İcâreteyn, Klasik Yay., İstanbul 2014.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 20. Bası (Yeni Borçlar Kanununa Göre), Turhan Kitapevi, Ankara 2016.
- Köprülü, Bülent, "Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev'iyetleri ve İcâreteynli Vakıflar", İÜHFM 1951, c. XVII, sy. 3-4, s. 685-717. (Vakıf Nev'iyetleri, 1951)
- Mahmud Hamza, Mahmud b. Muhammed Nesib b. Hüseyin (ö.1305/1887), el-Ferâidü'l-Behiyye Fi Kavaidi'l-Fıkhiyye, Dımaşk-Şam 1298/1880. (Ferâid)
- Mardin, Ebulûla, Ahkâm-ı Evkâf, Dârü'l-Fünun Mat., İstanbul 1339-1340 Ders Yılı Takrirleri.
- Mardin, Ebulûla, Toprak Hukuku Dersleri, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1947.
- Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (Ahmed Cevdet Paşa) (Mecelle).
- Mehmed Salâhî Bey, Kâmûs-ı Osmânî, (c. I-II / III-IV), İstanbul 1313.
- Mısır Vakıflar Kanunu (1946).
- Ahmed İbrahim Bey-Vâsıl Alâüddin Ahmed İbrahim, Mevsuatü Ahkâmî'l-Vakf Ala'l-Mezahibi'l-Erbaa, el-Mektebetü'l-Ezheriyye lî't-Tûras, Kahire 2009. (Mevsûat)
- Miskavî, Ömer, Nizâmü'l-Vakf ve Ahkâmühü's-Şer'iyetü ve'l-Kanuniyetü, Takdim, Vehbe ez-Zuhayli, Dârü'l-Fikir, Dımaşk 1431/2010.
- Muhammed Kadri Paşa (ö. 1886), Kânunu'l-Adl ve'l-İnsâf fi'l-Kazâi ala Müşkilâtî'l-Evkâf, Tahkik, Ali Cuma Muhammed, Muhammed Ahmed Sirâc, I. Baskı, Dârü's-Selâm, Mısır 1427/2006. (Kânûnu'l-Adl)
- Müslim, Ebu'l-Hüseyin Müslim b. el-Haccâc (ö. 261/874), Sahih, thk. Muhammed Fuâd Abdülbaki, Dârü'l-Hayâî't-Türâsî'l-Arabiyye, c. I-V, Beyrut ty.

- Onar, S. Sami, İdare Hukuku, I, 2. bası, İstanbul 1960.
- Oğuzman, Kemal M.- Öz, Turgut, M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- Ömer Hilmi, İthâfû'l-Ahlâf fi Ahkâmî'l-Evkâf, Mektebetü Hukûku-ı Şâhâne, Matbaa-i Âmire, İstanbul 1307.
- Özcan, Tahsin, "Ali Haydar Efendi ve Osmanlı Vakıf Hukuku", II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri, İstanbul 2016, c. II, s. 298-299.
- Özdemir, Recep, "İslâm Hukukunda Şart Muhayyerliği", İÜİFD, Bahar 2016/7 (1), s. 139-172.
- Öztürk, Nazif, Türk Yenileşme Tarihi Çevçevesinde Vakıf Müessesesi, Türkiye Diyanet Vakfı Yay., Ankara 1995.
- Öztürk, Nazif, Elmalılı M. Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar, Türkiye Diyanet Vakfı Yay., Ankara 1995. (Elmalılı...)
- Remlî, Hayreddin b. Ahmed (ö. 1081/1671), Fetâvây-ı Hayriye li Nefî'l-Beriyye, c. I-II, Bulak 1273. (Fetâvây-ı Hayriye)
- Sak, İzzet, Şer'îye Sicillerinde Bulunan Konya Vakfiyeleri (1650-1800), Kömen Yay., I. Baskı, Konya 2005.
- Savaş, Abdurrahman, "Network Marketing", II. Uluslararası İslam Ticaret Hukuku Kongresi "Günümüzdeki Meseleler", (15-19 Ekim 2015), KTO Karatay Üniversitesi Yay., Konya Aralık 2006. s. 35-74.
- Savaş, Abdurrahman, İslâm Hukuku ve Türk Medeni Hukukunda Evlenmenin Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.
- Senhûri, Muhammed Ahmed Ferec, el-Kavâninü'l-Mısriyye el-Muhtâre mine'l-Fıkhî'l-İslâmî, Kahire 1368/1949, c. I-III, - (c.III- Kânûnu'l-Vakf-).
- Serahsî, Muhammed b. Ahmed (ö. 483), el-Mebsût, Dârü'l-Marife, c. I-XXX, Beyrut 1414/1993.
- Tahtâvi, Ahmed b. Muhammed b. İsmail (ö. 1231/1816), Hâşiye ala'd-Dürri'l-Muhtâr, c. I-IV, Dârü'l-Marife, Beyrut 1975. (Haşiye)
- Trablusi, Bürhanüddin İbrahim b. Musa (ö. 922/1516), Kitâbü'l-İs'af fi Ahkâmî'l-Evkâf, II. Baskı, Mısır 1320/1902. (el-İs'af)

- Tirmizî, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ Sevre (ö. 279/892), el-Câmi'u's-Sahîh, thk. Abdurrahman Muhammed Osman, Matbaatü'l-Medeni, c. I-V, Kahire 1964.
- Yazıcı, Tahsin-İpşirli, Mehmet, "Ferraş", DİA, c. 12, s. 408-409.
- Yeken, Zühdî, Ahkâmü'l-Vakf, I. Baskı, Matbaatü'l-Asriye, Beyrut ty.
- Yılmaz, Mustafa, Eski Vakıfların ve Taşınmazlarının Günümüzdeki Hukukî Rejimi, (Vakıfların ve Malların Hukuki Rejimi), Ankara 2013.
- Zerka, M. Ahmed, Ahkâmü'l-Evkâf, II. Baskı, Dârü Ammâr, Amman 1419/1998.

## **İSTANBUL SÖZLEŞMESİ VE 2017 TÜRKİYE GÖLGE RAPORUNA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME\***

**Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR\*\***

### **ISTANBUL CONVENTION AND AN ASSESSMENT OF THE 2017 TURKEY SHADOW REPORT**

#### **Makaleye Atıf**

**Klasik Usul:** Bayraktar, Tuğba: İstanbul Sözleşmesi ve 2017 Türkiye Gölge Raporuna İlişkin Bir Değerlendirme, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 2018, s. 87-111.

**APA:** BAYRAKTAR, T. (2018). İstanbul Sözleşmesi ve 2017 Türkiye Gölge Raporuna İlişkin Bir Değerlendirme. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26 (3), 87-111. DOI: 10.15337/suhfd.438125.

---

\* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 28.06.2018

**Kabul Edildiği Tarih:** 06.12.2018

**DOI Numarası:** [10.15337/suhfd.438125](https://doi.org/10.15337/suhfd.438125)

\*\* Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**E-mail Adresi:** [tbayraktar@konya.edu.tr](mailto:tbayraktar@konya.edu.tr)

**ORCID ID:** [0000-0001-5738-2829](https://orcid.org/0000-0001-5738-2829)

**ÖZ**

“İstanbul Sözleşmesi” olarak anılan “Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Sözleşmesi”, 11 Mayıs 2011’de İstanbul’da imzaya açılmış, 1 Ağustos 2014 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşme, kadına yönelik şiddet konusunda bağlayıcılığa sahip ilk uluslararası sözleşmedir. Sözleşme, kadınlara yönelik şiddetin önlenmesi, her türlü şiddet mağduru olan kadınların korunması, kadınlara şiddet yaşatanların etkili kovuşturulması ve cezalandırılması ve bu konulara çok yönlü stratejilerle yaklaşma gereğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda Sözleşme’de, devletin bütün alanlarda politika saptarken ve uygularken toplumsal cinsiyet eşitliği ve kadınların güçlendirilmesi perspektiflerinin olması şiddetle etkili mücadele için olmazsa olmaz olarak görülmektedir. İstanbul Sözleşmesi’nin 11. bölümü “İzleme Mekanizması” başlığı altında, “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddete Karşı Eylem Uzman Grubu yani “GREVIO” yu düzenlemiştir. GREVIO, Sözleşme’nin gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini izlemek üzere alanında uzman üyelerden oluşturulması gereken denetleme organıdır. 2015 yılında yapılan seçimle belirlenen 10 üyeden oluşan GREVIO’nun ilk değerlendirme dönemi 2016 yılında başlamıştır. Bu çalışmada, genel olarak İstanbul Sözleşmesi ve onun denetleme organı GREVIO hakkında bilgi verildikten sonra, İstanbul Sözleşmesi Türkiye İzleme Platformu’nun GREVIO’ya sunmak üzere hazırladığı “Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Sözleşmesi’nin hükümlerini yürürlüğe koyan kanuni ve diğer tedbirler hakkında Türkiye’nin ilk raporuna ilişkin 2017 gölge raporu değerlendirilecektir.

**ANAHTAR KELİMELEER:** İstanbul Sözleşmesi, GREVIO, Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddet, Gölge Rapor, Toplumsal Cinsiyet.

**ABSTRACT**

“The European Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence”, is known as Istanbul Convention, was signed in Istanbul on 11 May 2011, and was enacted in 1 August 2014. This Convention is the first international agreement binding on Violence Against Women. The Convention emphasizes the need for the prevention of violence against women, the protection of women victims of violence, the effective prosecution and Punishment of those who perpetuate violence against women, and the need for multilateral strategies to address these



issues. In this context, it is seen that the state's perspective on gender equality and empowerment of women is essential for effective combat with violence. The 11th part of the Istanbul Convention, under the heading of "Monitoring Mechanism", organized "GREVIO", A Group of Experts on Violence Against Women and Domestic Violence Against Women. GREVIO is made up of experts in the field of violence against women created to check whether the requirements of the Convention have been met. The first evaluation period of GREVIO, consisting of 10 members elected in 2015, began in 2016. In this study, after informing about the Istanbul Convention and its supervisory body, strike, the Istanbul Convention will be evaluated by the Turkish monitoring platform on 2017 Shadow Report on Turkey's first report on the legal and other measures to implement the provisions of the European Convention on combating and combating violence against women and domestic violence.

**KEY WORDS:** Istanbul Convention, GREVIO, violence against women and domestic violence, shadow report, gender.

## GİRİŞ

11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'da imzaya açılan Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadele Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi, kısa adıyla İstanbul Sözleşmesi<sup>1</sup>, 1 Ağustos 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Özel olarak kadınlara ve kız çocuklarına yönelik şiddet ve ev içi şiddeti hedef alan ilk Avrupa sözleşmesi olma niteliğini taşıyan Sözleşmeyi<sup>2</sup>, Türkiye, imzaya açıldığı 11 Mayıs 2011 tarihinde imzalamış, 8 Mart 2012 tarihinde ise onaylanmasına dair karar Resmi Gazete'de yayımlanmıştır<sup>3</sup>. Türkiye, Sözleşme'ye çekince koymadan taraf olmuştur.

<sup>1</sup> Sözleşme, İstanbul'da imzaya açıldığı için İstanbul Sözleşmesi olarak da anılır.

<sup>2</sup> BAKIRCI, Kadriye, "İstanbul Sözleşmesi", Ankara Barosu Dergisi, Y.2015/4, s. 133.

<sup>3</sup> "11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'da imzalanan ve 24/11/2011 tarihli ve 6251 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli "Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 12/1/2012 tarihli ve HUM/7771842 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanununun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 10/2/2012 tarihinde kararlaştırılmıştır." Bkz. 8 Mart 2012 tarihli ve 28227 mükerrer sayılı Resmi Gazete

Dünya genelinde güncelliğini koruyan ve mücadele edilmesi gereken “şiddet” kavramı, insanların temel hak ve özgürlüklerini ihlal eden olguların başında gelmektedir. Şiddetin en yaygın biçimi olan kadına karşı şiddet ise hem bir insan hakkı ihlali hem de kadının yaşamını tehdit eden ve sosyal hayata girmesini engelleyen bir sorundur. Kadına yönelik şiddet dünyaca bilinen bir olgudur. Kadına karşı şiddet dünyanın her yerinde yaygın, sosyal ve ekonomik statü, ırk, din gibi faktörlerden bağımsız hatta meşru görülebilen ve çok eski zamanlardan beri mevcut olan bir olgudur. Kadınlar şiddet olaylarına, işyerinde, sokakta, okulda ama maalesef en çok da en korundukları yer diye düşünülen “aile içinde” maruz kalmaktadırlar. Aile içi şiddet, ne kadar yaygın olduğu tam olarak bilinemeyen bir olaydır. Çünkü aile içi şiddet aile mahremiyetinin bir unsuru olarak görüldüğü için ya da korku, çaresizlik gibi duygularla çoğu zaman gizlenmektedir. Dolayısıyla da mücadele edilmesi ve önlenmesi zor bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>4</sup>.

Kadına yönelik şiddet, özellikle de aile içi şiddet yeni bir olgu olmamasına rağmen, bir sorun olarak algılanması ve önlenmesine yönelik çalışmaların başlatılması 1970’li yıllardan sonra gündeme gelebilmiştir. Yukarıda ifade edilen sebeplerle özellikle kadına karşı şiddet mahremiyet gerektiren özel bir durum olarak görülüp sessizce katlanıldığı için insan hakları kuruluşlarının ve hukuk düzeninin ilgisini çekmesi oldukça yakın bir zamana denk düşmektedir.

Cinsiyetin iki tipi vardır: Biyolojik cinsiyet ve toplumsal cinsiyet. Biyolojik cinsiyet fiziksel farklılığı ifade ederken toplumsal cinsiyet ise toplumun cinslere özgü saydığı roller ile ilgilidir<sup>5</sup>. Bir başka deyişle, kadınlık ve erkeklığın biyolojik ve değişmez bir temeli olsa da, cinsiyet bu temelden ibaret değildir. Toplumsal cinsiyet, bu temel üzerine kurulan ve toplumsal bağlama göre değişen bir haldir<sup>6</sup>. Türk toplumunda ise var olan toplumsal

---

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/03/20120308M1-1.htm> (Erişim: 05.12.2018).

<sup>4</sup> KARINCA, Eray, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle Mücadele Projesi, Ankara 2008, s. 3.

<sup>5</sup> CAN, İslam, “Tarih, Toplum ve Kültür Bağlamında Aile ve Kadın”, Sistemik Aile Sosyolojisi, (Ed: Mustafa AYDIN), Çizgi Kitabevi, Konya 2013, s. 215.

<sup>6</sup> BORA, Aksu, Kadınların Sınıfı (Ücretli Ev Emegi ve Kadın Öznelliğinin İnşası), İletişim Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2018, s. 37.

cinsiyet ayrımını ve kadınlık olgusunu, toplumsal kültürel dokunun genel yapısıyla birlikte ele almak gerekir ve Türk toplumunda kadını ayırıştırıcı toplumsal cinsiyetin varlığı, toplumun yüzyıllarca biriktirdiği, oluşturduğu ve temsil ettiği kimlikle birlikte okunarak anlamlı kılınabilir<sup>7</sup>.

Dünya’da 1970’li yıllardan itibaren önem kazanan şiddet sorunu Türkiye’de ise 1980’li yılların ortalarından itibaren tartışılmaya başlanmıştır<sup>8</sup>.1990’lı yılların ikinci yarısından itibaren, ilgili ulusal mevzuat gözden geçirilmiş, çeşitli yasal düzenlemeler yapılarak kadın-erkek eşitliğinin sağlanması yolunda önemli gelişmeler kaydedilmiştir. Ulusal mevzuat çerçevesinde İstanbul Sözleşmesi’nin hükümleri göz önüne alınarak hazırlanan 6284 sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun”a özellikle değinmek gerekir. Bu düzenlemeden itibaren; can ve mal güvenliği açısından tehdit edilen kadınların yanı sıra aynı durumda olan çocuklar, aile bireyleri hatta tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan ve olduğunu ortaya koyan herkes, bu Kanun’un 2. maddesinde tanımlandığı şekilde şiddete uğradığında ya da şiddete uğrama tehlikesi ile karşı karşıya kaldığında, talebi olup olmadığına bakılmaksızın 6284 sayılı Kanun’un sağladığı koruyup kollama tedbirlerinden yararlanabilecektir<sup>9</sup>.

Kadın hakları ve kadının sorunlarına ilişkin olarak ulusal mevzuatta yapılan değişikliklerin yanı sıra uluslararası alanda da Türkiye, altı temel Birleşmiş Milletler (BM) insan hakları sözleşmesine taraftır<sup>10</sup>.

## I.GENEL OLARAK İSTANBUL SÖZLEŞMESİ

Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW), 1979’da kabul edilmiş, 1981’de yürürlüğe girmiş ve 1985’de Türkiye tarafından imzalanmıştır. Kadına Karşı Ayrımcılığın

<sup>7</sup> BİNGÖL, Orhan, “Toplumsal Cinsiyet Olgusu ve Türkiye’de Kadınlık”, KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 16 (Özel Sayı I): Y. 2014, s. 110.

<sup>8</sup> YANIK, Aygül; HANBABA, Zeynep; SOYGÜR, Sevinç; AYALTI, Büşra; DOĞAN, Meral, “Kadına Yönelik Şiddet Davranışlarının Değerlendirilmesi: Türkiye’den Kanıt”, Electronic Journal of Vocational Colleges, Y. Aralık 2014, s. 105.

<sup>9</sup> ŞEN, Ersan, “Bireyin Şiddete Karşı Korunması”, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=21&t=389229> (Erişim: 17.05.2018).

<sup>10</sup> Türkiye’de Kadın Hakları Alanında Kaydedilen Gelişmeler, T.C. Dışişleri Bakanlığı, <http://www.mfa.gov.tr/turkiye-de-kadin-haklari-alaninda-kaydedilen-gelismeler.tr.mfa> (Erişim: 25.04.2018).

Önlenmesi Komisyonu'nun (CEDAW Komisyonu) 19 Nolu (1992) kadına yönelik şiddet hakkındaki genel Tavsiye Kararı kadına yönelik cinsiyete dayalı şiddetin bir ayrımcılık şekli olarak tanınmasına yardımcı olmuştur<sup>11</sup>. Buradan yola çıkarak hazırlanan İstanbul Sözleşmesi'nin önsözü incelendiğinde, Sözleşme'nin hedefinin kadına yönelik şiddet ve ev içi şiddetten arındırılmış bir Avrupa yaratmak olduğu görülmektedir<sup>12</sup>. Sözleşme, kadına karşı şiddet ve cinsiyete dayalı ayrımcılık konularında temel standartları ve devletlerin yükümlülüklerini belirlemektedir. Mağdurların sadece güvenliğini sağlamak, fiziksel ve psikolojik sağlıklarını yeniden tesis etmek için değil aynı zamanda yaşamlarını yeniden yapılandırmak için kapsamlı bir çerçevenin tasarlanması gerekmektedir. Bu çerçeve insan haklarına dayalı bir yaklaşıma dayanmalıdır.

Sözleşme, Avrupa'da ilk kez kadına yönelik şiddeti ve aile içi şiddeti önlemek, mağdurları korumak ve faillerini cezalandırmak için yasal olarak bağlayıcı standartları belirlemektedir. Kadınların insan haklarının korumasındaki önemli bir boşluğu doldurmakta ve aile içi şiddetin tüm mağdurlarına ilişkin korumayı genişletmesi için tarafları teşvik etmektedir. Bununla beraber, gerçek anlamda kadın erkek eşitliğini daha geniş kapsamda sağlamak için kadına yönelik şiddetin yok edilmesini ve böylece ayrımcılık biçimi olarak kadına yönelik şiddetin önemli ölçüde daha fazla tanınmasını çerçevelemektedir<sup>13</sup>. Sözleşme, Avrupa ülkelerini hukuki olarak bağlayan ilk belgedir.

İstanbul Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Bakanları Komitesinin Avrupa Konseyi üye devletlerine gönderdiği kadınların şiddete karşı korunmasına ilişkin, toplumsal cinsiyet standartları ve mekanizmalarına ilişkin ve kadın ve erkeklerin çatışmayı önleme ve sona erdirme ve barışı oluşturmadaki rollerine ilişkin tavsiye kararları ve ilgili diğer tavsiye kararları ile kadına karşı şiddet konusunda önemli standartlar oluşturan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin giderek genişleyen içtihat hukukunu ve Medeni ve Siyasi

<sup>11</sup> CEDAW Komitesi'nin 1989 tarihli 12 Nolu Tavsiye Kararı'nda kadınların şiddetten korunmasının üye devletlerin yükümlülüğünde olduğu belirtilmiş ve ülke raporlarında bu yönde geliştirilen tedbirlerin rapor edilmesi istenmiştir. 1992 tarihli 19 Nolu Tavsiye Kararı'nda ise, kadına yönelik şiddetin cinsiyete dayalı ayrımcılığın bir sonucu olduğu açıkça beyan edilmiş ve şiddetin en önemli nedenlerinden biri olduğu vurgulanmıştır.

<sup>12</sup> BAKIRCI, s. 134.

<sup>13</sup> "İstanbul Sözleşmesi", <http://kadininstatusu.aile.gov.tr/uygulamalar/istanbul-sozlesmesi> (Erişim: 04.04.2018).

Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Kadına Karşı Her Türlü Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CEDAW) gibi uluslararası sözleşmeleri dikkate alarak hazırlanmıştır.

Sözleşme incelendiğinde genel olarak aşağıdaki değerlendirmeleri yapmak mümkün olacaktır: Öncelikle, Sözleşme'nin 3-a ve 3-b maddelerinde “kadına karşı şiddet” ve “aile içi şiddet” kavramları tanımlanırken fiziksel, cinsel ve psikolojik şiddetin yanı sıra ekonomik (zarar) şiddet de kadına yönelik şiddet biçimlerinden biri olarak tanımlanmıştır. Diğer yandan, Sözleşme, “toplumsal cinsiyeti” tanımlayan ilk uluslararası belgedir. Sözleşme'nin 3-c maddesinde “*toplumsal cinsiyet, belli bir toplumun kadınlar ve erkekler için uygun gördüğü sosyal olarak inşa edilen roller, davranışlar, etkinlikler ve yaklaşımlar anlamına gelir.*” şeklinde tanımlanmıştır.

Sözleşme'nin 4. maddesinde, taraf devletlerin, herkesin, özellikle de kadınların, gerek kamu gerekse özel alanda şiddete maruz kalmaksızın yaşama hakkını yaygınlaştırmak ve korumak için gerekli olan yasal ve diğer tedbirleri alacakları vurgulanmıştır. Dolayısıyla, Sözleşme sadece ev içi şiddeti değil; işyeri, okul, cezaevi vs. gibi kurumlarda ya da kamusal alanlarda meydana gelen şiddeti de yasaklamaktadır<sup>14</sup>. Sözleşme çerçevesinde ev içi şiddet, aynı evde yaşıyor olsun ya da olmasın mevcut ya da eski eş ya da partnerler arasında yaşanan her türlü şiddet edimini içerecek şekilde anlaşılır. Dolayısıyla “aile” olmayı, evlilik birliği içinde bulunmayı ya da aynı evi paylaşıyor ya da paylaşmış bulunmayı gerektirmez<sup>15</sup>. Aynı maddenin 3.

<sup>14</sup> BAKIRCI, s. 135.

<sup>15</sup> Bu çalışmanın yapıldığı sırada Ankara 2. Aile Mahkemesi son derece önemli ve emsal olacak bir nafaka kararı vermiştir. Mahkeme, hamile kaldıktan sonra sevgilisine şiddet uygulayan ve onu tehdit eden genç erkeğin evden 3 ay süreyle uzaklaştırılmasına, tedbir sürecinde de erkeğin genç kadına 300 TL nafaka ödemesine karar vermiştir. Mahkeme, yasa yerine İstanbul Sözleşmesi'nin “partnerler” arasındaki şiddet de “aile içi” şiddet sayılacağı yönündeki hükmünü esas alarak örnek bir karara imza atmıştır. Karar özetle şöyledir: (nüfus kayıtlarından taraflar arasında evlilik bağı olmadığı belirlenerek) “Her ne kadar 6284 sayılı yasada açık bir hüküm bulunmamakta ise de İstanbul Sözleşmesinin 3/b bendi uyarınca partnerlerin de aile içi şiddet tanımı içinde yer aldığı, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların ‘kanun’ hükmünde olduğu, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların, aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerine göre karar verilmesi zorunlu olduğu dikkate

fıkrasında Sözleşme, şiddet mağdurlarına eşit koruma sağlanmasını öngörmekte ve mağdurlar arasında her türlü ayrımcılığın yasakladığını vurgulamaktadır. Sözleşme, yalnızca taraf devletlerin vatandaşı olan kadınlar için değil, sığınmacı ve hukuki durumu ne olursa olsun göçmen kadınlar için de koruma sağlamaktadır.

Sözleşme'nin 7 ve devamı maddelerinde taraf devletlerin kadına yönelik şiddetle ilgili kapsamlı ve eşgüdümlü politikalar benimsenmesi, bu politikaların uygulanmasına ayrılan mali kaynaklar ve başta kadın kuruluşları olmak üzere sivil toplum kuruluşlarının ve diğer sivil toplum aktörlerinin çalışmalarının desteklenmesi, bu kuruluşlarla etkili işbirliği tesisi ve veri toplama hususlarıyla ilgili bütüncül şekilde karşılıklı uygulamada bulunulmasını temin edecekleri düzenlenmiştir.

Sözleşme'nin 8. bölümü "*Uluslararası İşbirliği*" başlığını taşımakta ve kapsamındaki her türlü şiddetle mücadelede uluslararası işbirliği öngörmektedir. Uluslararası işbirliği, cezai ve sivil konularda yasal işbirliği ile sınırlandırılmamakla birlikte, Sözleşme uyarınca belirlenmiş cezai suçların önlenmesi ve ani zararlardan koruma sağlamak için bilgi alışverişine kadar uzanmaktadır.

Sözleşme hazırlanırken dört temel ilke dikkate alınmıştır<sup>16</sup>. Bunlardan ilki "şiddeti önleme"dir. İkinci olarak "şiddet mağdurunu koruma", üçüncü olarak ise "şiddet uygulayanı soruşturma ve kovuşturma işlemleri"nden söz edilir. Son ilke ise, "kadına karşı şiddetin sonlandırılmasına yönelik politikalar"dir.

Sözleşme, sadece kadına yönelik şiddet ve ev içi şiddetle mücadele etmemekte, aynı zamanda kadın-erkek eşitliği ilkesinin hayata geçirilmesini amaçlamaktadır. Medeni durumlarına bakılmaksızın tüm kadınları şiddetten korumayı hedefleyen Sözleşme, şiddete uğramış kişilerin haklarını korumaya yönelik önlemler alırken cinsel kimlik ve cinsel yönelim de dâhil olmak üzere ayrımcılık yapılmamasını öngörmektedir. Sözleşmeyi imzalayıp onaylayan

---

*alınarak ve dosyadaki belgelere göre takip mahkememizce değerlendirilmiştir.*"<http://www.hukukihaber.net/gundem/emsal-nafaka-kararibirlikte-yasayan-sevgililer-aile-sayildi-h194845.html>(Erişim:23.05.2018).

<sup>16</sup> [http://www.kadinininsanhaklari.org/kadinin-insahaklari/yasalaradaki-haklarimiz/uluslararasi-sozlesmelerde-kadinin-inshaklari/kadin.a-yonelik-siddet-ve-aile-ici-siddetin-onlenmesi-ve-bunmucadeleye-iliskinavrupa-konseyi-sozlesmesi-istanbul-\(Erişim:05.04.2018\).](http://www.kadinininsanhaklari.org/kadinin-insahaklari/yasalaradaki-haklarimiz/uluslararasi-sozlesmelerde-kadinin-inshaklari/kadin.a-yonelik-siddet-ve-aile-ici-siddetin-onlenmesi-ve-bunmucadeleye-iliskinavrupa-konseyi-sozlesmesi-istanbul-(Erişim:05.04.2018))

devletler, en başta kadına yönelik her türlü şiddeti önlemek ve bununla mücadele etmek için devlet çapında etkili, kapsamlı ve birbiriyle uyumlu politikaların benimsenmesi ve uygulaması olmak üzere belli bazı sorumlulukları yüklenmiş olmaktadır. Sözleşme bütüncül politikaların bir parçası olarak veri toplama ve araştırma yapılmasını desteklemeyi amaçlamaktadır<sup>17</sup>.

Sözleşmenin getirdiği yükümlülükler o kadar önemlidir ki; 2. maddenin son fıkrasına göre silahlı çatışma durumlarında bile geçerliliğini korur ve taraf devletlerin bunu garanti altına alması gerekir.

İstanbul Sözleşmesi, 9. bölümünde “*İzleme Yöntemi*” başlığı altında “Kadınlara Yönelik Şiddetle ve Aile İçi Şiddetle Mücadele Konusunda Uzmanlar Grubu” yani kısa adıyla GREVIO’yu düzenlemiştir. GREVIO<sup>18</sup>, Taraflarca Kadının ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesine ve Şiddete Karşı Mücadele Konusunda Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin uygulanmasının izlenmesinden sorumlu bağımsız uzman bir kuruluştur. GREVIO en az on, en çok da on beş üyeden oluşacak, üyelerin cinsiyet ve coğrafi bölge açısından dengeli olması, ayrıca farklı konularda uzmanlaşmış olmaları gözetilecektir. Üyeler, dört yıllık bir görev süresi için tarafların aday gösterdiği kişiler arasından taraflar Komitesince<sup>19</sup> seçilecek; üyeler ancak bir dönem daha görev yapabilecek ve taraf ülkelerin vatandaşları arasından seçilecektir. Dürüstlük, yetkinlik, bağımsızlık, erişebilirlik ve dil becerileri (İngilizce veya Fransızca) GREVIO üyelerinin aday gösterilmesi ve seçilmesi için temel ilkelerdir<sup>20</sup>. Sözleşme’ye göre, GREVIO kendi çalışma esaslarını kendisi belirleyecektir. GREVIO’nun ilk on üyesi, 4 Mayıs 2015 tarihli ilk toplantısında Taraflar Komitesi tarafından seçilmiştir. GREVIO, ilk toplantısını ise 21-23 Eylül 2015 tarihinde Strazburg’da gerçekleştirmiştir. Bu toplantıda çalışma esaslarına ilişkin kurallar<sup>21</sup> kabul edilmiş ve Başkan ve Başkan Yardımcıları seçilmiştir. 2015 yılından itibaren Prof. Dr. Feride Acar, İstanbul

<sup>17</sup> <https://bianet.org/1/85/186497-istanbul-sozlesmesi-nedir> (Erişim: 05.04.2018).

<sup>18</sup> “GREVIO”, Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence ifadesinin kısaltılmış halidir.

<sup>19</sup> Sözleşme’nin 67. maddesinin 1. fıkrasına göre Taraflar Komitesi, Sözleşmeye Taraf ülkelerin temsilcilerinden oluşacaktır.

<sup>20</sup> <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/grevio> (Erişim: 10.04.2018).

<sup>21</sup> GREVIO’nun çalışma esasları Strazburg’da 14-17 Şubat 2017 tarihleri arasında yapılan toplantıda değiştirilmiştir.

Sözleşmesi'nin denetim organı olan Uzmanlar Grubu'nun başkanlığını yürütmektedir<sup>22</sup>.

Sözleşme'nin 68. maddesinin ilk paragrafında *“Taraflar, GREVIO'nun hazırladığı bir soru formunu esas alarak, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine, GREVIO tarafından değerlendirilmek üzere, bu Sözleşmenin hükümlerinin uygulanabilmesini sağlayacak yasama tedbirleri ve diğer tedbirler hakkında bir rapor sunacaktır.”* düzenlemesi gereğince GREVIO, 11 Mart 2016'da Sözleşme'nin taraf devletlerce uygulanışının izlenmesi kapsamında İstanbul Sözleşmesi hükümlerinin yürürlüğe konmasına yönelik yasal ve diğer tedbirlerle ilgili bir anket çalışması (soru formu) hazırlamıştır. Bu süreçte, taraf devlet kendisine verilen süre içerisinde GREVIO'nun gönderdiği anket formunu yanıtlayacaktır. Bu bağlamda GREVIO, ilk değerlendirme döneminin anket formunu 2017 yılının Ocak ayında Türkiye'de hükümete iletmıştır. Anket formu 6 ana başlıktan oluşmaktadır:

1. Bütünleşik politika ve veri toplama
2. Önleme
3. Koruma ve destekleme
4. Maddi hukuk
5. Soruşturma, kovuşturma ve usul hukuku ile ilgili koruma tedbirleri
6. Göç ve iltica

Türkiye, anket formuna cevaplarından oluşan raporunu 2017 yılının Mayıs ayında sunması gerekirken, uzatma talep etmesi nedeniyle 2017 yılının Temmuz ayında GREVIO'ya sunmuştur. 9-13 Ekim 2017 tarihleri arasında GREVIO, Türkiye'den devlet temsilcileriyle bir araya gelmiş,

<sup>22</sup> *“İstanbul Sözleşmesi'nin en önemli kazanımlarından birisi de devlete 'özen yükümlülüğü' (due diligence) ile davranma zorunluluğunu getirmesi. İstanbul Sözleşmesi'ne göre, devletin şiddet vakalarında harekete geçmek, mağdurun şikâyeti olmaksızın yargıyı harekete geçirmek, hatta mağdur şikâyetini geri çekse dahi buna devam ettirmek yükümlülüğü var. Zaten bu Sözleşmenin en önemli özelliklerinden biri de 'mağdur odaklı' olması. Dolayısıyla, birtakım şiddet vakalarında, basit olsun, hafif olsun, ne olursa olsun, mağdurun dâhil olmadığı, yargı sistemi dışındaki bir usulle bu işin sonlandırılması Sözleşme'ye katiyen uymaz.”* Bkz. Gökçeçişek Ayata'nın “Feride Acar ile İstanbul Sözleşmesi ve GREVIO Üzerine” söyleşisinden alıntı yapılmıştır. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/blog/feride-acar-ile-istanbul-sozlesmesi-ve-grevio-uzer/> (Erişim: 05.12.2018).



sonrasında ise Kasım 2017’de saha incelemesi yapmak için Türkiye’ye gelmiştir. Sözleşme kapsamındaki izlemenin sonuçları üzerine GREVIO hazırladığı Türkiye raporunun 15 Ekim 2018 tarihinde açıklamıştır<sup>23</sup>.

GREVIO, ülke uygulamalarını kadın ve LGBTİ+<sup>24</sup> örgütleri tarafından hazırlanan gölge raporlarla değerlendirmektedir. Gölge rapor, bir şeyin uygulanmasından sonraki durumu analiz eden ve sivil toplum kuruluşları tarafından hazırlanan rapordur. Bu rapor, resmi rapordan farklı bir rapor olup, bazı durumlarda resmi raporun hazırlanmasına yardımcı olur. Çoğu zaman ise resmi raporda belirtilmeyenleri ifade eder. Bir nevi muhalif rapor olarak da değerlendirilebilir. Türkiye’nin değerlendirmesinde ise bağımsız 84 kadın ve LGBTİ+ örgütü tarafından kaleme alınan ve İstanbul Sözleşmesi İzleme Platformu’na üye 81 kadın ve LGBTİ+ örgütü tarafından desteklenen gölge rapor da dikkate alınacaktır. Bu nedenle gölge rapor uluslararası bir komite olan GREVIO için oldukça önemlidir.

İstanbul Sözleşmesi İzleme Platformu üyesi kadın ve LGBTİ+ örgütleri kadına yönelik şiddetle mücadelede sözleşme yükümlülüklerinin devlet tarafından uygulanmasındaki eksik ve yanlışları özetledikleri ve mevcut durumu iyileştirmeye yönelik öneriler yaptıkları gölge raporu Mart 2018’de GREVIO ile paylaşmışlardır.

Gölge raporda, genel olarak Sözleşme’nin bütüncül bir yaklaşımla uygulanmadığı, ayrıca kadın erkek eşitsizliğini ve kadına yönelik şiddeti ortadan kaldırma konusundaki siyasi irade eksikliği vurgulanmaktadır. İstanbul Sözleşmesi Türkiye İzleme Platformu, İstanbul Sözleşmesi doğrultusunda 2012 yılında yürürlüğe giren 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine dair kanunun uygulanmasındaki aksaklıkların giderilmesi için de çağrıda bulunmaktadır.

<sup>23</sup> “Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi)’ nin hükümlerinin hayata geçirilmesini sağlayan yasal ve diğer tedbirlere ilişkin GREVIO (İlk) Değerlendirme Raporu Türkiye (Gayriresmi Çeviri) <https://kadinistatusu.aile.gov.tr/uploads/pages/grevioraporlari/grevio-rapor-turkce-5bd99d7dbb799.pdf> (Erişim: 05.12.2018).

<sup>24</sup> Lezbiyen, gey, biseksüel ve transgender sözcüklerinin baş harflerinden oluşan bir kısaltmadır.

## II. TÜRKİYE’NİN ANKET FORMUNA VERDİĞİ CEVAPLAR VE 2017 TÜRKİYE GÖLGE RAPORU

Türkiye’de İstanbul Sözleşmesi’nin uygulanması ve takibi Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü tarafından yürütülmektedir. Dolayısıyla anketin cevapları Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü koordinasyonunda ilgili kamu kurumları<sup>25</sup>, 40 sivil toplum kuruluşu ve 57 üniversitenin kadın sorunları araştırma ve uygulama merkezine yazılı görüş sorulmuş ve cevaplar bu bilgilerin derlenmesi ile hazırlanmıştır. Türkiye’nin alınan yasal ve diğer tedbirler bağlamında bu ankete verdiği cevaplardan bir kısmı şöyledir<sup>26</sup>:

*“1. Ülkemizde kadına yönelik şiddetle mücadele alanında temel politika öncelikleri Ulusal Eylem Planları vasıtasıyla ortaya konulmaktadır. Bunun yanı sıra 2014-2018 dönemini kapsayan Onuncu Kalkınma Planı’nda “Aile ve Kadın” başlığı altında yer alan “Politikalar” alt başlığında “Kadına yönelik şiddetin ve ayrımcılığın ortadan kaldırılabilmesi amacıyla özellikle erken çocukluktan başlayarak örgün ve yaygın eğitim yoluyla toplumsal bilinç düzeyi yükseltilecektir.” ibaresi yer almaktadır. Bu bağlamda Adalet Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Yükseköğretim Kurulu Stratejik Planlarında kendi görev alanlarıyla ilgili konularda “aile içi şiddetle mücadele”, “toplumsal cinsiyet eşitliği”, “adalet sisteminin aile içi şiddet suçları konusundaki kapasitesinin güçlendirilmesi” hedeflerine yer vermişlerdir.*

<sup>25</sup> İçişleri, Adalet, Sağlık, Çalışma ve Sosyal Güvenlik, Milli Eğitim, Dışişleri, Savunma, Kalkınma Bakanlığı gibi Bakanlıkların yanı sıra, Yükseköğretim Kurumu, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu gibi kamu kurumlarından görüş alınmıştır. Ayrıca Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’nun da görüşleri alınmıştır. Ayrıca Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı bünyesinde Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü, Hukuk Müşavirliği, Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün de görüşleri alınmıştır.

<sup>26</sup> “Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) hükümlerinin yürürlüğe konmasına yönelik yasal ve diğer tedbirlerle ilgili anket çalışmasına Türkiye Cumhuriyeti’nin

cevapları”, [http://kadininstatusu.aile.gov.tr/data/585928a9369dc56d44f7cdf2/GRE\\_VIOANKETCEVAPLARI2017\\_T%C3%BCrkiye.pdf](http://kadininstatusu.aile.gov.tr/data/585928a9369dc56d44f7cdf2/GRE_VIOANKETCEVAPLARI2017_T%C3%BCrkiye.pdf) (Erişim: 30.04.2018).

2. 2015 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde (TBMM) "Kadına Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Meclis Araştırması Komisyonu" kurulmuştur. Komisyon çalışmaları sonucunda TBMM'ye bir rapor sunmuştur.

3. "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun" 20 Mart 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

4. Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması, kadınların güçlendirilmesi ve kadına yönelik şiddetin önlenmesi konusunda KSGM tarafından gerçekleştirilen tüm çalışmalarda, üniversitelerden, özel sektöre, kamu kuruluşlarından sivil toplum kuruluşlarına kadar birçok tarafın katkı ve katılımları alınmaktadır.

5. Töre ve namus cinayetleri ve kadına yönelik şiddetin yoğunluklu olarak görüldüğü yerlerde kadınları güçlendirmeye yönelik faaliyetler yürütülmüştür.

6. Kadının insan hakları konusunda farkındalığın artırılması amacıyla, kanaat önderleri olarak addedilen; muhtarlar, din görevlileri, rehber öğretmenler, birinci basamak sağlık çalışanları ve sosyal çalışmacılardan oluşan 565 katılımcıya yönelik ikişer günlük on eğitim semineri düzenlenmiştir.

7. Ders kitaplarından ayrımcılık içeren resim, ifade ve benzeri tüm öğelerin çıkarılması çalışmaları kapsamında 2012 yılında Milli Eğitim Bakanlığına bağlı örgün ve yaygın eğitim kurumlarında okutulacak kitapların eğitimciler tarafından elektronik olarak değerlendirileceği bir sistem geliştirilmiştir.

8. Aile içi şiddetin faillerine yönelik farklı bakanlıklarca kapsamlı çalışmalar yürütülmektedir. 6284 Sayılı Kanununun 26. ve 27. maddeleri kapsamında "Şiddet Uygulayana Yönelik Verilecek Destek Hizmetleri" belirlenmiştir.

9. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik 26.07.2016 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

10. Denetimli serbestlik eğitim ve iyileştirme çalışmaları arasında; madde bağımlılığı, öfke kontrolü ve suç davranışını önlemeyi hedef alan programlar yer almaktadır.

11. Mevzuatımızda cinsel taciz kavramı Türk Ceza Kanununun 105.maddesi ile İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerinde düzenlenmiştir.

12. Türkiye’de 7/24 esası ile Türkçe, Arapça, Kürtçe olarak ücretsiz hizmet veren ASPB bünyesinde çalışan Alo-183 Sosyal Destek Hattı mevcuttur. Alo 183 hattı şiddete uğrayan ya da uğrama riski taşıyan, destek ve yardıma ihtiyacı olan kadın ve çocuklar için psikolojik, hukuki ve ekonomik danışma hattı olarak çalışmakta; bu kişilere hakları konusunda ve başvuracakları yerler hakkında bilgi vermektedir.

13. Mülki amirler ve risk olması durumunda acil durumlarda kolluk kuvvetleri tarafından acil uzaklaştırma kararları verilebilmektedir.

14. Türkiye uluslararası yükümlülükleri ve ulusal mevzuatı çerçevesinde yabancı kişileri geri göndermeme ilkesine titizlikle riayet etmektedir.”

Türkiye’nin anket formuna verdiği cevaplara karşın gölge raporda yer alan eksiklikler, eleştiriler ve öneriler genel olarak ifade edilecek olursa<sup>27</sup>, kadın örgütleri öncelikle Türkiye’de yasa yapım ve uygulama süreçlerinde kadınların, Sözleşme hükümlerine uygun olarak, ailenin bir parçası gibi değil özerk bireyler olarak görülmesi gerektiğini belirterek kadınların aile içerisindeki haklarının korunması ve şiddetin ortadan kaldırılması için gereken adımların ivedilikle atılması gerektiğini vurgulamışlardır. Bu bağlamda Türkiye’nin yıllardır kadına yönelik şiddet ile mücadele konusunda deneyimi olan bağımsız kadın hareketini görmezden geldiğine ve hatta dışlandığına yönelik bir eleştiri getirilmiş ve bundan vazgeçilmesi gerektiği belirtilmiştir. Gölge raporda, toplumsal cinsiyet, yaş, sağlık durumu, azınlık olma durumu, engellilik, göçmen ya da sığınmacı olma, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin Anayasa’nın 10. maddesine ayrımcılık yapılamayacak koşullar olarak açık bir şekilde eklenmesi gerekliliği ifade edilmiştir.

Raporda yer alan bir diğer eleştiri özellikle üst düzey yetkililerin söylemlerine yöneliktir. Buna göre üst düzey yetkililerin söylemlerinin tüm devlet mekanizmasına yansıdığı unutulmamalı, hem üst düzey yetkililerin söylemlerinin hem de devletin tüm yetkililerinin söylem ve icraatlarının Sözleşme’nin hükümlerine uygun olması için gerekli çalışmalar yapılmalıdır.

<sup>27</sup> GREVIO’ya sunulmak üzere “Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin hükümlerini yürürlüğe koyan yasal ve diğer tedbirler hakkında Türkiye’nin İlk Raporuna İlişkin Sivil Toplum Örgütlerinin Gölge Raporu, İstanbul Sözleşmesi Türkiye İzleme Platformu, Eylül 2017, [http://panel.stgm.org.tr//app//files/i/s/istanbul\\_soz\\_tr\\_izleme\\_platformu\\_golge\\_rapor.pdf](http://panel.stgm.org.tr//app//files/i/s/istanbul_soz_tr_izleme_platformu_golge_rapor.pdf) (Erişim: 20.04.2018).

Kadına yönelik şiddeti önlemek ve gereken toplumsal dönüşümü sağlamak için, kadın ve erkeğin ayrıştırıldığı, kadınlığın aşağılandığı söylemlerden vazgeçmelidir. Kadına yönelik şiddetin kaynağının toplumsal cinsiyet eşitsizliği olduğu bilgisinden yola çıkılarak, kadına yönelik şiddetle mücadele mekanizmaları toplumsal cinsiyete duyarlı bir bakış açısı ile tanımlanmalıdır. Kadına yönelik şiddetin çoğunlukla aile ve aile gibi yakın ilişkilerin içinde üretildiği bilgisini yok saymadan, aile kavramına karşı gerçekçi ve eleştirel bir tutum geliştirilmelidir. Çalışmanın merkezine muhafazakâr ve dini değerlerin yaygınlaştırılması değil, kadınların insan haklarından eşit bir biçimde yararlanabilmesi ve güçlenerek bağımsız bir hayata kavuşması amacı koyulmalıdır. Devletin kadına yönelik şiddet ile mücadelede bu ilkeleri benimsemesi, bu doğrultuda bütüncül politikalar geliştirmesi gerekmektedir<sup>28</sup>.

Hükümetin, kadına yönelik şiddet ile mücadelede üstüne düşen görevleri İstanbul Sözleşmesi'nin getirdiği yükümlülüklerle uyumlu olarak bir an evvel hayata geçirmeye başlaması gerekmektedir. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın bütçesinin kayda değer bölümü sosyal yardımlara aktarılmaktadır. Bu mevcut durum değiştirilerek, kadına yönelik şiddeti ortadan kaldırmaya yönelik uzun vadeli çalışmalara ve şiddete maruz bırakılan kadın ve çocukların hayatlarını iyileştirmeye yönelik genel ve uzman destek hizmetlerine aktarılan finansal kaynakların payı önemli ölçüde arttırılmalıdır<sup>29</sup>. Toplumsal cinsiyete duyarlı bütçe sistemine geçilmeli; kaynaklar toplumsal cinsiyete duyarlı bir şekilde dağıtılmalı, bunun için de ihtiyaçlar belirlenirken kapsayıcı ve katılımcı bir yaklaşım benimsenmelidir. Kadınların haklarını ilgilendiren yasama ve yürütme süreçlerine bağımsız kadın örgütlerinin anlamlı katılımı sağlanmalıdır.

Raporda yer alan bir diğer öneri "Kadın ve Eşitlik Bakanlığı" kurulmasıdır. Bu konudaki ortak talep KSGM'nin güçlendirilmesi ile uygun bütçe ile donatılmış, eşitliği sağlayıcı koordinatör ve icracı bir bakanlık

<sup>28</sup> 2017 Türkiye Gölge Raporu, s. 9-14. [http://panel.stgm.org.tr//app//files/i/s/istanbul\\_soz\\_tr\\_izleme\\_platformu\\_golge\\_rapor.pdf](http://panel.stgm.org.tr//app//files/i/s/istanbul_soz_tr_izleme_platformu_golge_rapor.pdf) (Erişim: 20.04.2018).

<sup>29</sup> 2017 Türkiye Gölge Raporu, s. 20-23. [http://panel.stgm.org.tr//app//files/i/s/istanbul\\_soz\\_tr\\_izleme\\_platformu\\_golge\\_rapor.pdf](http://panel.stgm.org.tr//app//files/i/s/istanbul_soz_tr_izleme_platformu_golge_rapor.pdf) (Erişim: 20.04.2018).

kurulmasını içermektedir<sup>30</sup>. İstanbul Sözleşmesi'ne uygun olarak mağdur ve fail hakkında kaydedilen veriler cinsiyet, yaş, şiddet tipi ve yaygınlığı ile failin mağdur ile ilişkisi, coğrafi mevki ve engellilik gibi bilgilere dayalı olarak ayrıştırılmış olmalı, olayların ve mahkûmiyet oranlarının temel nedenlerini ve etkilerini kapsamalı ve alınan tedbirleri ve tedbirlerin verimine ilişkin bilgileri içermelidir. Devlet, kadına yönelik şiddet ile mücadelede veri toplama ve bu verileri şiddetle mücadelenin bir aracı olarak kullanma yükümlülüğü doğrultusunda veri toplamaya dair bütüncül bir yaklaşım oluşturmalı ve belirli aralıklarla araştırmalar yürütmelidir. Toplanan tüm verilerin (polis verileri dâhil) başvuran kadınların gizliliği ve güvenliği gözetilerek kamuya açık olması sağlanmalıdır<sup>31</sup>.

Önleme faaliyetlerinin genel esası olan kadınlara yönelik ayrımcılığın ortadan kaldırılması için toplumsal cinsiyet temelli rollerin, ön yargıların ve gelenek göreneklerin dönüştürülmesi gerekmektedir. Hükümetin kadına yönelik şiddete yaklaşımını ve bu alandaki politikalarını bu bakış açısıyla değiştirmesi gerekmektedir. Toplumsal cinsiyet ayrımcılığını oluşturan davranış kodlarının erken yaşlardan itibaren oluştuğu anlayışıyla hükümetin ilk kademedan başlayarak tüm yaygın ve örgün eğitim müfredatını toplumsal cinsiyet ayrımcılığı içeren ifadelerden arındırması ve müfredata kadına yönelik şiddete ilişkin kadınların insan hakları ve güçlendirilmesi odaklı bir anlayışla dersler koyması gerekmektedir.

Medyanın, cinsiyetçi ve kadına yönelik şiddeti meşrulaştıran dilini dönüştürmesine yönelik kılavuz ve rehberler sivil toplum ve meslek örgütlerinin katılımıyla hazırlanmalıdır. Medyanın bu kılavuz ve rehberleri gözetip uygulaması sağlanmalıdır<sup>32</sup>. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) üyelerine bu konuda eğitim verilmeli ve RTÜK mevzuatında ve ilgili diğer mevzuatta gerekli değişiklikler yapılmalıdır. Şiddete maruz kalan kadınların genel destek hizmeti kapsamına giren taleplerinin 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da

<sup>30</sup> <https://m.bianet.org/bianet/kadin/130027-kadinlar-aile-ve-sosyal-politika-degil-esitlik-bakanligi-istiyor>(Erişim: 30.04.2018).

<sup>31</sup> 2017 Türkiye Gölge Raporu, s. 30-38. [http://panel.stgm.org.tr//app//files/i/s/istanbul\\_soz\\_tr\\_izleme\\_platformu\\_golge\\_rapor.pdf](http://panel.stgm.org.tr//app//files/i/s/istanbul_soz_tr_izleme_platformu_golge_rapor.pdf) (Erişim: 20.04.2018).

<sup>32</sup> 2017 Türkiye Gölge Raporu, s. 35-37. [http://panel.stgm.org.tr//app//files/i/s/istanbul\\_soz\\_tr\\_izleme\\_platformu\\_golge\\_rapor.pdf](http://panel.stgm.org.tr//app//files/i/s/istanbul_soz_tr_izleme_platformu_golge_rapor.pdf) (Erişim: 20.04.2018).

belirtildiği biçimiyle, bütüncül bir yaklaşımla ele alınması ve sosyal hizmetler kapsamındaki diğer grupların taleplerinden ayrı değerlendirilmesi sağlanmalıdır. Şiddete maruz kalan kadınlar, destek için başvurdukları tüm kurumlarda yasal haklarının bütünüyle ilgili etkili bir şekilde bilgilendirilmelidir. Şiddet Önleme ve İzleme Merkez'leri (ŞÖNİM) hizmet tanımına uygun olarak sığınaklara yönlendirmenin yanı sıra kadınlara sosyal, hukuki ve psikolojik alanda 7/24 destek ve danışmanlık da sağlamalıdır.

Türkiye'nin nüfusu düşük olan kırsal kesimlerinde yaşayan kadınların karşılaştığı sorunlara ilişkin kadından yana olabilecek bir denetim ve şikâyet mekanizması oluşturularak bu kadınların haklarından faydalanmalarının önündeki her türlü engel ortadan kaldırılmalıdır. Kadınların şiddetten uzaklaşmak için başvurdukları kurumlarda fail ile arabuluculuk yapılması kati surette yasak olmalıdır.

İstanbul Sözleşmesi'nin öngördüğü standartlarda ve hem kırsal bölgelerin, hem kentlerin ihtiyacını karşılamayı esas alan yaygınlıkta ve sayıda cinsel şiddet kriz merkezi açılmalıdır. Bu merkezlerin, pek çok kamu hizmetine erişimi önünde engeller bulunan göçmenler, mülteciler, engelliler ve diğer özel ihtiyaçları olan kadınların ve çocukların erişimine açık olabilmesi için kurulması aşamasında gerekli düzenlemeler yapılmalıdır. Çocuk cinsel istismarı konusunda yapılacak düzenlemeler ile erken evlilikler engellenmeli, evlilik yaşı her koşulda reşit olma yaşı ile aynı olmalıdır. Çocuk evliliklerine mahkeme kararıyla verilen izinler iptal edilmelidir<sup>33</sup>.

Göç İdaresi Genel Müdürlüğü koordinasyonunda, göçmen kadınların ve LGBTİ+'ların farklı sorunlarına dair hassasiyet ve politika geliştirilmelidir<sup>34</sup>. Devlet tarafından sağlanan hizmetlerin ve belirlenen ihtiyaçların, toplumsal cinsiyet odaklı veriler temelinde, toplumsal cinsiyet perspektifiyle yeniden inşa edilmesi gerekmektedir. Şiddete maruz kalan göçmen kadınlara ve LGBTİ+'lara yönelik, çok dilli hizmetin sağlandığı, şiddeti önleme ve izlemede etkili ve sürdürülebilir sığınak modelleri oluşturulmalıdır. Ayrımcılık yaşağına

<sup>33</sup> 2017 Türkiye Gölge Raporu, s. 51. [http://panel.stgm.org.tr//app//files/i/s/istanbul\\_soz\\_tr\\_izleme\\_platformu\\_golge\\_ra\\_por.pdf](http://panel.stgm.org.tr//app//files/i/s/istanbul_soz_tr_izleme_platformu_golge_ra_por.pdf) (Erişim: 20.04.2018).

<sup>34</sup> 2017 Türkiye Gölge Raporu, s. 91-93. [http://panel.stgm.org.tr//app//files/i/s/istanbul\\_soz\\_tr\\_izleme\\_platformu\\_golge\\_ra\\_por.pdf](http://panel.stgm.org.tr//app//files/i/s/istanbul_soz_tr_izleme_platformu_golge_ra_por.pdf) (Erişim: 20.04.2018).

ilişkin düzenlemelerin LGBTİ+'ları ve onlara karşı işlenen nefret cinayetleri gibi hak ihlallerini de kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Bütün ayrımcılık biçimlerini kapsayacak şekilde ayrımcılıkla ilgili özel bir yasa çıkarılmalıdır<sup>35</sup>.

Engelli kadının şiddet ortamından uzaklaştırılmasına yönelik mekanizmalar yaygın ve erişilebilir olmalı, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da yer alan koruyucu ve önleyici tedbirler engelli kadınlar gözetilerek uygulanmalı, gereken özel önlemler alınmalıdır<sup>36</sup>.

### III. GÖLGE RAPOR IŞIĞINDA TÜRKİYE'YE YÖNELİK SOMUT ÖNERİLER

Genel olarak İstanbul Sözleşmesi'nden, GREVIO'dan ve Türkiye'nin ankete formuna verdiği cevaplar kapsamında kadına şiddetin önlenmesi, şiddete uğrayan kadınların korunması ve desteklenmesi ile ilgili yapılan çalışmalardan önceki bölümlerde söz ettik. Türkiye'nin cevaplarına karşı bir anlamda "muhalif rapor" olarak da adlandırılabilir olan özellikle kadın örgütlerinin eleştirisi ve önerilerini içeren "gölge rapor" üzerinde durduk. Kuşkusuz gerek devletin gerekse kadın örgütlerinin yaptıkları çalışmalar bağlamında şiddete dur demek, şiddet mağdurlarını korumak ve desteklemek için gösterdikleri çabalar gerekli ve değerlidir. Ancak tüm bunlardan önce toplumda kadına karşı şiddetin gittikçe artmasının fenomenolojik açıklamasını yapmaya ihtiyaç vardır<sup>37</sup>. Yani bireyin davranışlarını anlayabilmek için onun kendine özgü algılayışının ve yaşantısının bilinmesi gerekir<sup>38</sup>. Bu bağlamda aile içi şiddetin sebepleri önce tüm yönleriyle araştırılmalı, daha sonra ise bunları gidermeye yönelik çalışmalar yapılmalıdır. Şiddet; biyolojik, psikolojik ve/veya sosyal sebeplerden kaynaklanabilir. Erkeklik hormonların etkisi, şizofreni, paranoid

<sup>35</sup> 2017 Türkiye Gölge Raporu, s. 46-48. [http://panel.stgm.org.tr//app//files/i/s/istanbul\\_soz\\_tr\\_izleme\\_platformu\\_golge\\_rapor.pdf](http://panel.stgm.org.tr//app//files/i/s/istanbul_soz_tr_izleme_platformu_golge_rapor.pdf) (Erişim: 20.04.2018).

<sup>36</sup> "Şiddete Karşı 50 Acil Önlem" başlıklı 2 Mart 2018 tarihli haber, <https://www.cnnturk.com/turkiye/kadina-siddete-karsi-50-acil-onlem> (Erişim: 30.04.2018).

<sup>37</sup> DİREK, Zeynep, Cinsel Farkın İnşası (Felsefi Bir Problem Olarak Cinsiyet), Metis Yayınları, İstanbul 2018, s. 202.

<sup>38</sup> CÜCELOĞLU, Doğan, İnsan Davranışı (Psikolojinin Temel Kavramları), Remzi Kitabevi, İstanbul 2000, s.32.



bozukluk gibi psikiyatrik hastalıklar, antisosyal veya narsistik kişilik bozuklukları, alkol ve madde kullanımı ve dürtü kontrol bozuklukları biyolojik nedenler; duygusal baskı ve sorumluluklardan kurtulma isteği, yaşanan hayal kırıklıkları için bir çıkış yolu bulma isteği, isteklerini gerçekleştirme ya da empati yeteneğinin olmaması ve aile içi şiddetin olduğu bir ailede büyümek psikolojik nedenler; şiddetin öğrenilen bir davranış olması, kadın döven kişinin (eş, anne, kardeş) çevrede itibar görmesi, şiddet uygulayan kişilerin iletişim becerilerinde yetersiz oluşları ise sosyal nedenler arasında sayılabilir. Duygularını ifade edemeyen, düşüncelerini mantıklı bir zeminde anlatamayan kişiler sorun çözmede şiddete başvurma eğilimindedirler<sup>39</sup>. Tüm bunlara yanlısı namus ve ahlak anlayışı, yoksulluk, eğitimsizlik, kadının ekonomik bağımlılığı hatta bunun tersine kadının gelirinin daha iyi olmasının oluşturduğu kompleks de eklenebilir. Dolayısıyla, kuşkusuz hukuki düzenlemeler önemlidir ve şiddet sorunu bu yolla bir ölçüde azaltılabilir de, sorun yalnızca hukuki düzenlemeler yapmak ya da hukuk önünde eşit olmakla ilgili değildir. Şiddette yol açan sebepleri tespit etmeden ve de toplumsal ve ekonomik eşitsizlik giderilmeden bu sorunla başedilmesi zordur.

Hukuki düzenlemelerin eksikliklerinin giderilmesi hatta daha iyisinin yapılmasının yararları azımsanamaz ancak sorunun uygulamadan kaynaklanan tarafları da vardır. Şiddet uygulayan ve şiddet mağduruyla doğrudan muhatap olmak zorunda kalan kamu görevlilerinin (kolluk, sağlık personeli, adli personel, hâkim, savcı) yapılan hukuki düzenlemelerin amacı konusunda bilgilendirilmesi daha da önemlisi, konuya duyarlılıklarının ve ilgilerinin sağlanması önemlidir. Konunun hassasiyeti dikkate alındığında bu kişiler görevlerini içtenlikle yerine getirmelidirler<sup>40</sup>.

Evlilik, hem cinsler arasında hem de toplum nezdinde ailenin oluşmasına ilişkin bir çeşit sözleşme olarak tanımlanabilir. Evlilik gerçekleştiği andan itibaren cinsler arasında, içinde yaşadıkları toplumdaki önceki

<sup>39</sup> "Aile İçi Şiddetin Nedenleri Neler?", Uğur İlyas Canbolat'ın Hasan Basri İzgi Röportajı, 29.12.2008 tarihli Hürriyet Gazetesi Kelebek eki, <http://www.hurriyet.com.tr/kelebek/aile-ici-siddetin-nedenleri-neler-10648251> (Erişim: 15.04.2018).

<sup>40</sup> KARINCA, s. 109.

örneklerine atfen yeniden bir inşa süreci başlar<sup>41</sup>. Dolayısıyla hem bireyler hem de toplum için önemli olan evlilik gerçekleşmeden yani evlilik öncesi kadınların ve erkeklerin bireysel ya da çift olarak yardım almaları konusunda “Evlilik ve Evlilik Danışmanlığı” hizmetleri kurulması ve yaygınlaştırılması elzemdir<sup>42</sup>. Hatta evlilik öncesi alınması zorunlu olan sağlık raporu gibi bu hizmetin de zorunlu hale getirilmesi yararlı olacaktır.

Dinin toplumdaki önemi dikkate alındığında, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın kadına yönelik şiddetin önlenmesi (özellikle töre ve namus cinayetlerinin önlenmesine yönelik) konusunda toplumu bilinçlendirmek üzere hutbe ve vaazlar vermesi, etkili yazılı ve görsel yayınlar yapması ve etkinlikler düzenlemesinin yararlı olacağı ortadadır<sup>43</sup>. Bir başka konu ise “toplumsal cinsiyet eğitimi”nin gerekliliğidir. Ülke genelinde tüm kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler ve özel sektör çalışanlarına yönelik “toplumsal cinsiyet eşitliği” eğitiminin verilmesinin zorunlu hale getirilmesi sağlanmalıdır. Bunun yanı sıra askerlik eğitiminde, camilerde, kahvehanelerde ve çok sayıda erkek çalışan istihdam eden kuruluşlarda kadına yönelik şiddet konusunda erkeklere yönelik zihniyet dönüşümünü sağlayacak eğitim programları düzenlenmelidir<sup>44</sup>. Ancak en önemlisi toplumda “kadın” fikri güçlendirilmelidir.

Taha Akyol bir yazısında, Türkiye'nin modern sosyolojinin öncülerinden olan Durkheim'ın 19. yüzyıl Avrupası'nda hızla artan suç rakamlarını tahlil ederek “anomi” dediği kurlsızlık döneminden geçtiğini ve kurlsızlığın da en büyük mağdurunun çocuklar ve kadınlar olduğunu ifade

<sup>41</sup> AKSAN, Gamze, “Evlilik ve Ayrılma: Ailenin Kurulması ve Sona Ermesi”, Sistemantik Aile Sosyolojisi, (Ed: Mustafa AYDIN), Çizgi Kitabevi, Konya 2013, s. 171.

<sup>42</sup> KARINCA, s. 110.

<sup>43</sup> Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Ulusal Eylem Planı Çerçevesinde, Diyanet İşleri Başkanlığı ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı arasında 22 Ağustos 2013 tarihinde imzalanan “Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesinde Din Görevlilerinin Rolü ve Uygulanacak Prosedürler Eğitimi Projesi Protokolü” kapsamında bugüne kadar imam-hatip, müezzin kayyım, vaiz, vaize, kuran kursu öğreticilerine yönelik eğitici eğitimi ve alan eğitimleri düzenlenmiştir.

<https://kadinstatusu.aile.gov.tr/uploads/pages/dagitimda-olan-yayinlar/kadina-yonelik-siddetle-mucadele.pdf> (Erişim: 05.12.2018).

<sup>44</sup> KARINCA, s. 112.

etmiştir<sup>45</sup>. Kuralsızlık, yukarıda değindiğimiz şiddet nedenlerinin oluşmasına zemin hazırlayan bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de geleneksel kuralların kaybolduğu buna karşın yeni kuralların yerleşmemiş bulunduğu, hızlı şehirleşmeye başlayan, modern şehir hayatının toplumda egemen norm haline gelmesine kadar devam edecek zor bir sosyolojik dönemin içindeyiz. Tüm bunlar da maalesef insani değerlerin aşındığı, nezaketten uzak, şiddete daha çok yönelen bir toplum haline gelmemize yol açmaktadır.

“Dertlenerek ilgilenmek”, Gülriz Uygur tarafından geliştirilen bir terim olup, kendi ifadesiyle kökeni Aristoteles ve Ioanna Kuçuradi'nin görüşlerine dayanmaktadır<sup>46</sup>. Buna göre, eğer insanlar bu erdemle hareket ederlerse, yapacakları her neyse onu gerçekleştirmeyi içtenlikle isterler. Böyle olunca da insanlar sorunu tüm ayrıntılarıyla kavrayıp, üzerinde düşünüp, çözüm üretebilirler<sup>47</sup>. Bu noktada sorulması gereken “ben ne yapabilirim?” sorusu olmalıdır. Gerek şiddetin önlenmesinde gerekse şiddet mağdurlarının korunmasında ve desteklenmesinde devletin başta olmak üzere herkesin sorumluluğu söz konusudur. Hukuk öğrencisinin yoksul kadınlara haklarıyla ilgili bilgi vermesi, sokak ortasında yaşanan şiddete duyarsız ve tepkisiz kalmamak, hukuki düzenlemelerin caydırıcı nitelikte yapılması ve daha fazlası...

<sup>45</sup> AKYOL, Taha, “Kadın, Din ve Modernleşme”, 9 Mart 2018 tarihli Hürriyet Gazetesi, <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/taha-akyol/kadin-din-ve-modernlesme-40766061> (Erişim: 20.04.2018).

<sup>46</sup> UYGUR, Gülriz, “Hukuk Fakültesi Hukuk Klinikleri: Dertlenerek İlgielenmek Ankara Üniversitesi Örneği”, Yüksek Öğretim Dergisi, Y.2018/07, s. 72.

<sup>47</sup> Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde öğretim üyesi olan Prof. Dr. Gülriz Uygur, hukuk klinikleri yoluyla, hukuk eğitiminde dertlenerek ilgilenmeyi göstermeyi amaçlamaktadır. “(...) Hukuk Kliniklerimizin başlıca amacı her tek durumda insan hakları problemlerini görerek dertlenerek ilgilenmenin nasıl mümkün olduğunu göstermektir. (...)Bu bağlamda etik değerlerin hukukçu olmaktan ayrı olamayacağını bilgisini göstermek ve başkalarına karşı sorumluluğu örneklendirmek amaçlanmaktadır.” Bu bağlamda “Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Hukuk Kliniği” ve “Toplumsal Cinsiyet Hukuk Kliniği” nden söz edilebilir. <http://hukuklinikleri.hukukfelsefesi.org/hukuk-klinikleri/ev-ici-siddet-hukuk-klinigi/> (Erişim: 05.12.2018).

## SONUÇ

Aile içi şiddet de dâhil olmak üzere kadına yönelik şiddet hala insan haklarının cinsiyete dayalı ihlallerinin en ciddi şekillerinden birisi olarak dünyaca bilinen ancak aynı zamanda göz ardı edilen ve birçok aileyi etkileyen gizli bir olgudur. Gerçek anlamda kadın erkek eşitliğini daha geniş kapsamda sağlamak için kadına yönelik şiddetin yok edilmesi ve böylece ayrımcılık biçimi olarak kadına yönelik şiddetin daha fazla bilinmesi gereklidir. Bu bağlamda İstanbul Sözleşmesi, Avrupa'da ilk kez kadına yönelik şiddeti ve aile içi şiddeti önlemek, mağdurları korumak ve faillerini cezalandırmak için yasal olarak bağlayıcı standartları belirlemiş ve kadınların insan haklarının korumasındaki önemli bir boşluğu doldurarak aile içi şiddetin tüm mağdurlarına ilişkin korumayı genişletmesi için tarafları teşvik etmiştir.

Tarihten gelen fiili kadın erkek eşitsizliği ve buna bağlı olarak ortaya çıkan kadına yönelik şiddeti yok etmenin başlıca yolu, dezavantajlı konumda olan kadına pozitif destek sağlanarak, toplumsal, kültürel ve ekonomik engelleri kaldırmak için geçici toplumsal imkânlar sunmaktan geçer. Kadının toplumsal, kültürel, ekonomik etkinlik gösterebilmesi için önünün açılmasına ihtiyacı vardır. Kadının sosyal koşullarının iyileştirilmesi, sosyal bilincinin yükselmesini beraberinde getirecektir.

## KAYNAKLAR

- AKSAN, Gamze, “Evlilik ve Ayrılma: Ailenin Kurulması ve Sona Ermesi”, Sistematik Aile Sosyolojisi, (Ed: Mustafa AYDIN), Çizgi Kitabevi, Konya 2013.
- AKYOL, Taha, “Kadın, Din ve Modernleşme”, 9 Mart 2018 tarihli Hürriyet Gazetesi, <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/taha-akyol/kadin-din-ve-modernlesme-40766061> (Erişim: 20.04.2018).
- AYATA, Gökçeçiçek, “Feride Acar ile İstanbul Sözleşmesi ve GREVİO Üzerine”, Feride Acar ile söyleşi, 11 Nisan 2016, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/blog/feride-acar-ile-istanbul-sozlesmesi-ve-grevio-uzer/> (Erişim: 05.12.2018).
- BAKIRCI, Kadriye, “İstanbul Sözleşmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Y.2015/4.
- BİNGÖL, Orhan, “Toplumsal Cinsiyet Olgusu ve Türkiye’de Kadınlık”, KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 16 (Özel Sayı I): Y. 2014.
- BORA, Aksu, Kadınların Sınıfı (Ücretli Ev Emeği ve Kadın Öznelliğinin İnşası), İletişim Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2018.
- CAN, İslam, “Tarih, Toplum ve Kültür Bağlamında Aile ve Kadın”, Sistematik Aile Sosyolojisi, (Ed: Mustafa AYDIN), Çizgi Kitabevi, Konya 2013.
- CANPOLAT, Uğur İlyas, “Aile İçi Şiddetin Nedenleri Neler?”, Hasan Basri İzgi Röportajı, 29.12.2008 tarihli Hürriyet Gazetesi Kelebek eki, <http://www.hurriyet.com.tr/kelebek/aile-ici-siddetin-nedenleri-neler-10648251> (Erişim: 15.04.2018).
- CÜCELOĞLU, Doğan, İnsan Davranışı (Psikolojinin Temel Kavramları), Remzi Kitabevi, İstanbul 2000.
- DİREK, Zeynep, Cinsel Farkın İnşası (Felsefi Bir Problem Olarak Cinsiyet), Metis Yayınları, İstanbul 2018.
- KARINCA, Eray, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle Mücadele Projesi, Ankara 2008.
- ŞEN, Ersan, “Bireyin Şiddete Karşı Korunması”, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=21&t=389229> (Erişim: 17.05.2018).

- UYGUR, Gülriz, “Hukuk Fakültesi Hukuk Klinikleri: Dertlenerek İlgilenmek Ankara Üniversitesi Örneği”, Yüksek Öğretim Dergisi, Y.2018/07.
- YANIK, Aygül; HANBABA, Zeynep; SOYGÜR, Sevinç; AYALTI, Büşra; DOĞAN, Meral, “Kadına Yönelik Şiddet Davranışlarının Değerlendirilmesi: Türkiye’den Kanıt”, Electronic Journal of Vocational Colleges, Y. Aralık 2014.

### İNTERNET KAYNAKLARI

- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuk Klinikleri, <http://hukuklinikleri.hukukfelsefesi.org/hukuk-klinikleri/ev-ici-siddet-hukuk-klinigi/> (Erişim: 05.12.2018).
- “İstanbul Sözleşmesi”, <http://kadininstatusu.aile.gov.tr/uygulamalar/istbul-sozlesmesi> (Erişim: 04.04.2018).
- “Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) hükümlerinin yürürlüğe konmasına yönelik yasal ve diğer tedbirlerle ilgili anket çalışmasına Türkiye Cumhuriyeti’nin cevapları”, [http://kadininstatusu.aile.gov.tr/data/585928a9369dc56d44f7cdf2/GREVIOANKETCEVAPLARI2017\\_T%C3%BCrkiye.pdf](http://kadininstatusu.aile.gov.tr/data/585928a9369dc56d44f7cdf2/GREVIOANKETCEVAPLARI2017_T%C3%BCrkiye.pdf) (Erişim: 30.04.2018).
- “Şiddete Karşı 50 Acil Önlem” başlıklı 2 Mart 2018 tarihli haber, <https://www.cnnturk.com/turkiye/kadina-siddete-karsi-50-acil-onlem> (Erişim: 30.04.2018).
- “GREVIO’ya sunulmak üzere Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin hükümlerini yürürlüğe koyan yasal ve diğer tedbirler hakkında Türkiye’nin ilk Raporuna İlişkin Sivil Toplum Örgütlerinin Gölge Raporu”, İstanbul Sözleşmesi Türkiye İzleme Platformu, Eylül 2017, [http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/i/s/istanbul\\_soz\\_t\\_r\\_izleme\\_platformu\\_golge\\_rapor.pdf](http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/i/s/istanbul_soz_t_r_izleme_platformu_golge_rapor.pdf) (Erişim: 20.04.2018).
- <http://www.hukukihaber.net/gundem/emsal-nafaka-karari-birlikte-yasayan-sevgililer-aile-sayi94845.html> (Erişim: 23.05.2018).
- <http://www.kadinininsanhaklari.org/kadinin-insan-haklari/yasalardaki-haklarimiz/uluslararasi-sozlesmelerde-kadinin-insan-haklari/kadina-yonelik-siddet-ve-aile-ici-siddetin-onlenmesi-ve-bunlarla->

mucadeleye-iliskinavrupa-konseyi-sozlesmesi-istanbul-sozlesmesi-2/ (Erişim:05.04.2018).

<https://bianet.org/1/85/186497-istanbul-sozlesmesi-nedir> (Erişim: 05.04.2018).

<https://m.bianet.org/bianet/kadin/130027-kadinlar-aile-ve-sosyal-politika-degil-esitlik-bakanligi-istiyor>(Erişim: 30.04.2018).

<https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/grevio> (Erişim: 10.04.2018).

Türkiye’de Kadın Hakları Alanında Kaydedilen Gelişmeler, T.C. Dışişleri Bakanlığı, <http://www.mfa.gov.tr/turkiye-de-kadin-haklari-alaninda-kaydedilen-gelismeler.tr.mfa> (Erişim: 25.04.2018).

“Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi)’nin hükümlerinin hayata geçirilmesini sağlayan yasal ve diğer tedbirlere ilişkin GREVIO (İlk) Değerlendirme Raporu Türkiye” <https://kadininstatusu.aile.gov.tr/uploads/pages/grevioraporlari/grevio-rapor-turkce-5bd99d7dbb799.pdf> (Erişim: 05.12.2018).

T.C. Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr> (Erişim: 05.12.2018).





## **SEÇİM SİSTEMLERİ VE TÜRKİYE'DE MİLLETVEKİLİ SEÇİM SİSTEMİNE İLİŞKİN BİR ÖNERİ\***

**Dr. Öğr. Üyesi Abdulkadir YILDIZ\*\***

### **ELECTORAL SYSTEMS AND A SUGGESTION FOR TURKEY LEGISLATIVE ELECTION SYSTEM**

#### **Makaleye Atıf**

**Klasik Usul:** Yıldız, Abdulkadir: Seçim Sistemleri ve Türkiye'de Milletvekili Seçim Sistemine İlişkin Bir Öneri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 2018, s. 113-153.

**APA:** YILDIZ, A. (2018). Seçim Sistemleri ve Türkiye'de Milletvekili Seçim Sistemine İlişkin Bir Öneri. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26 (3), 113-153. DOI: 10.15337/suhfd.490307.

---

\* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 30.11.2018

**Kabul Edildiği Tarih:** 24.12.2018

**DOI Numarası:** [10.15337/suhfd.490307](https://doi.org/10.15337/suhfd.490307)

\*\* Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

**E-mail Adresi:** [akadiryildiz@konya.edu.tr](mailto:akadiryildiz@konya.edu.tr)

**ORCID ID:** [0000-0002-6262-7090](https://orcid.org/0000-0002-6262-7090)

**ÖZ**

Türkiye’de mevcut seçim sistemi, nispi temsil sisteminin bir türü olan d’Hondt usulüdür. D’Hondt usulü seçmenin adaletli temsili açısından avantajlıdır. Bununla birlikte, bu usulün özellikle çeşitli yönleriyle istikrar açısından tartışıldığını belirtmek gerekir. Türkiye’de yüzde on ülke geneli barajının seçim sisteminin daha istikrarlı sonuçlara yol açmasını sağlamaya yönelik olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Bir parti, bu barajı aşamadığı durumda, Meclis’te sandalye hesabının dışında kalmaktadır.

Bu yüksek orandaki baraj, Meclis’te sandalye dağılımını kolaylaştırması ve istikrara imkân vermesi yönlerine rağmen adaletli temsil açısından eleştirilmektedir. Bundan dolayı, dar bölge basit çoğunluk sistemi hem istikrar sağlaması hem de barajı gerektirmemesi yönleriyle tartışılmaktadır.

Dar bölge basit çoğunluk sistemi, seçim bölgesinde en çok oyu alan partinin adayına seçimi kazandırmaktadır. Adayın seçim bölgesinde kullanılan oyların çoğunluğunu alması gerekmez; diğer adaylardan çok oy alması seçimi kazanması için yeterlidir. Bu sistem istikrarlı siyasi bir sistemin kurulması bakımından uygundur. Seçmenler liste usulüne göre aday ile daha yakın ilişki kurabilirler. Ayrıca baraj uygulaması bu sistemde bulunmamaktadır.

**ANAHTAR KELİMLER:** Seçim Sistemleri, Türkiye’de Seçim Sistemi, Dar Bölge Basit Çoğunluk Sistemi, d’Hondt Usulü, Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar.

**ABSTRACT**

The current electoral system of Turkey is a d’Hondt method that kind of proportional representation system. The d’hondt method is advantageous for an elector to be represented. However, it should be noted that this method has been discussed in terms of stability in various aspects. There is no doubt that ten percent country threshold of the electoral system is aimed at ensuring more stable outcomes in Turkey. Any party that does not reach the threshold is excluded from the calculation of seats.

This higher threshold criticizes among the fair representation of the parties in the Parliament though simplifies the process of seat allocation and allows stability. In this sense, a simple plurality or single-member district plurality system is being discussed in terms of both stability and representation under this system does not need a threshold.

*Single member district plurality system awards a seat to the individual candidate who receives the most votes in a constituency. The candidate does not need to get the majority of the votes to win; if he simply has a larger number of votes than all other candidates, he wins. This electoral system also tends to encourage the growth of the relatively stable political system. Electors are a close relationship with the candidate in this system as a list type. Moreover, a threshold does not apply in this electoral system.*

**KEY WORDS:** *Electoral Systems, Electoral System of Turkey, Single Member District Plurality, d'Hondt System, Justice in Representation and Stability in Governance.*

## GİRİŞ

Seçim, demokrasinin zorunlu ve asgari gereğidir. Günümüz temsili demokrasilerinde yasama organı ve hükümet seçimler vasıtasıyla belirlenmektedir<sup>1</sup>. Böylelikle seçim, demokrasinin belirleyici bir unsuru olarak tespit edilmesi gereken temsil açısından da önemlidir.

Seçimin belirli demokratik usuller çerçevesinde yapılması gerçek anlamdaki demokrasiyi gösterir. Bunun dışında, günümüzde demokrasi iktidarın temel meşruiyet kaynağı olarak görüldüğünden, otoriter rejimler de demokratiklik görüntüsünü sağlamak adına göstermelik seçimlere başvurmaktadır<sup>2</sup>. Seçimlerin serbestliği, şiddeti ve zorlamayı dışlaması, seçmenin iradesini rahat bir şekilde sandığa yansıtması ve partizan, ideolojik manipülasyonların olmaması seçimlerin demokratikliği için aranan standartlardan bazılarıdır<sup>3</sup>. Bu standartlar içinde seçim sisteminin önemli bir yerinin olduğu belirtilmelidir. Parlamentonun bileşimi, hükümetin oluşumu

<sup>1</sup> BEETHAM, David, Demokrasi ve İnsan Hakları, Bilal Canatan (Çev.), 2. Baskı, Ankara, Liberte, 2014, s. 275.

<sup>2</sup> ÖZBUDUN, Ergun, Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016, s. 39.

<sup>3</sup> NORRIS, Pippa, Electoral Engineering: Voting Rules and Political Behaviour, Cambridge University Press, 2004, s. 4. Seçimlerin serbestliğinin yanında kamu özgürlüklerinin tanınmış olması, liberal demokrasinin varlığı açısından zorunludur. Bkz. KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer, Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 109.

ve seçme hakkına yaptığı katkı bağlamında seçim sistemi, demokrasinin temel unsurlarıyla ilişkilendirilebilir<sup>4</sup>.

Seçim sisteminin belirli açılardan yansımaları ve sonuçları vardır. Örneğin, siyasi yaşamın önemli öğeleri ve bu arada parti yapıları seçim sistemiyle yakından ilgilidir<sup>5</sup>. Yine kültürel, etnik, dini, mezhepsel ve benzeri farklılıkları içeren bir toplumda seçim sistemi antidemokratik sonuçlara yol açmak üzere tasarlanabilir<sup>6</sup>. Elbette bu durum, nihai olarak toplumda çatışmaya yol açar<sup>7</sup>. Bu bakımdan seçim sisteminin belirlenmesi, toplumsal dinamiklerin, kurumsallaşma, istikrar, çoğulculuk ve temsil gibi konuların tamamının bir arada değerlendirilmesini gerektirmektedir<sup>8</sup>. Bu bağlamda, seçim sisteminin özgürlükler rejimiyle bağlantısı görülmektedir<sup>9</sup>.

Seçim sistemleri, çoğunluk sistemi ve nispi temsil sistemi olmak üzere iki ana başlıkta ele alınabilir. Ayrıca, bu iki sisteme ilişkin özellikler içeren karma seçim sistemleri belirtilebilir. Parlamentonun oluşumunda sonucun ortaya çıkışında en etkili konu olması münasebetiyle seçim sistemi önemlidir<sup>10</sup>. Ayrıca, genel olarak, nispi sistemin çok partili, çoğunluk sisteminin ise iki partinin yarıştığı bir siyasi hayata yol açması, seçim sistemlerinin ülkenin siyasi parti yapısını belirlemesi bakımından bir diğer önemli sonucu olarak değerlendirilebilir<sup>11</sup>. Tabii, bir ülkedeki parti yapısı sadece seçim sisteminin sonucu olarak görülemez. Toplumun ırksal, dini,

<sup>4</sup> BEETHAM, s. 279.

<sup>5</sup> ÇAM, Esat, Devlet Sistemleri, İstanbul, Der Yayınları, 1993, s. 73.

<sup>6</sup> Bu yönde özellikle seçim bölgelerinin değiştirilmesi suretiyle partilerin çıkaracağı milletvekili sayısına etki edilmesi çabası belirtilebilir. Gerrymandering ve diğer hileler için bkz. İBA, Şeref, Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku, Seçkin, Ankara, 2015, s. 164-170. Gerrymandering hilesi ülkemizde seçim sonuçlarından sonra Kırşehir ilinin bölünerek ilçeye dönüştürülmesinde görülmüştür. Bkz. KARAMUSTAFAOĞLU, s. 112.

<sup>7</sup> REILLY, Ben and REYNOLDS, Andrew, Electoral Systems and Conflict in Divided Societies, National Academy Press, Washington, 1999, s. 1.

<sup>8</sup> REILLY VE REYNOLDS, s. 2.

<sup>9</sup> İBA, s. 131.

<sup>10</sup> YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “Türkiye’de Uygulanan Seçim Sistemleri ve Bunlara İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Nasıl Bir Seçim Sistemi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LV, ss.103-150, 1996, s. 103.

<sup>11</sup> GRUMM, John G., “Theories of Electoral Systems”, Midwest Journal of Political Science, Vol. 2, No. 4 pp. 357-376, Nov., 1958, s. 357.

mezhepsel, sınıfsal ve kültürel bölünme veya sorun temelleri ideolojilere ve siyasi partilerin oluşumuna kaynak teşkil etmektedir<sup>12</sup>. Hatta kimi durumda toplumsal bölünme çizgisinin azlığı veya çokluğu suretiyle ortaya çıkan siyasi parti yapısının, seçim sisteminin belirlenmesine temel teşkil ettiği söylenebilir<sup>13</sup>. Öte yandan, seçim sonuçları sadece seçim sisteminin mekanik sonuçları olarak anlaşılabilir. Bir ülkenin zamansal, mekânsal, sosyo-kültürel koşullarının tamamı seçim sonuçlarını etkileyen unsurlardandır<sup>14</sup>.

Ülkemizde farklı dönemlerde farklı seçim sistemleri uygulanmıştır. Genellikle seçim sürecinde, Türkiye’de uygulanan seçim sistemi yüzde onluk seçim barajıyla birlikte sık sık gündeme gelmektedir. Seçim barajının yüksekliği tüm çevreler tarafından kabul edilmesine rağmen seçim barajının düşürülmesi noktasında ciddi girişimlerin varlığından söz edilemez. Bu durumun bir sebebi de parlamenter sistemin hükümetin kurulmasını güçleştirici yönüdür. Zira barajı geçen parti sayısının artması, parlamenter sistemde hükümetin kurulmasını zorlaştıran bir durumdur. Örneğin, 7 Haziran 2015 milletvekili seçimleri sonucuna göre dört partinin seçim barajını aşarak Meclis’e girdiği görülmektedir. Mevcut aritmetik, temsil edilmeyen oy oranının yüzde beş civarında olduğunu göstermektedir. Yani, temsilde adalet ilkesi, yüzde on seçim barajına rağmen önemli ölçüde gerçekleşmiştir. Bununla birlikte, bir partinin tek başına hükümet kuramaması koalisyon ihtimalini ortaya çıkarmış, nihai olarak koalisyon hükümetinin de kurulamaması seçimlerin yenilenmesine yol açmıştır. Bu durum, 1982 Anayasası’nın yürütmeyi güçlendirmek bağlamında ifade edilebilecek genel yaklaşımına rağmen seçim sistemiyle bağlantılı bir istikrarsızlık ortaya çıkabilmekteydi. 6771 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 16 Nisan 2017 halkoylaması ile kabul edilmesi, TBMM üyeliği seçimlerini ve Cumhurbaşkanının seçimini ve dolayısıyla hükümetin kurulmasını birbirinden ayırmıştır. Cumhurbaşkanlığı sistemi<sup>15</sup>, milletvekili seçim sisteminin

<sup>12</sup> ÖZBUDUN, Ergun, Türkiye’de Parti ve Seçim Sistemi, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016, s. 3.

<sup>13</sup> ÖZBUDUN, Türkiye’de Parti ve Seçim Sistemi, s. 102.

<sup>14</sup> NOHLEN, Dieter (FRİEDRİCH EBERT VAKFI), Türkiye ve Avrupa’da Seçim Sistemleri, İstanbul, 1996, s. 37.

<sup>15</sup> Türkiye’de başkanlık sistemi, kendine özgü yönleriyle Cumhurbaşkanlığı sistemi olarak adlandırılmıştır. Buna karşılık, 6771 sayılı Kanun’un öngördüğü hükümet sisteminin başkanlık sistemi olduğuna yönelik itirazın yanında, Cumhurbaşkanlığı

hükümetin kurulmasına yönelik belirsizliğe sebep olması yönünü engellemek bağlamında değerlendirilebilir. Gerçekten, 24 Haziran 2018 tarihinde birlikte yapılan TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerinden sonra, Cumhurbaşkanı seçilen Recep Tayyip Erdoğan 9 Temmuz 2018 tarihinde yemin etmiş ve aynı gün Meclis’teki çoğunlukla ilgisi olmaksızın kabinesini açıklamıştır. Dolayısıyla mevcut seçim sisteminin parlamenter sistemdeki çok belirgin bir olumsuzluğu olarak belirtilen seçimden sonra hangi partinin hükümet edeceği belirsizliği ortadan kalkmıştır. Bu durum her ne kadar nispi temsil sisteminin parlamenter sistemdeki olumsuz yönü olarak belirtilse de kimi yazarlar, çoğulculuk ve uzlaşma gibi hususiyetleri barındırması sebebiyle nispi temsil sistemini savunmaktadır<sup>16</sup>. Bununla birlikte, seçim sisteminin istikrar ögesi hükümetin kurulmasından ibaret değildir.

Bu çalışmada, ilk olarak, seçim sistemleri genel özellikleri ile incelenmektedir. Daha sonra, Türkiye’deki mevcut seçim sistemi yani d’Hondt usulü değerlendirilmekte ve son olarak, dar bölge basit çoğunluk sistemi ve bunun Türkiye açısından uygulanabilirliği tartışılmaktadır.

---

sistemi olarak adlandırmasına yönelik bir itirazın varlığından da bahsedilmelidir. Meseleye ilişkin kanaatimiz her iki açıdan şu şekilde belirtilebilir: İlk olarak, başkanlık sisteminin asli özellikleri doktrinde de tartışılmaktadır. Örneğin *Başgil*, Amerikan sisteminin hususiyetlerini yürütmede güçlü başkan, yasama yetkisini kullanan iki meclisli Kongre ve anayasanın teminatı ve yargısal en üst merci olan Yüksek Mahkeme şeklinde tespit etmektedir. Bkz. BAŞGİL, Ali Fuat, *Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt: Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, Fasikül II*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1960, s. 312. Başkanlık sistemi, güçlerin sert ayrılığının yanında, yürütmenin yasama karşısında üstün olduğu bir modeldir. Bkz. KUBALI, Hüseyin Nail, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1969, s. 293. Dolayısıyla, ABD modelinden farklılaşmasına rağmen Cumhurbaşkanlığı sistemi, bir başkanlık modeli olarak nitelenebilir. Bkz. ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s.175. İkinci olarak, literatürde bu adlandırmayla bir hükümet sistemi olmaması, Cumhurbaşkanlığı sisteminin eleştirilmesini gerektirmez. Zira her devlet kendine özgü bir hükümet modelini ilk defa kurgulayabilir. Nitekim başkanlık sistemi de ilk olarak ABD Anayasası ile ortaya çıkmıştır. Bu isimlendirmeye yönelik tartışmalar için ayrıca bkz. YILDIZ, Abdulkadir, “Amerika Birleşik Devletleri’nde Başkan Yardımcısı ile Türkiye’de Cumhurbaşkanı Yardımcısının Karşılaştırılması”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, ss. 509-534, 2018, s. 511.

<sup>16</sup> BEETHAM, s. 289.

## I. GENEL OLARAK SEÇİM SİSTEMLERİ

Seçim sistemleri, oyların sandalyeye dönüştürülmesi yöntemleri bakımından çoğunluk ve nispi temsil sistemleri olarak ikiye ayrılır<sup>17</sup>. Her ülke, kendi dinamikleri doğrultusunda bir seçim sistemini benimsemektedir. Bu sistemler, ülke özelindeki farklılaşmalarla birlikte, belirli açılardan diğerine göre avantajlı ve dezavantajlı yönleri barındırmaktadır. Çoğunluk sistemi, çoğunluğun temsilinin genelin fayda ve menfaatini yani devletin iyi idaresini sağladığı; nispi temsil sistemi ise seçim usulünün öncelikle adalet duygusunu gerçekleştirdiği anlayışına dayanmaktadır<sup>18</sup>. Bir seçim sisteminin hem adaletli temsil hem de istikrar işlevlerini aynı anda karşılaması beklenemez<sup>19</sup>.

Yukarıda bahsedilen sebeplerle, bir seçim sisteminin mutlak olarak diğerinden olumlu olduğu savunulamaz<sup>20</sup>. Başka bir deyişle, sadece teorik temelde ideal bir seçim sistemi savunulamaz<sup>21</sup>. Bu bağlamda, seçim sistemine yönelik tercih siyasi manevra alanı olarak değil; demokratiklik, seçmen iradesinin en iyi şekilde mecliste temsil edilmesi ve seçimin yönetme imkânını en tercih edilir düzeyde sağlaması yönlerini içermelidir. Bu bakımdan, anayasalarında ve taraf oldukları uluslararası belgelerde serbest seçim hakkına ilişkin ortaya konulan hususların sağlanması şartıyla ülkeler kendi dinamikleri doğrultusunda bir seçim sistemini benimseyebilirler<sup>22</sup>. Serbest seçim hakkına ilişkin ilkeler ise ülkemizde hem 1961 Anayasası'nda hem de 1982 Anayasası'nda ortaya konulan seçimlerin "gizli, eşit, genel oy,

<sup>17</sup> ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 18. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 263. Seçim sistemlerine ilişkin diğer bir tasnif, mutlak çoğunluk, basit çoğunluk ve nispi sistem olarak yapılmaktadır. Bkz. BLAIS, Andre, "The Debate over Electoral Systems", International Political Science Review / Revue internationale de science politique, Vol. 12, No. 3 pp. 239-260, Jul., 1991, s. 240. Çalışmamızda, basit ve mutlak çoğunluk sistemi üst başlık olarak çoğunluk sistemleri içerisinde belirtilmiş olup tek isimli tek turlu çoğunluk sistemi dar bölge basit çoğunluk sistemi olarak adlandırılmaktadır.

<sup>18</sup> BAŞGİL, s. 403.

<sup>19</sup> NOHLEN, s. 37.

<sup>20</sup> Aynı yönde bkz. BEETHAM, s. 276.

<sup>21</sup> NOHLEN, s. 37.

<sup>22</sup> EREN, Abdurrahman, "Türkiye'de Uygulanan %10 Genel Seçim Barajının Serbest Seçim Hakkını İhlal Sorunu", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Sayı 2, 2008, s. 66; FEDAYİ, Cemal, Siyaset Bilimi, 1. Baskı, Ankara, Kadim Yayınları, 2011, s. 102. Aynı yönde bkz. BEETHAM, s. 278.

açık sayım ve döküm, tek dereceli ve yargı gözetimi altında” yapılması hususlarıdır.

### A. Çoğunluk Sistemleri ve Sonuçları

Çoğunluk sistemi, temel olarak, oyların çoğunluğunu alan aday veya partinin o seçim bölgesindeki seçimi kazanması ve daha az oy alan aday veya partilerin ise seçimi kaybetmesi anlamına gelmektedir<sup>23</sup>. Çoğunluk seçim sistemleri, dar bölge yani her bölgeden bir vekilin seçilmesini sağlayacak şekilde belirlenebileceği gibi geniş bölge yani bir bölgeden parti listesinin seçilmesi şeklinde de öngörülebilir. Bir bölgeden yalnız bir vekilin seçilmesi doğal olarak çoğunluk sistemine yol açmaktadır.

Bir seçim bölgesinden yalnız bir vekil seçiliyor ve bu vekilin seçiminde basit çoğunluk aranıyorsa tek turlu tek isimli veya dar bölge basit çoğunluk sistemi (plurality system) vardır. Bu sistem İngiliz sistemi olarak da adlandırılmaktadır<sup>24</sup>. Buna karşılık bir vekilin seçiminde nitelikli çoğunluk aranıyorsa tek isimli iki turlu seçim sistemi (majority system) söz konusudur. Başka bir deyişle, tek isimli iki turlu seçim sistemi kullanılan oyların salt çoğunluğunun alınması, yani bir mutlak çoğunluk sistemidir<sup>25</sup>. Bu sistem Fransız sistemi olarak da adlandırılmaktadır<sup>26</sup>. Tek isimli iki turlu çoğunluk sisteminde bir adayın ilk turda seçilebilmesi için geçerli oyların salt çoğunluğunu alması gerekmektedir. Eğer ilk turda herhangi bir aday mutlak çoğunluğu sağlayamazsa, ilk turda belli bir oy oranına ulaşmış adaylar arasında yapılacak olan ikinci turda<sup>27</sup>, kullanılan geçerli oyların basit çoğunluğunu elde eden aday seçilmiş olur<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> KUBALI, s. 267.

<sup>24</sup> KUBALI, s. 268; TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, Beta, 2004, s. 275; GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 9. Baskı, Ekin, Bursa, 2017, s. 316. Bu sisteme, ilk gelenin yarışı kazanmış olacağı anlamında “First Past the Post” (FPTP) sistemi de denilmektedir. Bkz. İBA, s. 135.

<sup>25</sup> ATAR, s. 222.

<sup>26</sup> EREN, Abdurrahman, Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2014, s. 341; İBA, s. 136.

<sup>27</sup> Bu ikinci seçime “ballottage” denir. Bkz. KUBALI, s. 268; NOHLEN, s. 41.

<sup>28</sup> TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s. 278; EREN, Anayasa Hukuku...s. 341; ÇAM, s. 172.



Dar bölge basit çoğunluk sistemi genel olarak iki partili bir sisteme yol açmaktadır. Sistemin iki türlü uygulanması yani mutlak çoğunluğun aranması ise çok partili bir siyasi yapıya imkân verebilmektedir<sup>29</sup>.

Çoğunluk sisteminin üçüncü bir tipi alternatif oydur. Tercihli oy sistemlerinin bir türü olan alternatif oy (alternative vote) tek isimli seçim bölgesinde uygulanmaktadır<sup>30</sup>. Bu sistemde seçmenler birden fazla aday için tercihlerini numaralandırmakta, seçmenlerin birinci tercihleri mutlak çoğunluğa ulaşmazsa, en az birinci tercih alan aday elenip elenen adaya oy verenlerin iki numarada oy verdikleri adaylara oylar yeniden dağıtılmaktadır<sup>31</sup>. Böylelikle ikinci tura gerek kalmamakla birlikte, seçmenlerin tercihlerinin ve tercih sıralarının belirleyici bir rol oynadığı söylenebilir. Seçmenlerin birinci sırada istedikleri aday mutlak çoğunluğa ulaşırsa bu seçilmiş olacaktır. Eğer seçmenin birinci sırada istediği aday seçilemezse bu durumda seçmenin ikinci ve sonraki tercihleri mutlak çoğunluğa ulaşması bakımından değerlendirilmektedir. Bu sistem Avustralya’da uygulanmaktadır<sup>32</sup>.

Çoğunluk sisteminin iki türlü olarak uygulanması, mutlak çoğunluğu sağlayan aday seçileceğinden daha demokratik görülmektedir<sup>33</sup>. Gerçekten, kullanılan geçerli oyların salt çoğunluğunu alması, milletvekilinin demokratik temsilini artıran bir yöndür. Seçilebilmek için oyların çoğunluğunun alınması gerekliliği, farklı ve büyük ölçüde benzer ideolojiye dayanan siyasi partilerin birleşerek seçim kampanyalarını yürütmelerini sağlayabilir. Bu durum siyasi partilerin aday belirleme sürecinde asgari müşterekleri gözeterek daha genele hitap edecek kimseleri belirlemek suretiyle seçmenle yakın ilişki kurmalarını gerektirir. Gerçi ideolojik ve parti temelli kutuplaşma bunu engelleyebilir fakat oyların çoğunluğunu almanın gerekmesi bu bağlamda da olumlu bir rol oynayabilir. Buna karşılık, bahsedilen durum, küçük siyasi

<sup>29</sup> KUBALI, s. 275; TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s. 280.

<sup>30</sup> ATAR, s. 223.

<sup>31</sup> LIJPHART, Arend, Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty Six Countries, Yale University Press, Second Edition, London, 2012, s. 134. ÖZBUDUN, Ergun, “Seçim Sistemleri ve Türkiye”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1, ss.521–539, 1995, s. 523.

<sup>32</sup> LIJPHART, s. 134.

<sup>33</sup> BLAİS, s. 240; ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 264; ÖZBUDUN, “Seçim Sistemleri ve Türkiye”, s. 536.

partilerin büyük siyasi partilerin yönetimini engellemek için birleşmeleri, bir anlamda, en büyük çoğunluğun yönetme imkânının engellenmesi olarak da görülebilir. Dar bölge basit çoğunluk sistemi bu yönden olumlu bir değerlendirmeye tâbi tutulabilir. Avustralya sistemini ise temsil bakımından dar bölge basit çoğunluk sistemine göre daha olumlu değerlendirmek mümkündür. Zira burada ikinci tur olmamasına rağmen seçmenin tercihi, dar bölge basit çoğunluk sisteminden farklı olarak daha belirleyicidir.

Listeli çoğunluk sisteminde ise siyasi partiler bir seçim bölgesinden seçilecek milletvekili sayısınca aday göstermekte ve seçmen siyasi partinin listesine oy vermektedir. Listeli çoğunluk sistemi tek turlu veya iki turlu olabilir. Listeli çoğunluk usulü ayrıca, seçmenin, adayın isim ve sıralamasında değişiklik yapamadığı bloke liste, adayın sıralamasını değiştirebildiği tercihli liste ve başka listelerdeki adaylarla değişiklik yapabildiği karma liste olarak uygulanabilir<sup>34</sup>. Seçmenin listede değişiklik yapabilmesi ve sistemin iki turlu uygulanması temsil yönüyle daha demokratik bulunabilir. Bununla birlikte, listeli çoğunluk sistemi bir partinin aldığı oya oranla çok daha yüksek bir temsile imkân tanıyabilir. Seçim sistemleri bakımından alınan oy ve elde edilen temsil bakımından fark olacağı kabul edilmekle birlikte, listeli çoğunluk sisteminde bunun makul bir fark olacağını belirtmek güçtür. Başka bir deyişle, listeli çoğunluk sistemi, dar bölge basit çoğunluk sistemi için de ifade edilen “kazananın her şeyi kazanması” belirlemesine daha uygun düşmektedir. Örneğin, ülkemizde çok partili hayata geçildikten sonra 1946, 1950, 1954 ve 1957 yıllarındaki seçimlerde uygulanan tek dereceli listeli çoğunluk sistemi, özellikle 1950 ve 1954 seçimlerinde Demokrat Parti’nin (DP) oy oranına nispetle Meclis’te oldukça yüksek oranda temsiline imkân tanımıştır<sup>35</sup>. Hatta bu durum 1960 darbesi için ciddi bir gerekçe teşkil etmiştir<sup>36</sup>. Bununla birlikte, ülke genelinde alınan oy ile meclisteki temsile ilişkin farklılığın nispi temsil sisteminde bütünüyle ortadan kalktığı

<sup>34</sup> TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s. 282.

<sup>35</sup> 1950 seçimlerinde DP % 53,3 ile 408 milletvekili, CHP % 39,9 ile 69 milletvekili, Millet Partisi % 3,1 ile 1 ve bağımsızlar %4,8 ile 9 milletvekili çıkarmıştır. 1954 genel seçimlerinde ise DP % 56,6 ile 490 milletvekili, CHP % 34,8 ile 30 milletvekili, Cumhuriyetçi Millet Partisi % 4,8 ile 5 ve bağımsızlar % 1,5 ile 10 milletvekili çıkarmıştır. Bkz. TEZİÇ, Erdoğan, 100 Soruda Siyasi Partiler, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1976, s. 352.

<sup>36</sup> EREN, “Türkiye’de Uygulanan...”, s. 83; ÖZBUDUN, “Seçim Sistemleri ve Türkiye”, s. 528.

söylenemez. Örneğin, 2002 genel seçimlerinde barajı sadece Adalet ve Kalkınma Partisi (Ak Parti) ve Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) geçebilmiş, bunun sonucunda Ak Parti Türkiye genelinde % 34 oy oranı ile Meclis'te % 66 oranında temsil imkânı kazanmışken, CHP ise % 19 oy oranı ile Meclis'te % 32 ile temsil edilmiştir. Gerçi burada temsil açısından bahsedilen bu fark seçim sisteminin hususiyetinden değil; baraj uygulamasından kaynaklanmıştır. Özellikle Doğru Yol Partisi, Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) ve Genç Parti yüksek oy oranlarına ulaşmalarına rağmen barajı geçememişler ve bu durum barajı geçen iki partinin Meclis'teki temsil oranlarını artırmıştır.

Parlamente sistemi, çoğunluk sistemlerinin nispi seçim sistemlerine göre istikrarlı hükümete yol açması ihtimalinin daha yüksek olduğu değerlendirilmektedir<sup>37</sup>. Ülkemizde de seçim sistemine yönelik eleştiriler, genel olarak, bu bağlamda temellendirilmektedir. Cumhurbaşkanlığı sisteminin benimsenmesi, hükümetin kurulması noktasında belirsizliğe yol açması yönünden seçim sistemine yönelik eleştirileri azaltabilir. Gerçekten, 24 Haziran 2018 tarihli TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerinden sonra Ak Parti, Meclis'te üye tamsayısının salt çoğunluğunu sağlayacak bir çoğunluğa ulaşamamakla birlikte, Cumhurbaşkanı'nın kabineyi kurması bundan bütünüyle bağımsız bir şekilde gerçekleşmiştir. Bununla birlikte, mecliste cumhurbaşkanının seçildiği partiden başka bir çoğunluğun bulunması, cumhurbaşkanının istediği kanunların çıkmaması durumunda ciddi bir soruna dönüşebilir<sup>38</sup>. Nitekim ABD'de iki partili bir Meclis yapısından bahsedilebilecek olmakla birlikte, bütçenin onaylanmaması federal kurumların kapanmasına ve federal hükümetin harcama yapamamasına sebep olmaktadır. Ayrıca, hükümet sistemi değişikliği ile yürütmeye sağlanan istikrarın, seçim sisteminin etkisi yönüyle yasama bağlamında da değerlendirilmesi gerekir<sup>39</sup>. Başka bir deyişle, Cumhurbaşkanlığı sisteminin güçlerin sert ayrılığı olması, yasama organının yürütme ve yargı ile irtibatını

<sup>37</sup> "Bu usul parlamentoda kahir ve mütecanis bir ekseriyetin teşekkülünü intac eder. Kabine azaları bu ekseriyetten çıkacağına ve onun kararlarını icraya memur bir komite şekli alacağına göre ekseriyet usulü aynı zamanda hükümette istikrarı sağlar." Bkz. BAŞGİL, s. 403.

<sup>38</sup> EREN, "Türkiye'de Uygulanan...", s. 78.

<sup>39</sup> Aynı yönde bkz. AKINCI, Berat, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Seçim Sistemi Arayışları: Dar Bölge Seçim Sisteminin Yönetimde İstikrar Ve Temsilde Adalet Kriterleri Açısından Değerlendirilmesi", International Journal of Social Science, S.63, ss.403-420, 2017, s. 411.

ortadan kaldırmamaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri, Hâkimler ve Savcılar Kurulu üyelerinin seçimi gibi alanlarda, yasamanın yürütme ve yargı ile ilişkili konumu belirtilmelidir. Bahsedilen yönleriyle yasama organının tek başına her farklılığı temsil etmesinin yeterli olduğu, ayrıca yeknesak veya istikrarlı olmasının gerekmediği söylenemez. Bu durum, elbette yasama organının yürütmeyi denetleyen ve dengeleyen yönünün dışlanması olarak değerlendirilmemelidir. Bu bakımdan, seçim sistemi tercihi, yasama organının yürütme organıyla tam bir uyum içinde olması ve herhangi bir denetim fonksiyonunu üstlenmemesi olarak anlaşılmalıdır. Özellikle, Cumhurbaşkanlığı sisteminde Cumhurbaşkanının yürütmedeki etkin konumu düşünüldüğünde, güçler ayrılığı ilkesiyle bağdaşır şekilde yasama organının konumu da göz ardı edilmemelidir. Zira kanunların zor hazırlandığı, çıkarılmasında ihtiyaç duyulan muhalefetin eklemeleri sebebiyle kanunun bütünlük arz etmediği, milletin temsili fikrinden uzaklaşarak farklılıkların temsiline ilişkin bir yapıya dönüşmesi gibi ihtimaller yasama organının istikrarını engelleyebilen durumlardan bazılarıdır<sup>40</sup>.

Çoğunluk sistemleri, çoğulcu demokrasi anlayışı çerçevesinde eleştirilmektedir. Bu bağlamda, çoğunluk sistemlerinin olumsuz yönleri siyasi partilerin genelinin mecliste temsil edilememesi, kutuplaşmanın artması, vatandaşın oyunun boşa gideceği kaygısıyla oy kullanması suretiyle gerçek iradesini sandığa yansıtamaması olarak tespit edilebilir<sup>41</sup>. Ayrıca, oy oranı ile meclisteki temsil oranının ciddi ölçüde farklı olması ihtimali vurgulanmalıdır. Yani bir parti aldığı oy oranının çok üzerinde bir temsil imkânına sahip olabilmektedir<sup>42</sup>. Temsildeki orantısızlık ise ülkede yeni bir siyasi partinin doğmasını veya gelişmesini engellerken ayrıca, meclisteki denetimin zayıflığı sebebiyle çoğunluk partisinin otoriterleşmesine neden olabilir<sup>43</sup>. Özellikle,

<sup>40</sup> ARSEL, İlhan, Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, 1. Kitap: Demokrasi, Güven Matbaası, Ankara, 1955, s. 308.

<sup>41</sup> GRUMM, s. 358. Grumm, Duverger’in çoğunlukçu sistemin olumsuz yönlerine ilişkin tespitlerinin, genel olarak, Belçika’yı örnek almasından kaynaklandığını belirtmektedir. Zira çoğunluk sisteminin uygulandığı Belçika’da nispi sistemin benimsenmesiyle Liberal Parti’nin oy oranı değişmiştir. Buna karşılık Grumm, Norveç ve Danimarka örnekleriyle, seçim sisteminin çoğunluk sisteminden nispi sistem yönünde değişmesinin, oy ve sandalye bakımından zorunlu olarak olumlu sonuç doğuramayabileceğini belirtmektedir. Bkz. GRUMM, s. 358-370.

<sup>42</sup> ÇAM, s. 74.

<sup>43</sup> KUBALI, s. 269.

temel kamu özgürlüklerinin gerçek anlamda yerleşmediği ülkelerde zümre tahakkümü ve parti istibdadı riski bulunmaktadır<sup>44</sup>. Öte yandan, desteklediği adayın veya siyasi partinin seçmenin çoğunluğu tarafından rağbet görmediğinin bilindiği durumlarda, sandığa hiç gitmemek şeklinde ortaya çıkan seçmen tavrını da çoğunluk sisteminin dezavantajları arasında saymak mümkündür<sup>45</sup>.

*Özbudun*, tek isimli iki turlu çoğunluk sisteminin, demokratiklik açısından daha az eleştirilebilir olduğunu savunmaktadır. Zira sistemin iki turlu işlemesi, ikinci turda seçilme ihtimali olmayan partilerin kendilerine yakın olan parti veya aday lehine seçimden çekilmeleri şeklinde ittifak ve ortaklıkların kurulmasını sağlayabilir<sup>46</sup>. Ayrıca çoğunluk sistemlerine ilişkin bahsedilen olumsuz yönlerin bir kısmına nispi temsil sistemlerinde de rastlanabilir. Ulusal düzeyde uygulanmadığı veya baraj uygulamasının olduğu nispi temsil sistemlerinde demokratik temsile ilişkin sorunlar ortaya çıkmaktadır. Örneğin desteklemek istediği partinin barajın altında kalabileceği riski, seçmeni kötünün iyisine oy vermek yönünde bir tercihe itebilir<sup>47</sup>. Nispi temsil sisteminin barajsız uygulanmasının ise mecliste istikrarlı bir çoğunluğun oluşmasına engel olacağı söylenebilir. *Grumm*, iki partili siyasi hayatın çoğunluk sisteminin zorunlu sonucu olmadığını, nispi temsil sisteminin de iki partili bir siyasi hayata yol açma ihtimalinden ve nispi temsil sistemlerinde de küçük partilerin mecliste düşük temsil veya hiç temsil edilememeye ihtimalinden bahsetmektedir<sup>48</sup>. Gerçekten, Türkiye’de nispi temsil sisteminin çeşitli alt türlerinin uygulandığı 1965 ve 1969 seçimlerinde Adalet Partisi (AP); 1965 seçimlerinin milli bakiye, 1969 seçimlerinin ise barajsız d’Hondt olmasına rağmen Meclis’te mutlak çoğunluk kazanabilmiştir. Bu dönemi, 1970 yılında Milli Nizam Partisi’nin ortaya çıkışına kadar AP ve CHP’den oluşan iki partili bir siyasi hayata yol açtığı şeklinde belirtebiliriz. Ayrıca, seçim süreçleri, öncesinde ve sonrasında bizim sistemimizde görüldüğü üzere kutuplaşmanın arttığı zeminlerde devam

<sup>44</sup> BAŞGİL, s. 404.

<sup>45</sup> BANDUCCI, Susan A. ve KARP, Jeffrey A., “Electoral Systems, Efficacy and Voter Turnout”, Klingemann, Hans-Dieter (ed.), *The Comparative Study of Electoral Laws*, Oxford University Press, 2009, s. 109.

<sup>46</sup> ÖZBUDUN, “Seçim Sistemleri ve Türkiye”, s. 536.

<sup>47</sup> GRUMM, s. 358.

<sup>48</sup> GRUMM, s. 374.

edebilir. Hatta bu durum sadece seçimlerle bağlantılı olarak değerlendirilemez. Siyasetin kutuplaş(tır)masının kültürle ilişkili bir boyutu olduğunun unutulmaması gerekir.

### B. Nispi Temsil Sistemi ve Sonuçları

Nispi temsil sisteminde, partilerin meclisteki temsili, aldıkları oy oranıyla doğru orantılı olarak belirlenmektedir. Bununla birlikte, küçük siyasi partiler ve artık oyların değerlendirilmesi, nispi temsil sisteminde farklı türleri ve seçim barajını ortaya çıkarmıştır. Ayrıca tercih edilen nispi temsil sisteminin alt tipine göre partilerin aldıkları oy oranı ve mecliste elde ettikleri temsil oranı değişebilmektedir<sup>49</sup>. Çoğunluk sistemleri tek turlu ve iki turlu olabilirken nispi temsil sistemleri zorunlu olarak tek turlu uygulanan bir sistemdir<sup>50</sup>. Yine nispi temsil sistemleri mutlaka listeli olarak uygulanır. Nispi temsil sisteminin çok farklı alt türlerinin olduğu belirtilmelidir.

Tam olarak uygulanan nispi temsilde ülkenin tamamı bir seçim bölgesi olarak belirlenmekte, kullanılan toplam geçerli oy, seçilecek toplam milletvekili sayısına bölünerek bir milletvekili seçilmesi için gereken oy sayısı ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla her siyasi partiden kaç milletvekili çıkacağı belli olmaktadır<sup>51</sup>. Bu sisteme *ulusal artık* veya *milli bakiye* sistemi de denilmekle birlikte<sup>52</sup> esasında ulusal düzeyde uygulanan tam nispi temsil olarak belirtilmesi daha uygundur<sup>53</sup>. Zira ulusal düzeydeki nispi temsil sistemi, esasında ülkenin tamamının tek bir seçim bölgesi olarak görülmesi ve büyük ihtimalle artık milletvekili kalmaması şeklinde gerçekleşmektedir. Bu sistemde her parti için en fazla ulusal seçim kotasının bir eksiği kadar artık oy kalabilir<sup>54</sup>. Temsili sistemin yerel veya kişisel değil; siyasi ve milli olduğu esası da bu sistemde daha belirgindir<sup>55</sup>.

Milli bakiye sistemi ulusal düzeydeki nispi temsile benzetmekle birlikte, burada seçim bölgeleri düzeyinde milletvekilleri paylaştırıldıktan sonra, tüm

<sup>49</sup> ÖZBUDUN, “Seçim Sistemleri ve Türkiye”, s. 523.

<sup>50</sup> AKYILDIZ, Ali, “Demokrasinin Sayılarla Sınavı: Seçim Sistemleri”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Serdar Özgüldür Armağanı, S.7, ss.127-148, 2016, s. 131.

<sup>51</sup> TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s. 288.

<sup>52</sup> ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 265; GÖZLER, s. 323.

<sup>53</sup> GÖZLER, s. 323.

<sup>54</sup> GÖZLER, s. 320.

<sup>55</sup> ARSEL, s. 295.

partilerin artık oyları ülke düzeyinde toplanarak meclisteki açıkta kalan sandalyelere tekrar paylaştırılmaktadır. Milli bakiye sistemi, artık oyların en son değerlendirilmesi aşamasında merkezi bir hesaplama yolu ile uygulanmaktadır<sup>56</sup>. Türkiye’de seçim kanununda 1965 yılında yapılan değişiklikle benimsenen ve 1965 seçimlerinde uygulanan sistem de budur.

Nispi temsilin bir diğer türü *en büyük artık* veya *en kuvvetli kalıntı* usulüdür. Bu usulde, ilk olarak bir seçim bölgesinde kullanılan geçerli oylar bu bölgeden çıkacak milletvekili sayısına bölünerek bir milletvekili çıkarmak için gerekli olan sayı (seçim sayısı veya seçim kotası) belirlenir<sup>57</sup>. İkinci olarak buradaki artık milletvekilleri, artık oyların büyüklüğüne göre paylaştırılır. *En yüksek (kuvvetli) ortalama* usulü ise açıkta kalan milletvekilinin en fazla oyun temsil edileceği partiye verilmesini kabul eder<sup>58</sup>. Bu sistemde ilk olarak, partilerin aldıkları oyların kaç milletvekiline dönüştüğü hesaplanmakta; açıkta kalan sandalyeler ise partilerin oylarının elde ettikleri milletvekili sayısına 1 eklenerek bölünmesi suretiyle belirlenmektedir<sup>59</sup>.

Nispi temsilin diğer bir türü d’Hondt usulüdür. D’Hondt usulü Türkiye’de hâlihazırda uygulanan seçim sistemidir. Bu sistemin ayrıntıları bir alt başlıkta incelenmektedir. Burada d’Hondt usulüne benzeyen Sainte-Lague usulü belirtilebilir. Sainte-Lague usulünün d’Hondt usulünden başlıca farkı ise partilerin aldıkları oyların 1’den başlanarak tek sayılara bölünüp en yüksek bölümlerin sandalyeye dönüştürülmesidir<sup>60</sup>.

Listeli olması, nispi temsil sisteminin niteliği gereğidir. Her parti, seçim bölgesinden çıkacak milletvekili kadar adayı listesinde belirtmektedir<sup>61</sup>. Bu listede seçmenin değişiklik yapabilmesine göre de nispi temsil sistemini bir tasnife tâbi tutabiliriz. Buna göre karma liste usulünde seçmen değişik partilerin listesindeki adaylar arasında tercih yaparak o seçim bölgesinden çıkacak sayıda adayı kendisi belirlemekte yani kendi listesini yapmaktadır<sup>62</sup>. Bu usulde seçmen iradesinin belirleyici olmasının sistemi daha demokratik

<sup>56</sup> AKYILDIZ, s. 134.

<sup>57</sup> TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s. 285; ATAR, s. 225.

<sup>58</sup> KUBALI, s. 272.

<sup>59</sup> TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s. 288; ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 265.

<sup>60</sup> ÖZBUDUN, “Seçim Sistemleri ve Türkiye”, s. 523; İBA, s. 145.

<sup>61</sup> GÖZLER, s. 324.

<sup>62</sup> GÖZLER, s. 325.

hale getirdiği belirtilebilir. “Devredilebilir tek oy” veya STV (Single Transferable Vote) denilen sistem buna benzemektedir. Gerçi STV usulünde seçmenler parti listesine oy vermemektedirler. Buna karşılık, o seçim bölgesindeki adayların tamamı oy pusulasında yer alır. Seçmenler bunlar arasında bir sıralama yapar ve seçim kotasına ulaşan adaylar seçilmiş olur<sup>63</sup>. Bloke listede seçmen partinin belirlediği adaylarda ve bunların sıralamasında herhangi bir değişiklik yapamamaktadır. Partiye kullanılan oy, partinin listesi bakımından değerlendirilmektedir<sup>64</sup>. Tercihli oy usulünde ise seçmen, parti listesindeki sıralamada değişiklik yapabilmekte, böylelikle burada seçmenin iradesi ile partinin iradesi birleştirilmiş olmaktadır<sup>65</sup>.

Nispi temsil sistemleri, genel olarak, ülke genelinde alınan oyların, meclise yansması bakımından daha adaletli bir sonuca yol açtığı yönünde değerlendirilmektedir. Nispi temsil sistemlerinde etnik, dini, siyasi, mezhepsel ve ideolojik farklılıkların mecliste yer alması, çoğunluk sistemleri ile karşılaştırıldığında daha büyük bir ihtimaldir. Başka bir deyişle, nispi temsil sistemi, farklılıkların tek bir kompozisyon teşkil edeceği yapıyı yasama organı bünyesinde oluşturabilir. Bununla birlikte bu sistemin de kullanılan oyun sandalyeye dönüşümünü tam bir orantılılıkla sağladığı belirtilemez. Zaten bunun makul bir beklenti olduğu da söylenemez. Fakat bu sistemin çoğunluk sistemlerine göre partilerin meclisteki temsilini daha adaletli bir oranda sağladığı savunulabilir. Başka bir deyişle, etnik, dini, felsefi, kültürel ve benzeri farklılıkların siyasi olarak partiler tarafından mecliste temsil edilmesi, bahsedilen yönlerden heterojen olan toplumlarda nispi temsilin milli birlik açısından zorunluluk olarak ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir<sup>66</sup>. Ayrıca, parlamentonun oluşumunda ani değişikliklere engel olması ve sürekliliği devam ettirmesi gerekçeleriyle siyasi istikrarın sağlanmasına yardımcı olur<sup>67</sup>.

Nispi temsil sistemlerinin olumlu bir yönü, seçmenin sandığa gitmesi yönüyledir. Bu duruma sebep olarak her ne kadar farklı gerekçeler ileri sürülmekeyse de çoğunluk sistemleriyle karşılaştırıldığında yüzde ondan daha fazla oranda seçmen tercihini kullanmak üzere sandığa gitmektedir<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> LIJPHART, s. 136; ÖZBUDUN, “Seçim Sistemleri ve Türkiye”, s. 524; GÖZLER, s. 324.

<sup>64</sup> GÖZLER, s. 325.

<sup>65</sup> GÖZLER, s. 325.

<sup>66</sup> İBA, s. 154.

<sup>67</sup> KUBALI, s. 270.

<sup>68</sup> BANDUCCI ve KARP, s. 109.



Bu durum özellikle, seçmenin oyunun karşılığı olduğunu bilmesinden kaynaklanmaktadır<sup>69</sup>. Nispi temsil sisteminin olumlu diğer bir yönü seçimlere ikiden fazla siyasi partinin katıldığı ülkeler bakımındandır. Buna göre çok partili siyasi sistemde seçmen, ideolojisi doğrultusunda istediği siyasi partiyi desteklemektedir. Zira burada seçmen, oyunun seçimde bir sonucu olacağından yani “etkililiğinden” dolayı, ideolojik olarak kendisini en yakın hissettiği partiye oy vermektedir<sup>70</sup>. Öte yandan nispi temsil sistemlerinde partilerin aldıkları oy oranı ile mecliste elde ettikleri sandalye sayısı çoğunluk sistemlerine göre daha orantılı olmaktadır<sup>71</sup>. Esasen bu durumda uygulanan nispi temsil sisteminin yanında eğer ulusal düzeyde nispi temsil tercih edilmediyse seçim bölgelerinin büyüklüğü de bir etkidir<sup>72</sup>.

Nispi temsil sistemine yöneltilen eleştirilerden biri, nispi temsil sisteminin zorunlu olarak listeli uygulanmasından dolayı, listelerin belirlenmesinde seçmenin etkisinin olmaması ve bu suretle özellikle parti tarafından belirlenen kişiye oy vermek zorunda kalmasıdır<sup>73</sup>. Bu durum, seçmen iradesinin ikinci plana itilmesinin yanında, milletvekilinin parti politikaları sebebiyle hesap vermesi imkânını (accountability) azaltmaktadır<sup>74</sup>. Dolayısıyla adaletli bir temsili sağlaması yönü ön plana çıkarılmasına rağmen sistemin işleyişi bakımından demokratikliği boyutu eleştirilebilir. Gerçi bu durum, sistemin işletilmesiyle ilgili bir sorun olarak görülebilir. Zira siyasi partiler aday belirleme süreçlerinde önseçim gibi yollarla seçmenin iradesi doğrultusunda aday belirleyerek sistemin daha demokratik işleyişini sağlayabilir. Ayrıca bahsedilen eleştiri nispi temsilin bloke liste usulüyle birlikte uygulandığı durumda vardır. Tercihli oy ve karma liste usulüyle birlikte nispi temsilin anılan olumsuzluğunun büyük ölçüde ortadan kalktığına şüphe yoktur. Fakat ülkemizde liderin ön planda olduğu disiplinli siyasi parti yapısı ve seçmenin genel olarak parti ideolojisi doğrultusunda oy kullanma eğilimi gözetildiğinde, seçmenin aday listelerinin belirlenmesinde etkisinin sınırlı olacağını belirtmek gerekir.

<sup>69</sup> BANDUCCI ve KARP, s. 110.

<sup>70</sup> BANDUCCI ve KARP, s. 110.

<sup>71</sup> ÖZBUDUN, “Seçim Sistemleri ve Türkiye”, s. 526.

<sup>72</sup> ÖZBUDUN, “Seçim Sistemleri ve Türkiye”, s. 527.

<sup>73</sup> KARAMUSTAFAOĞLU, s. 213.

<sup>74</sup> BLAIS, s. 255.

Bu sisteme ilişkin önemli diğer bir eleştiri, parlamenter sistemlerde geçerlidir. Buna göre koalisyon hükümetlerinin kurulmasının kaçınılmaz olduğu ülkelerde, hükümetin kurulmasının seçmenin tercihi doğrultusunda değil de siyasi elitler tarafından kurgulanması, seçmenin sandığa gitme hevesini kıran unsurlardan birisidir<sup>75</sup>. Nitekim bu, siyasi tarihimizde de yabancı olunmayan bir durumdur. Örneğin, 1995 milletvekilliği genel seçimleri sonucunda Refah Partisi (RP) Meclis’te çoğunluğu elde etmesine rağmen diğer bazı etkilerin sonucunda 53. hükümet Anavatan Partisi ve Doğru Yol Partisi (DYP) koalisyonu olarak kurulmuştur. Söz konusu yasama dönemi içinde, 1996 yılında RP–DYP koalisyon hükümeti oluşturulabilmiştir.

## II. TÜRKİYE’DE MEVCUT SEÇİM SİSTEMİ

Seçim sistemleri, oyların parlamento’ya yansımalarıdır. Bununla birlikte, oyların parlamentoda aynı oranla sandalyeye dönüşmesi zor bir ihtimaldir. Zaten bu sebeple farklı seçim sistemleri söz konusudur. Bazı seçim sistemleri kullanılan oyları parlamento’ya daha adil bir şekilde yansıtabilirken kimi seçim sistemleri ise oyların parlamento’ya yansımada bu yönden daha sınırlıdır. Bununla birlikte her seçim dönemi, seçim sistemlerinin de farklı sonuçlar vermesine yol açmaktadır. Partilerin oy dağılımı bu konuda farklılıklara yol açabilmektedir. Ayrıca, kimi seçim sistemi istikrarı öncelerken kimi seçim sistemi ise temsili öncelemektedir. Fakat hükümetin parlamento tarafından belirlendiği parlamenter sistemlerde, parlamentonun hükümetin oluşmasına imkân sağlayacak uzlaşma kültürünü ve birlikteliği gösterebilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde parlamenter sistem yönetimsizlik ve kargaşa anlamına gelebilir. Güçlerin sert ayrılığının benimsendiği başkanlık sistemlerinde ise başkan, hükümet etmesine imkân sağlayacak ve bunu güçleştirmeyecek bir yasama organına ihtiyaç duyar. Zira güçlerin sert ayrılığı olarak belirtilen ABD başkanlık sisteminde de güçlerin itidalli bir ilişki içinde olduğu görülmektedir<sup>76</sup>. Elbette bu durum, güçler ayrılığının yürütmeyi dengelemesi boyutunun ihmal edilmesi anlamına gelmemelidir. Fakat güçler ayrılığının, yürütmeyi daima özgürlükleri ihlal edecek bir potansiyelde görerek hükümet edemez bir hale getirecek şekilde anlaşılması da doğru değildir.

Türkiye’de farklı dönemlerde çok farklı seçim sistemleri uygulanmıştır. Cumhuriyet’e kadar olan dönemde ilk olarak 1877 seçiminde, sonrasında

<sup>75</sup> BANDUCCI VE KARP, s. 111.

<sup>76</sup> BAŞGİL, s. 320.

1908, 1912, 1914 ve 1919 yıllarında Meclis-i Mebusan seçimleri için en çok oyu alanın kazandığı çoğunluk sistemi uygulanmıştır<sup>77</sup>. Cumhuriyet’le birlikte yine 1961 Anayasasına kadar olan dönemde çoğunluk sistemi uygulanmıştır. “Oya oranla Meclis’te yüksek temsil” imkânı veren bu sistemin 1960 darbesinin de sebepleri arasında yer aldığı söylenebilir. Tabii burada temel sorun seçim sisteminin geniş bölge veya listeli çoğunluk sistemi olmasından dolayı oy çokluğuna ulaşan partinin *tulum çıkarmasıdır*<sup>78</sup>. Örneğin, 1957 seçimlerinde DP % 48 oyla Meclis’te % 70’e yakın bir temsil elde etmişken, muhalefet partileri % 52 oyla Meclis’te % 30 civarı bir temsile ulaşabilmiştir<sup>79</sup>. Bu arada, 1946 yılına kadar seçimlerin iki dereceli olarak yapıldığı belirtilmelidir.

1961 Anayasası döneminde Millet Meclisi üyelerinin seçim sistemi 306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 32. maddesinde nispi temsilin d’Hondt usulü olarak kabul edilmişti. Bu kanun ayrıca, seçim bölgesi barajı da öngörmekteydi. Yani bir seçim bölgesinden vekil çıkarabilmek için geçerli oyların toplamı o bölgede çıkacak milletvekili sayısına bölünüyor ve elde edilen sayıdan az oy alan siyasi parti veya aday paylaşmaya katılamıyordu<sup>80</sup>. 304 sayılı Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu ise Cumhuriyet Senatosu üyelerinin seçimi için geniş bölge yani listeli çoğunluk sistemi öngörmekteydi. 447 sayılı ve 17.4.1964 tarihli Kanunla Cumhuriyet Senatosu üyelerinin seçimi için Millet Meclisi seçimlerinde de uygulanan d’Hondt usulü benimsenmişti<sup>81</sup>. 1965 yılında seçim kanunları bir kez daha değiştirilmiş ve hem Millet Meclisi hem de Cumhuriyet Senatosu seçimlerinde milli bakiye usulü seçim sistemi olarak kabul edilmiştir<sup>82</sup>. Nihayet 1968 yılında yapılan değişiklikle seçim bölgesi barajlı d’Hondt sistemi benimsenmiş; fakat Anayasa Mahkemesi bu değişikliğin baraja ilişkin

<sup>77</sup> FENDOĞLU, Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 338; FEDAYİ, s. 110-111. Bu arada Milli Mücadele döneminde de ülkemizde seçimlerin yapıldığı belirtilmelidir. Bu dönemde yapılan seçimlerde çoğunluk sistemi uygulanmıştır. Bkz. FEDAYİ, s. 111.

<sup>78</sup> TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 283.

<sup>79</sup> TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 283.

<sup>80</sup> ALDIKAÇTI, s. 309-310.

<sup>81</sup> ALDIKAÇTI, s. 308.

<sup>82</sup> ALDIKAÇTI, s. 308-309.

hükümlerini iptal etmiştir<sup>83</sup>. Bu konuda yeni bir düzenleme yapılmadığından 1980 darbesine kadar barajsız d’Hondt sistemi her iki Meclis için uygulanmıştır<sup>84</sup>.

Anayasa Mahkemesi 1968 yılındaki bu kararında, 306 sayılı kanuna 1036 sayılı kanunla eklenen 32. maddenin dördüncü ve beşinci fıkrası hükümlerini Anayasa’ya aykırı bulmuştur. Kararda, “Gerçekten Anayasa, Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi üyelerinin seçimlerinde uygulanacak düzenin ne olması gerektiğini bir kural ile tespit etmemiştir. Anayasa’nın kimi maddelerine ilişkin gerekçelerde seçim düzenlerine değinen bazı işaretlere rastlanmakta ise de konunun bir temel kurala bağlanarak Anayasa metnine geçirilmesinden sakınıldığı ve seçim düzenlerinin tespiti işinin, gelecekteki kanun koyuculara bırakıldığı görülmektedir. Nitekim Anayasa’nın 55. maddesinin ilk fıkrasında vatandaşların kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme ve seçilme haklarına sahip oldukları açıklanmak suretiyle seçme ve seçilme haklarının ancak kanunda gösterilen şartlara göre kullanılabileceğinde şüphe bırakılmamıştır.

Seçim düzenleri, seçme ve seçilme haklarının ilgili ülkenin koşullarına, gerçeklerine, gereklerine ve yararlarına göre en iyi ve doğru biçimde kullanılmalarını sağlamak üzere düşünülmüş bir takım yöntemlerdir. O halde kanun koyucunun belli seçim düzenlerinden birini kanunlaştırmakta yahut ülkenin koşullarına, gerçeklerine ve yararlarına uygun göreceği, yeni bir düzeni ortaya koymakta takdir serbestliğine sahip bulunduğunu kabul etmek gerekir. Ancak bu takdir serbestliğini sınırsız düşünmek mümkün değildir. Çünkü Anayasa’nın 55. maddesinin ikinci fıkrası birinci fıkrasındaki yetkiye ilk

<sup>83</sup> E. 1968/15, K. 1968/13, K.T. 3, 4 ve 6 Mayıs 1968, R.G. 24.10.1968.

<sup>84</sup> 1982 Anayasası döneminde 1961 Anayasası dönemine tepki olarak her siyasi partinin Meclis’teki temsilini engellemek ve istikrarlı hükümetlerin kurulmasını sağlamak üzere Milletvekili Seçimi Kanunu’nda yüzde on ülke geneli barajı öngörülmüştür. Buna rağmen barajın olması muhakkak istikrarlı bir hükümetin kurulmasına yol açacaktır, barajın olmaması ise muhakkak istikrarsız bir hükümete yol açacaktır yorumu her durumda geçerli değildir. Örneğin, Türkiye’de 1965 ve 1969 seçimlerinde baraj uygulanmamasına rağmen, AP tek başına hükümeti kurabilmiştir. Buna karşılık 7 Haziran 2015 seçimlerinde dört siyasi parti barajı geçmiş ve hükümet kurulamamışken, 1 Kasım 2015 seçimlerinde yine dört siyasi parti barajı geçmesine rağmen hükümet kurulabilmiştir. Dolayısıyla, meclis aritmetiğinin ortaya çıkışında oy oranlarının dağılımı ve baraj uygulamasının yanında başka etkenler de belirleyicidir.

sınırı şöylece koymaktadır: seçimler serbest eşit, gizli, tek dereceli genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre yapılır.

Bunlar seçimler için Anayasa'nın getirdiği özel kurallardır. Kanun koyucu seçim düzen ve yöntemlerini koyarken, önce bu ilkelere uymak zorundadır. Bu ilkeleri saklı tutmayan bir seçim Kanununun Anayasa'ya aykırılığından şüphe edilemez.

Kanun koyucuyu bağlayan sadece 55. madde değildir. Bir "Bedahat" olduğu için ayrıca belirtmesi gerekli bulunmamakla birlikte hatırlatılmasında yarar umulan husus şudur: Kanun koyucunun, Anayasa'nın 5. maddesiyle tanınan, yasama yetkisini kullanırken, yine Anayasa'nın 8. maddesinde belirtilen (Kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağı; Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu) ilkesini ve bu ilke dolayısıyla da, tüm Anayasa kurallarını göz önünde bulundurması gerekir. Kanun koyucu, bütün yasama işlemlerinde olduğu gibi seçim kanunlarını yapar ve bu kanunlarla seçim düzenlerini kurarken de Anayasa'da yer alan ve konu ile ilişkisi bulunan bütün kuralları göz önünde tutmak ve onların sınırları içinde kalmak durumundadır."

Kararda, seçim çevresi barajı, "engelli seçim düzeni, seçmen azınlığına dayanan temsilcilerin Mecliste çoğunluk sağlayarak yurt yönetiminin başına geçmelerine yol açabileceğinden, Anayasa'nın 2. maddesindeki "demokratik hukuk devleti" ilkesine aykırı" görülmüştür. Yine, seçme ve seçilme hakkı bakımından baraj, "seçim işlerinin tabii bir sonucu olmaksızın, sırf kanun koyucunun takdirî ile sunî olarak bir engel sayısı yaratılmış ve bu sayının altında kalan yurttaş oylarının nazara alınmaması" olarak değerlendirilmiştir. Hâlbuki seçim sistemlerinin, seçmen iradesinin mutlak suretteki yansması olması beklenemez. Dahası, baraj uygulamasının seçmeni ruhi bir baskı altına alacağı gerekçesiyle seçimlerin serbestliği ve bir kısım partilerin aldıkları oyların hesaplamaya katılmayacağı gerekçesiyle de çok partili siyasi hayat bakımından Anayasa ile bağdaşmadığı belirtilmiştir. Kararda, yasa koyucunun seçim sistemi tercihinin nispi temsil sistemi içerisinde kalmasının öngörüldüğü belirtilebilir<sup>85</sup>. Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde

<sup>85</sup> Anayasa Mahkemesi kararında "nitekim pek de uzak sayılmayacak bir geçmişte, 1957 seçimlerinde, başka bir seçim düzeniyle Türkiye'de aynı sonucun ortaya çıktığı görülmüş; yurt çapında seçmen azınlığının oylarını toplayabilmiş bir siyasî parti, seçim düzeninin sonucu olarak Millet Meclisindeki koltukların çoğunu elde etmiş,

de seçim çevresi barajını ve ülke milletvekilliğini Anayasa’ya aykırı bulmuştur<sup>86</sup>.

Seçim sisteminin belirlenmesi yasama organının yetkisindedir. Değişen şartlara daha kolay uyum sağlanabilmesi için seçim sistemi “*donmuş Anayasa maddeleri*” ile değil; kanun ile tespit edilmiştir<sup>87</sup>. Anayasa Mahkemesi’nin bu yöndeki içtihadı da 1961 Anayasası döneminden itibaren istikrar kazanmıştır<sup>88</sup>. Gerçi aynı kararda, yasa koyucunun nispi temsil sisteminin gerekleri doğrultusunda seçim kanunlarını hazırlaması gerektiğinin belirtilmesi, yasama organının seçim sistemi tercihinin nispi temsil sistemi içinde bir alt tipi belirlemekle sınırlı olduğu anlamına gelebilir.

1982 Anayasası’nın 67. maddesine 1995 yılında 4121 sayılı Kanun’un 5. maddesi ile seçim kanunlarının temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak şekilde hazırlanması gerektiği hususu eklenmiştir. Anayasa Mahkemesi, bağdaşması zor olan bu iki ilkenin yorumlanmasında<sup>89</sup>, seçim kanunlarının hazırlanmasında yasama organının iradesinin belirleyici olduğunu belirtmiştir<sup>90</sup>. Anayasa Mahkemesi’nin anılan kararında, “*az oyla çok temsil getiren böylece sağladığı fazla milletvekilleriyle aşırı temsil durumunu getiren sistem Anayasa’nın temsilde adalet ilkesiyle bağdaşmaz*”

*böylece aslında azınlıkta kaldığı halde Mecliste sağlayabildiği çoğunluğa dayanarak ülkenin yönetimini elinde tutmuştur*” denilmekte ve DP’nin hükümet etmesine ilişkin 1960 darbesini yapanların ortaya koyduğu meşruiyet savunmasını yapmaktadır. Çoğunluk sisteminin Meclis’te adaletli bir temsil sağlamadığı ifade edilebilirdi ve fakat kararda parlamenter sistemde hükümet edilmesi için mutlak çoğunluğun sağlanması gerektiği anlamına gelecek bir yorum temsili sistemin mantığıyla bağdaşmaz. Bu yorumun vesayet yanlılarınca belirli dönemlerde tekrarlandığı görülmektedir.

<sup>86</sup> E. 1995/54, K. 1995/59, K.T. 18.11.1995, R.G. 21.11.1995.

<sup>87</sup> SOYSAL, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 4. Baskı, Gerçek Yayınevi, 1977, s. 239.

<sup>88</sup> Gerçekten, Anayasa Mahkemesi’nin 1965 yılında verdiği kararda, “*seçimlerin, serbest, eşit, gizli, tek dereceli ve genel oy ve açık sayım ve döküm esasları dışında kalan bütün şartları ve nitelikleri Kanun Koyucusunun takdirine bırakılmış bulunmaktadır*” denilmektedir. Karar için bkz. E. 1963/171, K. 1965/13, K.T. 5.3.1965, R.G. 13.11.1965.

<sup>89</sup> ÖZBUDUN, “Seçim Sistemleri ve Türkiye”, s. 533; FEDAYİ, s. 110.

<sup>90</sup> “...iki ilkeyi her yönüyle olmasa da genelde bağdaştırmak, ülkelere göre değişmesi olağan bir durumdur. Bunu seçmek yasama organının yetkisinde olmakla...” Bkz. E. 1995/54, K. 1995/59, K.T. 18.11.1995, R.G. 21.11.1995.

denilmektedir<sup>91</sup>. Esasında bu yaklaşımın, temsilde adalet ilkesinin yönetimde istikrar ilkesinden öncelikli olduğu şeklinde yorumlanması mümkündür. Nitekim kararda, adaletin istikrar sağlayacağı belirtilmiştir<sup>92</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin aynı kararında yönetimde istikrar ilkesi, "...yürütmenin güçlü olmasını sağlayacak biçimde oyları yasama organına yansıtacak yöntemler..." olarak belirtilmektedir. Bu bağlamda, nispi temsilin ülke geneli barajlı olarak uygulanmasının Anayasayı ihlal etmediği belirtilmektedir. Temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerinin seçim kanunlarında bir arada bulunması, genel olarak, imkânsız görülmektedir<sup>93</sup>. Dolayısıyla bu iki ilkenin bağdaştırılması mutlak değil; birini öncelemesine rağmen makul sınırlar içinde diğerini de barındırmak yönüyle savunulabilir. Yani tercih edilen seçim sistemi istikrara öncelik veriyorsa bile bu öncelik temsilde adaleti bütünüyle anlamsız hale getirmemelidir.

Milletvekili Seçimi Kanunu'nda 27.10.1995 tarihli ve 4125 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle milletvekilliklerinden 100'ünün ülke seçim çevresi düzeyinden seçilmesi esası getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, seçim bölgesinden seçilmemiş bir kişinin ülke milletvekili olarak seçilip partisinin yetkili kurullarının kararıyla bir ille ilişkilendirilmesini Anayasa'nın 80. maddesinin böyle bir ilgiyi kurmaması gerekçesiyle iptal etmiştir. Kanaatimizce, milletvekilinin ülke milletvekili olarak adlandırılması 80. maddeye aykırı olmadığı gibi seçim bölgelerinin genişliği ve milletvekillerinin seçim bölgeleriyle ilişkilerinin ne şekilde kurulacağı yasa koyucunun takdirinde olan konulardandır<sup>94</sup>. 1982 Anayasası'nın 80. maddesinde TBMM üyelerinin seçildikleri bölgeyi değil, tüm milleti temsil edeceği belirtilmektedir. Buradan, milletvekilliği sıfatının parti üyeliği sıfatından ayrıldığı, milletin temsiline partiler düzeyinde değil; milletvekilliği düzeyinde

<sup>91</sup> E. 1995/54, K. 1995/59, K.T. 18.11.1995, R.G. 21.11.1995.

<sup>92</sup> Anayasa Mahkemesi'nin seçim kanunlarının hazırlanmasında Meclis'in istikrar öncelikli yaklaşımının Anayasa'nın ihlali anlamına gelmeyeceği yönündeki yaklaşımında, 1995 yılındaki Anayasa değişikliği ile temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerinin anayasal ilke haline gelmesinden sonra temsili öncelemesine yönelik bir dönüşüm olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. TAHMAZOĞLU UZELTÜRK, Sultan, "Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemleri", Anayasa Yargısı Dergisi, C.23, ss.237-278, 2006, s. 240.

<sup>93</sup> AKYILDIZ, s. 130; EREN, "Türkiye'de Uygulanan...", s. 108.

<sup>94</sup> Aynı yönde ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 270.

olduğu görülmektedir<sup>95</sup>. Böylelikle milli egemenlik teorisinde, temsili zorunlu gören temsili vekâlete dayalı seçilmişler, buradaki milletin tanımı gereği zaten seçilmekle temsili sağlamış olmaktadır. Öte yandan, temsili vekâlet anlayışının benimsenmesi, teorik olarak, adaletli temsil açısından yapılan eleştiriyi gereksiz kılmaktadır. Zira temsili vekâlet anlayışının bu yönde yorumlanması, hangi partinin listesinden seçilirse seçilsin milletvekilinin partisinden değil; kendisine oy vermeyenler de dâhil tüm milletin temsilcisi olması yönünü ifade etmektedir. Bu durum, aslında, parlamenter sistemde başbakan ve Cumhurbaşkanlığı sisteminde cumhurbaşkanı için yapılacak değerlendirmeyle benzerdir. Cumhurbaşkanı, bir partinin mensubu veya genel başkanı olabilmesine rağmen parti ayrımı gözetmeksizin yürütme görevi bakımından tüm ülkeyi temsil etmektedir.

2839 sayılı Kanuna göre milletvekili seçiminde seçim bölgelerinin belirlenmesi şu şekilde olmaktadır: İlk olarak toplam milletvekili sayısından her ille bir milletvekili verilmekte daha sonra nüfusuna göre her ilin toplamda kaç milletvekili çıkaracağı tespit edilmektedir. Yapılan tespit sonunda, çıkaracağı milletvekili sayısı on sekize kadar olan iller bir seçim bölgesi sayılmaktadır. Çıkaracağı milletvekili sayısı on dokuzdan otuz beşe kadar olan iller iki, otuz altı ve daha fazla olan iller üç seçim bölgesine bölünür. Anayasa’nın 75. maddesinde 6771 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 550 olan milletvekili sayısının 600’e çıkarılması sonucunda 24 Haziran 2018 seçimlerinde 36 milletvekili çıkaracağı tespit edilen Ankara üç, 20 milletvekili çıkaracağı tespit edilen Bursa iki, 98 milletvekili çıkaracağı tespit edilen İstanbul üç, 28 milletvekili çıkaracağı tespit edilen İzmir ise iki seçim çevresine bölünmüştür<sup>96</sup>. Böylelikle 27. dönem milletvekili genel seçimlerinde 600 milletvekili Türkiye genelinde 87 seçim bölgesinden seçilmiştir.

D’hondt usulü, Türkiye’de hâlihazırda uygulanan seçim sistemidir. D’Hondt usulünde siyasi partilerin adları alt alta ve aldıkları oy sayıları karşlarına yazılır. Siyasi partilerin oy sayıları “1”den başlamak üzere, o seçim bölgesinden çıkan milletvekili sayısına ulaşıncaya dek bölünür. Elde edilen paylar büyükten küçüğe doğru sıralanır ve çıkacak vekil sayısınca büyük

<sup>95</sup> EREN, , “Türkiye’de Uygulanan...”, s. 72.

<sup>96</sup> Karar için bkz. Yüksek Seçim Kurulu, Karar No: 263, <http://www.ysk.gov.tr/doc/karar/dosya/77539/2018-263.pdf>, Erişim: 23.7.2018.



paylar siyasi partilerin vekili olarak belirlenir<sup>97</sup>. Örneğin, üç vekil çıkaran Kırıkkale’de X Partisi 45000, Y Partisi 24000 ve Z Partisi 30000 oy aldığı anda, siyasi partilerin çıkaracağı vekil sayısı şu şekilde olacaktır:

X Partisi’nin aldığı geçerli oyların 1’e bölümünün sonucu 45000, 2’ye bölümünün sonucu 22.500, 3’e bölümünün sonucu ise 15000’dir. Y Partisi’nin aldığı geçerli oyların 1’e bölümünün sonucu 24000, 2’ye bölümünün sonucu 12000, 3’e bölümünün sonucu ise 8000’dir. Z Partisi’nin aldığı geçerli oyların 1’e bölümünün sonucu 30000, 2’ye bölümünün sonucu 15000, 3’e bölümünün sonucu ise 10000’dir. Görüldüğü üzere, bir vekil X Partisi adayları arasından, bir vekil Y Partisi listesinden ve bir vekil Z Partisinden seçilmiş olmaktadır. Buradan dört milletvekili çıkıyor olsaydı, X Partisi bir vekil daha kazanmış olacaktı. Örnekte tüm partilerin ülke geneli yüzde onluk barajı aştığı varsayılmaktadır.

Türkiye’de uygulanan seçim sistemi yüzde on ülke geneli seçim barajı ile birlikte uygulanmaktadır. 1983 tarihli 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 33. maddesi, ülke genelinde yüzde on seçim barajı öngörmektedir. 1995 yılında, Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 34. maddesinde 4125 Sayılı Kanun’un 16. maddesiyle yapılan değişiklikle, *“bir seçim çevresinde kullanılan geçerli oyların toplamının o çevreden çıkacak milletvekili sayısına bölünmesiyle elde edilecek sayıdan az oy alan siyasi partilere ve bağımsız adaylara milletvekili tahsis edilmez. Ancak, iki ve üç milletvekili çıkaran seçim çevrelerinde bu oran yüzde yirmi beş olarak uygulanır ve bu seçim çevrelerinde kullanılan geçerli oyların yukarıda belirtilen oranlardan azını alan siyasi partilere ve bağımsız adaylara milletvekilliği tahsis edilmez”* hükmü getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi seçim bölgesi barajına ilişkin maddeyi Anayasa’ya aykırı görerek iptal etmiştir<sup>98</sup>. Kararda, Anayasa’nın yönetimde istikrar olarak belirlediği ilkenin yüzde on ülke geneli barajı ile işlev kazandığı, d’Hondt sisteminin zaten kendi içinde de bir baraj bulundurduğu, ayrıca bir seçim bölgesi barajının ise temsilde adalet ilkesini ortadan kaldıracığı belirtilmiştir. Esasında, 1983, 1987 ve 1991 seçimleri de çift barajlı d’Hondt sistemiyle yapılmıştır zira Milletvekili Seçimi Kanunu’nda en baştan itibaren seçim bölgesi barajı yer almaktaydı<sup>99</sup>. Fıkranın iptal edilmesiyle, seçim bölgesi barajı bütünüyle kalkmış ve seçim

<sup>97</sup> GÖZLER, s. 323.

<sup>98</sup> E. 1995/54, K. 1995/59, K.T. 18.11.1995, R.G. 21.11.1995.

<sup>99</sup> ÖZBUDUN, Türkiye’de Parti ve Seçim Sistemi, s. 93.

sistemine ilişkin önemli bir değişiklik yasama organının değil; Anayasa Mahkemesi’nin iradesiyle gerçekleşmiştir<sup>100</sup>.

Baraj uygulaması genel olarak, oy oranı yüksek partilerin işine yaramakta ve bunların mecliste daha yüksek oranda temsilini sağlamaktadır<sup>101</sup>. Ülke genelinde yüzde on barajını geçemeyen siyasi partiler, hiçbir seçim bölgesinde vekil çıkaramamaktadır. Türkiye’de demokratik temsille ilgili dile getirilen eleştiriler, temel olarak, seçim barajının yüksekliğine ilişkindir. Örneğin, 2002 genel seçimlerinde sadece iki siyasi parti barajı geçebildiğinden oy oranı yüksek olan bazı siyasi partilerin Meclis’te temsili mümkün olmamıştır. Bu sistemin, seçim barajı olmadan uygulanması halinde ise tüm partilerin parlamentoda temsili mümkün olabilir. Bu durum, temsilde adalet bakımından olumlu görülmeyle birlikte uzlaşmayı zayıflatacak bir ihtimal doğurabilir. Örneğin gereken bazı yasal düzenlemelerin yapılamaması siyasi bir krize dönüşebilir. 1980 darbesinin ürünü olarak görülebilecek yüzde on genel seçim barajı, 1961 Anayasası döneminde özellikle 1970’ten sonra söz konusu olan kısa süreli koalisyon hükümetlerinin istikrarsızlığına tepki olarak öngörülmüştür. Fakat yukarıda da belirtildiği üzere, parlamenter sistemde, tek başına hükümet kurabilecek bir çoğunluk baraj olmamasına rağmen oluşabilir. Yine 1990’lı yıllarda görüldüğü üzere bahsedilen yüksek baraja rağmen koalisyon hükümetleri de engellenememiştir. Seçim sistemi, parti yapısı, hükümet sistemi gibi unsurların tamamı bu durum üzerinde etkilidir. Öte yandan, Milletvekili Seçimi Kanunu’na 13.3.2018 tarihinde, 7102 sayılı Kanunun 15. maddesi ile eklenen 12/A maddesiyle seçim ittifakı mümkün kılınmıştır. Buna göre, *“seçimlere katılma yeterliliği taşıyan siyasi partiler, ittifak yaparak seçime katılabilir. İttifak yapan siyasi partiler, kendi aday listelerini verir. İttifak yaparak seçime katılma kararı alan siyasi partiler, seçimin başlangıç tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde, genel başkanların imzalarını ihtiva eden ittifak protokolünü Yüksek Seçim Kuruluna teslim eder... İttifak protokolünde; siyasi partilerce belirlenmesi halinde, ittifak unvanı ve kanunlara aykırı olmayan diğer hususlar yer alır.”* Yine Kanun’un 33. maddesine eklenen *“seçim ittifakı yapılması halinde, yüzde onluk barajın hesaplanmasında ittifak yapan siyasi partilerin aldıkları geçerli oyların toplamı esas alınır ve bu siyasi partiler için ayrıca baraj hesaplaması*

<sup>100</sup> ÖZBUDUN, Türkiye’de Parti ve Seçim Sistemi, s. 107.

<sup>101</sup> ÖZBUDUN, “Seçim Sistemleri ve Türkiye”, s. 530.

yapılmaz” hükmü barajın yukarıda bahsedilen olumsuzluğunu azaltırken, uzlaşmayı mümkün kılması ve farklı partilerin Meclis’te temsilini sağlayabilecek olması yönleriyle olumlu görülebilir. Nitekim 24 Haziran 2018 seçimlerine Cumhuriyet ittifakı olarak Ak Parti ve MHP, Millet ittifakı olarak CHP, İyi Parti ve Saadet Partisi birlikte girmiş; YSK’nın açıklamasına göre İyi Parti yüzde on barajını aşamamış olmasına rağmen; ittifak olarak seçime girdiğinden ittifakın barajı aşması İyi Parti’nin milletvekili hesabına dâhil olması sonucunu doğurmuştur<sup>102</sup>.

### III. DAR BÖLGE BASİT ÇOĞUNLUK SİSTEMİNİN TÜRKİYE AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Seçim sistemlerinin ölçütlerinden birisi seçim bölgesidir. Zira seçim bölgesinin genişliği veya darlığı seçim sonuçlarının ortaya çıkışında önemli bir rol oynamaktadır<sup>103</sup>. Dar bölge basit çoğunluk sistemi, yani tek turlu tek isimli çoğunluk sistemi, ülkenin her biri bir milletvekili çıkaracak şekilde seçim bölgesine bölünerek, en fazla oyu alan parti adayının veya bağımsız adayın ilgili seçim bölgesinden seçilmesini ifade etmektedir<sup>104</sup>. Başka bir deyişle, ülke milletvekili sayısınca seçim bölgesine bölünmekte ve bir seçim bölgesinde kullanılan geçerli oyların basit çoğunluğunu alan aday seçilmektedir<sup>105</sup>. Buna göre bir adayın seçilebilmesi için geçerli oyların çoğunluğunu alması gerekmemekte, en çok oyu alması yeterli olmaktadır<sup>106</sup>.

Bu sistem, aldığı oya göre büyük partilere daha yüksek temsil ihtimali sağlamasından dolayı, genellikle bir parti mecliste çoğunluğu elde edebilmektedir<sup>107</sup>. Çoğunluk sistemlerinde istikrar ilkesinin temsilde adalet ilkesinin işlerlik kazandığı nispi temsil sistemlerine göre öncelik gösterdiğini belirtmek gerekir<sup>108</sup>. *Küçük*, yönetimde istikrar ilkesinin, temsilde adalet

<sup>102</sup> Seçim sonuçları için bkz. <http://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/24Haziran2018/KesinSecimSonuclari/2018MV-96C.pdf>, Erişim:23.7.2018.

<sup>103</sup> İBA, s. 133.

<sup>104</sup> GÖZLER, s. 316.

<sup>105</sup> YÜZBAŞIOĞLU, s. 106; TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s. 275.

<sup>106</sup> EREN, “Türkiye’de Uygulanan...”, s. 76.

<sup>107</sup> ATAR, s. 221.

<sup>108</sup> TÜRK, Hikmet Sami, “Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.23, ss.75-112, 2006, s. 78.

ilkesine göre daha öncelikli bir konu olduğunu belirtmektedir<sup>109</sup>. Bu durumu parlamenter sistem açısından vurgulamak gerekir. Nitekim İngiltere’de bu sistem sayesinde istikrarlı hükümetler kurulabilmektedir. Commonwealth ülkelerinde elbette mesele sadece seçim sisteminin mekanik sonucu olarak değerlendirilemez. Yani siyaset ve sosyal kültürün seçimlere ilişkin sonuçları ve ideolojik farklılıkların geçişken olması gibi sebeplerin parlamentoya ve hükümetin kuruluşuna ilişkin boyutu ihmal edilmemelidir. Bununla birlikte, seçim sistemlerinin parlamentonun ve hükümetin oluşumuna etkisi gözetildiğinde, yukarıda da değinildiği gibi, yasamanın belirli bir yeknesaklığa sahip olması başkanlık sistemi bakımından da gereklidir. Zira yasamanın yürütme organını denetlemesi ile Anayasa’nın başlangıç kısmında ifadesini bulan güçler ayrılığının güçlerin birbirinden üstünlüğü anlamına gelmeyip bir işbölümü olduğunun ifadesi, yasama ve yürütme güçlerinin ilişkisini ve devlet erklerinin uyumlu çalışmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan, denetim ve işbölümünün dengeli varlığının Anayasal sistemimizin temeli olduğu savunulabilir. Bu yönüyle, Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı sisteminin 24 Haziran 2018 seçimlerinden sonra yürürlüğe girmiş olması, dar bölge basit çoğunluk sisteminin tartışılmasına engel değildir. Hükümet sistemindeki bu değişiklik, seçimlerden sonra özellikle hükümetin kuruluşuna ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmıştır. Bununla birlikte, yasamanın kendi içindeki istikrarının hükümete yansımaları devam etmektedir<sup>110</sup>.

Seçim sistemine ilişkin tartışmalardan ve önerilerden bahsedilmekle birlikte, yasama organının dar bölge basit çoğunluk sistemine yönelik bir tercihte bulunması durumunda Anayasa Mahkemesi’ne gidilirse, Mahkeme’nin ne şekilde karar vereceği sorgulanabilir. Anayasa Mahkemesi bir kararında, her ne kadar seçim sisteminin belirlenmesi yasama organının yetkisinde olsa da, temsilde adalet ilkesinin nispi sistemi zorunlu kıldığını belirtmektedir<sup>111</sup>. Anılan kararda, *“istikrar sağlayacağı sanılarak getirilen adaletsiz sistemlerin, toplumsal gelişmeleri önemli ölçüde engelleyen sonuçları olduğu bilimsel araştırmalarla açıklanmaktadır. Temsilde adaletin*

<sup>109</sup> KÜÇÜK, Adnan, “Mevcut seçim sistemi ile istikrar sağlanamıyor”, Star Açık Görüş, <https://www.star.com.tr/acik-gorus/mevcut-secim-sistemi-ile-istikrar-saglanamiyor-haber-1066555/>, 2015, Erişim: 10.11.2015. Nitekim dar bölge çoğunluk sistemini savunanların en temel gerekçesi, güçlü bir hükümeti sağlamasıdır. Bkz. BLAIS, s. 240.

<sup>110</sup> Aynı yönde bkz. AKINCI, s. 415.

<sup>111</sup> Bkz. E. 1995/54, K. 1995/59, K.T. 18.11.1995, R.G. 21.11.1995.

*ağırlığı, yönetimde istikrarın temel koşuludur... Yalnızca istikrar düşüncesi, adalet olmayınca istikrarsızlık yaratır”* denilmektedir. Bu görüş, aslında seçim sisteminin belirlenmesinin yasama organının yetkisinde olmasının belirtilmesi yönüyle isabetli; nispi sistemin öncelenmesi bakımından isabetsizdir yorumu yapılabilir. Bu yönüyle, çoğunluk sisteminin seçim sistemi olarak tercih edilmesi halinde Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadı çerçevesinde karar vermesi durumunda düzenlemeyi iptal etmesi ihtimali bulunmaktadır. Nitekim *Özbudun*, Anayasa’daki “temsilde adalet ve yönetimde istikrar” ilkelerinin yasa koyucuyu saf çoğunluk sistemi veya saf nispi sistem tercihi yapamayacağı şekilde sınırladığını, dolayısıyla nispi sistem veya çoğunluk sisteminin saf olmayan alt modellerinin hâlihazırda yasa koyucunun takdirinde olduğunu belirtmektedir<sup>112</sup>.

Türkiye’de dar bölge basit çoğunluk sisteminin uygulanması, milletvekili sayısınca seçim bölgesinin oluşturulması şeklinde mümkün olur. Meclis 600 milletvekilinden oluştuğuna göre, ülke genelinde 600 seçim bölgesi tespit edilecektir. Bu durum, her ilin çıkardığı vekil sayısınca seçim bölgesine bölünmesi suretiyle sağlanabilir. Örneğin, Kırıkkale üç vekil çıkardığından burası üç seçim bölgesine bölünecek ve her bölgeden en yüksek oyu alan partinin adayı veya bağımsız aday seçilmiş olacaktır. Yine, Konya mevcut haliyle on beş vekil çıkarmaktadır. Bu durumda Konya, on beş seçim bölgesine bölünecek ve her bölgeden en yüksek oyu alan aday seçilmiş olacaktır.

Diğer bir örnek, Bayburt olabilir. Hâlihazırda Bayburt’tan tek bir milletvekili seçildiğinden, aslında, Bayburt’ta seçim sistemi fiilen dar bölge basit çoğunluk sistemi olarak işlemektedir. Ayrıca bu sistem Türkiye’de belediye başkanlığı seçimlerinde de uygulanmaktadır<sup>113</sup>. Sistemin işleyişi d’Hondt sistemine göre daha basit görünmektedir. Yukarıda değinildiği üzere dar bölge basit çoğunluk sistemi İngiliz seçim sistemi olarak bilinmektedir. İngiltere’de hâlihazırda her bölgeden bir aday seçilecek şekilde 650 seçim bölgesi bulunmaktadır<sup>114</sup>.

<sup>112</sup> ÖZBUDUN, Türkiye’de Parti ve Seçim Sistemi, s. 97.

<sup>113</sup> FENDOĞLU, s. 337.

<sup>114</sup> Parliamentary constituencies, <http://www.parliament.uk/about/how/elections-and-voting/constituencies/>, Erişim: 8.8.2017. Ayrıca bkz. EROĞUL, Cem, Çağdaş Devlet Düzenleri, 4. Baskı, Ankara, Kırilangıç Yayınevi, 2005, s. 56.

Kanaatimizce, dar bölge basit çoğunluk sistemi çoğunluk sisteminin mutlak çoğunluğun arandığı tek isimli iki turlu çoğunluk sistemine göre daha isabetlidir<sup>115</sup>. Zira dar bölge basit çoğunluk sisteminde istikrar ve seçimlerin kolay sonuçlanması daha belirgin bir ihtimaldir. Başka bir deyişle, nitelikli çoğunluk aranması durumunda bloklasmalar oluşabilecek ayrıca, ilk turda hiçbir vekil seçilemediğinden ikinci tur gerekecek ve seçim süreci uzayacaktır. Ayrıca, ilk turda en az oy alan adayın çeşitli pazarlıklar neticesinde ikinci turda seçilmesi ihtimali bulunmaktadır<sup>116</sup>. Buna göre dar bölge basit çoğunluk sisteminin Türkiye şartlarında daha avantajlı olduğu söylenebilir. Öte yandan *Blais*, ampirik veriler ışığında, parlamenter sistemde dar bölge basit çoğunluk sisteminin güçlü hükümeti sağlama ihtimalini nispi sisteme oranla yüksek olarak belirtmesine rağmen, listeli çoğunluk sisteminde mecliste oluşacak çoğunluğun daha güçlü bir hükümet ihtimali taşıyacağını belirtmektedir<sup>117</sup>. Fakat ülkemizde 1946-1960 yılları arasında uygulanan listeli çoğunluk sisteminin adil bir temsil sağlamadığı yönündeki eleştiriler, dar bölge basit çoğunluk sistemine yöneltilenlerden daha yoğundur<sup>118</sup>.

Dar bölge çoğunluk sisteminin her seçmenin iki tercihte bulunması şeklindeki uygulaması yani ilave oy sistemi (*supplementary vote system*) burada değerlendirilebilir. Bu sistem milletvekilinin tek turda seçilmesini sağlamak ve iki turlu sistemdeki turlar arasında oluşabilecek manipülasyonları önlemek açısından dar bölgenin avantajlarını taşımaktayken, milletvekilinin mutlak çoğunlukla seçilmesini sağlamak bağlamında da demokratikliği açısından savunulabilir<sup>119</sup>. Dolayısıyla tek isimli iki turlu çoğunluk sistemine göre dar bölge çoğunluk sisteminde mutlak çoğunluğun aranmasına imkân sağlayan ilave oy usulü daha avantajlı görülebilir<sup>120</sup>.

Dar bölge basit çoğunluk sisteminin olumlu yönlerini şu şekilde belirleyebiliriz: Birincisi, her seçim bölgesinde her siyasi partinin bir adayı olacağından, adaylar ile seçmen arasında yakın bir ilişki kurulabilir. Bu

<sup>115</sup> Ters yönde bkz. ÖZBUDUN, “Seçim Sistemleri ve Türkiye”, s. 536.

<sup>116</sup> BAŞGİL, s. 405.

<sup>117</sup> BLAIS, s. 241.

<sup>118</sup> EREN, *Anayasa Hukuku*, s. 341.

<sup>119</sup> ATAR, s. 224.

<sup>120</sup> Aynı yönde ATAR, s. 224.

durum, siyasi partilerin aday belirleme sürecinde seçmen iradesini göz önünde tutmalarını gerektirir<sup>121</sup>. Seçmenin etkililiği sadece partiye yönelik bir seçimin ötesine geçip aynı zamanda şahsa yönelik bir tercih olacaktır<sup>122</sup>. Başka bir deyişle, partinin belirlediği listeye oy atarak bir anlamda partinin onaylanması anlamına gelen seçmenin fonksiyonu burada tercihinin belirleyiciliği açısından ortaya çıkmaktadır<sup>123</sup>. Bu durum, dar bölge basit çoğunluk sisteminin demokratik yönü olarak belirtilebilir. Bununla birlikte, uygulamada büyük partilerin adaylarının kazanma ihtimalinin yüksek olduğu bir vakıadır<sup>124</sup>. Bu bakımdan, seçmenle doğrudan ilişki kurabilecek adayın belirlenmesi büyük partiler tarafından her zaman tercih edilmeyebilir. Ülkemizde ise milletvekili aday listelerine yönelik en önemli eleştiriler, adayların seçmenle ve bölgeyle ilişki kurulmadan belirlenmesi yönlerinden yapılmaktadır. Bu bakımdan, siyasi partilerin mevcut sisteme göre seçmen iradesine daha fazla önem vereceği göz ardı edilemez. Mesele, parti adayları ile bağımsız adaylar açısından da değerlendirilebilir. Dar bölge basit çoğunluk sisteminde seçmen ve aday arasında yakın ilişki kurulabilmesi, bağımsız adayların da seçilme şansını artıran unsurlardan birisidir<sup>125</sup>. Öte yandan, oy geçişkenliğinin belirgin olduğu (marjinal) bölgeler dışında, adayın şahsından dolayı yaşanacak değişkenliğin, seçim bölgelerinin el değiştirmesi şeklinde bir sonuç doğurmadığı İngiltere'deki seçim sonuçlarıyla ilgili yapılan bir değerlendirmedir<sup>126</sup>.

İkincisi, dar bölge basit çoğunluk sistemi milletvekilinin şahsı ve seçmenin şahsının yakınlığı sebebiyle, yerel menfaatlerin gözetilmesini ve meclisin sıkı bir denetimini sağlayabilir<sup>127</sup>. Yerel menfaatlerin gözetilmesinin bir mahzurunun bulunduğu da şüphesizdir. Buna göre meclis mahalli menfaatlerin çatıştığı ve milli menfaatlerin önüne geçtiği, ayrıca şahsi ilişkilerin önemli rol oynadığı bir mercie dönüşebilir<sup>128</sup>.

<sup>121</sup> ARASLI, Oya, Adaylık Kavramı ve Türkiye'de Milletvekili Adaylığı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972, s. 65.

<sup>122</sup> ÖZBUDUN, "Seçim Sistemleri ve Türkiye", s. 538.

<sup>123</sup> ARASLI, s. 60.

<sup>124</sup> EROĞUL, s. 57; ÇAM, s. 77.

<sup>125</sup> ARASLI, s. 58.

<sup>126</sup> BEETHAM, s. 281.

<sup>127</sup> ARSEL, s. 296.

<sup>128</sup> ARSEL, s. 297.

Üçüncüsü, dar bölge basit çoğunluk sistemi istikrarlı bir yasama organı sağlayabilir. Her ne kadar bu sistemde ülke genelinde alınan oy oranı ile partinin mecliste sağlayacağı temsil oranı bakımından bir fark olduğu söylenebilir de, bu fark temsilde adalet ilkesinden verilmiş makul bir ödün olacaktır<sup>129</sup>. Dar bölge basit çoğunluk sistemi, çoğunluk sistemlerinin geneli bakımından söylenebilecek olan “nüansları, muğlâklıkları ortadan kaldırarak, kanaate en yakın siyasi partide birleşme” sonucunu doğuracak ve böylelikle siyasi istikrara zemin hazırlayacaktır<sup>130</sup>. Bu görüş, AP Cumhuriyet Senatosu Grubu tarafından, 17.4.1964 yılında Cumhuriyet Senatosu seçimlerini çoğunluk sisteminden nispi temsil sistemine dönüştüren Cumhuriyet Senatosu Üyeleri Seçimi Kanunu’nda yapılan değişikliğe yönelik olarak Anayasa Mahkemesi’ne yapılan başvuruda dile getirilmiştir. Bu yönüyle, ülkemizde farklı ideolojilere sahip çok fazla siyasi partiye bakıldığında, iki türlü bir değerlendirme yapılması mümkündür: İlk olarak, dar bölge basit çoğunluk sisteminin benimsenmesi, her türlü farklılığın Meclis’te karmaşık bir yapı oluşturmasını engelleyebilir. İkinci olarak, hâlihazırda zaten barajdan dolayı Meclis’te temsil imkânı bulamayan bu farklı ideolojiler, yakınlıkları ölçüsünde ortak siyasi politika güderek seçimlere birlikte girmek, birleşmek şeklinde hareket edebilir. Böylelikle demokratiklik bağlamında temsile ilişkin olumlu bir yönün oluşacağından bahsedilebilir. Buna karşılık, herhangi bir şekilde Meclis’te temsil imkanı bulamayan ideolojilerin marjinalleşme riski, bu sisteme ilişkin olumsuz bir özellik olarak gözden uzak tutulmamalıdır. Bu riskten her ne kadar nispi temsil sistemlerinde de bahsedilebilir de, bu durum kuşkusuz çoğunluk sisteminde daha belirgindir. Dar bölge basit çoğunluk sisteminin, siyasi partilerin Meclis’teki temsilini mevcut seçim sistemindeki baraja göre daha ciddi oranda etkileyebileceği ileri sürülmektedir<sup>131</sup>.

Öte yandan, dar bölge basit çoğunluk sistemi barajsız olarak uygulanacağından, seçmen baraj kaygısı olmaksızın istediği parti veya adaya yönelik olarak oyunu kullanabilecektir. Bu bakımdan, Meclis’in, diğer etkenlerle birlikte, mevcut durumundan daha temsili olacağı dönemlerden bahsedilebilir. Bu durumun, seçmenin iradesini sandığa yansıtırken de sonuçları olacağından bahsedebilir. Seçmen oyunu istediği parti yönünde

<sup>129</sup> ÖZBUDUN, “Seçim Sistemleri ve Türkiye”, s. 534.

<sup>130</sup> E. 1964/26, K. 1966/1, K.T. 13.1.1966, R.G. 31.05.1966.

<sup>131</sup> AKINCI, s. 414.



kullanabilecektir. 6771 sayılı Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun ile benimsenen sistemin buna yönelik olumlu sonucuna değinilebilir. Zira hükümetin artık Meclis'ten kaynaklanmaması, seçmenin hükümet kurulmasına yönelik merkez partiler etrafında oy kullanmak yönündeki iradesini değiştirerek tam olarak kanaat getirdiği parti yönünde oy kullanmasını sağlayabilir. Ayrıca, dar bölge sisteminde, her bölgeden aynı sayıda milletvekili çıktığından seçmenin oyunun temsiline de bir eşitlik bulunmaktadır<sup>132</sup>.

Dar bölge basit çoğunluk sisteminin savunulan diğer bir yönü sorumlu siyaset anlayışıyla ilgilidir. Buna karşılık, nispi temsil sistemlerinde seçmen desteğini kaybeden bir parti ittifak yapmak suretiyle parlamentodaki varlığını sürdürmeye devam edebilir<sup>133</sup>.

Dar bölge basit çoğunluk sistemine yönelik olumsuz eleştirileri ise şu noktalarda belirtebiliriz: *Lijphart*, dar bölge basit çoğunluk sisteminin çoğunlukçu demokrasilerdeki genel seçim sistemi olduğunu belirtmektedir<sup>134</sup>. Dar bölge seçim sistemi, bir seçim bölgesinde birden fazla milletvekilinin seçilmesine imkân vermediğinden daha az katılımcıdır<sup>135</sup>. Ayrıca, seçimi kazanan partinin oy oranına göre daha yüksek temsili söz konusu olabilir. Yani bir siyasi parti oy oranına göre parlamentoda daha çok sandalyeye (over-represent) sahip olabilir<sup>136</sup>. Buna karşılık, bir siyasi partinin oy oranından daha düşük oranda temsil (under-represent) edilmesi de söz konusu olabilir. Örneğin, bir parti ülke genelinde yaygın bir desteğe sahip olmasına rağmen seçim bölgelerinde gerekli çoğunluğa ulaşamadığı için aldığı oylar sandalyeye dönüşemeyebilir<sup>137</sup>. Bununla birlikte, bu olumsuzlukların tüm seçim sistemlerinde belli ölçüde bulunduğunu belirtmek gerekir. Şöyle ki, seçim sistemleri, kullanılan geçerli oyların sandalyeye dönüştürülmesi olduğuna göre doğrudan bir yansıma doğal olarak mümkün olmayacaktır. Artık oy, seçim barajı gibi konuların yanında seçimleri etkileyen medya, kamuoyu gibi diğer etkenler bir arada

<sup>132</sup> ARSEL, s. 297.

<sup>133</sup> BEETHAM, s. 282.

<sup>134</sup> LIJPHART, s. 130.

<sup>135</sup> KUBALI, s. 266.

<sup>136</sup> TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s. 276-277.

<sup>137</sup> BEETHAM, s. 285-286.

düşünüldüğünde mutlak objektif bir değerlendirme sisteminin zaten mümkün olmadığı görülecektir. Dar bölge basit çoğunluk sisteminin istikrarı öncelemesi ise seçim sistemlerinin adaletli temsil ile istikrar arasında yapılması gereken tercihi istikrar tarafında kullanmasından başka bir şey değildir. Başgil, çoğunluk sisteminin çoğulcu demokrasiyi sağlayabilecek yönünü vurgulamaktadır: “Azınlıklara düşen, serbest fikir ve kanaat mücadelesinde yazılarıyla, sözleriyle, her çeşit propaganda vasıtalarıyla halkı kendi görüşlerinin doğruluğuna inandırıp ekseriyeti kazanmaktır. Parlamento bir müzakere ve karar heyetidir. Bu bir mücadele ve mübareze meydanı değildir. Siyasi mücadelenin sahası parlamento değil, hayattır. Azınlık partilerini adedî bir temsilden mahrum bırakmak belki mücerret bir adaletsizliktir. Fakat asıl adalet vicdanını kanatan adaletsizlik, ekseriyetin söz sahibi olmak ve iktidarı ele almak hakkını inkâr etmektir. Esasen demokrasi, mücerret bir adalet fikrinden değil, fakat ekseriyetin hâkimiyeti prensibinden hareket eden siyasi bir rejimdir. Ekseriyetin temsili ise bu hâkimiyeti tahakkuk ettiren yegâne usuldür<sup>138</sup>.”

Lijphart, dar bölge basit çoğunluk sisteminin başkanlık hükümet sistemindeki uygulaması ile parlamenter sistemdeki uygulamasının partilerin meclisteki temsilinde farklı sonuçları olduğunu belirtmektedir<sup>139</sup>. Başka bir deyişle, başkanlık sisteminde, çoğunluk sistemlerinin partilerin meclisteki temsilini nispi sisteme göre daha orantılı olarak sağladığını belirtmektedir. Bu bakımdan, Türkiye’de 2017 Anayasa değişiklikleri ile Cumhurbaşkanlığı sisteminin benimsenmesi, dar bölge basit çoğunluk sisteminin tartışılmasını gereksiz kılmamaktadır. Tam tersine, dar bölge basit çoğunluk sisteminin başkanlık sisteminde daha orantılı sonuçlara yol açması, sistemin demokratikliği bağlamındaki savunusunda diğer bir gerekçe olabilir. Gönenç ise dar bölge basit çoğunluk sisteminin Cumhurbaşkanlığı sisteminde, yasama ve yürütmenin aynı çoğunluğa dayandığı durumda iktidar temerküzü riski taşıdığını, farklı çoğunluğa dayandığı durumda ise sistemin krize ve tikanıklığa girmesine sebep olabileceğini ileri sürmektedir<sup>140</sup>.

<sup>138</sup> BAŞGİL, s. 403.

<sup>139</sup> LİJPHART, s. 131.

<sup>140</sup> GÖNENÇ, Levent, “Dar Bölge Seçim Sistemi Tartışmaları”, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Politika Notu, [http://www.tepav.org.tr/upload/files/1499881780-7.Dar\\_Bolge\\_Secim\\_Sistemi\\_Tartismalari.pdf](http://www.tepav.org.tr/upload/files/1499881780-7.Dar_Bolge_Secim_Sistemi_Tartismalari.pdf), Temmuz 2017, Erişim: 23.12.2018, s. 4.

Dar bölge basit çoğunluk sistemine yönelik diğer bir eleştiri, seçimin tek isimli olmasından dolayı, adayın isminin partinin önüne geçmesi böylelikle parti disiplinini zayıflatması ve ayrıca bunun parlamentoyu mahalli, etnik, dini vb. faktörlerin etkisi altına sokmasıdır<sup>141</sup>. Öte yandan, ön planda olan güçlü ve zengin bir adayın seçimlerde oy satın alma yoluna başvurması ihtimalidir<sup>142</sup>. İlk olarak, kanaatimizce, adayın isminin partinin önüne geçmesi, aday belirleme sürecinin demokratikliği bakımından olumsuzluk olarak değil; olumlu bir yön olarak belirtilebilir. Böylelikle parti liderinin veya başka etkenlerin tepeden aday belirlemesi sınırlanmış olacak, siyasi partiler aday belirlerken seçmenin beklentisini gözeterek ve seçmenin olumlu yönde kanaat getirerek oy verebileceği kimseleri belirlemeye çalışacaktır. Türkiye açısından, adayların parti tarafından belirlenip seçmene dayatılması süreci de böylelikle olumlu bir dönüşüme uğrayabilir.

Kanaatimizce, adayın isminin ön planda olmasının parti disiplinini azaltacağı da makul bir gerekçe olarak savunulamaz. Zira bir siyasi partinin kendi programıyla bütünüyle bağdaşmayan bir kişiyi aday olarak belirleyeceğinden bahsetmek güçtür. Buna rağmen sırf oy amacıyla gösterilmişse bile uyumsuzluk olması durumunda ya bu kişi görüşlerini partiyle uyumlaştıracak veya istifa etmek zorunda kalacaktır. Yani demokratikliği yönüyle öne çıkan bu durumun parti disiplinini zayıflatması düşük bir ihtimaldir. Türkiye açısından bakıldığında, bir kimse belirli bir bölgede önemli bir desteğe sahip olsa bile, bağımsız aday olarak seçimlere girip kazanma ihtimali olmasına rağmen, seçmenin tercihi genel olarak parti adaylarına yöneliktir. Bunda her ne kadar parlamenter sistemin etkisi var olsa da bu etkinin Cumhurbaşkanlığı sistemi sürecinde de devam edeceği öngörülebilir.

Dar bölge basit çoğunluk sisteminde önemli bir mesele, seçim bölgelerinin tespitiyle ilgilidir. Gerrymandering gibi seçim bölgelerinde seçim sonuçlarına etki edecek değişikliklerin ve planlamaların engellenmesi bu sistemin demokratik uygulamasında önem taşımaktadır<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> KUBALI, s. 266; ÖZBUDUN, “Seçim Sistemleri ve Türkiye”, s. 537. GÖNENÇ, s. 3. *Beetham*, bu düşüncenin tam tersi olarak, dar bölge çoğunluk sistemini tek isimli olmasından dolayı, geniş bölge ve liste usulüne göre farklılıkların ve grupların temsilini güçleştirmesi şeklinde değerlendirmektedir. Bkz. BEETHAM, s. 286.

<sup>142</sup> GÖNENÇ, s. 3.

<sup>143</sup> GÖNENÇ, s. 4-5.

## SONUÇ

Seçim sistemi, yasamanın oluşumu bakımından önem gösterdiği gibi partilerin çıkaracağı milletvekili sayısının belirlenmesi suretiyle parlamenter rejimlerde hükümetin kurulması sürecine etkisi bakımından ayrıca önemlidir. Seçim sisteminin ülkenin siyasi parti yapısına ve seçmen tavrına ilişkin yansımaları da bulunmaktadır. Bununla birlikte, demokratik ülkelerde seçimlerin serbestliğine ilişkin ilkeler ortak olmasına rağmen bu ülkelerin seçim sistemleri birbirinden farklıdır. Bazı demokratik ülkelerde nispi temsil sistemi benimsenmişken diğer bazı demokratik ülkelerde ise çoğunluk sistemi benimsenmiştir. Yine nispi temsil sisteminin de çoğunluk sisteminin de kendi içinde avantajlı ve dezavantajlı yönlerinden bahsetmek mümkündür. Türkiye’de de belirli dönemlerde çok farklı seçim sistemleri uygulanmıştır.

Anayasa’da seçim kanunlarının hazırlanmasında yani seçim sisteminin esaslarının belirlenmesinde, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkeleri yasa koyucunun sınırları olarak yer almasına rağmen birbirine zıt bu iki ilkenin bağdaştırılması güçtür. Seçim sisteminin tespiti noktasında Anayasa Mahkemesi’nin yasa koyucunun iradesini belirleyici gören, bununla birlikte bu belirlemenin nispi temsil sistemi içerisinde olması gerektiği yönünde değerlendirilebilecek içtihatlarından bahsedilebilir. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi’nin önceki içtihadını değiştirerek seçim sisteminin belirlenmesini bütünüyle yasa koyucunun tercihine bırakması ihtimali de bulunmaktadır. Siyasi partiler, belirli yönleriyle çeşitli seçim sistemlerini yeğleyebilmektedir. Buna karşılık, meselenin farklı boyutları, seçim sistemine ilişkin tartışmanın mevcut seçim sistemi değiştirilse de devam edeceğini göstermektedir.

Türkiye’de milletvekili seçimlerinde dar bölge basit çoğunluk sistemi belirli açılardan tartışılabilir. Dar bölge basit çoğunluk sisteminin, mevcut seçim sistemine göre daha demokratik olacağı ileri sürülebilir. Birincisi, yüzde on barajın uygulanmaması bağlamında demokratik olacağı yönüdür. Yüzde on seçim barajı demokratik ülkelerde görülmeyen yüksek orandaki bir seçim barajıdır. Yüksek olduğu tüm siyasi partiler tarafından ifade edilmesine rağmen barajın kaldırılması noktasında bir uzlaşının varlığından bahsedilememektedir. Bunun bir sebebi, barajın seçmenin nüanslardan vazgeçerek merkezdeki partileri desteklemesini sağlamaktır. Barajın yüksekliği iktidar partileri tarafından bugüne kadar ayrıca parlamenter sistemin zorunlu bir sonucu olarak düşünülmüştür. Dar bölge basit çoğunluk sistemi ise niteliği gereği barajsız uygulanacak bir sistemdir.

Dar bölge basit çoğunluk sisteminin ikinci demokratik yönü ise her seçim bölgesindeki adayın, seçmenle kaynaşmasının ve seçmene yakın olmasının gerekliliğidir. Çünkü adayların belirlenmesinde seçmenin iradesi dikkate alınmadığı takdirde seçmenler, program olarak başka bir partiyi benimsemiş olsalar bile, aday belirlemedeki başarısızlığa tepki olarak ideolojik olarak benimsemedikleri diğer partinin adayını destekleyebilirler. Bundan dolayı, her parti tüm seçim bölgelerinde, seçmenle daha iyi irtibat kuracak adayları belirleyemeye çalışacaktır. Seçim sisteminin listeli olması durumunda ve bu arada nispi temsil sistemlerinde seçmenin listeye ilişkin tepkisi olabilir. Fakat birden fazla isimden dolayı seçmen, tek bir ismin (adayın) kendisine uygunluğu üzerinden hareket edememektedir.

Dar bölge basit çoğunluk sisteminin savunulmasında diğer bir gerekçe, yasama ve yürütme ilişkisi açısından olabilir. Parlamenter sistemde, hükümetin kurulması bakımından işlevsel olabilecek dar bölge basit çoğunluk sisteminin başkanlık sistemi bakımından da önemi vurgulanmalıdır. Güçlerin sert ayrılığı olmasına rağmen başkanlık sisteminde de yasama ve yürütmenin belli düzeyde bir ilişkisi bulunmaktadır. Özellikle başkanın ihtiyaç duyduğu kanunların kabul edilmesi, bütçenin kabulü ve bazı atamaların meclis onayını gerektirmesi gibi konular, yasama ve yürütmenin ilişkisini ve işbirliğini gerektirmektedir. Türkiye’de, TBMM seçimleri ile Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin aynı anda yapılmasına ilişkin anayasal belirleme bu uyumluluğun kurucu iktidar tarafından da gözetildiğini göstermektedir. Mesele, Anayasa’nın Başlangıç kısmında güçler ayrılığının işbölümü ve işbirliği olduğunun belirtilmesi açısından da bu yönüyle vurgulanabilir. Öte yandan, bahsedilen uyumluluğun sadece yasama ve yürütme ilişkisi itibarıyla değil; yasamanın kendi içinde de olması gerektiği söylenmelidir.

## KAYNAKLAR

- AKINCI**, Berat, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Seçim Sistemi Arayışları: Dar Bölge Seçim Sisteminin Yönetimde İstikrar Ve Temsilde Adalet Kriterleri Açısından Değerlendirilmesi”, *International Journal of Social Science*, S.63, ss.403-420, 2017.
- AKYILDIZ**, Ali, “Demokrasinin Sayılarla Sınavı: Seçim Sistemleri”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Serdar Özgüldür Armağanı*, S.7, ss.127-148, 2016.
- ALDIKAÇTI**, Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1978.
- ARASLI**, Oya, **Adaylık Kavramı ve Türkiye’de Milletvekili Adaylığı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972.
- ARMAĞAN**, Servet, “Türkiye’de Parlamento Seçimleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.33, S.3-4, ss.45-100, 1967.
- ARSEL**, İlhan, **Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, 1. Kitap: Demokrasi**, Güven Matbaası, Ankara, 1955.
- ATAR**, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- BANDUCCI**, Susan A., ve **KARP**, Jeffrey A., “Electoral Systems, Efficacy and Voter Turnout”, **Klingemann**, Hans-Dieter (ed.), **The Comparative Study of Electoral Laws**, Oxford University Press, 2009.
- BAŞGİL**, Ali Fuat, **Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt: Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri**, Fasikül II, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1960.
- BEETHAM**, David, **Demokrasi ve İnsan Hakları**, Bilal Canatan (Çev.), 2. Baskı, Ankara, Liberte, 2014.
- BLAIS**, Andre, “The Debate over Electoral Systems”, *International Political Science Review / Revue internationale de science politique* , Vol. 12, No. 3 pp. 239-260, Jul., 1991.
- ÇAM**, Esat, **Devlet Sistemleri**, İstanbul, Der Yayınları, 1993.
- EREN**, Abdurrahman, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2014.
- EREN**, Abdurrahman, “Türkiye’de Uygulanan %10 Genel Seçim Barajının Serbest Seçim Hakkını İhlal Sorunu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 2, 2008.

- EROĞUL, Cem, **Çağdaş Devlet Düzenleri**, 4. Baskı, Ankara, Kırilangıç Yayınevi, 2005.
- FEDAYİ, Cemal, **Siyaset Bilimi**, 1. Baskı, Ankara, Kadim Yayınları, 2011.
- FRİEDRİCH EBERT VAKFI, **Türkiye ve Avrupa'da Seçim Sistemleri**, İstanbul, 1996
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, **Anayasa Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- GROFMAN, Bernard and LİJPHART, Arend, (Editors) **Electoral Laws and Their Political Consequences**, Agathon Press, Third Printing, 2003.
- GRUMM, John G., "Theories of Electoral Systems", *Midwest Journal of Political Science*, Vol. 2, No. 4 pp. 357-376, Nov., 1958.
- GÖNENÇ, Levent, "Dar Bölge Seçim Sistemi Tartışmaları", *Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Politika Notu*, [http://www.tepav.org.tr/upload/files/1499881780-7.Dar\\_Bolge\\_Secim\\_Sistemi\\_Tartismalari.pdf](http://www.tepav.org.tr/upload/files/1499881780-7.Dar_Bolge_Secim_Sistemi_Tartismalari.pdf), Temmuz 2017, Erişim: 23.12.2018.
- GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 9. Baskı, Ekin, Bursa, 2017.
- GÜRCAN, Ertuğrul Cenk, "Demokratik Seçim Sistemleri ve Türkiye", **Yeni Anayasa, Demokratik Konsolidasyon, Siyasal Partiler ve Seçim Rejimi**, Ed. Murat Yılmaz, SDE, 2013.
- GÜVENİR, Murat, "Seçim Sistemleri ve Ülkemizdeki Uygulama", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C.37, S.1, 1982.
- İBA, Şeref, **Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer, **Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.
- KUBALI, Hüseyin Nail, **Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar ve Siyasal Rejimler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1969.
- KÜÇÜK, Adnan, "Mevcut seçim sistemi ile istikrar sağlanamıyor", *Star Açık Görüş*, <https://www.star.com.tr/acik-gorus/mevcut-secim-sistemi-ile-istikrar-saglanamiyor-haber-1066555/>, (31.10.2015), Erişim: 10.11.2015.

- LİJPHART, Arend, **Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty Six Countries**, Yale University Press, Second Edition, London, 2012.
- NORRIS, Pippa, **Electoral Engineering: Voting Rules and Political Behaviour**, Cambridge University Press, 2004.
- OLGUN, Kenan, "Türkiye'de Cumhuriyetin İlanından 1950'ye Genel Seçim Uygulamaları", Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, C.XXVII, Sayı 79, Mart 2011, ss.1-36, Ankara, 2011.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye**, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 18. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türkiye’de Parti ve Seçim Sistemi**, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.
- ÖZBUDUN, Ergun, "Seçim Sistemleri ve Türkiye", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1, ss.521–539, 1995.
- REİLLY, Ben and REYNOLDS, Andrew, **Electoral Systems and Conflict in Divided Societies**, National Academy Press, Washington, 1999.
- SOYSAL, Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 4. Baskı, Gerçek Yayınevi, 1977.
- TAHMAZOĞLU UZELTÜRK, Sultan "Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemleri", Anayasa Yargısı Dergisi, C.23, ss.237-278, 2006.
- TANÖR, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, 12. Baskı, İstanbul, YKY, 2004.
- TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2004.
- TEZİÇ, Erdoğan, **100 Soruda Siyasi Partiler**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1976.
- TUNCER, Erol, "Türkiye’de Seçim Uygulamaları/Sorunları Işığında Temsilde Adalet-Yönetimde İstikrar İlkelerinin İşlevselliği", Anayasa Yargısı Dergisi, C.23, ss.167-182, 2006.
- TÜRK, Hikmet Sami, "Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih", Anayasa Yargısı Dergisi, C.23, ss.75-112, 2006.
- YILDIZ, Abdulkadir, "Amerika Birleşik Devletleri’nde Başkan Yardımcısı ile Türkiye’de Cumhurbaşkanı Yardımcısının Karşılaştırılması", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1, sa. 509-534, 2018.



YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “Türkiye’de Uygulanan Seçim Sistemleri ve Bunlara İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Nasıl Bir Seçim Sistemi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LV, ss.103-150, 1996.

#### İNTERNET KAYNAKLARI

Resmi Gazete, [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr)

Türk Anayasa Mahkemesi, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

UK Parliament Website, [www.parliament.uk](http://www.parliament.uk)

Yüksek Seçim Kurulu, [www.ysk.gov.tr](http://www.ysk.gov.tr)



## **KAMU HİZMETİNİN UYARLAMA İLKESİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME\***

**Arş. Gör. Ahmet BAĞRIAÇIK\*\***

## **A EVALUATION OF ADAPTATION PRINCIPLE BY THE PUBLIC SERVICE**

### **Makaleye Atıf**

**Klasik Usul:** Bağrıaçık, Ahmet: Kamu Hizmetinin Uyarlama İlkesi üzerine Bir Değerlendirme, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 2018, s. 155-183.

**APA:** BAĞRIAÇIK, A. (2018). Kamu Hizmetinin Uyarlama İlkesi Üzerine Bir Değerlendirme. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26 (3), 155-183. DOI: 10.15337/suhfd.390939.

---

\* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 06.02.2018

**Kabul Edildiği Tarih:** 28.11.2018

**DOI Numarası:** [10.15337/suhfd.390939](https://doi.org/10.15337/suhfd.390939)

\*\* Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

**E-mail Adresi:** ahmetbagriacikk@gmail.com

**ORCID ID:** [0000-0001-9288-2343](https://orcid.org/0000-0001-9288-2343)

## ÖZ

Kamu hizmetinin ilkeleri, hizmetin “anayasası” olarak kabul edilirler. Bu ilkeler klasik anlamda; eşitlik, uyarlama, süreklilik, bedelsizliktir. Uyarlama ilkesi, kamu hizmetinin görülmesi aşamasında idarenin, teknolojik, sosyolojik, siyasi ve ekonomik anlamda kendini gösteren yeni gelişmelere ayak uydurmasıdır. Uyarlama ilkesini, ikili bir ayırım yaparak incelemenin uygun olacağı düşüncesiyle; öncelikle hizmetten yararlanan kullanıcının uyarlama talebi ve bu talebin “idari müracaatlar” açısından hukuki kıymeti sorgulanmıştır. İdarenin, kullanıcının uyarlama talebini takdir yetkisine dayanarak reddetmesi olasılığı ve bahse konu redde Anayasa’nın 65. maddesinin etkisi değerlendirilmiştir. İkinci kısımda; idarenin, hizmeti gelişmelere uyarlamasının takdir yetkisiyle bağlantısı incelenmiştir. Bu anlamda yapılan uyarlamanın “kazanılmış hak”lara etkisi ve uyarlamanın imtiyaz sözleşmesinde yapılmış olması ihtimalinde imtiyaz sahibinin durumu değerlendirilmiştir.

**ANAHTAR KELİMELER:** Kamu Hizmeti, Uyarlama İlkesi, İdarenin Takdir Yetkisi, Kazanılmış Hak, Hizmet Kusuru.

## ABSTRACT

Principles of public service is accept to “constitution” of the service. That principles are adaptation, equality, free of charge and continuity. Principle of adaptation, administrations must change the services when new technological developments emerge. In this article, we talked about the ability to force administrations to comply with new developments. We also pointed to the consequences of the administration's adaptation of its services to new developments.

**KEY WORDS:** Public Service, Principle Of Adaptation, Discretionary Authority Of Administration, Vested Right, Service Defect.

## A. GENEL OLARAK

### 1. Kavram

Uyarlama ilkesi, çağın teknik, teknolojik, bilimsel ve sosyal olanaklarının kamu hizmetlerinin sunumunda olabildiğince göz önünde bulundurulması ve hizmetin dönemin gelişmelerine uygun sunulmasını ifade

eden kamu hizmeti ilkesidir<sup>1</sup>. Geçmişte tulumbacıların müdahale ettiği yangın olaylarına günümüzde modern itfaiye araçlarıyla müdahale etmek veya bir zamanlar atlı araçlarla sağlanan ulaşım kamu hizmetinin günümüzde gelişmiş metrolarla yapılması gibi<sup>2</sup>.

İdarenin, gelişen dünyaya ayak uydurma sorumluluğundan bahsetmek mümkündür. İdarenin böyle bir sorumluluğundan bahsetmeden önce iki farklı durumu açıklığa kavuşturmak yerindedir. Birincisi, idarenin, kullanıcının talebi doğrultusunda, kamu hizmetlerini yeni duruma uyarlama konusundaki tavrıdır. Böyle bir durumda idare iki yol izleyebilir. Ya talebi kabul eder ve hizmetini talep doğrultusunda iyileştirir veya yeni duruma uyarlar ya da talebi reddedebilir. Tabi ki burada bahsedilen ihtimaller içerisinde idarenin talep olmaksızın kamu hizmetlerini yeni duruma kendiliğinden uyarlaması ihtimalini göz ardı ediyoruz. Çünkü idarenin kamu hizmetlerini dışardan bir baskı unsuru olmaksızın yeni durumlara uyarlaması olması gereken, doğal olan yoldur. Ancak, sorun idarenin harekete geçmediği durumlarda hizmetlerin geri kaldığı düşüncesiyle, idare nasıl harekete geçirilebilir noktasındadır.

Bu kısımda üstünde durmak istediğimiz husus, bazı sorulara cevap aramaktan ibarettir. Sorular, idarenin uyarlama ilkesinin gereğini kendiliğinden yapmaması ve kullanıcıdan gelen talebe ret cevabı vermesi ihtimalinde ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda öncelikle bu tarz bir taleple idareye böyle bir talepte bulunmak mümkün müdür? Talebin idari müracaatlar yönünden uyumsuzluğa konu olma anlamında hukuki kıymeti var mıdır? İdarenin vereceği cevapta ortaya koyacağı savunmalar neler olabilir?

## 2. İlkenin Önemi

Uyarlama ilkesi acaba yasal veya anayasal olarak korunan bir ilke midir? Yoksa uyarlama ilkesi hukukun genel ilkelerinden midir? İlkeyi hukukun genel ilkeleri arasında görmek ne derece mümkündür?

Anayasanın başlangıç kısmında, *“Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine*

<sup>1</sup> ÖZAY, İl Han; **Günlükte Yönetim**, İstanbul 2004, s. 237.

<sup>2</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar-SEZGİNLER, Murat-KAYA, Cemil; **Türk İdare Hukuku**, 3. Baskı, 2012, s. 499.

*doğuştan sahip olduğu*” ifade edilmiştir. Bu hükümde geçen *“onurlu bir hayat sürdürme”* ibaresi idareye uyarlama ilkesi gereği kamu hizmetlerini yeni gelişmelere uydurma yükümlülüğü yükler. İdarenin hizmetleri yeni gelişmelere uyarlama sorumluluğunun asgari göstergelerinden birisi de *“insan onuru”* kavramıdır<sup>3 4</sup>.

Kamu hizmetinin ilkelerinden olan süreklilik ve uyarlama ilkesini birbirinden tamamen ayırmak mümkün değildir. Her iki ilke de kamu hizmetinin yaşayan bir varlık olduğunu ve dinamik bir yapıda olduğunu bize göstermektedir. Özay, süreklilik ve düzenlilik ilkesini, uyarlama ilkesinden ayrı düşünemeyeceğimizi, süreklilik ilkesinin *“kronolojik”* ve *“içerik ve*

<sup>3</sup> ATASAYAN, M. Gözde; **Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi**, 2012, İstanbul, s. 89. *“Anayasa'nın 2. maddesinde açıklandığı gibi, Türkiye Cumhuriyeti, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan ... demokratik, ... sosyal bir hukuk devletidir. Demokratik sosyal hukuk devleti;... çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadî ve malî tedbirler olarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve millî gelirin, adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu, devam ettirmeğe kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlet demektir.”* AYM, E. 1963/336, K. 1967/29, K.T. 26-27.9.1967, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 6, s. 23. *“Anayasa'nın, Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer verdiği sosyal hukuk devletinin dayanaklarından birini oluşturan sosyal güvenlik kavramının içerdiği temel esas ve ilkeleri uyarınca toplumda yoksul ve muhtaç insanlara Devletçe yardım edilerek onlara insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi sağlanması, böylece, sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkelerinin gerçekleşmesine elverişli ortamın yaratılması gerekirken(...)bir grup sigortalının yaşam düzeylerinin ötekilere oranla çok farklı bir biçimde yükseltilmesi yoluna gidilmiştir.”* AYM, E. 1988/19, K. 1988/33, K.T. 26.10.1988, AYMKD, S. 24., s. 451-452. Bu iki kararda geçen *“çalışanların insanca yaşaması”* ve *“insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi sağlanması”* gibi sosyal devlet ilkesinin içeriğini dolduran ifadeler, idarenin kamu hizmetlerini yeni gelişmelere uydurmasını öngören uyarlama ilkesinin varlığına ve önemine atf yapmaktadır.

<sup>4</sup> *“İnsan onuru”* kavramı idarenin sunduğu hizmetle ilgili sağlaması gereken standartlara ilişkin öne sürülen ölçütlerden sadece birisidir. İdarenin sunmakla yükümlü olduğu hizmete ilişkin, sağlaması gereken diğer standartların neler olabileceği hakkında sonraki bölümlerde değinilecektir. Bkz. 4. 1982 Anayasası'nın 65. maddesinin Uyarlama İlkesine Etkisi

yoğunluk” yönlerinin olduğunu belirterek, “içerik ve yoğunluk” boyutuyla uyarlama ilkesini içeriğinde barındırdığını belirtmektedir<sup>5</sup>.

Onar konuyla ilgili, “Amme hizmetlerinin kesilmeksizin devamlı bir surette görülmesi kâfi değildir. Bunların kolektif ihtiyaçlara, cemiyetin ihtiyaçlarına cevap verebilmeleri için onun tekâmül seyrine ve safhalarına uygun bir şekilde görülmeleri lâzımdır. Meselâ millî savunma hizmetleri bu ihtiyacın aldığı şekillere, teknik icaplara uygun bir tarzda yapılmalıdır. Aydınlık ihtiyacını dün petrole temin edebilen bir cemiyet için bugün bu tarz kâfi gelmez. Gayri muntazam taşlarla döşenmiş bir yol bugünün ihtiyaçlarına cevap veremez”<sup>6</sup> diyerek süreklilik ilkesinin uyarlama ilkesiyle bütünlük teşkil ettiğini ve birini diğerinden ayrı düşünmenin mümkün olmadığını ifade etmiştir.

Ulusoy, kamu hizmetinin ilkelerinden olan süreklilik ve uyarlama ilkelerinin birbiriyle ilişki içerisinde olduğunu ve hizmetin kaliteli ve yeni gelişmelere uygun olarak sunulabilmesinin bu iki ilkenin etkili bir şekilde uygulanmasına bağlı olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca gelişmelere dikkat çeken yazar, kamu çalışanlarına grev hakkının verilmesi ve idarenin ekonomik nedenleri gerekçe göstererek kamu hizmetini kaldırabilmesi örneklerini vererek uyarlama ilkesinin süreklilik ilkesinden daha önemli ve öncelikli olduğuna işaret etmiştir<sup>7</sup>.

Uyarlama ilkesinin Anayasal düzeyde bir ilke olduğunu Anayasaya bakarak direkt olarak ifade edemesek de kimi hükümlerinden hareketle (örneğin Anayasanın 126/3’te yer alan “Kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak...” gibi) dolaylı bir biçimde bu sonuca varabiliriz<sup>8</sup>.

Danıştay bir kararında belediyelerin borçlarından sorumluluğu konusu ile ilgili bir uyuşmazlık hakkında, “Kamu hizmetlerinin toplum hayatının devamı, faaliyetlerin işlenmesi, toplumun kalkınması ve menfaatlerin sağlanması açısından sürekli ve eksiksiz işlenmesinin zorunluluğu idari yargı içtihatlarına girmiş ve hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmiştir. İdarenin

<sup>5</sup> ÖZAY, s. 235-236.

<sup>6</sup> ONAR, Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, 3. Bası, s. 59.

<sup>7</sup> ULUSOY, Ali; **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, İstanbul, s. 103, dpn. 219.

<sup>8</sup> KARAHANOĞULLARI, Onur; **Kamu Hizmeti**, Ankara 2004, s. 222 vd; Fransız hukukunda, içtihatlarla geliştirilmiş olan süreklilik ilkesine, Anayasa Konseyi, “anayasal değer” tanırken, Devlet Şurası, sürekliliği “hukukun genel ilkelerinden” biri olarak kabul etmektedir. KARAHANOĞULLARI, s. 192.

bütünlüğü ve devamlılığı ilkesi karşısında, X Belediyesinin Büyükşehir Belediyesine dönüşmesi ve üç alt kademe ilçe belediyesinin kurulmasından sonra, Belediyesinin 3986 sayılı Yasanın geçici 1. maddesi kapsamındaki borçlarından belli oranlarda alt kademe belediyelerinin sorumlu tutulmasında yasaya aykırılık bulunmamaktadır<sup>9</sup> diyerek süreklilik ilkesini hukukun genel ilkesi olarak benimsemiş ve ayrıca kararda geçen “eksiksiz işleminin zorunluluğu” ibaresiyle de uyarlama ilkesine dolaylı olarak da olsa değinmiştir.

Bir başka Danıştay kararında ise, “İdarelerin; düzenleme yetkisine sahip olduğu alanlarda, uygulamaları çağın gereklerine ve toplumun ihtiyaçlarına uygun olarak değiştirip, yeniden düzenlemesi, kamu hizmetine egemen olan ilkelere biri olan uyarlama (değişkenlik) ilkesi uyarınca hem bir görev hem de bir yetki ise de...”<sup>10</sup> diyerek ilkeyi kamu hizmetine egemen olan ilke olarak tarif etmiştir.

Bu açıklamalardan yola çıkarak uyarlama ilkesini anayasal değerde bir ilke olduğunu, en azından hukukun genel ilkelerinin içinde yer aldığını söylemek mümkündür. Bunun sonucu olarak da, idarenin, işlem ve eylemlerini yaparken ya da harekete geçmediği durumda harekete geçmesi için zorlandığı ihtimalinde uyarlama ilkesinin bu yönünü de dikkate alarak faaliyette bulunması gerekmektedir.

## B. İDARENİN DEĞİŞKENLİK İLKESİNE KARŞI DİRENÇ GÖSTERMESİ

### 1. Hizmetten Yararlananın Değişiklik Talebi

Kamu hizmetinin uyarlama ilkesi uyarınca idarenin hizmeti yeni gelişmelere uyarlaması olağan bir durumdur. Ancak idare bu görevini yerine getirmeyen ise ne olacaktır? Başka bir deyişle, hizmetten yararlanan, idareyi, hizmeti yeni durumlara uydurması için zorlayabilir mi?

Kamu hizmetinin kurulması temelde kanun koyucunun yetkisindedir<sup>11</sup>. Dolayısıyla bir kamu hizmetinin kurulabilmesi için yasama organının harekete

<sup>9</sup> D. 8. D., E.1996/1687, K.1997/3669, T. 27.11.1997, (UYAP Mevzuat)

<sup>10</sup> D. 8. D. E. 2009/6617, T. 25.12.2009, (Kazancı)

<sup>11</sup> GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara 2013, s. 333. Yerel kamu hizmetlerinin kurulabilmesi için, kanun koyucunun yetkilendirmesine ihtiyaç yoktur. Çünkü yerel yönetimler kamu hizmeti kurma yetkisini doğrudan Anayasanın 127. maddesinden almaktadır. Kamu hizmetinin kurulması ile ilgili detaylı bilgi için bkz. GÖZLER, Kemal – KAPLAN, Gürsel; **İdare Hukuku Dersleri**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Bursa Ağustos 2011, s. 547.



geçmesi gerekir<sup>12</sup>. Yasa koyucunun hareketsiz kalması halinde kamu hizmetinin sunulmaması düşüncesi gerçekçi ve pratik değildir. Karşılaştırmalı hukukta birçok ülkede yasa koyucunun hareketsiz kalmasının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlendiği ve bu denetimin “*ihmal yoluyla anayasaya aykırılık*” oluşabileceği noktasından hareket ettiği bilinmektedir<sup>13</sup>.

Türk hukukunda anayasal olarak görülen bir takım kamu hizmetlerinin olduğu ve anayasa değişikliği yapılmadıkça bu tür kamu hizmetlerinin kurulmasının zorunlu olduğu ve kaldırılamayacağı ileri sürülmektedir<sup>14</sup>. Bu tür hizmetlere “*anayasal kamu hizmeti*” denilmektedir. Yasa koyucunun harekete geçmemesi halinde, bu hareketsizliğe karşı denetim mekanizmasının işletilebilmesi için “*anayasal kamu hizmeti*” alanının belirlenmesi gerekir. Bu şekilde idarenin sunmak zorunda olduğu ancak sunmadığı bir hizmet nedeniyle sorumluluğuna gidilebilir. Anayasa Mahkemesi verdiği bazı kararlarda kamu hizmetlerinin bir kısmının doğası gereği “*önemli*” hizmetler olarak nitelemiş ve bunların kurulmamasını veya kaldırılmasını anayasaya aykırı bulmuştur<sup>15</sup>. Bu konuda Türk hukukunda “*anayasal kamu hizmeti*”ne örnek olarak 1982 Anayasası’nın 42. maddesini örnek gösterebiliriz<sup>16</sup>. “*İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır.*” Anayasal kamu hizmeti olan ilköğretim eğitiminin sunulmaması “*ihmal yoluyla anayasaya aykırılık*” teşkil edebilir<sup>17</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre “*olumlu yükümlülükler*” kuramı yoluyla yasa koyucunun hareketsiz kalması halinde, bu durum

<sup>12</sup> BOZ, Selman Sacit; **İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması**, Ankara 2017, s. 160.

<sup>13</sup> KABOĞLU, İbrahim; **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul 2012, s. 351.

<sup>14</sup> GÖZLER, Kemal; *İdare Hukuku*, C. II, Bursa 2009, s. 322-323.

<sup>15</sup> ULUSOY, **Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları**, s. 6-7; BİLGİN, Pertev; **Kamu Hizmeti Hakkında**, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 1, S. 1, 1980, s.113.

<sup>16</sup> Daha fazla örnek için bkz. GÖZLER, C. II, s. 322-323.

<sup>17</sup> AYM, E. 2014/88, K. 2015/68, T. 13.7.2015 (Kazancı) (Karşı oy) “*Anayasa, milletimizi çağdaş uygarlık düzeyine eriştirecek teknik, ekonomik, kültürel ve sosyal gelişme alanlarında iyi eleman yetiştirilmesini Devletin görevleri arasında saymış, milli eğitim hizmetlerine "anayasal kamu hizmeti" seviyesinde özel bir önem atfetmiş bulunmaktadır.*”

yaptırıma sebep olabilir. Türkiye’de yasa koyucunun hareketsiz kalmasının, Anayasa Mahkemesi’nin denetimi dışında olduğu ancak hak ve özgürlükler alanı konusunda AİHM’in denetimine tabi olduğu ifade edilmektedir<sup>18</sup>. Eğer bir kamu hizmetinin sunulmaması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan bir temel hak ve özgürlüğü sınırlandırıyor ise AİHM bu hareketsizliği denetleme imkânına sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 46. maddesine göre, mahkeme kararları bağlayıcıdır. AİHM verdiği kararlarla taraf devletin vermiş olduğu kararı ya da taraf devletin mevzuat hükümlerini değiştiremez. Taraf devletin yetkili makamları ve yargı yerleri verilen kararlar doğrultusunda gereken önlemleri almakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini ise Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi denetler<sup>19</sup>. Adil tazmin Sözleşme’nin hükümlerine göre Mahkeme’nin devlete buyurabileceği tek önlemdir<sup>20</sup>. Bakanlar Komitesi yönünden ise yaptırımın en ağırı, yükümlülüklerini yerine getirmemekte direnen üye devletin; Avrupa Konseyi Statüsü’nün 8. maddesinin uygulanması yoluyla üyeliğinin askıya alınması ya da üyelikten çıkarılmasıdır. Mecazi anlamda “nükleer silah kullanılması”na benzetilen bu yola, bugüne kadar başvurulmuş değildir<sup>21</sup>.

Kamu hizmetlerinin kurulması ve kaldırılması yasama organına ait olmakla birlikte, var olan bir kamu hizmetinin içeriğinin değiştirilmesi idarenin takdir yetkisi içerisindedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 10 kapsamındaki başvuruların; bir kamu hizmetinin içeriğinin yeni gelişmeler uyarınca değiştirilmesi için kullanılıp kullanılmayacağı değerlendirilebilir. İYUK m. 10’a göre: “İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler”. Maddel incelendiğinde İYUK m. 10 hükmü bir kamu hizmetinin içeriğinin değiştirilmesi için idareye yapılacak olan başvuruda izlenecek olan yol olarak gözükmektedir.

<sup>18</sup> KABOĞLU, *Anayasa Hukuku*, s. 352.

<sup>19</sup> ÜNAL, Şeref; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi – İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, Ankara, 2001, s.407.

<sup>20</sup> KARAMAN, Ebru: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk*, İÜHFİM, C. LXXII, S. 1, 2014, s. 415.

<sup>21</sup> AYBAY, Rona; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mayıs-Haziran 2010, S.88, s. 243.

Hizmetten yararlanan, kamu hizmetlerinin değiştirilmesi ve modernleştirilmesi için diğer bir yol olarak, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna gidebilir mi? Bunun için öncelikle Anayasa ve kanunlarda öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir. İç hukuk yollarını tüketen ve istediğini elde edemeyen hizmetten yararlanan; örneğin, enerji üretimi için nükleer enerji veya hidroelektrik santrali kullanımının eskimiş bir hizmet olduğu ve bunun yaşam hakkı ve çevre hakkı yönüyle hak ihlali oluşturduğu gerekçesiyle, rüzgâr enerjisi veya güneş enerjisi gibi daha teknolojik ve modern bir hizmet sunumuna dönüşmesi için bireysel başvuru hakkını kullanabilmesi düşünülebilir.

## 2. Talebin “İdari Müracaatlar” Açısından Değerlendirilmesi

Hizmetten yararlanan, idareye, hizmeti değiştirme noktasında müracaatta bulunabilir mi sorusuna ilk bakışta tabi ki bulunabilir cevabı verilebilir. Çünkü nihayetinde idareye başvuru yapma konusunda herhangi bir engel söz konusu değildir. Önemli olan, yapılan başvurunun hukuki ve idari olarak anlamlı olması ve sonuç doğurabilir nitelikte olmasıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki idari müracaatların anlamlı olabilmesi için kanuni veya hukuki bir dayanağının olması gerekmektedir. Duran, *“idari müracaatların, netice itibariyle bir dava ikamesine salâhiyet bahşedebilmesi için, kanuni veya hukuki bir mesnedi bulunmak lâzımdır ... hukukî bir kıymeti haiz olabilmek için, devlet mevzuatı veya umumî hukuk prensipleri tarafından az çok himayeye mazhar bulunmalıdır (...) ...hukuk kaidelerinin idareye bir vazife, vecibe, mükellefiyet veya mecburiyet şeklinde tahmil ettiği ve idare edilenlere de bunu istemek salâhiyetini tanıdığı hususlarda yapılacak başvurular kanunî müracaat addolunmalıdır.”*<sup>22</sup> diyerek hukukun genel ilkelerini de bu kapsamda değerlendirmiştir.

Uyarlama ilkesi gereğince, hizmete ilişkin yapılacak idari başvuru kanuni veya hukuki bir gerekçe içermelidir. Danıştay bir kararında, *“Kamu hizmetini görev olarak yüklenmiş bir kamu kurumunun, görev alanına giren hizmetleri, halkın yakın ve uzak gelecekteki gereksinmelerini, bu gereksinmeleri gidermek için kamu yönetiminin gerek duyacağı araç, gereç ve personel durumunu önceden plânlayarak gerekli önlemleri alması ve*

<sup>22</sup> DURAN, *İdari Müracaatlar, ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi*, İÜHFİM, C. 12, S. 1, 1946, s. 140.

*görevini yerine getirmesi asıl olup...*<sup>23</sup> diyerek idarenin uyarlama ilkesi gereği bir yükümlülüğünün varlığına işaret ederek bu yönde yapılacak bir başvurunun hukuki bir gerekçeyi içerdiğini kabul etmiştir.

Uyarlama ilkesi bağlamında yeni bir hizmetin kurulması veya var olan bir hizmetin değiştirilmesi için hizmetten yararlananların idareye başvurusunu, idarenin yapmakla mükellef olduğu bir hizmetle ilgili olarak değerlendirdiğimizde, bu tür müracaatları kanuni müracaatlar olarak kabul etmek gerekir.

Uyarlama talebiyle ilgili idareye yapılacak müracaatların, kanuni müracaatların karşısında yer alan alelade (istit'af) müracaatlar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılabilirse de, hizmetin yeni gelişmelere ayak uydurması için idareyi bu değişikliğe zorlamak amacıyla yapılacak olan bir müracaatı, Duran'ın da belirttiği gibi bir *"lütuf, cemile, âtiye ve ihsan"*<sup>24</sup> olarak nitelemek mümkün değildir. Burada amaç kamu hizmetinin gereklerine uygun olarak hizmetin sunulması amacıyla idareyi harekete geçirmektir. Nitekim hizmetin yeni gelişmelere ayak uydurmaması, olası bir hizmet kusuruna ya da o hizmetin kurulma amacı olan kamu yararına artık hizmet etmemesine neden olabilir. Bu nedenle uyarlama ilkesi sebebiyle idareyi harekete geçirmeye yönelik olarak yapılacak olan müracaatın kanuni müracaat olarak kabul edilmesi gerekir.

Yine son olarak idareye yapılacak müracaatın kanuni mi alelade mi olup olmadığı konusunda yorum yoluyla bir takım sonuçlara ulaşılabiliyor olsak da, elimizde somut ölçütler mevcut değildir. Son tahlilde bu değerlendirmeyi yapacak olan makam yargı organıdır<sup>25</sup>.

### **3. Uyarlama İlkesi Bağlamında "İdarenin Takdir Yetkisi"nin İki Farklı Görünümü: İdarenin Takdir Yetkisi Çerçevesinde Uyarlama Talebini Reddetmesi ve Uyarlama İşlemini Takdir Yetkisine Dayandırması**

İdarenin sahip olduğu yetkiler, bağlı yetki ve takdir yetkisi olarak adlandırılmaktadır<sup>26</sup>. Gerekli koşulların oluşması halinde idarenin belirli bir yönde hareket etme zorunluluğunun bulunduğu durumlarda bağlı yetkinin

<sup>23</sup> D. 11. D. E. 1975/4855, K. 1977/1704, T. 04.05.1977, *Danıştay Dergisi*, s. 29-28, s. 604.

<sup>24</sup> DURAN, *İdari Müracaatlar*, s. 140.

<sup>25</sup> DURAN, *İdari Müracaatlar*, s. 141.

<sup>26</sup> GÜNDAY, Metin; *İdarenin Takdir Yetkisi*, Doçentlik Tezi, Ankara 1982, s. 1.

varlığı söz konusu iken<sup>27</sup>; idarenin hareket ve karar verme aşamasında serbestiye ve seçim imkanına sahip olduğu durumlarda takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>28</sup>. İdarenin takdir yetkisine sahip olmasına norm düzeyinde 1982 Anayasası'nın 125. maddesini ve İYUK'un 2. maddesini, dolaylı anlatıma sahip olsalar da, gösterebiliriz<sup>29</sup>.

İdare, uyarılma ilkesi söz konusu olduğunda takdir yetkisini iki yönde kullanabilir. Birincisi, hizmetten yararlananın yaptığı hizmetin uyarlanması talebini takdir yetkisini gerekçe göstererek reddedebilir<sup>30</sup>. Nitekim, araştırma görevlisi olarak üniversitede göreve başlayan kişinin belirli bir sürede yabancı dil yeterliliğini sağlaması gerektiği ve sağlayamaması halinde kadrosuyla ilişkisinin kesileceğine dair Yüksek Öğretim Kurulu (YÖK) kararının iptali talebiyle açılan davada Danıştay özetle<sup>31</sup>, “...ilgili işlem ve kararlar; İdarelerin ve yükseköğretim kurumlarının düzenleme yapma yetkisine sahip olduğu alanlarda, uygulamaları çağın gereklerine ve akademik ihtiyaçlara uygun olarak değiştirip, yeniden düzenlemesi olarak kabul edilmesi gerektiğinden...” Anayasa, 2547 sayılı Kanun ve yükseköğretimin amaç ve gereklerine uygun olduğu sonucuna ulaşmış ve iptal talebini reddetmiştir.

İdarenin uyarılma ilkesi uyarınca, sosyo-ekonomik ve teknolojik bakımdan her gelişmeye ayak uydurmak zorunda olduğunu iddia etmek

<sup>27</sup> GÜNDAY, **Takdir Yetkisi**, s.1.

<sup>28</sup> GÜNDAY, **Takdir Yetkisi**, s. 3; YAYLA, Yıldızhan; **İdare Hukuku**, İstanbul 2009, s. 190; ONAR, C. I, s. 420.

<sup>29</sup> 1982 Anayasa'nın 125/4. maddesine göre: “(...)takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez”. Benzer biçimde İYUK'un 2. maddesinde de: “(...)İdari mahkemeler; (...) idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler” kuralı yer almaktadır.

<sup>30</sup> Türk hukukunda, idarenin takdir yetkisinin denetimi konusunda tam denetimin geçerli olduğu ve denetimin içeriği konusunda idarenin yaptığı işlemde gerekçe göstermesi gerektiği ve göstermemesi halinde dahi yargılama aşamasında İYUK'un 20. maddesi kapsamında mahkemeye işlemin gerekçesini belirtme zorunluluğu olduğu ve ayrıca mahkemenin idarenin gösterdiği gerekçenin gerçeğe uygunluğunun da denetim kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda yapılacak açıklamalar incelemenin konusunu doğrudan ilgilendirmemesi ve çalışmanın kapsamını açacağı için bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. ARAT ÖZKAYA, Nilay; **Türk İdare Hukukunda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi**, İstanbul 2015; GÜNDAY, **Takdir Yetkisi**, Ankara, 1982.

<sup>31</sup> D. 8. D. E. 2012/872, K. 2017/441, T. 02.02.2017 (Yayımlanmamıştır)

mümkün değildir. Çünkü teknolojiye ayak uydurmanın sınırı nedir? Ölçüsü nedir? Ekonomik ve sosyal haklar Anayasaya göre “mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde” yerine getirilir. Bu anlamda ülkenin ekonomik koşulları bu uyarlamaya ne ölçüde el vermektedir? İdareye kamu hizmetini uyarlamak için sunulan alternatif ölçütlerden “*insan onuruna yaraşır bir seviye*” ya da “*asgari yaşam düzeyi*” gibi ifadelerin de çok net ve ölçülebilir olmadığı açıktır. Ancak idarenin gelişen dünyaya kamu hizmetlerini uyarlaması noktasında, en azından hizmet kusuru teşkil etmeyecek ölçüde yeni gelişmelere ayak uydurması beklenebilir. Bu standardın sağlanması açısından idarenin takdir yetkisinin olmadığını, bu standarda ulaşmak anlamında yükümlülüğünün olduğunu söyleyebiliriz.

İkincisi, idare, hizmeti yeni gelişmelere uyarlama gerekçesi olarak kamu hizmetinin uyarlama ilkesini kullanabilir<sup>32</sup>. Nitekim bir Danıştay kararında, idarenin yaptığı savunmada uyarlama ilkesine açıkça değinmese de teknolojik gelişmelere ayak uydurma kararın gerekçesini oluşturmuştur. Kararın ilgili kısmında ilke, “*Yapılan düzenlemelerin ülkemizde yaşanan trafik kazalarını önleme amacıyla ve Avrupa Birliği müzakereleri sonucu gerçekleştirildiği, direksiyon eğitimlerinde sürücülere seçenek tanındığı, direksiyon eğitim alanları yanında simülatör ile de eğitim imkanının getirildiği, teknolojik gelişmelere ayak uydurulduğu...*”<sup>33</sup> şeklinde formüle

<sup>32</sup> GÜNDAY, **İdare Hukuku**, s. 335. D. 8. D. E. 2009/8191, K. Y.D., T. 15.1.2010 (Kazancı) “...kamu hizmetine egemen olan ilkelere biri olan uyarlama (değişkenlik) ilkesi uyarınca idarelerin, düzenleme yetkisine sahip olduğu alanlarda, uygulamaları çağın gereklerine ve toplumun ihtiyaçlarına uygun olarak değiştirip, yeniden düzenlemesi, hem bir görev hem de bir yetki ise de, bu yetkinin hukuka uygun olarak kullanılması gerekmekte olup, aynı zamanda bunun denetiminin yapılabilmesi için kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılan düzenlemelerin hukuki veya fiili gerekçelerinin somut olarak ortaya konulması gerekmektedir.” Benzer yönde D. 8. D. E. 2009/7855 (İlgili kaynakta karar tarihine yer verilmemiştir.), T. 11.1.2010 (Kazancı); D. 8. D. E. 2009/6617, T. 25.12.2009 (Kazancı); D. 8. D. E. 2009/7831, T. 1.3.2010 (Kazancı); D. 8. D. E. 2009/10357, T. 19.4.2010 (Kazancı); D. 8. D. E. 2010/106, T. 18.5.2010 (Kazancı)

<sup>33</sup> D. 15. D. E. 2013/10824, K. 2016/3944, T. 31.5.2016 (Kazancı); “*Bu durumda sürücü kurslarına dair olarak eğitim metodunu belirleme yetkisini haiz idarece, teknolojik gelişmelere uygun olarak etkin ve verimli eğitim verme amacıyla motorlu taşıt sürücülerini kurslarında direksiyon eğitimi dersleri için getirilen yeni düzenlemelere uygunluğun sağlanması amacıyla mevzuatta tanımlanan simülatörün standartlarını, taşıması gereken özellikleri belirleyen davaya konu düzenlemelerde*

edilmiştir. Benzer bir konuda idare savunmasında takdir yetkisine, “Eğitim metodunu belirleme yetkilerinin bulunduğu; direksiyon eğitiminde sürücü kurslarına seçenek tanındığı, teknolojik gelişmelere uygun olarak etkin ve verimli eğitim verme, eskiden beri kullanılan yerler yanında simülatör ile eğitim imkanının da getirildiği...”<sup>34</sup> şeklinde vurgu yapmıştır.

İdare hizmetin içeriğinde yaptığı değişiklikleri takdir yetkisine dayandırsa da, yapılan değişikliğin hizmetin yenilenmesi ihtiyacına yönelik olduğuna dair gerekçelerini ortaya koyabilmeli ve en nihayetinde bu değişiklik kamu yararına yönelik olmalıdır. Danıştay, dış hekimliğinde yeni uzmanlık ana dalları ihdas edilmesini içeren Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nin ilgili hükümlerinin<sup>35</sup>, Kalp ve Damar Cerrahisi ana dalında uzmanlık eğitimi süresini beş yıl olarak belirleyen düzenleme ile Genel Cerrahi ana dalına bağlı Periferik Damar Cerrahisi yan dal uzmanlık alanı ihdas edilmesine ilişkin Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nin ilgili hükümlerinin<sup>36</sup>, Kadın Hastalıkları ve Doğum ana dalı uzmanlık eğitimi süresinin dört yıl olarak belirlenmesine ilişkin düzenleme ve Ek-3 sayılı çizelgede Üreme Endokrinolojisi ve İnfertilite disiplinine yer verilmemesine ilişkin eksik düzenlemeye ilişkin Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nin ilgili hükümlerinin<sup>37</sup>, Tıbbi Parazitoloji alanını, Tıbbi Mikrobiyoloji Anabilim Dalına bağlı iki yıllık bir yan dal olarak düzenleyen Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nin ilgili hükümlerinin<sup>38</sup>, Çocuk Hematolojisi ile Çocuk Onkolojisi disiplinlerinin, "Çocuk Hematolojisi ve Onkolojisi" adı altında, 3 yıllık eğitim süresi olan tek bir yan dal olarak belirlenmesine ilişkin Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nin ilgili hükümlerinin<sup>39</sup>, Plastik Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahisi ana dalında uzmanlık eğitimi süresini beş yıl olarak belirleyen düzenleme ile dış hekimliği alanında Ağız, Diş ve Çene Cerrahisi ana dal uzmanlık alanı ihdas edilmesine ilişkin Tıpta ve Dış

---

*hukuka ve kamu yararına aykırılık görülmemiştir.”* D. 15. D. E. 2016/913, K. 2017/21, T. 9.1.2017 (Kazancı).

<sup>34</sup> D. 15. D. E. 2016/924, K. 2016/1876, T. 18.3.2016 (Kazancı)

<sup>35</sup> D. 8. D. E. 2009/8191, K. Y.D., T. 15.1.2010 (Kazancı)

<sup>36</sup> D. 8. D. E. 2009/7855, K. Y.D., T. 11.1.2010 (Kazancı)

<sup>37</sup> D. 8. D. E. 2009/10357, K. Y.D., T. 19.4.2010 (Kazancı)

<sup>38</sup> D. 8. D. E. 2009/6617, K. Y.D., T. 25.12.2009 (Kazancı)

<sup>39</sup> D. 8. D. E. 2010/106, K. Y.D., T. 18.5.2010 (Kazancı)

Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nin ilgili hükümlerinin<sup>40</sup> yürütmesini durdururken, ilgili kararlarda, *"İdarelerin; düzenleme yetkisine sahip olduğu alanlarda, uygulamaları çağın gereklerine ve toplumun ihtiyaçlarına uygun olarak değiştirip, yeniden düzenlemesi, kamu hizmetine egemen olan ilkelere den biri olan uyarlama (değişkenlik) ilkesi uyarınca hem bir görev hem de bir yetki ise de; bu yetkinin hukuka uygun olarak kullanılması ve düzenlemede yapılan değişikliğe temel olan, bir başka ifadeyle kamu yararını gerçekleştirecek bu düzenlemeyi gerektiren olguların somut olarak ortaya konulması şarttır"* diyerek idarenin, düzenlemeleri hukuki bir zemine oturtacak, idarenin takdir hakkını ve düzenleme yetkisini kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun kullandığını ortaya koyacak bilimsel gerekçelerin sunulamamış olmasına dikkat çekmiştir.

Radyo-Televizyon Kurumu Hizmetlerinin Tanımı ve Bu Hizmetlere Atanacak Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 20. maddesi ile Sözleşmeli Program-Haber Personeli görevine atanabilmek için aranan gerekli eğitim koşulunun *"En az lise veya dengi okul mezunu olmak"* şeklinde değiştirilmesi işlemine karşı açılan davada Danıştay<sup>41</sup>, *"Kamu hizmetine egemen olan ilkelere den biri olan değişkenlik ilkesi uyarınca idarenin, yürüttüğü kamu hizmetini çağın gereklerine ve toplumun"*

<sup>40</sup> D. 8. D. E. 2009/7827, K. Y.D., T. 5.4.2010 (Kazancı)

<sup>41</sup> DİDDK, E. 2013/1549, K. 2015/3734, T. 26/10/2015 (Yayımlanmamıştır). Benzer yönde, YÖK'ün, Dış Hekimliği Fakülteleri bünyesindeki *"Endodonti Anabilim Dalı"* ile *"Dış Hastalıkları ve Tedavisi Anabilim Dalı"*nın birleştirilerek, *"Restoratif Dış Tedavisi ve Endodonti Anabilim Dalı"*nın kurulmasına ilişkin kararına karşı açılan iptal davasında Danıştay, *"...kamu hizmetine egemen olan ilkelere den biri olan uyarlama (değişkenlik) ilkesi uyarınca idarenin, yürüttüğü kamu hizmetini çağın gereklerine ve toplumun ihtiyaçlarına uygun olarak değiştirip, yeniden düzenlemesi, hukuken olanaklı olmakla birlikte, bu yetkinin kamu yararına ve hizmet gereklerine, dolayısıyla hukuka uygun olarak kullanılması gerekmektedir. Dava konusu uyuşmazlıkta anılan yetkinin hukuka uygun kullanılması ise... bilimsel nitelik taşıyacak çalışmalarla kamu hizmetinin yürütülmesinde değişikliğe gidilmesinin gerekliliğinin ortaya konulmuş olmasına bağlıdır... anabilim dalının kapatılması konusunda akademik yönden herhangi bir değerlendirme yapılmadığı... görüşüne başvuru tek akademik birim olan ... Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi tarafından aksi yönde görüş bildirilmiş olmasına karşın... herhangi bir çalışma yapılmadan tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir"* diyerek ilgili yönetmelik hükmünü iptal etmiştir. DİDDK, E. 2012/2306, K. 2015/52, T. 21/01/2015 (Yayımlanmamıştır)



ihtiyaçlarına uygun olarak değiştirip yeniden düzenlemesi hukuken olanaklı olmakla birlikte, bu yetkinin kamu yararına ve hizmet gereklerine, dolayısıyla hukuka uygun olarak kullanılması gerekmektedir... Bu bağlamda, açılacak bir dava üzerine, yapılan değişikliğin kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olduğunun idari yargı organlarınca denetlenebileceği açık olduğuna göre, değişikliğin gerekçelerinin somut olarak ortaya konulması gerekmektedir... eğitim şartı düzeyinin düşürülmesinin nedenleri ortaya konulmadığı gibi... davalı kuruluşun belli deneyim ve eğitime sahip personele sahip olmadığına ilişkin gerekli verilerin de dosyaya sunulmadığı anlaşıldığından..." şeklinde karar vermiştir.

#### 4. 1982 Anayasası'nın 65. maddesinin Uyarılama İlkesine Etkisi

1982 Anayasası'nın 65. maddesine göre, "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir." Acaba idare, kamu hizmetlerinin değiştirilmesi veya yeni gelişmelere uyarlanması talebiyle önüne gelen bir başvuruya, anayasanın 65. maddesini gerekçe göstererek ret kararı verebilir mi?

Tanör, 1961 Anayasası'nın 53. maddesi ile ilgili değerlendirme yaparken, 65. maddenin, devletin sosyal sorumluluklarını yerine getirmede durumlarda, "anayasa ile hak sahibi kılınmış kişiler tarafından dava yoluyla sıkıştırılmasını önleme" amacını taşıdığını belirtmektedir<sup>42</sup>. Aynı görüşünü 1982 Anayasasını irdelerken de ifade eden Tanör, böyle bir hükmün bulunmamasının idarenin ya da devletin sosyal haklarını elde edemeyenler tarafından sürekli olarak baskı altına alabileceğini ve bu hükümle birlikte idarenin sığınabileceği bir savunma aracının yaratıldığını ifade etmiştir<sup>43</sup>.

Taşkent'e göre, sosyal adalet ve hizmet standardı arasında bir ilişki kurarak, "Devlet ne yapsın? Devletimizin imkânları belli. Biz işçimizi, memurumuzu sevmez miyiz? Biz de isteriz, ama ne yapalım, devletimizin imkânları bu kadar" demek, hiçbir biçimde sosyal adaletle bağdaşır bir görüş değildir<sup>44</sup>. Aslan'a göre, Anayasa'nın 65. maddesinin, idarenin, sorumluluğunun söz konusu olacağı durumlarda savunma aracı olarak

<sup>42</sup> TANÖR, Bülent; *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, 1978, s. 373.

<sup>43</sup> TANÖR, s. 185.

<sup>44</sup> Taşkent T, (1992), *Sosyal Devlet*, Seminerler Dizisi 3, Ankara, s. 37-58. Aktaran: ÖZVERİ, Murat; *Türk Hukukunda Sosyal Hakların Dava Yoluyla Gerçekleştirilmesi*, Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2011., s. 146.

kullanabileceği bir gerekçe olamaz. Kendi ifadesiyle, “...iktisadi ve sosyal ödevleri sınırlanan bir birey devletin aksaklıklarını öne sürerek devletin ödevlerini yerine getirmediğini kanıtlarsa devlet kusuru ile sorumlu olmalıdır”<sup>45</sup>.

Günday, 65. madde uyarınca, mali kaynakların yeterliliği oranında da olsa hizmetlerin görülmesi gerektiğinden bahsederek, kolluk hizmeti gibi idarenin sunmaktan vazgeçemeyeceği bazı hizmetlerin sunulmamasının gerekçesinin 65. madde olamayacağını, ayrıca bir hizmetin hiç yürütülmemesinin bu madde kapsamında savunulabilir olmasına karşılık sunulan bir hizmetin kaldırılmasının gerekçesinin 65. madde olamayacağını belirtmektedir<sup>46</sup>.

Kamu hizmetinde uyarlama ilkesiyle Anayasa'nın 65. maddesini birlikte değerlendirirken ilk başta şu soru akla gelebilir: Devlet uyarlama ilkesine ne ölçüde ayak uydurmak zorundadır? Başka bir ifadeyle devlet ya da idare değişen her teknolojiye kamu hizmetini uydurmak zorunda mıdır? Bu konuda çeşitli fikirler ortaya atılmıştır. Yayla 'ya göre, burada söz konusu olan asgari sınır, “çağdaş standart”tır. Devletin kamu hizmetinde uyarlama yaparken neye göre hareket edeceğini hangi kıstasa uyacağını belirlemenin zor olacağını belirten yazar, bu konuda teknolojik ve sosyal olarak en gelişmiş ülkeleri temel almanın idareye haksızlık olabileceğini, öyle ki bu uyarlama sebebiyle oluşacak masrafın yine vatandaştan çıktığını bu sebeple kıstası “çağdaş standart” olarak belirlemenin doğru olacağını belirtmiştir<sup>47</sup>. İdarenin hizmeti uyarlama noktasında sorumluluğunun sınırı olarak ifade edilen göstergelerden bir diğeri de “insan onuru” kavramıdır. Bu kavramı devletin kamu hizmetlerinde sağlamakla yükümlü olduğu asgari şart olarak kabul etmek gerekecektir<sup>48</sup>. Yine uyarlama ilkesi kapsamında, kamu hizmetlerinin standardı noktasında öne sürülebilecek diğer bir ölçüt “asgari yaşam düzeyi” olabilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, bir kararında sosyal devlet ilkesiyle sosyal güvenlik çerçevesinde devletin insanlara sunmak zorunda olduğu hizmetin içeriğini doldururken aynı ifadeyi kullanmıştır. Karara göre, “...sosyal güvenlik, toplumun parçası olan bireylere, gelirleri ne olursa olsun

<sup>45</sup> ASLAN, Betül; *Devletin Temel Amaç ve Ödevleri Işığında Öznel Gelişme Hakkı*, İstanbul, 2009, s. 146.

<sup>46</sup> GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 372-373.

<sup>47</sup> YAYLA, s. 86.

<sup>48</sup> ATASAYAN, s. 89.

doğal bir olay olan yaşlılık ile hastalık, kaza, ölüm ve malullük gibi sosyal riskler karşısında asgarî bir yaşam düzeyi sağlama amacına yöneliktir.”<sup>49</sup>

Danıştay da bir kararında, “Anayasamızın (...) 65. maddesinde yer alan; “(...)” hükmü ile Devlete Anayasa ile yüklenen ödevler arasında öncelikler gözetilmek suretiyle mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde görevlerini yerine getirme imkanı tanınmış olup, bu öncelikler arasında yaşama hakkı en başta olmak üzere kişilerin ruh ve fizik sağlığı içinde insana yaraşır bir hayat sürdürmesini sağlama görevinin en önde geldiği tartışmasızdır” diyerek, “bir kamu görevlisince kaldırılamayacak boyuttaki giderin hastanın üzerinde bırakılmasına yol açan (...) dava konusu düzenleme ve bu düzenlemeye dayalı olarak ... Kaymakamlığı'nca tesis edilen dava konusu işlemlerin (...) mevzuat hükümlerine dolayısıyla hukuka açıkça aykırı olduğu uygulanmaları halinde davacının telafisi güç zararlara uğramasına yol açacakları ...”<sup>50</sup> sonucuna varmış ve ilgili hükümlerin yürütmesini durdurmuştur.

Sonuç olarak idare, hizmeti yeni gelişmelere uyarlama noktasında Anayasa'nın 65. maddesini bir savunma aracı olarak kullanabileceken; söz konusu hizmet, daha önce bahsedilen “anayasal kamu hizmeti” kapsamında olduğunda hizmeti yeni gelişmelere uyarlamak zorunda kalacaktır.

## C. İDARENİN DEĞİŞKENLİK İLKESİ DOĞRULTUSUNDA HAREKET ETMESİ

### 1. Yapılan Değişikliğin Kazanılmış Haklara Etkisi

Kazanılmış hak kavramı, tanım bazında, üzerinde çokça durulması ve çeşitli anlam kaymalarına sebebiyet verilmesi dolayısıyla karmaşık bir yapıya sahiptir. Kavramın özel hukuk ve kamu hukukunda uygulama alanı bulması ve tüm ölçütleri içine alan bir tanım yapma uğraşı tanım yapmayı güçleştirmektedir. Anlaşılır olabilmesi ve kısa olması dolayısıyla, kazanılmış hakkın, yürürlükteki hukuk kurallarına uygun olarak doğmuş ve tüm sonuçlarıyla elde edilmiş bir hakkın, yeni hukuk düzeninde de tanınması ve korunması şeklindeki tanımlanmasının doğru olacağı kanaatindeyiz<sup>51</sup>.

Uyarlama ilkesi gereğince hizmette yapılan yenilikler gereği var olan haklarından ya da menfaatlerinden mahrum kalanların kazanılmış hak iddia

<sup>49</sup> AYM, E.1996/17, K.1996/38, K.T.16.10.1996, Resmi Gazete Tarih-Sayı: 09.08.1997-23075.

<sup>50</sup> D. 2. D. E. 2007/1200, T. 23.10.2007 (Kazancı).

<sup>51</sup> OĞURLU, Yücel; **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, Ankara 2003, s. 24-26.

edemeyecekleri genellikle kabul edilmektedir<sup>52</sup>. Onar'a göre, "...teşkilâta dâhil olanların veya bundan istifade eden bir kısım fertlerin hususî durumları, menfaatleri, hatta hakları, hizmetin teşkilâtında ve işleminde umumî menfaatler bakımından yapılması lâzım gelen değişikliğin ifasına mâni olamaz"<sup>53</sup> diyerek idarenin uyarılma ilkesi gereğince yapacağı değişikliklerde, teşkilata mensup kişilerin yani personelin ya da bundan istifade edenlerin yani vatandaşın haklarının ihlal ediliyor olmasının bu değişikliğe engel teşkil etmeyeceğini; çünkü burada korunan menfaatin kamu menfaati olduğunu ve kamu menfaati söz konusu olduğunda, bireysel menfaatin göz ardı edilebileceğini ifade etmiştir.

İdarenin değişen koşullar ve kamu yararı amacıyla kamu hizmetini yürüten personelin çalışma şekil ve şartlarında her zaman tek taraflı olarak değişiklik yapabileceği, örneğin personelin çalışma saatlerini veya yerlerini tek taraflı olarak değiştirebileceğini ve personelin eski koşullar anlamında kazanılmış hakkının olmadığı kabul edilmektedir<sup>54</sup>.

Örneğin, yeni gelişmelere paralel olarak hazırlanan yönetmelik hükümlerine uygun olmayan tesisleri nedeniyle zarara uğrayan ilgililerin kazanılmış hakları konusunda Danıştay, "...membra ve içme suları tesisleri hakkında yönetmeliğin aradığı yeni şartlar ve öngördüğü tedbirler, salgın hastalıklarla daha etkili şekilde mücadele gayesi ile sevk edilmiş bulunduğu göre; yönetmelik hükümlerinin kamu yararına ve düzenlediği kamu hizmetinin gereklerine uygun düşmeyen bir nitelik taşıdığı... (...) söylenemez (...) ...diğer taraftan kaide tasarruflarla düzenlenen objektif ve gayri şahsi hukuki durumlar; hususi sübjektif ve ferdî hukuki durum ve yetkilere inkılap etmedikçe kazanılmış hak söz konusu olamayacağından... (...) ...idarenin kazanılmış hak kurallarına riayet etmeksizin yönetmelik değiştirme yoluna gittiği hakkındaki davacı iddialarına da itibar mümkün olmamıştır"<sup>55</sup> yönünde karar vermiştir.

Uyarılma ilkesi uyarınca hizmette yapılan değişiklik nedeniyle kazanılmış hak iddiasında bulunulamayacağı genel olarak kabul edilse bile; hizmette yapılan değişiklik kazanılmış haklara aykırı ise hukuk devleti

<sup>52</sup> KARAHANOĞULLARI, s. 224.; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 335.

<sup>53</sup> ONAR, C. I, s. 21.

<sup>54</sup> GÖZLER, C. II, s. 308.

<sup>55</sup> D. 12. D. E. 1965/3828, K. 1967/1556, T. 13.10.1967, *Danıştay Kararları Dergisi*, s. 119-122., s. 460.

olmanın bir gereği olarak yapılan değişiklik hukuka aykırı olacaktır. Nitekim, YÖK kararıyla İngilizce ÜDS ve İngilizce KPDS sınavları ile yurtdışında çeşitli kurum ve kuruluşlar tarafından yapılan İngilizce dil sınavlarının sonuçlarının eşdeğerliliğine ilişkin daha önce kabul edilen TOEIC sınavının KPDS ve ÜDS eşdeğerliliğinin 14.11.2011 tarihi itibarı ile kaldırılmasına karar verilmiştir. İlgili YÖK kararında 14.11.2011 tarihinden önce TOEIC sınavından geçer not alan ve yükümlülüğünü yerine getirenler için bir hüküm öngörülmemiştir. Danıştay, ilgili YÖK kararını iptal ederken uyarılma ilkesinin kazanılmış haklar yönüne değinmiştir. Karara göre<sup>56</sup>, *“Anayasanın 124. maddesi gereği idarelerin, düzenleme yetkisine sahip olduğu alanlarda, uygulamaları Anayasaya, kanunlara ve uluslararası düzenlemelere uygun olarak, çağın gereklerine, toplumun ihtiyaçlarına göre değiştirip, yeniden düzenlemesi, kamu hizmetine egemen olan ilkelerden biri olan uyarılma (değişkenlik) ilkesi uyarınca hem bir görev hem de bir yetki olarak görülmektedir. Bu amaca ulaşılmasında gözetilecek olan asıl husus ise, hak kayıplarına neden olacak düzenlemelerden ziyade, eski hukuki durum çerçevesinde, hak kayıplarının önlenmesidir. Bu eksende; hukuk devleti olmanın gereği olarak üstün kamu yararı ihlal edilmeden kişilerin hukuk güvenliği korunmakla birlikte, idari istikrar da sağlanmaktadır.”*

Hatta Danıştay bir başka kararında, hizmette yapılan değişikliğin kazanılmış hakın yanında haklı beklentinin de korunarak yapılması gerektiğini belirtmiştir<sup>57</sup>. Uyuşmazlığa konu olay, lisansüstü programlara devam edecek emniyet hizmetleri sınıfına mensup öğrenciler için öngörülen ücretli izinli sayılmaya ilişkin kuralın Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği’nde yapılan değişiklikle yürürlükten kaldırılmasına ilişkindir. Danıştay uyarılma ilkesi gereği hizmette yapılan değişikliğin kazanılmış haklara aykırı olamayacağını kararda belirttikten sonra özetle, *“...Anabilim Dalı Doktora Programına kayıt yaptıran davacının, kayıt yaptırdığı tarih itibarıyla yürürlükte bulunan ... Yönetmeliği hükümlerinin öngördüğü statüyü ve ücretli izinli sayılacağını kabul ederek öğrenime başladığı ve bu açıdan, tabii olduğu yönetmeliğin kendisi bakımından avantaj sağlayan ücretli izinli sayılmaya ilişkin düzenlemesinin ortadan kaldırılması sonrası geçmişe dönük olarak ücretli izninin iptal edilmesinin hak kaybına yol açacağı açıktır... idarenin Yönetmelik değişikliği*

<sup>56</sup> D. 8. D. E. 2012/2797, K. 2017/6621, T. 26.09.2017 (Yayımlanmamıştır)

<sup>57</sup> Bu kavramın uyarılma ilkesi ile ilişkisi için bkz. BOZ, s. 160.

ile ileriye yönelik olarak ... düzenlemeyi kaldırma yetkisi bulunmakla birlikte, geçmişe dönük olarak ücretli izinleri iptal etmesinin, eski hukuki durum çerçevesinde, hak kaybını önlemesinden ziyade, hak kaybına neden olduğu ve hukuki güvenlik ve istikrarı zedelediği kabul edilmelidir... davacının Enstitüye kayıt yaptırdığı tarihte yürürlükte olan mevzuata göre ücretli izinli sayılması suretiyle bir süre öğrenim görerek doktora programının belirli bir aşamasına kadar gelmesinden sonra, tabii olduğu Yönetmeliğin ücretli izne ilişkin düzenlemesinin kendine uygulanmasının devam edeceğini bekleme hakkına sahip olması ve aleyhe sonuç yaratacak şekilde düzenleme getirilememesi hukuk devleti ilkesi gereğidir.<sup>58</sup>

## 2. İdarenin İdari Sözleşmelerde Tek Taraflı Değişiklik Yetkisi ve İmtiyaz Sahibinin Durumu

Özel hukukta, sözleşme ilişkisi içinde bulunan taraflardan birisi diğerinin rızası olmadan sözleşmedeki şartları değiştiremez ya da ağırlaştıramaz. Bunun sebebi olarak, sözleşmenin, tarafların "anayasası" olarak görülmesi özelliği gösterilir<sup>59</sup>.

Özel hukukta sözleşmenin taraflardan birisi tarafından tek taraflı olarak değiştirilmesinin mümkün olmamasının temeli olarak "pacta sunt

<sup>58</sup> D. 8. D. E. 2014/9493, K. 2016/5213, T. 17/05/2016 (Yayımlanmamıştır). Benzer yönde, Danıştay, Büyükşehir Belediyesi Ulaşım Koordinasyon Merkezi tarafından çıkarılan ve kurala uymayan taşımacılara güzergah izin belgesi verilmeyeceği ve verilmiş olan belgelerin ise iptal edileceği yönündeki kararı, "idarelerin; düzenleme yetkisine sahip olduğu alanlarda, uygulamaları çağın gereklerine ve toplumun ihtiyaçlarına uygun olarak değiştirip, yeniden düzenlenmesi, kamu hizmetine egemen olan ilkelere biri olan uyarılma (değişkenlik) ilkesi uyarınca hem bir görev hem de bir yetki olarak görülmektedir. Ancak; hak kayıplarının önlenmesi, eski hukuksal durumla, yeni oluşturulan durumun bağdaştırılması gerekmektedir. Bu amaca ulaşılmasında gözetilecek olan husus, eski hukuki durum çerçevesinde kazanılmış hakların yeterince korunmasıdır. Bu bağlamda İdare Hukuku bakımından kazanılmış hakların üstün kamu yararı ihmal edilmeden korunması, hukuk devleti olmanın gereğidir... bu kuralla, değişiklik öncesi taşımacılık sözleşmesini yaparak, güzergah izin belgesi almış olanların durumunda aleyhe olarak ve geçmişe etkili şekilde düzenleme yapıldığı açıktır" diyerek iptal etmiştir. D. 8. D. E. 2014/8368, K. 2016/6935, T. 17/06/2016 (Yayımlanmamıştır)

<sup>59</sup> EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 480 vd., OĞUZMAN, Kemal-ÖZ, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013, s. 203 vd., RUHİ, Ahmet Cemal; **Sözleşmeler Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s. 78.

servanda” yani “ahde vefa” ilkesi gösterilir. Bu ilkeye göre borçlu, sözleşmedeki sorumluluklarına bağlı kalmalı, ahde vefa göstermeli ve şartlar kendi aleyhine ne kadar değişse de edimini aynen ifaya devam etmelidir<sup>60</sup>. Bu ilkeyi her durumda borçluyu ifaya zorlaması yönünden dürüstlük kuralı ve hakkaniyet ilkesine aykırı bulan ve farklı bir ilkeyi öne süren görüşlere göre mantıklı olan ilke “*clausula rebus sic stantibus*”dur. Bu ilkeye göre ise borçlu taraf ancak şartları önemli ölçüde ağırlaştımadığı takdirde ifaya mecburdur. Şartların ağırlaşması ihtimalinde borçlunun edim yükümlülüğü yeni duruma göre uyarlanmalıdır<sup>61</sup>. Romalı hukukçunun ifadesiyle “*Her şey taahhüt altına girdiğim zamanda olduğu gibi aynen baki kalmış olmalıdır ki, müteahhit olarak beni sözümle bağlayabilsin.*”<sup>62</sup>

İdare hukukunda, idarenin yapmış olduğu sözleşmeler, bağlı olduğu hukuk düzeni açısından ikiye ayrılır; “*idarenin idari sözleşmeleri*” ve “*idarenin özel hukuk sözleşmeleri*”. Kimileri bu ayrımı gözeterek kavramsal olarak konuyu “*idarenin sözleşmeleri*” olarak ele almaktadır<sup>63</sup>. İdarenin idari sözleşmeleri, idarenin idare hukuku kurallarına dayanarak yapmış olduğu ve uyumsuzluğun çözüm yerinin (tahkim şartının öngörüldüğü imtiyaz sözleşmeleri hariç) idari yargı olduğu sözleşmelerdir<sup>64</sup>. Yaygın olarak tercih edilmesi nedeniyle biz de bu tür sözleşmelere idari sözleşme demeyi uygun gördük.

İdare, kamu hizmetini kendisi yürütebileceği gibi, gözetimi ve denetimi altında özel hukuk kişilerine de gördürebilir. İdarenin, kamu hizmetini özel kişilere gördürmesi için yaptığı sözleşmeler çeşitlidir. İdarenin, idari sözleşmelerde tek taraflı değişiklik yapma hak ve yetkisini kullandığı sözleşme tipi genel olarak, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleridir<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> EREN, s. 481.

<sup>61</sup> EREN, s. 481-482.

<sup>62</sup> Serbesco, Effet de la guerre sur l’execution des contrats, Revue trimestrielle de droit civil, 1917, S. 352. Aktaran: FEYZİOĞLU, Turan; **İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi (Beklenmeyen Hal Meselesi)**, Ankara 1947, s. 8.

<sup>63</sup> ODYAKMAZ, Zehra; **Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1998, C.2, S.1-2, s. 3.

<sup>64</sup> ODYAKMAZ, s. 5.

<sup>65</sup> GÖZLER, C. II. s. 169.

Genel olarak idarenin idari sözleşmedeki hak ve yetkilerine bakacak olursak, bunlar; denetim yetkisi, tek taraflı değişiklik yapma yetkisi, yaptırım uygulama yetkisi, fesih yetkisidir<sup>66</sup>.

İdarenin, idari sözleşmelerde sahip olduğu yetkilerden belki de en önemlisi sözleşmede tek taraflı değişiklik yapabilmesidir. *“İdare, uygulama sırasında karşı tarafın ödev ve yükümlülüklerini tek yanlı iradesiyle arttırıp azaltabilir, yani sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklikler yapabilir.”*<sup>67</sup> Bu yetki, kamu hizmetinde uyarlama ilkesinin, idari sözleşmelerde görünen yüzüdür<sup>68</sup>.

Geniş anlamda bakıldığında idari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayıran kıstasların en başında kamu yararı gereğince sözleşmenin idare tarafından fesih yetkisi ve idarenin uyarlama ilkesi gereğince kamu hizmetinin görülmesi amacıyla imzalanmış olan sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi gelir.

İdarenin idari sözleşmeyi tek taraflı değiştirebilmesi hususu, idare açısından bir hak ve yetki olduğu kadar bir zorunluluktur da. Daha önce idarenin kamu hizmetlerinde değişiklik talebi karşısında takdir yetkisinden söz ederken de ifa ettiğimiz üzere eğer hizmet anayasal kamu hizmeti kapsamındaysa veya bu kapsamda olmasa dahi hizmetin sunulmaması kullanıcının yaşamını etkiliyorsa idarenin değişime kapalı olması kabul edilemez. Başka bir ifadeyle idare, gelişen ve değişen teknolojiye ve kamu

<sup>66</sup> GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 346 vd; GİRİTLİ, İsmet-BİLGİN, Pertev- AKGÜNER, Tayfun-BERK Kahraman; **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 5. Bası, İstanbul 2012, s. 1165 vd.

<sup>67</sup> DURAN, Lütfi; **İdare Hukuku Ders Notları**, 1982 İstanbul, s. 439.

<sup>68</sup> *“Bir idari sözleşme türü olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusu doğrudan doğruya kamu hizmetini, kamu malını ve kamu menfaatini ilgilendirdiği için bu hizmeti görmek ve bu menfaati korumakla görevli olan idare imtiyaz sözleşmesinin düzenleyici hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapma yetkisine sahiptir. Zira bu hükümler, sözleşme konusu edimin yerine getirilmesine, sözleşme konusu kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin şartlardır.”* DİDDK, E. 2009/1533, K. 2009/1729, T. 16.09.2009, (UYAP Mevzuat); *“İdari sözleşme, idarenin kamusal yetkisine dayanarak, kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararı nedeniyle yaptıkları sözleşmelerdir. Bunlar idarenin ayrıcalıklı ve üstün hak ve yetkilerini içerirler. İdare, bu sözleşme hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapabilir ya da sözleşmenin feshine gidebilir”* UYM, E. 1991/15, K. 1991/16, T. 08.07.1991, RG: T. 20.10.1991, N. 21027.



hizmetinin içeriğinde veya yeni bir hizmetin kurulmasında gelişmelere arkasını dönemez<sup>69</sup>.

Fransa'da Conseil Etat, idarenin idari sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi ile ilgili vermiş olduğu bir kararda özetle, *"...Bouches-du-Rhône Valiliği tek taraflı olarak kamusal ihtiyaçları gidermek amacıyla yaz ayları süresince servisteki tren sayısının artırılmasına karar vermiştir. Şirket (...) ...idarenin tek taraflı olarak bu tür düzenleme yapabilme yetkisinin sözleşmenin hiçbir maddesinde öngörülmediğini (belirtmiş) (mahkeme)... idarenin hukuka uygun bir biçimde ve tek taraflı olarak imtiyazcıya ek yükümlülükler getirebileceğine ve bunlara uyulmanın zorunlu olduğuna hükmetmiştir."*<sup>70</sup>

İdarenin, idari sözleşmede tek taraflı değişiklik yapabilme yetkisinin olması, bu yetkiyi sınırsız ve keyfi bir biçimde kullanabileceği anlamına gelmez. Bu yetkiyi kullanırken de idarenin uyması gereken ilkeler ve kurallar vardır. İdarenin sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirirken uyması gereken söz konusu kurallar ve ilkeler doktrinde çeşitli kavramlarla açıklanmaya çalışılmıştır. Bu konuda *"seçilmiş olan hizmet yürütüm biçiminin sınırları içinde kalmak"*<sup>71</sup> veya *"sözleşme konusuna tamamen yabancı olmamak"*<sup>72</sup> gibi ifadelerin yanı sıra, değişikliğin sözleşmenin akdi hükümlerine ilişkin olmaması gerektiği ve değişikliğin sözleşmenin düzenleyici hükümlerinde yapılabileceği yönünde görüşler de mevcuttur<sup>73</sup>. Onar da sınırı, *"...idarenin bir taraflı değişiklik yapma imtiyazı dolayısıyla de malî muvazeneye tesir*

<sup>69</sup> GİRİTLİ, İsmet-BİLGİN, Pertev; **İdare Hukuku**, C. 3, İstanbul 1979, s. 202.

<sup>70</sup> LACHAUME, Jean-François; **Droit administratif**, 13eme edition, Themis, LGDJ, PUF, Paris 2002, S. 557-558. Aktaran: ATAY, Ender Ethem; **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 599; Yine Fransa'da gaz ile aydınlatma işini üstlenen şirketten elektrikle aydınlatma teknolojisine geçmesi istenmiş reddedilince hizmet başka bir şirkete verilmiştir. Eski şirketin açtığı davada Conseil Etat yeni teknolojiye geçmemesi nedeniyle idarenin yeni bir imtiyazcı belirlemesini hukuka aykırı görmemiştir. CE, Gaz de Deville-les-Rouen, 10 Ocak 1902, <http://www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence/> Aktaran: ERGÜN, Çağdaş Evrim; **Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti**, Ankara 2010, s. 195.

<sup>71</sup> KARAHANOĞULLARI, s. 223.

<sup>72</sup> KARAHANOĞULLARI, s. 223.

<sup>73</sup> GÖZLER, C. II. s. 170.

edemez ve mukavelenin malî hükümlerini değiştiremez”<sup>74</sup> şeklinde ifade etmiştir.

Danıştay’a göre sınır, “...ancak idarenin sahip olduğu bu yetki sözleşmenin kamu hizmetini, kamu malını ve kamu menfaatini ilgilendiren hükümlerine ilişkin olduğundan, sözleşmenin akit karakterinin ağır bastığı örneğin, sözleşmeciye sağlanan avans, kredi teminatı, tekel hakkı, bazı vergi ve harçlardan muafiyet gibi, mali hükümlerinde idare tek yanlı değişiklik yapma yetkisine haiz değildir.”<sup>75</sup>

İdarenin sözleşmede tek taraflı değişiklik yapmasının sınırının sözleşmenin içeriğinin boşaltılmaması olduğu ve tarafların sözleşmenin konusuna karşılıklı saygı duymak zorunda olduğu bunun yanı sıra idarenin sözleşmede yapacağı değişikliklerde kamu yararına uygun hareket etmesi gerektiğini aksi takdirde sözleşmenin karşı tarafının, sözleşmeyi feshetme yetkisinin doğacağı ifade edilmiştir<sup>76</sup>.

İdarenin sözleşmede tek taraflı değişiklik yapması sonucu imtiyaz sözleşmelerinde imtiyaz sahibinin zarara uğraması söz konusu olabilir. İmtiyaz sahibinin zarara uğradığının belirlenmesi için mali dengesinin bozulduğunun ispat edilmesi gerekir. Mali dengesi bozulan imtiyaz sahibinin önünde sözleşmenin devam etmesi yönünde imkânlar mevcuttur. Öncelikle imtiyaz sahibi, idareden yaptığı değişiklikler sebebiyle ortaya çıkan zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Bu talep imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde, mali dengesinin bozulduğunu ispat eden imtiyaz sahibi için haklı bir taleptir ve idarenin imtiyaz sahibinin zararını karşılaması gerekir. Bu zarar, koşullar çerçevesinde “beklenmeyen hal nazariyesi”<sup>77</sup> veya “fait du prince”<sup>78</sup> ilkesine göre tazmin edilebilir. Eğer idare, mali dengesinin bozulduğunu ispat eden imtiyaz sahibinin zararının tazmin etmez ise, ağır kusur sebebiyle imtiyaz sahibi sözleşmeyi feshedebilir.

İmtiyaz sahibi mali dengesinin bozulduğundan hareketle, bozulan mali dengesinin düzeltilmesi ve fesih haklarından birini istediği gibi kullanamaz.

<sup>74</sup> ONAR, Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, 3. Bası, s. 1631.

<sup>75</sup> DİDDK, E. 2009/1533, K. 2009/1729, T. 16.09.2009, (UYAP Mevzuat).

<sup>76</sup> ATAY, s. 600.

<sup>77</sup> Beklenmeyen hal nazariyesi hakkında detaylı bilgi için bkz. FEYZİOĞLU, , Turan; **İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi (Beklenmeyen Hal Meselesi)**, Ankara 1947.

<sup>78</sup> Fait Du Prince’in kelime anlamı ve detayı için bkz. ÖZAY, s. 253 vd.

Öncelikle idareden mali dengesinin düzeltilmesini talep etmek zorundadır. Bu talep karşılık bulmaz ise imtiyaz sahibi sözleşmeyi feshedebilir. İdarenin sözleşmeyi değiştirmesinde kamu yararının olması, sözleşmecinin bu ağır yüke maruz bırakılacağı anlamına gelmez<sup>79</sup>.

*Beklenmeyen hal nazariyesinin bir olaya uygulanabilmesi için gerekli şartları belirten Feyzioğlu'na göre*<sup>80</sup>;

*“İstisnai, olağanüstü ve önceden öngörülmesi imkânsız hadiselerin mevcudiyeti,*

*-Tarafların bu hadiselerle tamamıyla yabancı kalmış olmaları, yani hadiselerin taraflardan birinin iradesi neticesinde değil, tamamıyla hariç bir tesirden doğmuş bulunması,*

*-Sözleşmenin mali esaslarının, akit-dışı bir durum ve akit-dışı bir külfet doğuracak şekilde alt üst olması,*

*-Akidin, her şeye rağmen, sözleşme hükümlerini yerine getirmeye devam ederek hizmeti inkıtaa uğratmaması gerekir.”*

Beklenmeyen hal nazariyesinin uygulanma şartları da göz önüne alındığında, kamu hizmetlerinin uyarılma ilkesi gereği idarenin idari sözleşmede tek yanlı değişiklik yapması nedeniyle imtiyaz sahibinin zarara uğraması durumunda, imtiyaz sahibi bozulan mali dengesinin düzeltilmesini beklenmeyen hal nazariyesini sebep göstererek idareden isteyemez. Çünkü beklenmeyen hal nazariyesinde idareye atfedilemeyecek veya idarenin dışında gelişen bazı olaylar neticesinde imtiyaz sahibinin zarara uğraması ve mali dengesinin bozulması söz konusudur.

*Fait du prince* ilkesine göre, idare yapmış olduğu bir işlem ya da eylem sebebiyle karşı tarafın yükümlülüklerini ağırlaştırıcı bazı tedbirler alır ve bu durumda zararı karşılaması gerekir<sup>81</sup>. *Fait du prince* ilkesi, idari sözleşmeni tarafı olan idarenin, taraf olma sebebiyle değil başka herhangi bir sebeple sözleşmenin ifasını zorlaştıracak bazı tedbirler alması nedeniyle karşı tarafın zararını tazmin etmesini öngören bir ilkedir<sup>82</sup>. *Fait du prince* ilkesine bir örnek vermek gerekirse, bir belediye bir şehirde toplu taşımacılık hizmetini özel bir kişiye vermiş olduğunu ve daha sonradan idare aldığı kararla özel

<sup>79</sup> GÖZLER, C. II. s. 171.

<sup>80</sup> FEYZİOĞLU, s. 36.

<sup>81</sup> ATAY, s. 600; ÖZAY, s. 253; GÖZLER-KAPLAN, s. 509.

<sup>82</sup> GÖZLER, C. II, s. 181.

kişiyeye verilen tolu ulaşım hizmetinin yapıldığı yollardan bazılarını kapattığını veya bazılarını tek yön haline getirdiğini düşünelim. Bu durumda hizmeti sunan özel kişinin yollarının uzayacak olması nedeniyle bir zararı doğabilir. Bu durumda özel kişi zararını *fait du prince* ilkesi gereği idareden isteyebilir<sup>83</sup>.

Gözler, *fait du prince* ilkesini açıklarken, sözleşmenin mali dengesini sözleşmenin tarafı olan idarenin bozmuş olması ihtimalinde bu ilkenin uygulanmasına gerek olmadığını çünkü bu durumda zaten idarenin sözleşmede tek yanlı değişiklik yapma yetkisi nedeniyle bir zarar ortaya çıkmışsa bunun idare tarafından giderileceğini belirtmiştir<sup>84</sup>. Ancak idarenin sözleşmelerde tek yanlı değişiklik yapabilme yetkisi, kendi başına kamu hizmetinin ilkelerinden olan uyarlama ilkesinin idari sözleşmeler açısından bir görünümüdür. Dolayısıyla tek başına idarenin idari sözleşmelerde tek yanlı değişiklik yapabilme yetkisi, karşı tarafın zararını karşılamak için yetersizdir. Ki her değişiklikte karşı tarafın mali dengesinin bozulması ve zarara uğraması da söz konusu olmayabilir. Bundan dolayı sözleşmede tek yanlı değişiklik yapan idarenin karşı tarafın zararını *fait du prince* ilkesine göre tazmin etmesinde bir sakınca yoktur.

## SONUÇ

Uyarlama ilkesi, kamu hizmetlerinin dünyada yaşanan teknolojik, sosyolojik, ekonomik ve siyasal gelişmelere uyum sağlaması amacına hizmet eden kamu hizmeti ilkelerindedir. Uyarlama ilkesi uyarınca hizmette değişiklik yapmanın amacı kamu yararını sağlamaktır. Eskimiş bir hizmetin kamunun yararına olacağını söylemek mümkün değildir.

İdarenin kamu hizmetlerini yeni gelişmelere uydurma konusunda yetkilendirilmiş olması, idarenin takdir yetkisi gereği serbest hareket etme yetkisi olduğu anlamına gelmez. Anayasada veya kanunlarda bir kamu hizmetinin kurulması veya yeni gelişmelere uyum sağlaması öngörülmüş ise, idare bu noktada hizmetler yönünden bağlı yetki sebebiyle hareket etmek zorundadır. Özellikle anayasal kamu hizmetleri söz konusuysa idarenin takdir yetkisinden bahsetmek mümkün değildir.

Kullanıcının kamu hizmetlerini yeni gelişmelere uyum sağlaması amacıyla idareden talep edebilmesi gerekir. İdarenin kamu hizmetlerinin tümü üzerinde son teknolojik imkânlarla hizmet sunmak zorunda olduğunu

<sup>83</sup> CHAPUS, *Droit Administratif Général*, op. cit., c. 1, s. 837. Aktaran: GÖZLER-KAPLAN, s. 509.

<sup>84</sup> GÖZLER, C. II, s. 179.

iddia etmek de mümkün değildir. Bu noktada da sınırın, “onurlu bir yaşam”, “asgari yaşam standardı” gibi ifade edilen ve bize göre hizmet kalitesinin alt sınırını teşkil eden sınırın üzerinde ve Anayasanın 65. maddesinde geçen “mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde” bir hizmet kalitesinin yakalanması sınırın çizilmesi anlamında belirleyici olacaktır.

İdarenin, hizmeti yeni gelişmelere göre uyarlamamasından dolayı kullanıcı zarara uğrarsa, idare duruma göre kusur veya kusursuz sorumluluk sebebiyle sorumlu tutulabilir. Örneğin eskimiş bir hizmeti sürdüren idarenin bu faaliyeti nedeniyle kullanıcı zarara uğrarsa, idare hizmetin kötü işlemesi nedeniyle sorumludur.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri idari sözleşmelerdir ve idari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerden ayıran ölçütlerden birisi de idarenin gerekli gördüğü hallerde idari sözleşmelerde tek yanlı değişiklik yapabilmesidir. İdarenin tek yanlı değişiklik yapacağı imtiyaz sözleşmesi hazırlanırken hüküm altına alınabilir. Ancak bu değişikliği yapabilmek için sözleşmede hüküm bulunmasına gerek yoktur. Ancak değişiklik sebebiyle mali dengesinin bulunduğunu ispat etmesi halinde idare bozulan bu dengeyi düzeltmelidir. İmtiyaz sahibi oluşan zararını idareden sözleşmede bu yönde hüküm bulunmasa dahi, *fait du prince* ilkesine göre talep edebilir. Düzeltmediği takdirde imtiyaz sahibinin fesih yetkisi gündeme gelir.

## KAYNAKLAR

- AKYILMAZ**, Bahtiyar - **SEZGİNER**, Murat - **KAYA**, Cemil; Türk İdare Hukuku, 3. Baskı, 2012
- ARAT ÖZKAYA**, Nilay; Türk İdare Hukukunda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi, İstanbul 2015
- ASLAN**, Betül; Devletin Temel Amaç ve Ödevleri Işığında Öznel Gelişme Hakkı, İstanbul, 2009
- ATASAYAN**, M. Gözde; Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi, 2012, İstanbul
- ATAY**, Ender Ethem; İdare Hukuku, Ankara 2012
- AYBAY**, Rona; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mayıs-Haziran 2010, S.88
- BİLGİN**, Pertev; Kamu Hizmeti Hakkında, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 1980
- BOZ**, Selman Sacit; İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması, Ankara 2017
- DURAN**, Lütfi; İdare Hukuku Ders Notları, 1982 İstanbul
- DURAN**, Lütfi; İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi, İÜHFM, C. 12, S. 1, 1946
- EREN**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012
- ERGÜN**, Çağdaş Evrim; Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, Ankara 2010
- FEYZİOĞLU**, Turan; İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi (Beklenmeyen Hal Meselesi), Ankara 1947
- GİRİTLİ**, İsmet-**BİLGİN**, Pertev; İdare Hukuku, C. 3, İstanbul 1979
- GİRİTLİ**, İsmet-**BİLGİN**, Pertev-**AKGÜNER**, Tayfun-**BERK** Kahraman; İdare Hukuku, Güncellenmiş 5. Bası, İstanbul 2012
- GÖZLER**, Kemal; İdare Hukuku, C. II, Bursa 2009
- GÖZLER**, Kemal - **KAPLAN**, Gürsel; İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Bursa 2011
- KABOĞLU**, İbrahim; Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 2012
- KARAHANOĞULLARI**, Onur; Kamu Hizmeti, Ankara 2004
- KARAMAN**, Ebru; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk, İÜHFM, C. LXXII, S. 1, 2014
- ODYAKMAZ**, Zehra; Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1998, C.2, S.1-2
- OĞURLU**, Yücel; İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara 2003

- OĞUZMAN**, Kemal-**ÖZ**, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013
- ONAR**, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, 3. Bası
- ONAR**, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, 3. Bası
- ÖZAY**, İl Han; Günışığında Yönetim, İstanbul 2004
- ÖZVERİ**, Murat; Sosyal Hakların Dava Yoluyla Gerçekleştirilmesi, Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2011
- RUHİ**, Ahmet Cemal; Sözleşmeler Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2013
- TANÖR**, Bülent; Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978
- ULUSOY**, Ali; Kamu Hizmeti İncelemeleri, İstanbul 2004
- ULUSOY**, Ali; Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları, Hukuk- Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ankara, 2001
- ÜNAL**, Şeref; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi – İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, Ankara, 2001
- GÜNDAY**, Metin; İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2013
- GÜNDAY**, Metin; İdarenin Takdir Yetkisi, Doçentlik Tezi, Ankara 1982
- YAYLA**, Yıldızhan; İdare Hukuku, İstanbul 2009





## **HAKSIZ TAHİRİKİN FELSEFİ TEMELLERİ\***

**Arş. Gör. Abdulkadir ÇADAK\*\***

### **PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF UNJUST PROVOCATION**

#### **Makaleye Atıf**

**Klasik Usul:** Çadak, Abdulkadir, Haksız Tahrikin Felsefi Temelleri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 2018, s. 185-238.

**APA:** ÇADAK, A. (2018). Haksız Tahrikin Felsefi Temelleri. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26 (3), 185-238. DOI: 10.15337/suhfd.439882.

---

\* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 02.07.2018

**Kabul Edildiği Tarih:** 28.11.2018

**DOI Numarası:** [10.15337/suhfd.439882](https://doi.org/10.15337/suhfd.439882)

\*\* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

**E-mail Adresi:** chadaklaw@gmail.com

**ORCID ID:** [0000-0001-7621-9509](https://orcid.org/0000-0001-7621-9509)

## ÖZ

*Haksız tahrik, şartları ve kapsamı değişiklik göstermekle birlikte geçmişten günümüze ceza hukuku sistemlerinde yer alan ve cezanın belirlenmesinde dikkate alınan bir konudur. Haksız tahrikin varlığı ve koşulları ceza hukukçuları tarafından tartışılıp araştırmalara konu yapılmaktadır. Ancak cezanın verilmesinde haksız tahrikin neden indirim sebebi olması gerektiği, konunun felsefi temellerine ilişkindir. Haksız tahrikin indirim sebebi olarak ele alınmasının altında esasen irade özgürlüğü yatmaktadır. İrade özgürlüğünün haksız tahrikle birlikte değerlendirilmesi ceza hukukundaki haksız tahrikin varlığına ilişkin sorunların çözümüne de katkı sağlayacaktır.*

**ANAHTAR KELİMELEER:** *Haksız Tahrik, İrade Özgürlüğü, Kusurluluk, Hiddet, Elem.*

## ABSTRACT

*Unjust provocation is a matter which is included in the daily criminal justice system and is taken into consideration in determining the punishment, while varying the terms and scope. Unjust provocation conditions are discussed and investigated by criminal lawyers. However, the reason why the punishment should be affected is related to the philosophical foundations of the unjust provocation. Freedom of will is the essential underlying reason of unjust provocation. The evaluation of freedom of will with unfair incitement will also contribute to the solution of the problems related to unjust provocation in criminal law.*

**KEY WORDS:** *Unjust Provocation, Freedom Of Will, Defect, Rage, Dolour.*

## GİRİŞ

Kusurluluk, suç teşkil eden bir fiilin failine ceza verilebilmesi için faille işlediği fiil arasında bulunması gereken bir değerlendirmedir. Kişiye, kusuruna bağlı olarak ceza verilmesi insan medeniyetinin kaydettiği önemli bir ilerlemedir. Kusurluluk, kişinin fiili gerçekleştirirken bilinç ve irade ile hareket etmesini gerektirmektedir. Böylece, failin cezalandırılabilmesinde fiilin kendisi tarafından işlenmiş olmasının ve neticeyle fiili arasında nedensellik ilişkisinin yanı sıra, fiili bilerek ve isteyerek işlemiş olması koşulu gerçekleşmiş olacaktır. Çağdaş ceza kanunları da failin kusurluluğuna etki ederek onun kusurluluğunu, bir diğer deyişle kınanabilirliğini azaltan veya

tamamen ortadan kaldıran nedenleri dikkate almaktadır. Haksız tahrik de failin kusurluluğunu kaldırmayan fakat onu azaltan ve cezayı hafifleten nedenlerden biridir.

Türk Ceza Kanunu kusurlulukla bağlantılı olarak haksız tahrik halinde cezada indirim yapılmasına ilişkin hükümler içermektedir. Tüm suçlar için genel bir indirim sebebi olarak düzenlenen haksız tahrik kurumu ceza hukukçuları tarafından çokça ele alınsa da bu çalışmaların birçoğu temel eserlerden yapılan bilgi amaçlı derlemelerdir. Bu çalışmada ise haksız tahrikin neden indirim sebebi olarak düzenlendiğine ilişkin soruya cevap aranacaktır. Haksız tahrikin felsefi arka planında temelde irade özgürlüğünün etkilenmesi vardır. İkincil olarak mağdurun haksız fiilini bir nevi ödetme düşüncesi de bu kurumun düzenlenmesinde etkili olmuştur. Haksız tahrik, kusurun “irade” (isteme) unsuru üzerinde etkili olan bir faktördür. Bundan dolayı öncelikle kusur ve haksız tahrik ilişkisi kurulmaya çalışılacaktır.

Kişiler kendi kusuru olmaksızın başkalarının haksız hareketleri neticesinde hiddet veya şiddetli eleme kapılabilir, haksız harekete tepki olarak suç işleyebilir. Failin işlediği tepki suçunun cezası bu durumda bir miktar indirilebilir. Dolayısıyla ceza hukuku ve psikoloji bağlamında hiddet ve şiddet kavramları açıklanmalıdır.

İrade özgürlüğü Antik Yunan’dan günümüze özellikle doğal hukukçu yaklaşımlar tarafından ele alınmıştır. İrade özgürlüğünün temelinde ise insanın diğer varlıklardan ayrı olarak akıllı bir varlık olması ve doğruyu yanlışı bilebilmesi yatmaktadır. İrade özgürlüğü ile kişi doğru ve yanlış arasında tercihte bulunabilme yeteneğine kavuşmaktadır. Özellikle doğal hukukçu yaklaşımla benzer görüşlere sahip olan Kant’ın irade özgürlüğüne ilişkin fikirleri de modern ceza hukukunu etkilemiştir. Bu bakımdan Kant’ın irade özgürlüğüne ilişkin görüşleri çalışmamızda ağırlıklı olarak anlatılacaktır.

Çalışmamıza haksız tahrikin akıl ve irade yönünden incelenmesiyle başlanacaktır. Daha sonra Türk ceza hukuku temel alınarak haksız tahrik kurumu açıklanmaya çalışılacaktır. Bunu yaparken, “haksız tahrikin şartları” sistematüğinden ayrılıp “mağdur ve fail yönüyle haksız tahrik” şeklinde bir sınıflandırmaya gidilecek ve alt başlıklarda önemli kavramlar irdelenip bu hususlarda kendi görüşlerimiz beyan edilecektir. Mağdur ve faile dönük: ‘haksız fiil’, ‘hiddet ve şiddetli elem’, ‘kusurluluk’ gibi temel kavramlar açıklandıktan sonra özel haksız tahrik halinden bahsedilecek, son olarak da haksız tahrik kurumunun felsefi alt yapısının diğer hukuk sistemlerinde nasıl

teşekkül ettiğini anlamak adına karşılaştırmalı hukuktaki duruma göz atılacaktır.

Bu çalışmayı hazırlama amacımız kamuoyunda sürekli tartışılabilen, ceza hukukumuz bakımından tüm suçlara uygulanma kabiliyetini haiz haksız tahrik müessesesinin tabiri yerindeyse altını deşmektir. Burada bizim savımız, bu müessesenin asıl düzenleniş amacının irade özgürlüğünün ve yeteneğinin zafiyete uğratılması olduğudur. İslam ve devamında Osmanlı hukuk sisteminden bize miras kalan ‘ödetme’ düşüncesi de bir başka sebep olsa da bu ikinci planda kalmaktadır. Mukayeseli hukuka da bakıldığında görülecektir ki insanın özgür iradesini akamete uğratan amiller bütün modern ceza hukuku sistemlerinde yaptırımın belirlenmesinde başrol oyuncularından biridir.

### 1. Kusur ve Sorumluluk

Modern ceza hukuku sistemlerinde kişilerin işledikleri fiillerin kendilerine isnat edilip cezalandırılabilmesi için “kusur” olgusu aranmaktadır. “Kusur olmadan ceza olmaz” (nulla poena sine culpa) genel ilkesine göre kişinin suç teşkil eden fiilden dolayı cezalandırılabilmesi için kusurlu olması gerekmektedir.<sup>1</sup> Yani “kusur” ile bireyler işledikleri suçlardan sorumlu tutulabilmektedir. Sorumluluk, fiillerinin sonuçlarına ve eylemleriyle ilgili olarak kendisine yöneltilen sorulara cevap verebilme gücü ve yetkisinin bulunmasıdır. Ceza kanunlarında da kusur ve sorumluluk birbiriyle örtüşür şekillerde kullanılmaktadır. Alman hukukunda kusur: “eigenverantwortlichkeit des Menschen” yani bireyin kişisel sorumluluğu olarak geçmektedir. Kişiler davranışlarından ötürü sorumludur. Sorumluluğun ön şartı ise özgür iradedir. Özgür iradenin yokluğu halinde sorumluluktan söz edilemez.<sup>2</sup> Kişinin belirli bir şeyi yapma gücüne sahip olduğundan dolayı sorumlu kabul edilmesi kişi açısından zorlukların doğmasına da sebep olur. Zira sorumlu kimse, davranışlarının sonuçlarına da katlanmak mecburiyetindedir. Kişi sorumlu ise sonucu da hak etmiştir. Böylece kişi her adımında hesap vermek zorundadır. Başka bir kişiyi, koşulları, kaderi ya da yazgıyı, mistik bir varlığı ya da Tanrıyı suçlayamaz.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ÖZGENÇ, İzzet, (2006), Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara, Seçkin Yayınevi, 245-246.

<sup>2</sup> MERAKLI, Serkan, (2017), Ceza Hukukunda Kusur, Ankara, Seçkin Yayınevi, 52.

<sup>3</sup> ADUGİT, Yavuz, (2013), “Özgürlüğün Kısa Tarihi”, Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, 63-93.

Sorumluluğun özgür irade ile ilişkisi ve sonuçları insanlığın ilk dönemlerinden itibaren anlatılmış ve tartışılmıştır. Örneğin, Antik Çağ'da Hesiodos'un anlattığı efsaneye göre Zeus, Prometheus'u cezalandırmak için ölümlülerin yani insanların elinden ateşi alır. Prometheus ise Zeus'u aldatmayı başararak Olympos'a çıkar ve bir kamışın içindeki ateşi dünyaya getirir ve ölümlülere verir. Buna çok kızan Zeus, Prometheus'u kollarından ve bacaklarından bir sütuna zincirle bağlar. Her gün bir kartal gelip Prometheus'un ciğerini yer, ardından gece Prometheus'un ciğeri tekrar oluşur. Sonsuza dek sürmesi beklenen bu ceza otuz yıl sonra Herakles'in gelip Prometheus'u kurtarması ile son bulur.<sup>4</sup> Prometheus'un ölümlülere götürdüğü ateşin bilgi ve özgürlük olduğu düşünülmektedir. Zeus, insanların kendisine karşı özgür kalıp ayaklanmasından korktuğu için yeryüzünde ateşin olmasını istememektedir. Prometheus'un ateşi alması ile de sorumluluk meydana gelmiş ve bunun sonucunu her gün çekmiştir. Özgürlük bu bakımdan sorumluluğu doğurmaktadır. Sorumluluk özgürlüğün beraberinde gelen bir yükür.<sup>5</sup>

Platon da özgürlük ve sorumluluk ilişkisine benzer şekilde dikkat çekmiştir. Platon doğrudan özgürlük ve sorumluluk hakkındaki düşüncelerinden bahsetmemiştir ancak Devlet adlı eserinde bir mit anlatır. Buna göre bir asker savaşta ölür ancak cesedi on gün boyunca çürümez ve on ikinci gün yakılmak üzere iken hayata döner. Diğer tarafta olup bitenleri insanlara anlatmakla görevli olduğu söylenir. Askerin anlattığına göre ruhlar, öte dünyada gerekli yerlere götürülüp gerekli işlemlere tabi tutulduktan sonra zorunluluğun kızı bakire Lakheze der ki: "Bir günlük ömrü olan ruhlar, yeniden ölümlü bir döneme girecek. Yeniden doğumundan ölüm saklayan bir hayata döneceksiniz. Hayat periniz [daimon] sizi seçmeyecek, siz hayat perinizi seçeceksiniz. Sıra ilk kime çıkmışsa seçmeye o başlayacak ve seçtiği hayat zorunlulukla ona bağlanacaktır. Erdemin bir efendisi yoktur. Hanginin onu yüceltir ya da küçümserse ona göre erdem sahibi olur ya da olmazsınız. Herkes seçtiğinden kendisi sorumludur. Tanrı sorumlu tutulamaz."<sup>6</sup>

<sup>4</sup> BELLER, Manfred, (1984). The Fire of Prometheus and the Theme of Progress in Goethe, Nietzsche, Kafka, and Canetti. *Colloquia Germanica*, 17(1-2), 1-13.

<sup>5</sup> İNDİRKAŞ, Zühre, (2005), "Hesiodos'tan Goethe'ye Prometheus Mitologemi", *İstanbul Üniversitesi Tiyatro Eleştirme ve Dramaturji Bölüm Dergisi*, 7, 107-120.

<sup>6</sup> Platon, (2002), *Devlet*, Çev. DEMİRHAN, Hüseyin, İstanbul, Sosyal Yayınları, 617.

Dolayısıyla sorumluluk kişilerin seçimleriyle onlara zorunlu olarak bağlanır. Kişiler seçim yapma haklarına sahip olduğundan özgür iradeleri vardır. Özgür iradeleri ile yaptıkları seçimlerden Tanrı değil kendileri sorumludur. Kişi yaptığı her davranışta sorumluluğunun ağırlığını hisseder.<sup>7</sup>

İnsan olmak ağır bir yük altına girmek anlamına gelir. Ancak her insan yaşamın ağır bir yük olduğunu düşünmez. Sorumlu olmak için bilmek gereklidir. Yeterince bilgi sahibi olmayanlar insan olmanın ne kadar büyük sorumluluk gerektirdiğinin farkında değildir. Kur'an-ı Kerim'de de "Şüphesiz biz emaneti göklere, yere ve dağlara sunduk fakat onlar korktular ve onu almak istemediler. Ancak insan onu yükledi. İnsan gerçekten çok cahil ve zalimdir." ayeti geçer.<sup>8</sup> Emanetten kastın; insan olmanın, kulluğun gerektirdiği sorumluluk olduğu söylenebilir. İnsanın cahil olduğu için bu yükü yüklediği ifade edilmektedir. İnsanın sorumluluğu sadece manevi eksenli değildir. İnsan, davranışlarında esas olarak diğer insanlara ve devlete karşı da sorumludur ve bu sorumluluğun maddi sonuçları vardır. Bundan dolayı modern dünyada sorumluluğun yerine getirilmemesi durumunda kişinin karşı karşıya kalacağı yaptırımlar ceza hukuku bağlamında düzenlenmiştir.

Ceza hukukuna göre kusurun iki şartı vardır: Algılama(anlama) yeteneği ve irade(isteme) yeteneği. Algılama yeteneği bilme ile ilgili olup kişinin yaptığı hareketin toplum içindeki değerini bilmesi ve davranışının toplum düzenini korumayı amaçlayan hukuk kuralı ile çatışma halinde olup olmadığını anlamasıdır.<sup>9</sup> Bu çatışmaya dair kaçınılmaz bir bilgisizlik durumunda kişi işlediği fiilden sorumlu tutulamayacaktır. Benzer şekilde, kişinin akıl hastalığı gibi bir rahatsızlığı sebebiyle fiilinin sonuçlarını idrak edemeyecek ve bilemeyecek durumda olması durumunda da kusurdan söz edilemez. İrade yeteneği ise kişinin fiili işlediği sırada hareketlerini serbest olarak tayin edebilmesi, yönlendirebilmesidir. Bilmek, irade yeteneği için de şarttır. Descartes'ın bu konudaki görüşü de bilmenin irade hürriyeti için önemli olduğunu göstermektedir:

*"Bende mevcut olan yetiler karşısında, kendisinden daha geniş ve daha yaygın bir yeti fikrini tasavvur edemeyeceğim derecede büyük olan yegâne*

<sup>7</sup> ADUGİT, (2013), 63-93.

<sup>8</sup> Kur'an'ı Kerim Meali, (2017), Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ahzab Suresi, 33(72).

<sup>9</sup> ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, (2018). Ceza Hukuku Genel Hükümler. 12. BASKI, İstanbul, Adalet Yayınevi, 512.

*meleke irade yahut cüzi irade hürriyeti olduğunu tecrübeyle biliyorum. Böylece başlıca bu melekemdir ki, bana Tanrı'nın imaj ve benzerliğini taşıdığımı bildiriyor. Zira her ne kadar irade, gerek onu daha sağlam ve daha tesirli kılan bilgi ve güçten ötürü, gerekse sonsuz olarak daha çok şeylere yönelen ve yayılan konusu dolayısıyla Tanrı'da bende olduğundan ölçülmez derecede daha büyük olsa da onu tam ve formel olarak gözden geçirdiğimde bana daha büyük görünmüyor.”<sup>10</sup>*

Bu bakımdan bilgi olmadan irade yeteneği kullanılamayacaktır. Bilgisizlik halinde kişi özgür de değildir. Kusurluluk halinde ise fail; fiilinin hukuken meşru olmadığını, haksızlık teşkil ettiğini bilmesine rağmen tercihini fiili işlemekten yana kullanmış, iradesi ile haksızlık yönünde davranışlar sergilemiştir.<sup>11</sup> Bir kimsenin hukuka aykırı olarak gerçekleştirdiği eyleme ilişkin sorumlu tutulabilmesi için eylemi iradi olarak gerçekleştirmesi gereklidir.

İrade, önümüzde bulunan olanaklardan birini tercih etmektedir. Tercih, isteyerek yapılan bir şey gibi görünse de daha kapsamlıdır. İnsan tek bir seçenek karşısında tercihte bulunamaz ancak isteyerek ya da istemeyerek yapabilir. Seçenekler arasında tercih ettiğini ise istiyordur. Bunun yanı sıra tercih; arzu, tutku, iştah değildir çünkü akıl sahibi olmayanlar tercih yapamaz ama arzu ve tutku ile isteyebilir. Ayrıca insan, yapmaya gücü yetmediği şeyleri isteyebilir ama böyle şeyleri tercih etmez. Ancak ve ancak yapabileceğini düşündüğü şeyleri tercih eder. Dahası tercih araca ilişkin iken isteme amaca ilişkindir.<sup>12</sup>

Aristoteles için özgür irade, en genel hali ile insanın tercihte bulunma olanağına sahip olmasıdır. Ancak zorla ya da bilgisizlik yüzünden değil, bilerek ve isteyerek seçimde bulunmak ve isteyerek eylemde bulunmaktır. İsteyerek yapmak, eylemin kontrolünün failde olmasıdır. Fail, eylemi yapma ya da yapmama imkânına sahiptir. Böylece irade özgürlüğünün koşulları zorla ya da bilgisizlikten değil; isteyerek eylemde bulunabilme, yaptıklarını bilgisinin kontrolüyle yapabilme ve fiilini akıl ile değerlendirebilmedir.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> DESCARTES, Rene, (1962) *Metafizik Düşünceler*, Ankara, Milli Eğitim Basımevi, 178 vd.

<sup>11</sup> ARTUK, GÖKÇEN, (2018), 512-513.

<sup>12</sup> Aristoteles, (2014), *Nikhomakhos'a Etik*, Çev. ÖZCAN, Zeki, Ankara, Sentez Yayıncılık, 131.

<sup>13</sup> ADUGİT, (2013), 63-93.

Aristoteles'in buraya dek dile getirilen görüşlerinden hareket edilirse özgürlük, insanın davranışlarını kendi gücü ve imkânları dâhilinde yapabilesidir.<sup>14</sup>

Modern ceza hukuku, kişinin kusurlu olabilmesi için iradi olarak gerçekleştirilmiş fiilin varlığını aramaktadır. İradenin etkilenmesi, kısıtlanması, ortadan kalkması gibi durumlar kusurluluğun değerlendirilmesi açısından önemlidir. Ceza kanunlarında da söz konusu durumlara göre ceza düzenlemesi yapılmaktadır. Suç failinin kusuruna bakılarak cezada indirim yapılabilen veya tamamen ceza vermektan vazgeçilebilmektedir. Örneğin ceza kanunumuzun "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" üst başlıklı 31. maddesinde yaş küçüklüğü düzenlenmiştir. Buna göre on iki yaşından küçüklerin kusur ehliyetinin yokluğu kesin karinedir. On iki ila on beş yaş aralığındakiler ise algılama yeteneklerinin varlığına göre indirimli olarak ceza alacak veya hiç almayacaktır. On beş yaşını doldurup da on sekiz yaşını doldurmamış olanlar ise indirimli olarak ceza alacaktır. İradenin etkilenmesi sebebiyle cezada indirim yapılabilen hallerden biri de haksız tahriktir.

Haksız tahrik halinde kişinin işlediği suçtan sorumluluğu azalmaktadır. Özgür iradenin etkilenmesi hali ceza kanunları tarafından dikkate alınmaktadır. Haksız tahrikin felsefi arka planında irade özgürlüğü yatmaktadır. Ancak kişinin irade özgürlüğünün olup olmadığı konusunda çeşitli tartışmalar mevcuttur. Bugünkü modern ceza hukuku da irade özgürlüğünün varlığı konusunda ortak bir noktada fikir birliğine varmış değildir. Bundan dolayı haksız tahrikin felsefi temellerini açıklamak için irade özgürlüğünün varlığı felsefi ve bilimsel görüşler doğrultusunda incelenip ceza hukukunun irade özgürlüğünü değerlendirışı ve haksız tahrike olan etkisinin ortaya konulması gereklidir.

### 1.1. İrade Özgürlüğüne İlişkin Görüşler

İnsanlar, özgürlüğün varlığını ya da yokluğunu hayatı boyunca tecrübe ederler. İnsanların hayatta yapmak istedikleri ve yapmak istemedikleri vardır. Örneğin seyahat etmek isteyip bunu gerçekleştirebildiğinde kişi kendini özgür hisseder ancak yapamadığında özgür olmadığı hissine kapılır. Seyahat etmek için harekete geçtiğinde seyahat etme özgürlüğü hakkında tecrübesi olur. Bu bakımdan özgürlük, duygulara ve isteklere ilişkin olup özgürlüğün

<sup>14</sup> Aristoteles, (2014), 123-143.



herkes için geçerli ve kapsayıcı bir tanımı yapılamaz. Bir başka deyişle özgürlük yaşama halidir ve tanımlanamaz.<sup>15</sup>

Ayrıca dikkat çekilmesi gereken nokta, insanın hürriyetin esas olarak yokluğunun bilincinde olmasıdır. İnsan özgür olmamanın verdiği rahatsızlığın farkındadır. Hürriyetin yokluğunun göstergesi hürriyetin mevcudiyeti için delil teşkil eder. Konuşmanın yasak olması konuşma özgürlüğünün varlığını gerçekleştirmek istemeyi sağlar. Bugün konuşma özgürlüğünün olma sebebi konuşmanın geçmişte belli zamanlarda bir şekilde yasaklanmış olmasıdır. Benzer şekilde, konuşma engelli olmak da konuşma özgürlüğünün varlığını hissetmeyi sağlar. Bu durumda özgürlük; sürekli peşinde koşulan, arzu edilendir. Ancak özgürlüğün hissedilebileceği, tecrübe edileceği düşüncesinin bir yanılsamadan ibaret olabileceği de iddia edilmiştir. Zira 19. yüzyılın başında bilimin gelişmesi ile başta Laplace olmak üzere birçok bilim insanı tarafından evrende mutlak bir determinizmin olduğu ileri sürülmüştür.<sup>16</sup>

19. yüzyılda her şeyin belirli bir sebep sonuç ilişkisi içinde gerçekleştiği ve yukarıdan bakılırsa önceden bilinemeyecek bir sonucun olmayacağı düşüncesi pek çok taraftar bulmuştur. Buna göre insan iradesinin de doğadaki katı determinizm karşısında etkisi olamaz. Bu kapsamda insan ne kadar çaba gösterirse gösterebilir, nedenler değişmedikçe işlediği fiilin sonucu değişmeyecektir. Doğadaki döngü içerisinde insan davranışları da yer almaktadır.<sup>17</sup>

Koyu bir determinist olan Spinoza da özgürlüğün olmadığını, sebep ve sonuçlar arasında bir zorunluluk olduğunu savunmaktadır: *“Kendi tabiatının zorunluluğu ile var olan ve hareket eden her şeye “hür” ve belli bir tarzda başka bir faktör tarafından, varlığı ve aksiyonu tayin edilmiş şeye de “zorlama” diyorum. Tanrı kendini hür olarak bilir, tıpkı her şeyi hür olarak bildiği gibi. Çünkü kendi tabiatının zorunluluğu O’nu her şeyi bilmeye iter. Görüyorsunuz ki hürriyeti hür bir karara değil, bir zorunluluğa yerleştiriyorum.”*<sup>18</sup> Dolayısıyla Spinoza, gerçek özgürlüğe sahip olanı Tanrı

<sup>15</sup> ÖNER, Necati, (2013), İnsan Hürriyeti, Divan Yayınları, Ankara, 16-17.

<sup>16</sup> VAN STRIEN, Pieter J., (2014), “On the Origins and foundations of Laplacian Determinism”, Studies in History and Philosophy of Science, 45(1), 24-31.

<sup>17</sup> MOORE, James G., (2016) “Criminal Responsibility and Causal Determinism” Washington University Jurisprudence Review, 9(43), 43-79.

<sup>18</sup> SPINOZA, Benedict, (2006), Etika, Çev. ÜLKEN, Hilmi Ziya, Ankara, Dost Kitabevi, 40.

olarak görüp insan hürriyetini zorunlulukla birleştirmektedir.<sup>19</sup> Benzer şekilde İslam Kelam anlayışı da insanın hareketlerini cansız varlıkların hareketlerinden farklı görmediğinden insanın özgür olmadığını ileri sürer. Mutlak ilim sahibi olduğundan Allah, insanın tüm davranışlarını bilmektedir. Dolayısıyla insan Allah'ın iradesi dışında hareket edemez ve özgür değildir.<sup>20</sup>

Ceza hukukunda determinizmin geçerli kabul edilmesi halinde, özgür iradesi olmadığı için faile işlediği eylem isnat edilemeyecektir. Zira failin eylemi doğada var olan nedensel bir serinin halkasıdır ve failin davranışı gerçekleştirmekten kaçınma imkânı yoktur. Determinist görüşe göre işlenen suçların temelinde kişinin karakteri ve dış dünyadaki nedensel zincir vardır. Suç, kişinin karakteri ve dış dünyadaki olayların bir araya gelmesi sebebiyle ortaya çıkan bir üründür. Kişilerin olaylar karşısındaki tepkileri de karakterleri değişmediğinden her zaman aynıdır. Dolayısıyla fiili gerçekleştiren kişinin farklı şekilde davranması mümkün değildir. Kişi karakterine uygun davranacaktır. Bu durumda kusurdan ve sorumluluktan da bahsedilemez. Suçun gerçekleşmesinin nedeni kişinin karakteridir.<sup>21</sup> Doğada ve sosyal hayatta var olduğu iddia edilen katı determinizm anlayışı, Heisenberg belirsizlik ilkesi ve Kuantum teorisiyle kırılmıştır.

Heisenberg, elektronların durumu ve hızlarıyla ilgili önceden aynı anda kesin olarak bilgi elde edilemeyeceğini ortaya koymuştur. Bu durum tamamen objenin karakteri ile ilgilidir ve dolayısıyla mikrofizikte indeterminizm geçerlidir. Ancak olasılıklardan bahsetmek mümkündür. Örneğin bir dalganın dalga mı ışık mı şeklinde davranacağı belirsizdir. Maddenin her zaman aynı şekilde tepki vermeyeceği ispatlanmıştır. Kişiler de sosyal hayatlarında ve kararlarında bütün şartlar aynı olsa da aynı sonuçlara ulaşmayabilirler. Dolayısıyla fen bilimlerinde bile sebep sonuç arasında kesin bir bağın zorunlu olduğu tartışma konusu iken, sosyal dünyada sebep sonuç ilişkisinin temellendirilmesi çok daha zordur. Seçimler ile onların sebepleri arasındaki bağın zorunlu olduğuna ilişkin kanıt yoktur. Aksine, memnuniyet ve pişmanlık gibi duygular insanın seçimlerinin sonuçlarıyla arasında zorunlu bir bağın olmadığını telkin etmektedir.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> ÖNER, (2013), 40.

<sup>20</sup> ÖNER, (2013), 49.

<sup>21</sup> MOORE, (2016), 43-79.

<sup>22</sup> ÖNER, (2013), 29-31.

İndeterminist görüşe göre insan iradesi hiçbir şarta bağlı değildir. Kişinin içinde bulunduğu şartlar zorunlu olarak kişinin eylemlerini belirlememektedir. İnsanın özgür iradesi vardır ve bu irade nedensel yasalarla kısıtlanmamaktadır. İslam'da da Kaderiye, insanın hareketlerinde tamamen özgür olduğunu kabul etmekte, Allah tarafından insan davranışlarına hiç müdahale edilmediğine inanmaktadır. Yine Tanrı inancı olmayanlar da insanın hürriyeti seçme özgürlüğüne sahip olmadığını ve hürriyete mahkûm edildiğini savunur. İnsan özgür olduğundan bütün yaptıklarından sorumludur, davranışlarının esas faili kendisidir. Sartre: *“Ben özümün ötesinde, fiillerimin saik ve amillerinin ötesinde var olmaya mahkûm edilmişimdir. Bu şunu ifade eder: Benim hürriyetimin kendisinden başka limitleri bulunmaz. Yahut bir başka deyişle: Biz hür olmayı durdurmada hür değiliz. Biz seçen bir hürriyetiz fakat hür olmayı seçmiyoruz. Hürriyete mahkûm edilmişizdir, atılmışızdır yahut Heidegger'in dediği gibi terkedilmişizdir.”*<sup>23</sup> Sartre'a göre insan her hareketinde özgür olup davranışlarının herhangi bir mihenk noktası yoktur. Dolayısıyla ona kendisi dışında kimse yol gösteremez.<sup>24</sup> Ancak burada bir çelişki yatmaktadır. Zira insan özgürlüğe mahkumdur ancak var olmak ve özgür olmayı seçmemektedir. Özgürlüğün kendisi, başlangıcı ve sonucu hakkında sınır koymaktadır.<sup>25</sup>

İndeterminizmde insanın davranışlarını bireyin akıl ve iradesi belirler. İndeterminist görüş doğal hukukçu anlayışa da yaklaşmaktadır. Doğal hukuka göre insan, tabiatın emirlerine göre yaşadığında hürriyeti elde edebilir.<sup>26</sup> Tabiatın emirleri ise aklın emirleri olarak da insanın karşısına çıkar. Yani akla uygun olan tabiata uygun olandır. Bunun yanında gerçekçi indeterminizme göre bireyin iradesinin oluştuğu süreç dış faktörlerden tamamen ayrı olarak ele alınamaz. Bireyin iradesi hem failin ruhsal halinin hem de dış dünyaya ait etkilerin faili etki etmesinin bir sonucu olarak meydana gelmektedir.<sup>27</sup> Failin yaşı, cinsiyeti, yaşadığı toplum, geldiği kültür, dini inancı gibi unsurlar kararları ve tercihleri üzerinde etkilidir. Yine de insanın diğer varlıklardan

<sup>23</sup> SARTRE, Jean-Paul, (2009), Varlık ve Hiçlik, Çev. ILGAZ, Turhan, İstanbul, İthaki Yayınları, 639.

<sup>24</sup> SARTRE, (2009), 639. ÖNER, (2013), 47.

<sup>25</sup> ÖNER, (2013), 48.

<sup>26</sup> SPINOZA, (2006), 67.

<sup>27</sup> MERAKLI, (2017), 92.

ayrılan özelliği bu noktada unutulmamalıdır. İnsan ne kadar çevresel faktörlerin etkisi altında kalsa da mevcut koşullara karşı koyabilmektedir.<sup>28</sup> Örneğin tahrik edilmesine karşı tepkisiz kalabilmektedir. Seçim yaparken insanın önünde sebepler olduğu bir gerçektir. Ancak sebepler seçimde sadece rol oynamaktadır, bunların zorlayıcı bir özelliği yoktur.

Sinirbilim araştırmacıları, davranışların yalnızca limbik sistem tarafından kontrol edildiğini ve yönlendirildiğini savunmaktadır. Bu ifadenin sonrasında ise kusur ilkesi temel alınarak inşa edilen ceza hukukunun varlığı sorgulanmaktadır. Ceza hukukuna göre sorumlu olabilmek için kusurlu olmak gereklidir. Ancak sinirbilimcilerin iddiasına göre faile yöneltilen kusur yargısını, onun işlediği eylem bakımından başka şekilde davranabilme ve karar verebilme imkânının bulunuyor olmasına dayandıran ceza hukukunun şu anki uygulamasından vazgeçmesi gerekir.<sup>29</sup> Ancak sinirbilimcilere göre bu, kusur olmadığı için faile herhangi bir yaptırım uygulanmasından vazgeçileceği anlamına gelmemektedir. Kanunun suç olarak gördüğü fiili gerçekleştiren kişi hastadır ve iyileştirilmesi gerekir. Bunun yanında toplumun failden korunması için de yaptırıma ihtiyaç duyulmaktadır.<sup>30</sup>

Ceza hukukunda kusur kavramından söz edilemeyecek olmasının neticesinde sinirbilimciler; faile ceza yerine güvenlik tedbiri uygulanmasını, faile uygulanan yaptırımda ceza ölçüsü yerine “muhafaza altına alma” ya da “koruma” ölçüsü gerektiğini söylemektedir. Cezalarda göz önüne alınan failin kusuru yerine hukuk kuralı ihlalinin ağırlığının yaptırıma hükmedilirken esas alınması gereklidir. Ancak muhafaza altına alma ve koruma ölçülerinin kapsamı belirsizdir. Hukuk kuralının ihlalinin ağırlığı da ceza hukuku kapsamında hesaplanabilir değildir. Daha ziyade suçla korunan hukuki değer ihlalinden ve ağırlığından söz etmek mümkündür. Sinirbilimciler kendi önerileri esas alındığında ceza hukuku anlamında çok fazla değişiklik olmayacağını, sadece yaklaşım ve bakış açısı bakımından farklılık oluşturacağını iddia etmektedirler.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> MERAKLI, (2017), 93.

<sup>29</sup> DRESSER, Robert, (2008), “Neuroscience's uncertain threat to criminal law”, Hastings Center Report, 38(6),9-10.

<sup>30</sup> MEIXNER, John B., (2014), “Applications of Neuroscience in Criminal Law: Legal and Methodological Issues”, Current Neurology and Neuroscience Reports, Springer, 15:513.

<sup>31</sup> MEIXNER, (2014), 513.

Sonuç olarak determinist yaklaşım, insan karakterinin doğuştan geldiğini ve değiştirilemez olduğunu temel almaktadır. Ancak ceza hukuku; kişinin işlemiş olduğu fiilden dolayı kusurlu bulunmasını, onun karakteri değil somut olaydaki iradesinin ortaya çıkışında bir sebebin var olup olmadığını göz önünde tutmaktadır. Dolayısıyla failin kişilik özellikleri ve hayata bakışı ile ilgilenmemektedir. Somut olaydaki kararlılığı, isteği ya da isteksizliğini nazara alarak değerlendirme yapmaktadır. Bu açıdan determinist görüş ceza hukukunda kabul edilebilir görünmemektedir.<sup>32</sup>

Yukarıda anlattığımız determinist, indeterminist ve sinirbilimci iddiaların tümü kesin olarak ispatlanmış değildir. Deneysel olarak irade özgürlüğünün varlığı sorunu devam etmektedir. Modern ceza hukuku ise bugün iddialar sonucunda deneysel olarak irade özgürlüğünün varlığının ispatlanabilirliğinin sorgulanmaması gerektiğini benimsemiştir. Ne bireyin iradesinin özgür olduğunu ne de olmadığını doğrulamak kesin olarak mümkün değildir. Dolayısıyla bugün özgür irade hakkında bilinmezci düşünceyle hareket edilmektedir. Özgürlüğe dair bir bilgi mümkün değildir ama bu, özgürlük hakkında söz söyleme hakkının olmadığı anlamına da gelmemektedir. Yine de pratik bir dünyanın varlığı özgürlük hakkındaki arayışı durdurmamaktadır. Bundan dolayı ceza hukukçularının bireyin iradesinin özgür olduğunu bir postüla olarak kabul ettiğini ve kusur yargısını bunun üzerine bina ettiğini söyleyebiliriz.<sup>33</sup>

Günlük yaşam tecrübeleri karşısında bireyin irade özgürlüğünün yokluğunu iddia etmenin mümkün olmadığı, irade özgürlüğünün sosyal hayatta bir gerçeklik sergilediği ve bireyin özgürlüğünün ve sorumluluğunun kabul edilmediği durumda toplum yapısının anlamını yitirmiş olacağı düşüncesi irade özgürlüğünün genel kabul görmesini sağlamıştır. Birey kendisini sosyal yaşamında özgür olarak hissederken hukukun bireyin kendi algısını göz önünde tutması zorunludur.<sup>34</sup> Bu düşüncenin temelinde günümüzde başvurduğumuz modern ceza kanunlarının Aydınlanmanın ürünü olmasının etkisi vardır. Aydınlanma ve modern ceza kanunlarının gelişimini bu çerçevede ele almak gereklidir.

<sup>32</sup> MERAKLI, (2017), 96.

<sup>33</sup> MERAKLI, (2017), 97.

<sup>34</sup> MERAKLI, (2017), 99.

## 1.2. Aydınlanma ve Ceza Hukuku

Aydınlanma genel olarak tarihte gerçekleşmiş belli ve özel bir harekete, tarihsel bir olaya işaret etmesi ile bilinmektedir.<sup>35</sup> Farklı kültürlerde ve zamanlarda farklı kişiler tarafından gerçekleştirilmiştir. Avrupa'da kent yapısının değişimi ve burjuvanın yönetimde etkili olması ile modernizmin devletleri etkisi altına aldığı döneme Aydınlanma denebilir. Batı'daki kültür, ekonomi, zihniyet ve yaşam biçimlerindeki köklü değişimler Aydınlanma ile gerçekleşmiştir. Aydınlanma ile insana verilen önem artmış; insanın akli ile kendi potansiyelini ortaya koyabileceği, özgürlüğünün önünde engel olmadığı savunulmuştur.<sup>36</sup> Akıl öne çıkartılmış ve özgürlük için temel kabul edilmiştir. Bu anlamda Aydınlanma, insanın düşünme ve değerlendirmelerinde din ve geleneklere bağlı kalmaktan kurtulup kendi akli ile hayatını aydınlatmaya çalışması olarak görülmüştür.<sup>37</sup>

Ceza hukuku bakımından ele aldığımızda, çağımız modern devletlerinin Aydınlanma Çağı'nın felsefesini kanunlarına yansıtmış olduğunu görürüz.<sup>38</sup> Ceza hukuku bugünkü anlamda bilimsel niteliğe ulaşmıştır ve cezalandırmanın meşruiyeti üzerinde durulmaya başlanmıştır.<sup>39</sup> Ceza sorumluluğunun faile mi fiile mi dayanacağı, devletin hangi şekillerde cezalandırma yapacağı hukuka ilişkin olmakla birlikte siyasi tercihlerdir. Aydınlanma felsefesinin siyasi ilkeleri; bugünkü anlamıyla insanın bir değer olarak kabulünü, eşitliği ve özgürlüğü, egemenliğin kuvvetler ayrılığı ilkesiyle paylaşılmasını, genel iradeyi temsil eden parlamento eliyle çıkartılan kanunlarla ülkenin yönetilmesini, kişi hak ve özgürlüklerinin kanunlarla sınırlandırılabilmesini, suçlarda ve cezalarda kanunilik ilkesini, idarenin kanuniliği ilkesini, kanunlar önünde eşitliği, devlet erklerinin yargısal denetimini ve böylelikle insanların hak ve özgürlüklerine müdahalelerin

<sup>35</sup> ARSLAN, Ahmet, 1992, "Aydınlanma", Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi 1(2), 0-0.

<sup>36</sup> GÖKULU, Gökhan, (2014), "Aydınlanma Felsefesinin Ceza Adalet Sistemine Etkileri ve Şiddetin Eleştirisi", The Journal of Academic Social Science, 5, 629-650.

<sup>37</sup> GÖKBERK, Macit, (1985), Felsefe Tarihi, İstanbul, Remzi Kitabevi, 325.

<sup>38</sup> KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, (2014), "Aydınlanma ve Ceza Hukuku" TBB Dergisi, 113, 57-93.

<sup>39</sup> TOROSLU, Nevzat, (2018), Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, Savaş Yayınları, 367-368.

önlenmesini amaçlayan “*hukuk devleti*” kavramının ortaya çıkışında büyük rol sahibidir.<sup>40</sup>

Aydınlanma felsefesi, devletlerin kanunlarını düzenlemesine ilişkin siyasi tercihlerini etkilemiştir. Örneğin Toplumsal Sözleşme Teorisi insanların, özgür ve sözleşme yapan tarafın, devlet karşısında eşit durumda olduğundan bahsediyordu. Locke, her insanın doğuştan gelen bazı temel hakları olduğunu savunuyordu. İnsan, Aydınlanma ile doğal hukukun ona verdiği haklarla özgür, eşit ve başlı başına bir değer olarak kabul görmeye başlamıştı. Bundan dolayı günümüzdeki anayasalarda, insan hakları belgelerinde ve ceza kanunlarında bu düşünceye göre düzenlemeler yapılmıştır. Benzer şekilde kanunilik ilkesinin teorik temellerini ilk ortaya çıkartan kişi Montesquieu olmuştur. Montesquieu, bireyin özgürlüklerine devlet gücünü elinde tutanlar tarafından yapılacak kısıtlamaların ancak kanunla gerçekleştirilebileceğini ve kuvvetler ayrılığının keyfiliği önlemek için zorunlu olduğunu savunmuştur. Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi de bu iki görüşün doğal sonucu olarak dolaylı yoldan Montesquieu’nun eserlerinde görülebilir.<sup>41</sup> Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini net bir şekilde ifade eden ilk isim ise modern ceza hukuku biliminin kurucu babası olarak nitelendirilen Beccaria’dır. 1764 yılında Suçlar ve Cezalar adlı eserinde Beccaria, hâkimlerin keyfi cezalar veremeyeceğini söylemiş, hükümdarın ise suç ve cezaları keyfi olarak belirlemesine karşı çıkmıştır.<sup>42</sup>

Aydınlanma döneminde aynı zamanda ceza hukukunda manevi unsurun maddi unsurla eşit öneme gelmesiyle birlikte objektif sorumluluktan subjektif sorumluluğa geçilmiştir. Manevi sorumluluğun öneminin artmasının diğer bir sonucu ise şahsi sorumluluğun düzenlenmesidir. Zira Fransız İhtilali’ne kadar cezaların şahsiliği ilkesi hukuk düzenlerince bütünüyle kabul edilmemekteydi.<sup>43</sup> Sonuç olarak, Aydınlanma ile manevi unsurun ön plana çıkması hem suç teorisinin yeniden şekillenmesine yol açmış hem de suçların ve cezaların şahsiliği ilkesinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

<sup>40</sup> DOEHRING, Karl, (2002), Genel Devlet Kuramı, Çev. MUMCU, Ahmet, Ankara, İnkılap Yayınları, 101.

<sup>41</sup> ALACAKAPTAN, Uğur, (1958), İngiliz Ceza Hukukunda Suçların ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara, AÜHF Kriminoloji Enstitüsü Yayınları, 4.

<sup>42</sup> BECCARIA, Cesare, (2016), Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev. SELÇUK, Sami, Ankara, İmge Kitabevi, 119.

<sup>43</sup> ARTUK, GÖKÇEN, (2018), 10.

Orta Çağ'da failin iradesi; lanetlenmiş irade, kötü niyet gibi dini ve ahlaki kavramlarla tanımlanmıştır. Aydınlanma ile suçun manevi unsuru da maddi unsuru gibi önemli hale gelmiş ve suçun kurucu unsurlarından biri olmuştur. İradi şekilde hareket eden kişi suçun faili kabul edilmiştir. Aydınlanma'nın bilimsel yaklaşımı ile manevi unsur dini ve ahlaki yönden değil, salt akli yönden değerlendirilmeye başlamıştır. İrade, failin hareketini önceleyen son zihinsel eylem olarak görülmüş ve bu çerçevede irade özgürlüğü bir kişinin davranışlarında özgürlüğe, yani başka şekilde davranabilmeye ilişkin seçeneklere ve bunları seçme özgürlüğüne sahip olması olarak değerlendirilmiştir. Böylece kişinin fiilinin nedensel kaynağı kendi özgür iradesi olacaktır.<sup>44</sup> Bundan dolayı da suçun varlığında insan iradesinin sorumlu olup olmadığı belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Sorumluluğun esası da manevi sorumluluktan doğan kusur olarak ele alınmış bir insanın kusurlu sayılabilmesi için anlama yeteneğine ve irade yeteneğine sahip olması gerektiği savunulmuştur.<sup>45</sup> Böylece psikolojik anlayışın temelleri atılmıştır.

Modern ceza hukukuna psikolojik anlayış bakımından önemli katkılar sağlayan filozofların başında Feuerbach gelmektedir. Alman ceza hukuku başta Kant ve Hegel'den etkilenmekle birlikte modern ceza hukuku gerçek anlamda Anselm Feuerbach'ın çalışmalarına dayanmaktadır.<sup>46</sup> Feuerbach'ın da Kant'ın etkisi altında kaldığını belirtmek gerekir. Feuerbach öncelikle cezanın genel önleme amacı ile toplumsal yararın gerçekleştirilebileceğini ifade etmiştir. Feuerbach tarafından tasarısı hazırlanan 1813 Bavyera Ceza Kanunu ilk modern Alman ceza kanunu olarak kabul edilmiştir. Feuerbach modern Alman ceza hukukunun kurucusu olarak değerlendirilmektedir. Roma hukukunda bulunmayan, Latince "*Nullum Crimen, nulla poena sine lege*" (kanunsuz suç ve ceza olmaz) ifadesini kullanan ilk kişi de Feuerbach'dır.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> WILSON, Elizabeth, (2013), "Beyond The Rock: Post-Enlightenment Torture", New England Journal on Criminal&Civil Connement, 39(1), 41.

<sup>45</sup> AYDIN, Devrim, (2011), "Ceza Hukukunda Okullar", Ceza Hukuku Dergisi, 15, 48-49

<sup>46</sup> DUBBER, Marcus, (2005), "The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment", German Law Journal, 6(7), 1063 vd.

<sup>47</sup> EŞİTLİ, Ezgi Aygün, (2013), "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", TBB Dergisi, 104, 204-210.



Feuerbach, psikolojik zorlama teorisinde cezalandırma tehdidinin insan psikolojisindeki etkisinin kanunlara ve hukuki değerlere saygı duyulmasını sağladığı; ancak failin kişiliği, saik, suç işleyiş şekli, suç sonrası durumu gibi failin psikolojik durumunu ortaya koyan hallerin ceza verilmesi sırasında göz önünde bulundurulması gerektiğini söylemiştir. Böylece tahrik halinde failin suç işlemek için önüne gelen psikolojik engeller ortadan kalkacağından failin cezasının hafifletilmesi gereklidir. Feuerbach'ın görüşleri ceza kanunlarında "tahrik halinde adam öldürme hali" şeklinde düzenleme yapılmasını sağlamıştır. Feuerbach, Kant ve Hegel gibi Alman filozoflar sadece Alman ceza kanunlarını değil, günümüzde pek çok devletin modern ceza kanunlarını etkilemiştir. Alman filozofları özellikle kusur, özgür irade konularında etkili olmakla birlikte bunun en büyük payı Immanuel Kant'a aittir. Alman idealizmini oluşturan en büyük filozof Kant'tır. Ceza hukuku açısından Aydınlanma'nın Kant ile en yüksek noktasına ulaştığını söylemek yerinde olacaktır.<sup>48</sup>

### 1.2.1. Kant'a Göre Özgür İrade

Immanuel Kant'ın idealist felsefesi ceza hukukunda ölçülülük ilkesi, ihmali suçlar, hukuka aykırılık, kusurluluğu azaltan haller gibi kavram ve kuramlar üzerinde doğrudan etki doğurmuştur. Kıta Avrupa'sı ülkelerinin ceza kanunları, Kant'ın savunduğu düşüncelere dayanan Alman idealizminin bilgi felsefesinin ve Aydınlanma'nın siyaset felsefesinin eseridir.<sup>49</sup> Ayrıca Kant'ın idealist felsefesinde Descartes ve Hume'un etkilerini görmek kaçınılmazdır.<sup>50</sup>

Kant, klasik suç genel teorisinde suçun unsurlarına "hukuka aykırılık" eklemiştir. Suç; hukuka aykırı, kusurlu bir hareket olarak üç unsurla tanımlanmıştır. Bu konuda iki denizcinin birbirini itmesi hakkında verdiği örnek ve ahlaka ilişkin yaptığı açıklamalar oldukça önemlidir. Kant'ın eserinde yer alan tartışma gemi kazası geçirmiş birinin kurtulmak için birlikte aynı tahtaya tutunan, hayatı eşit derecede tehlikede olan başka birini tahtadan itmesi durumu ile ilgilidir. Kant, herhangi bir ceza kanununun denizcinin itmesi sebebi ile denizciye idam cezası vermeyeceğini savunmaktadır. Bu durumda kanunun ceza tehdidi bu kişi için denizde

<sup>48</sup> HASSAMER, John, (1990), "German Legal Philosophy and The Criminal Law", Tel Aviv University Studies in Law, 187-194.

<sup>49</sup> HASSAMER, (1990), 187 vd.

<sup>50</sup> KÜÇÜKTAŞDEMİR, (2014), 57-93.

ölmekten daha büyük değildir. Bir ceza kanunu, birini öldürerek kendi hayatını kurtarmaya çalışanı etkilemez. Çünkü mahkemenin ölüm tehdidi kesin değildir ve gerçekleşmeyebilir. Ancak kişi diğer denizciyi iterek kendi hayatını kurtarmazsa denizde kesin boğularak ölecektir. Dolayısı ile bir kişinin kendi hayatını şiddet uygulayarak kurtarması halinde o kişi suçsuz olarak değerlendirilemez ama aynı zamanda cezalandırılmaz. Hukukçu bu şekilde bir kişisel nedenle cezadan muaf olma halini objektif olarak cezadan muafiyetten ayırt etmelidir. Zorunluluk kanun tanımayacaktır. Hiçbir zorunluluk da bir ihlali hukuka uygun hale getiremeyecektir.<sup>51</sup>

Hukuka aykırılığın kabulü öncesinde Alman klasik ceza hukuku yalnızca zorunluluk hallerini mazeret nedenleri olarak kabul etmekteydi. Kant'ın ahlak teorisinin etkisi ile zorunluluk hali ikiye ayrılmış ve hukuka aykırılık ile mazeret nedenleri arasında ayrıma gidilmiştir.<sup>52</sup> Aydınlanma döneminde kanunilik ilkesinin gereği olarak bir haktan doğan ve objektif nitelikte olan hukuka uygunluk nedenleri ile fiilin sübjektif unsuruna vurgu yapan kusurluluğu kaldıran nedenler arasında ayırım yapılmıştır. Bu durum hukuka aykırılığı ayrı bir unsur olarak ele almayı doğurmuştur.

Kant, mutlak adalet teorisini bütün savunmalarında temel almıştır. Buna göre kişiler her zaman her koşulda kategorik buyruğa uygun hareket etmelidir. "Öyle eyle ki, senin istemenin maksimi, her zaman genel bir yasamanın ilkesi olarak da geçerli olabilsin" ifadesi, Kant'ın ödev diye de adlandırdığı kategorik buyruğudur.<sup>53</sup> Başka bir ifadeyle "Gerek kendi şahsında gerek diğer insanların her birinin şahsında tecelli eden insanlığın şerefine her zaman hürmet edecek ve şahıslardan (insan şahsiyetinden) asla sırf vasıta olarak değil, bilakis daima aynı zamanda gaye olarak istifade edecek tarzda hareket et."<sup>54</sup> Kategorik buyruğa uygun yaşama ödevi ise irade özgürlüğü tartışmalarını da beraberinde getirmektedir.

<sup>51</sup> KANT, (2015), Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, Çev. KUÇURADİ, İonna, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 28.

<sup>52</sup> FLETCHER, GEORGE P., (2007), Grammar of Criminal Law, U.K., Oxford University Press, 49.

<sup>53</sup> KUÇURADİ, İonna, (2003), İnsan ve Değerleri. Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 14.

<sup>54</sup> ÇAĞIL, Orhan Münir, (1984), "İnsan Hakları ve Tabii Hukuk", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 50(1-4), 69-115.

Kant' a göre fenomenal alan, bilinebilen ve nedensellik ilişkisine bağlı bir alandır.<sup>55</sup> Doğadaki neden-sonuç ilişkisi burada geçerlidir. Sonuçların determinizm çerçevesinde nedenlere bağlı olarak gerçekleşmesi zorunludur. Doğada zorunlu determinizm anlayışı geçerli olduğu için isteklere ve iradeye bağlı olarak değişiklik olmaz. Bundan dolayı fenomenal alanda irade özgürlüğünden bahsedilemez. Her şey doğa kanunları altında gerçekleşir. Örneğin yağmurun yağıp yağmaması konusunda insanın isteklerinin bir önemi yoktur. Yine insanın bedeninin işleyişi doğa kanunlarına tabidir. Yaşlanmasını engellemesi isteklerine göre mümkün değildir ve iradesi ile buna bir etkide bulunamaz. Diğer taraftan insan, bedeninden ibaret değildir. Pratik yaşamında insanın bundan daha fazlası olduğu görülebilir. İnsanın istekleri, arzuları, pişmanlıkları, memnuniyetleri vardır. İnsan, arzularına ulaşmak için aklını kullanarak eylemde bulunur. Öyle ise insanın istemesi irade özgürlüğünü hesaba katmayı zorunlu kılar. İnsanın pişmanlıkları, başka şekilde de davranabileceğini düşünmesi insanın tamamen doğa nedenselliği içinde yer almadığını gösterir. İnsanın doğa nedenselliği dışında hareket etmesi ise eylemlerinin nedensiz olduğu anlamına gelmez.<sup>56</sup>

Kant'ın kategorik buyruğundan yola çıkarak insan eylemlerinin nedeni ahlak yasası olmalıdır diyebiliriz. Ahlak yasasına uygun yaşama bir özerklik ifadesidir ve özgürlüğü varsayım olarak kabul etmeyi gerektirir. İnsan akıl sahibidir ve kategorik buyruğa uygun yaşaması için irade özgürlüğünün varlığı deneyden bağımsız (apriori) olarak vardır. Özgürlük, ahlak yasasının varlık nedenidir. Ahlak yasası ise özgürlüğün sonucudur. Kant'ın ahlak yasası var olduğuna göre özgürlük de vardır.<sup>57</sup> Sonunda da ahlak yasası irade özgürlüğüne indirgenir. Özgürlük ile insan doğa kanunlarına bağlı hareket eden bir nesne olmaktan kurtularak anlam sahibi olur. İrade özgürlüğünün olması ile insan sadece fenomenal değil noumenal alanın da bir üyesi olur. Bir başka anlatımla akıl sahibi varlık olan insan, irade özgürlüğü ile

<sup>55</sup> ÖKTEM, Ümit, (2007), "Kant Ahlakı", Ankara Üniversitesi Dil, Tarih, coğrafya ve Felsefe Bölümü Dergisi, 18(0), 11-22.

<sup>56</sup> ÜREK, Ogün, (2007), "Kant'ta Etik Değerler Olarak Özgürlük ve Saygı", U.Ü. Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 8, 189-197.

<sup>57</sup> ÜREK, (2007), 189-197.

nedensellik dünyasında bir neden meydana getirir. İstemesi ile kendi nedenlerini oluşturur.<sup>58</sup>

İnsan, davranışlarının aynı zamanda fenomenal alanda sonuçlar doğurduğunun da farkındadır. İrade özgürlüğü ile eylemlerini bilinçli olarak gerçekleştirir. Davranışları ve arzuları bundan dolayı tam olarak doğa yasalarına da uygun olabilmektedir. Ayrıca söylemek gerekir ki insanın istemesi ve irade özgürlüğü onu doğal zorunluluk yasasının dışına çıkarmaya yetmemektedir. İnsan yine zorunlu sonuçlara engel olamamaktadır. Eğer böyle bir imkânı olsa idi insanın fenomenal alandaki varoluşu da olamazdı. Bu durum insanın irade özgürlüğünü gerçekleştirdiği alanın sınırlı olduğu ve insanın doğa yasalarını bozmadan tasarrufta bulanabileceği anlamına gelmektedir. Ancak sadece insan, irade özgürlüğü sayesinde fenomenal dünyada yer almasına rağmen seçim yapabilmektedir. İnsan kategorik buyruğa uygun yaşayabilir. İradesini kategorik buyruğa uygun kullandığında iyiyi seçmiş olur. İyiyi seçmesi etik olarak doğru olandır.<sup>59</sup> Ahlak yasasına uygun yaşaması onu değerli yapar, diğer varlıklardan üstün kılar. Pratik akıl sahibi insanın üstünlüğünün kaynağı kısacası irade özgürlüğüdür. Böylece insan, doğa yasalarına karşı da bir üstünlük kazanır.<sup>60</sup>

Kant'a göre insanın özgürlüğü hiçbir kanuna bağlı olmayan başıboş bir özgürlük değildir. Bu nedenle insan canının her istediğini yapamaz. İnsan, aklın emirlerine ve kanunlarına uymakla yükümlüdür. Yasa, insana yapmalısın der ancak bir zorlamada bulunmaz. Kişi kararlarının sorumluluğunu kendisi taşır. Söz konusu kategorik buyruk ihlal edildiğinde ise insanın pratik aklı bunun bir cezayı gerektirdiğini hatırlatıp, ceza ile kategorik buyruğa uymadığından doğan kefareti ödemesini söyleyecektir.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> AĞCA, Fatma Nur, (2014), Kant'ın Ontolojik Argümanı Eleştirisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Fen ve Din Bilimleri Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 40-45.

<sup>59</sup> MANNHEIM, Hermann, (1965). Comparative Criminology, Mif in Company, Great Britain, 43.

<sup>60</sup> ÇEVİK, Ayşe, (2012), Sartre ve Kant'ta Özgürlük ve Etik, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 25-33.

<sup>61</sup> ÖKTEM, (2007), 11-22.

Kişinin kategorik buyruğa aykırı davrandığında cezalandırılması mutlak bir zorunluluktur.<sup>62</sup> Mutlak adalet teorisini savunan Kant'a göre cezalandırma kanununun mutlak emri olmalıdır. Cezanın kendisi bir amaç olduğundan dolayı cezada başka bir fayda aranmamalıdır. Her türlü faydacı görüşten uzak olunmalıdır. Cezanın gerçekleşmesi ile de mutlak adalet yerini bulacaktır.<sup>63</sup>

Sonuç olarak ceza kanunları olanı değil olması gerekeni ifade eder. Ahlak ve siyaset bağlamında ceza kanunları bir değer hükmündedir. Bu bakımdan ceza hukuku bir toplumsal gerçeklik üzerine oturan değerler bütünü olarak görülebilir. Ceza kanunlarının siyasete bakan kısmını suç siyaseti oluşturur. Suç siyaseti, ceza kanunlarının uygulanmasını, suça ilişkin toplumsal tepkinin belirlenmesini kapsayan bilimsel bir disiplindir. Bunun yanında suçun ahlaka ilişkin kısmında Kant'ın ahlak felsefesinin etkisi açıktır. Aydınlanma, Batı'da suç siyasetinin belirlenmesinde etkili olmuştur. Kant'ın ahlak felsefesi ise siyasetin etik çerçevesini çizmekte ve aynı zamanda ceza adaletinin sağlanması için yol göstermektedir. Kant'ın ahlak felsefesinin, bu etik/siyasi değerlendirmenin ahlaki kısmı ve dolayısıyla ceza adaleti açısından en önemli unsurları; beraberinde getirdiği "insan onuru", "insan hayatının değeri" ve "irade özgürlüğü" kavramlarıdır.<sup>64</sup>

Cezalandırma konusunda Kant'ı takip eden ve düşüncelerinin kökeni Aydınlanmaya dayanan Hegel de<sup>65</sup> insanın irade özgürlüğü ve bunun doğal sonucu olan eylemlerinden sorumluluk yönündeki düşünceleriyle ceza hukukuna önemli katkı sağlamıştır.<sup>66</sup> Bununla birlikte Hegel, Hobbes'un doğa durumuna uygun şekilde insanın doğal halinde dizginlenmemiş içgüdülerinin olduğunu ve şiddete meyilli olduğunu düşünür. Devletin insanların şiddete ilişkin eylemlerini kısıtlaması onları dizginlemesi gereklidir. Buna bağlı olarak

<sup>62</sup> DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 1, 14. Baskı, İstanbul, Der Yayınevi, 58-59.

<sup>63</sup> ÜZÜLMEZ, İlhan, (2001), "Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1-4), 259-294.

<sup>64</sup> FLETCHER, (2007), 198 vd.

<sup>65</sup> DEMİRBAŞ, Timur, (2017), İnfaz Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 123.

<sup>66</sup> HEGEL, Georg Wilhelm F., (1995), Tarihte Akıl, İstanbul, Çev. SÖZER, Önay, Kabalıcı Yayınevi, 107.

özgürlük, insanın sahip olduğu dolaysız bir hak değildir ve kazanılması gereklidir.<sup>67</sup>

Sonuç olarak, ahlak ve hukuk ilişkisinde ayrıma giderek irade özgürlüğünü varsayan ceza hukuku felsefesinin etkileri günümüze kadar sürmüştür. Bunda en büyük faydayı Kant sağlamıştır. Kant, ahlak ve hukuku ayrı değerlendirmiştir. Kant, kategorik buyruk ve ödev ahlakı ile insanın değerini ortaya koymuştur. Ceza hukukunda kusurluluk, hukuka aykırılık gibi kavramların gelişmesinde öncü olmuştur.<sup>68</sup> Bu bağlamda haksız tahrik de insanın özgür iradesini etkileyen bir durum olarak kusurlulukla bağlantılıdır. Haksız tahrikin cezada indirim sebebi olarak ele alınmasında ve kusurluğunun değerlendirilmesinde Kant, Feurbach gibi Alman filozoflarının felsefi görüşleri oldukça önemli rol oynamıştır.

## 2. Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik

Modern ceza hukuku sistemlerinde devlet; insan özelliklerini, davranış biçimlerini, bireyin toplumla olan ilişkilerini ve kişinin çizdiği suçlu psikolojisini, suçu işleyenin objektif ve sübjektif nedenlerini dikkate almaktadır. İnsanın dış dünyaya yansıyan davranışlarını değerlendiren ceza hukuku; kişinin davranışlarında iç dünyasının, o anki ruh halinin ve genel psikolojik özelliklerinin önemi bulunduğunu kabul etmektedir ve bu psikolojik durumlara, insan doğasına belli bir hukukî değer vermektedir. Modern ceza hukuku sadece işlenen suçu değil, suçun işlenmesine etki eden nedenleri, failin kişiliğini ve fiilin işleniş biçimini de göz önünde tutarak cezalandırma yoluna gitmektedir.<sup>69</sup> Türk Ceza Kanunu'nda da benzer şekilde failin suçu işlerken içinde bulunduğu ruh hali, fiili işlemedeki niyeti, kişiliği gibi durumlar dikkate alınarak kodifikasyon yapılmıştır. Türk Ceza Kanunu'ndaki haksız tahrik düzenlemesi bu bakımdan oldukça önemlidir.

Haksız tahrik, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda şöyle düzenlenmiştir:

- *Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler ve bu suç ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa müebbet ağır hapis cezasına ve müebbet ağır*

<sup>67</sup> HEGEL, (1995), 116.

<sup>68</sup> ÖKTEM, Niyazi, TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, (2003), Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, İstanbul, 167.

<sup>69</sup> AYDIN, Devrim, (2005), "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik", AÜHFD, 54(1), 225-254.

hapis cezasını müstelzim bulunursa yirmi dört sene ağır hapis cezasına mahkûm olur. Sair hallerde işlenen suçun cezasının dörtte biri indirilir.

- Tahrik ağır ve şiddetli olursa ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine yirmi dört sene ve müebbet ağır hapis cezası yerine on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir.

- Sair cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir.<sup>70</sup>

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 765 sayılı TCK döneminde verdiği bir kararında haksız tahriki, şu şekilde tanımlamıştır: “Tahrik, ceza hukuku bakımından bir kimseyi suç işlemeye yöneltme, teşvik etme ve bu kişinin iradesi üzerine yapılan etki sonucu bu kişinin suç işleme doğrultusunda harekete geçirilmesidir. Failin haksız bir fiilin doğurduğu öfke ve elemine etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesidir. Bu halde fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin dışarıdan gelen etkinin, psikolojik durumunda yarattığı karşılığın sonucu olarak suçu işlemeye yönelmektedir.”<sup>71</sup>

Haksız tahrik, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 29. maddesinde esas olarak ve 129. maddede hakaret suçuna ilişkin özel bir hükümlerle düzenlenmiş ceza sorumluluğunu azaltan bir nedendir. Buna göre: “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemine etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.”<sup>72</sup> Ayrıca hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi hâlinde ceza verilmeyecek, haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi hâlinde veya hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi hâlinde, olayın mahiyetine göre cezada indirim yapılacak veya ceza vermekten vazgeçilebilecektir.<sup>73</sup>

<sup>70</sup> 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (Mülga), Kanun Numarası: 765, Kabul Tarihi: 01/03/1926, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarih: 13/03/1926, Sayısı: 320, m.51.

<sup>71</sup> YCGK. 19.11.1990, 1-254/277, (ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner, (2012). Ceza Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Adalet Yayınevi, 673).

<sup>72</sup> Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26/9/2004, Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 12/10/2004, Sayı: 25611, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 43, m.29.

<sup>73</sup> GÜNAY, Erhan, (2009), Öğreti ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 11-15.

Tüm suçları kapsayıcı olarak düzenlenen 29. maddenin gerekçesinde öncelikle hiddet ve şiddetli elem üzerinde durulmuştur. Şiddetli elemin, insanı aslında pasif bir hâle sokması daha muhtemel olsa da burada bahsedilen, öfkeye yönelen bir üzüntü halidir. Maddede sadece hiddetin yer alması yeterli olmasına rağmen uygulama kolaylığı açısından şiddetli elem de eklenmesi uygun görülmüştür. Öte yandan, failin hiddet ve şiddetli elem etkisi altında olması yetmemekte, bu etkiye yol açan bir haksız fiil de aranmaktadır. Bunun da özellikle töre ve kan gütme saikiyle öldürme suçlarında haksız tahrik kurumunun yanlış uygulanmasının önüne geçmek amacıyla metne dahil edildiği belirtilmiştir. Haksız fiil, hukuk düzenince tasvip edilmeyen davranış anlamına gelir ve bu fiili gerçekleştiren kişilere karşı işlenen suçlarda haksız tahrik indirim söz konusu olur. Bir suçun mağduru olmak haksız fiil değildir. Dolayısıyla suç mağduruna karşı işlenen suçlarda haksız tahrik indirim uygulanamaz. Bu durum ülkemizde çoğunlukla tecavüze maruz kalmış kadınların utanç unsuru olarak görülüp aile fertlerinden biri tarafından öldürülmesi şeklinde ortaya çıkar. Son olarak, yeni kanunda 765 sayılı TCK'daki hafif-ağır tahrik ayırımına yer verilmemiştir. Bunun yerine alt ve üst sınırlar belirlenip hâkime olayın özelliklerine göre indirim miktarını belirleme yetkisi tanınmıştır. Bununla beraber değerlendirmeye esas haksız fiilin failde hiddet ve şiddetli elem doğurmaya yetecek ağırlıkta olması aranmaktadır.<sup>74</sup>

İnsan psikolojisinde hiddet ve şiddetli bir elem etkisiyle meydana gelen “buhran hali” sonucunda oluşan haksız tahrik kurumu, kışkırtmadan dolayı cezada indirim yapılmasını sağlamaktadır.<sup>75</sup> Tahrik kelimesi Arapça kökenli bir sözcük olup genel manada hareket ettirme, kımıldatma, yola çıkartma, harekete geçirme, etki yapma, kışkırtma, oynatma, bir kimseyi kötü iş yapması için ileri sürme gibi anlamlara karşılık olarak kullanılmaktadır.<sup>76</sup> Tahrik, kişinin iradesinin uyandırılması ya da belirli bir yöne hareket ettirilmesi ile gerçekleşebilir. Aslında kişi bu durumda suç işlemeye yönelik bir tutumu olmamasına rağmen olumsuz bir baskıyla elinde olmadan

<sup>74</sup> TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 434, (Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (2012). Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 164).

<sup>75</sup> EKERBİÇER, Dilaver, (2015), Ceza Hukukunda Haksız Tahrik. Ankara, Adalet Yayınevi, 5.

<sup>76</sup> DEVELİOĞLU, Ferit, (2007), Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara, Aydın Kitabevi, 1021.



iradesinin etkilenmesi sebebiyle suç işlemeye yönelmektedir. Ancak dikkat edilmelidir ki tahrik; bir kişiye yönelik olan, dış dünyadan kaynaklanan ve kişinin iç dünyasında psikolojik etkilere yol açan bir fiildir. Kişinin dış dünyasının etkisi olmaksızın kendi iç dünyasından gelen ve psikolojisinde değişimler yapan etkiler ceza hukuku anlamında tahrik olarak kabul görmemektedir.<sup>77</sup>

Haksız tahrik hukuka uygunluk nedeni değil, kusurluluğu etkileyen bir durumdur. Bu nedenle, haksız tahrik altında işlenen hareketin hukuka aykırılık hali devam eder ve haksız tahrik failin hareketini hukuka uygun hale getirmez. Sadece failin kınanabilirliğini azaltan bir durum gerçekleşmektedir.<sup>78</sup> Haksız tahrik kusuru tamamen ortadan kaldırmamaktadır.<sup>79</sup> Bundan dolayı cezada yalnızca indirim yapılmasını öngörür. Hiddetin etkisindeki kişinin kendisini suç işlemekten alıkoyma iradesini büsbütün kaybedebileceği kanunen kabul edilmemiştir.<sup>80</sup>

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere ceza kanunu failin öfke, ruhsal çöküntü gibi psişik durumlarının suç işlemekte önemli bir neden olduğu gerçeğinden hareketle, onun bu psikolojik durumlarına belli bir hukuksal değer atfederek failin bu sıra dışı ruh halini “kusurluluğu etkileyen haller” arasında görmüştür. Kendisine yöneltilen haksız hareketler sonucunda sakinliğini koruması gerekirken bunu yapamayarak duygusal çöküntüye düşen, duyduğu öfke veya üzüntü nedeniyle suç işleyen failin bu etkilenmesine hukukî bir değer tanımak çağdaş ceza adaletinin gereğidir.<sup>81</sup> Ancak tüm öfke ve üzüntü halleri Türk Ceza Kanunu tarafından cezada indirim için esas alınmamaktadır. Haksız tahrikin meydana gelebilmesi için haksız fiile maruz kalan failin hiddet veya şiddetli elemin etkisinde haksız fiili işleyene karşı suç işlemesi gerekir. Aşağıda haksız tahriki mağdur ve fail yönüyle inceleyeceğiz. Burada mağdur ilk haksız fiili gerçekleştirip suça maruz kalan, fail ise haksız fiilden etkilenip suç işleyen anlamındadır.

<sup>77</sup> EKERBİÇER, (2015), 4-6.

<sup>78</sup> CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, (2017). Türk Ceza Hukukuna Giriş. 10. Baskı, İstanbul, 436-443.

<sup>79</sup> DEMREN DÖNMEZ, Burcu, (2013), “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 71(1), 267-294.

<sup>80</sup> EKERBİÇER, (2015), 12.

<sup>81</sup> AYDIN, (2005), 225-254.

## 2.1. Mağdur Yönüyle Haksız Tahrik

Türk Ceza Kanunu'nun; "Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisiyle suç işleyen kimseye..." ifadesiyle başlayan 29. maddesinde 'haksız fiil' kısmı suçun mağduruna yazılmaktadır. Bir anlamda mağdur kendi haksız fiiliyle karşı tarafı tahrik etmiş; yani kasten ya da bilmeden, istemeden faili suç işlemesi yönünde harekete geçirmiştir.

Son zamanlarda medyada da sıkça yer aldığı üzere cinsel taciz ve cinsel saldırı suçlarının arttığını görmekteyiz. Bazı yargılamalarda savunma tarafının talep ettiği haksız tahrik indirimi toplumda hararetli tartışmalara yol açmaktadır. "Ne gibi bir hareket tacizci veya tecavüzcüyü tahrik etmiş olabilir?" "Dekolte giyinmek hukukî anlamda tahrik sayılır mı?" gibi sorular farklı kesimler tarafından uzun süre tartışılmış ve tartışılmaya da devam etmektedir. Benzer şekilde bir spor kulübünün formasını giydiği için kişinin başka kulüp taraftarları tarafından darp edilmesi durumunda yine ceza hukuku bağlamında bir tahrikin olup olmadığı tartışması da güncel meselelere bir başka örnek teşkil etmektedir.

Haksız tahrik, içeriği sebebiyle sınırları kesin hatlarla belirlenebilecek nitelikte bir kurum değildir. Bu içerikte mağduru ilgilendiren yönüyle 'haksız fiil', mevzuatta tahdidî olarak düzenlenemeyen, belli ölçütlerle her olaya ilişkin olarak hâkim tarafından takdir edilen felsefî-sosyolojik bir hukuk kavramıdır. Haksız tahrik kurumunun toplum gündeminde her dönemde popüler bir tartışma konusu olmasının en önemli nedeni budur. Bu sebeple öncelikle haksız fiil kavramı üzerinde durmakta fayda görüyoruz.

### 2.1.1. Haksız Fiil

Common Law ya da diğer adıyla Anglo-Sakson Hukuk Sistemi'nde haksız fiil kavramı pratik olarak ele alınmıştır. Buna göre haksız fiiller, deyimi yerindeyse matbu olarak sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Savcılık makamı ya da haksız fiile maruz kalan kişi dava açmak istediğinde, öncelikle hareketin listede belirlenen fiillerden, örneğin kişiliğe tecavüz, mala tecavüz vs. olup olmadığına bakılacaktır. Bunların takdiri de yorum gerektirmekte ise de bir içtihatlar hukuku olan Common Law sisteminde bunların tespiti önemli ölçüde yerleşmiştir. Ülkemizin de dâhil olduğu Roma Hukuku temelli Kıta veya Kara Avrupa'sı Hukuk Sistemi'nde ise birtakım kriterler belirlenmiştir.

Bununla ilgili temel kıstas, fiilin bir hakkı veya hukukun koruduğu bir menfaati ihlal etmesidir.<sup>82</sup>

Haksız fiil kavramı bir hukuk sistemi içerisinde de yeknesak değildir. Çakıştığı noktalar olsa da örneğin medeni hukuk ve ceza hukukunda farklı anlamda değerlendirilebilmektedir. Suç, unsurları itibarıyla haksız fiili kapsadığından ceza hukuku anlamında her suç haksız fiil teşkil eder diyebiliriz. Bunun tersi için ise bir genelleme söz konusu değildir. Yani haksız fiil ancak tipiklik, hukuka aykırılık, maddi ve manevi unsurları haiz ise suç teşkil eder.<sup>83</sup> Bununla beraber suç sayılan her fiil medeni hukukta haksız fiil sayılmayabilir. Çünkü medeni hukukta zarar ve tazmin esası vardır ve her suç tazmin edilecek bir zarar doğurmayabilir.<sup>84</sup> Aynı şekilde medeni hukukun haksız saydığı bir fiil, yukarıda sayılan unsurları içermediği müddetçe suç sayılmayacaktır.<sup>85</sup>

Hukuka aykırı olan her hareket haksız fiildir.<sup>86</sup> Bu sebeple fiil suç sayılmasa veya borçlar hukukunun haksız fiil kriterlerine uymasa dahi ceza hukuku anlamında haksız fiil olabilir. Tazminat hukukunda fiilin haksız sayılması için genel olarak icrai veya ihmali bir hareketin hukuka aykırılık-kusur-zarar-nedensellik bağı unsurlarını taşıması gerekir.<sup>87</sup> Ceza hukukunda ise fiilin hukuk düzenince tasvip edilmemesi, toplumun genel davranış kurallarına aykırı olması haksız olarak değerlendirilmesi için yeterlidir. Bunun takdirinin hâkime bırakılması ise yukarıda değinildiği üzere haksız fiilin felsefi-sosyolojik yönünü ön plana çıkarmaktadır.<sup>88</sup>

Hâkim, tahrik teşkil eden fiilin haksız olup olmadığına toplumun sosyal değerleri, genel ahlak, kamu menfaati gibi sosyal olguları göz önünde bulundurarak karar verecektir. Haksız tahrik kurumu her ne kadar failin

<sup>82</sup> ÖZDEN MERHACI, Selin, (2012), "Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller", Ankara Barosu Dergisi, 4, 180-183.

<sup>83</sup> ARTUK, GÖKÇEN, (2018), 198-200.

<sup>84</sup> Askeri bölgelere izinsiz girme gibi.

<sup>85</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet M., (1951), "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi", AÜHFD, 29(3), 185-187.

<sup>86</sup> Yarg. 1. CD. 9.7.1981, 3551/3407, (SAVAŞ Vural, MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, (1999), Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 1005).

<sup>87</sup> GÖKCAN, Hasan Tahsin, (2010), Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 32-49.

<sup>88</sup> ARTUK, GÖKÇEN, (2018), 548.

iradesinin zaafa uğraması sebebiyle bir indirim sebebi olarak ihdas edilmişse de felsefesinde mağdurun haksızlık teşkil eden davranışının denkleştirilmesi de yatmaktadır.<sup>89</sup> Bu nedenle karar verilirken mağdurun fiilinin bir karşılığı hak edip etmediği de değerlendirilmelidir. Burada hemen belirtmek gerekir ki konumuz kapsamındaki haksız fiilin faile karşı işlenmesi şart değildir. Bir hakka yönelen, bir normu veya ahlak kuralını ihlal eden, hukukun cevaz vermediği icrai veya ihmali davranış; failin yakınlarına, tanımadığı birilerine, malına, hayvan veya cansız bir varlığa yönelik de olabilir. Yeter ki faili suç işleme sevk eden haksız bir hareket olsun.<sup>90</sup>

Yargıtay kararlarına baktığımızda haksız fiilin toplumun dinamiklerine bağlı değişken bir kavram olduğunu görmekteyiz. Eşe karşı kasten öldürme ile ilgili bir kararında Yargıtay ceza dairesi, kadının eşiyle cinsel birleşmeden imtina etmesini haksız bir fiil olarak görmemiştir.<sup>91</sup> Öğrenciye tokat atan müdür yardımcısı ile ilgili bir başka kararda ise; müdür yardımcısı sınıftan çıkarken öğrencinin arkadan gülmesinin disiplinsiz bir davranış olduğu, dolayısıyla tahrike konu haksız bir fiil olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>92</sup>

Şüphesiz ilk derece mahkemeleri ve yüksek mahkemeler bu tür kararlar verirken toplumun beklentilerine, kamuoyundaki tartışmalara kayıtsız kalamamaktadır. Yukarıdaki kararlar yakın zamana aittir. Ataerkil toplum yapısına sahip ülkemizde erkek hâkimiyeti gün geçtikçe tartışılmakta ve zayıflamaktadır. Feminist hareketler, kadın hakları ile ilgili faaliyetler, batıdaki gelişmelere ayak uydurma çabası, iletişim ağlarının gelişmesi gibi olgular kadın ile erkeği aynı seviyeye yaklaştırmıştır. Bu da herhangi bir

<sup>89</sup> “Türk doktrininde de haksız tahrikin hukuki esası bu görüş çerçevesinde açıklanmaktadır. Buna göre, haksız tahrik altında fail haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya elemin etkisi altında kaldığından, faili harekete geçiren saiklerin kanun koyucu nazarında daha az vahim sayıldığı kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile kanun koyucu, failin saikinin normal olmayışı ile birlikte, suçun işlenmesine mağdurun da sebebiyet vermesini dikkate alarak cezada indirim yoluna gitmektedir.” Yarg. 1.CD., 21.9.1995, K. 2485 (Günay, (2009), 258).

<sup>90</sup> GÜRELLİ, Nevzat, (1951), “Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik”, İstanbul Barosu Dergisi, 27(6), 342.

<sup>91</sup> Yarg. 1. CD, 24.9.2007, 4529/6751, (ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner, (2009), TCK Şerhi Genel Hükümler Cilt 1, Ankara, Turhan Kitabevi, m.29).

<sup>92</sup> Yarg. 4. CD, 12.12.2007, 6712/10744, (ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, (2009), m29).

düzenlemeye gerek kalmaksızın yargı kararlarına, yargıçların yorumlarına yansımaktadır. Aynı şekilde öğretmen-öğrenci ilişkisinde “eti senin kemiği benim” anlayışının uzun yıllar hüküm sürdüğü ülkemizde dayak, öğretmenin tedip hakkı kapsamında değerlendirilirken; son yıllarda dünyanın tüm modern ülkelerinde olduğu gibi Türkiye’de de öğretmenlerin fiziki müdahalesi kabul edilebilir görülmemektedir. Bu sebeple öğrencilerin disiplinsiz davranışları ancak haksız tahrik bağlamında haksız fiil olarak değerlendirilmektedir.

Borçlar Kanunumuzun haksız fiillerden doğan borç ilişkileri ayırımında “kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür”<sup>93</sup> hükmü yer almaktadır. Ceza hukukunda haksız fiilden ne anlaşılması gerektiği ile ilgili bir düzenleme de ve açıklığı elle tutulur akademik bir çalışma da yoktur. Bu sebeple madde metninde belirtilen kusurluluk ve hukuka aykırılık kriterleri üzerinde durup bunların ceza hukukunda ve bilhassa konumuz itibarıyla ne derece geçerli olduğuna değinmek yerinde olacaktır.

#### 2.1.1.1. Fiilin Hukuka Aykırılığı

Fiilin hukuka aykırılığı ile ilgili sübjektif ve objektif olmak üzere iki teori ortaya atılmıştır. Sübjektif teoriye göre ortada bir hukuka uygunluk sebebi yokken karşıdakine zarar veren her fiil hukuka aykırıdır. Bu teori uyarınca zararın türünün bir önemi yoktur. Söz konusu fiil bir mutlak hakka tecavüz teşkil edebileceği gibi, sadece mali bir zarara yol açmış da olabilir. Objektif teoride ise temelde bir norm ihlali yer alır. Yani fiilin hukuka aykırı sayılması için sadece zarara yol açması yeterli olmayıp herhangi bir hukuk kuralına aykırı olması gereklidir. Bu hukuk kuralının yazılı veya yazısız olması önemli değildir. Yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, özel yaşamın gizliliği gibi mutlak haklar konusunda yazılı düzenlemelerin olması şart değildir. Bu hakları ihlal etmemek, herkesçe bilinen ve uyulması gereken davranış normlarıdır. Mutlak hakları ihlal niteliğinde olmayan fiiller ise, mevzuatta var olan bir yazılı kuralı ihlal ediyorsa hukuka aykırıdır. Çünkü bu kuralların dolaylı olarak mutlak hakları veya bunlara bağlı ferî hakları koruduğu ön kabulü vardır. Türk

<sup>93</sup> Türk Borçlar Kanunu, Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11 Ocak 2011, Resmî Gazete ile Neşir ve İlanı: 4 Şubat 2011, Sayı: 27836, m.49.

hukukunda da objektif teori ağır basmaktadır. Buna ek olarak BK m. 49 un ikinci fıkrasında ahlaka aykırı fiiller de haksız fiil olarak değerlendirilmiştir.<sup>94</sup>

Ceza hukukumuz açısından da bu kıstasların kabul edilmesi olanaklıdır. Ancak burada davranışın karşı tarafa verdiği zarar, özel hukuktaki anlamıyla maddi veya manevi tazminata konu olan bir zarar değildir. Haksız tahrik bakımından fiilin failde öfke ya da şiddetli üzüntü doğuran ve bu sebeple onu suç işlemeye sevk eden hukuka aykırı bir davranış olması 'zarar' olarak yeterlidir. Ayrıca yukarıda belirtildiği üzere haksız fiilin failden bağımsız üçüncü kişilere, canlı veya cansız varlıklara karşı işlenmiş olması da mümkündür.

Ceza hukuku açısından haksız fiilin temel kıstası hukuka aykırılıktır. Bu bakımdan ortada bir hukuka uygunluk nedeni varsa artık fiili haksız olarak değerlendirme imkânı kalmaz. Ceza kanunumuzdan ve uygulamasından çıkarılan sonuçlara göre hukuka uygunluk sebepleri: meşru müdafaa, hakkın kullanılması, ilgilinin rızası ve görevin ifasıdır.<sup>95</sup> Mağdurun faili tahrik eden hareketi, kendisine veya başkasına yönelen mevcut ya da kuvvetle muhtemel bir saldırıyı defetme<sup>96</sup> kapsamında ise bu fiil artık haksız olarak değerlendirilemeyeceğinden haksız tahrik kurumu uygulama alanı bulamaz. Benzer şekilde mağdur, ilgilinin rızası kapsamında hareket etmişse fiil yine hukuka uygundur. Meğerki ilgilinin rıza göstermeye ehliyeti bulunmasın ve rıza gösterdiği husus, üzerinde tasarruf edebileceği haklardan olmasın.<sup>97</sup>

Failde hiddet ve şiddetli eleme sebebiyet veren bir fiil toplum tarafından hoş karşılanmasa dahi mağdurun hukuk düzenince kendisine tanınan bir hakkı veya yetkiyi kullanması da fiilin haksız olarak ele alınmasına mâni olur. Eşlerden birinin diğerine boşanma davası açması, polisin kaçan zanlıyı durdurmak için ayağına ateş etmesi, kadının dekolteli giyinmesi, bir kimsenin taraftarı veya mensubu olduğu bir kulübün ya da siyasi partinin amblemini taşıması ve benzeri davranışlar haksız fiil olarak değerlendirilemez.<sup>98</sup> Bununla beraber "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir*

<sup>94</sup> KURTULAN, Gökçe, (2017) "Haksız Fiilde Hukuka aykırılık Unsuru", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23(1), 466-480.

<sup>95</sup> ARTUK, GÖKÇEN, (2018), 427.

<sup>96</sup> TCK, m.25/1.

<sup>97</sup> ARTUK, GÖKÇEN, (2018), 489-491.

<sup>98</sup> ARTUK, GÖKÇEN, (2018), 548-549.

*hakkin açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*<sup>99</sup> İfadesinden de anlaşılacağı üzere fiil, kişiye tanınmış bir hakkın kullanımı olsa da bunun kötüniyet taşıması davranışı haksız fiil kapsamına sokabilir. Örneğin biri Fenerbahçe diğeri Galatasaray taraftarı iki arkadaştan birinin, Fenerbahçe'nin derbi galibiyeti sonrası sırf arkadaşını kızdırmak için etrafında Fenerbahçe formasıyla dolaşması haksız fiil olarak görülebilir. Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması da hukuk düzeninin tasvip etmediği bir durumdur.<sup>100</sup> Bu sebeple meşru müdafaa ile ilgili şerh hariç olmak üzere,<sup>101</sup> tabiri yerindeyse hukuka uygunluk sebeplerinin çizdiği çemberin dışına taşan davranışların haksızlığı tekrar gündeme gelecektir.

Mağdurun haksız fiilinin, failin daha önceki haksız bir davranışından kaynaklanması ihtimali de özellik arz eder. Bu durumda mağdurun tepkisi orantılı ise artık bu fiil haksız tahrik müessesesi anlamında haksızlık teşkil etmez.<sup>102</sup> Ancak söz konusu karşı hareket makul bir ölçüyü aşarsa fiilin haksızlık durumu yeniden gündeme gelir. Yargıtay da bir kararında: *"Sanığın, maktule söverek ilk haksız hareketi gerçekleştirdiği olayda; maktulün de aynı şekilde karşılık verdiği, sonra da maktule tokat attığı, etki-tepki arasındaki dengenin sanık yararına bozulduğu anlaşılmalı, sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin asgari oranda uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi..."*<sup>103</sup> demek suretiyle haksız hareketler arasındaki dengeye dikkat çekmiştir.

### 2.1.1.2. Mağdurun Kusurluluğu

Suçun yapısını incelediğimizde temel olarak maddi ve manevi unsurlar karşımıza çıkar. Bazı müellifler bunlara tipiklik ve hukuka aykırılığın da

<sup>99</sup> Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası:4721 Kabul Tarihi: 22/11/2001 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarihi: 8/12/2001 Sayı: 24607 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 41, m.2.

<sup>100</sup> Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur. (TCK m.27/1).

<sup>101</sup> Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez. (TCK m.27/2).

<sup>102</sup> "Kendi kusurlu hareketleriyle olaya neden olan sanık lehine tahrik hükümlerinin uygulanması olanaksızdır" Yarg. CGK. 02.11.1999, 1-258/256, (KABAN, Mater, AŞANER, Halim, GÜVEN, Özcan, YALVAÇ, Gürsel, (2001), Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 1996-Temmuz 2001), Ankara, Adalet Yayınevi, 109.

<sup>103</sup> Yarg. 1. CD., 6.1.2012, 5284/49 (ARTUK, GÖKÇEN, (2018), 549.)

eklenmesi gerektiğini savunurken, aksini düşünenler hukuka aykırılık ve tipikliğin suçun unsuru değil, bizatihi niteliği olduğunu belirtmişlerdir. Maddi unsurlar; fiil, netice, fail, mağdur, konu gibi dışarıdan gözlenebilen kavramları kapsar. Manevi unsurlar ise failin iç dünyasına ait durumlardır ki bunlar kast ve taksirdir. Her suça ilişkin ortak noktalardan olmasa da bazı suçlar için aranan hususlardan olan saik de manevi unsurlara dâhil edilebilir. Common Law'dan etkilenen birtakım yazarlar kusurlulukla manevi unsuru ayırmamışlardır. Bunlara göre kast ve taksir kusurun çeşitleridir. Diğer bazı yazarlar ise kusurluluğu manevi unsurlardan ayırmış ve suçun ayrı bir unsuru olarak görmüşlerdir. Nihayet yeni TCK döneminde kusurluluk hem manevi unsurlardan hem de suçun unsurlarından ayrılmıştır. Günümüz baskın görüşüne göre kusur suçun oluşmasında değil, cezanın belirlenmesinde etkilidir. Bu sebeptendir ki kusurluluğu etkileyen haller cezadan muafiyet ya da indirim sebebidir.<sup>104</sup>

Kusur kabiliyeti bulunmayan kimsenin fiillerinin haksızlık teşkil edip etmediği de doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre kusur yeteneği olmayan kimsenin hareketi neticesinde tahrike kapılıp suç işleyen failin haksız tahrik indiriminden faydalanabilmesi, durumdan haberdar olup olmamasına bağlıdır. Bu bağlamda örneğin mağdurun akıl hastası olduğunu biliyorsa fail indirimden yararlanamaz.<sup>105</sup> Bir diğer görüş ise failin mağdurun durumunu bilip bilmemesine bakılmaksızın kusurluluğun haksız tahrikin uygulanmasında bir öneminin olmadığını savunmaktadır.<sup>106</sup>

Kusuru suçun unsurlarından saymayıp faili tahrik eden fiilin sahibinde kusur yeteneği aramak tutarlı değildir. Bunu basit bir akıl yürütmeye şöyle saptayabiliriz: Her suç haksız fiil teşkil eder. Suçu işleyen kusurlu olmasa da fiilin suç olma niteliği kaybolmaz. Kusursuz olarak işlenen suç yine de haksız fiil olduğuna göre fiilin haksızlık niteliği taşıması için kusur şart değildir.

Kusurlu olmayan mağdurun haksız hareketiyle iradesi suç işlemeye meyleden kişi, haksız tahrik indiriminden faydalanmalıdır. Aksi düşüncenin hukuki altyapısı olmadığı gibi hakkaniyete aykırı, adaleti sarsıcı durumların

<sup>104</sup> KARAKEHYA, Hakan, USLUADAM, Asena Kamer, (2015), "Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 3(2), 1-24.

<sup>105</sup> BAŞAR, Nur, (1980) "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik" Adalet Dergisi, Sayı 4, 260.

<sup>106</sup> GÜRELLİ, (1951), 335.



oluşması da kuvvetle muhtemeldir. Söz gelimi arabasının lastiğini patlatan küçük çocuğa hiddetlenip tokat atan kişinin hareketini haksız tahrik kapsamına sokmamak adil değildir. Bu durum yukarıda değindiğimiz mağdurun haksız hareketiyle failin suç teşkil eden hareketinin denkleştirilmesi düşüncesine de aykırılık oluşturmaz. Zira kusurlu olmayan kişiye ceza verilmemesi hareketinin haksız olmamasından değil, ceza vermenin, Beccaria'nın da ifade ettiği önleme ve ıslah amacı<sup>107</sup> açısından bir yararı bulunmamasındandır. Bu kişilerin toplum için tehlike arz ettiği durumlarda onlar için daha uygun olan güvenlik tedbirlerine başvurulduğu unutulmamalıdır. Kusuru haksızlığın unsuru sayan Borçlar Hukukunda dahi kusur ehliyeti olmayanların icrai veya ihmali hareketleriyle neden olduğu zararların hakkaniyet gerekçesiyle tazmin edilebilmesi,<sup>108</sup> savımızı destekler niteliktedir.

## 2.2. Suçun Faili Açısından Haksız Tahrik

Haksız tahrik kurumunun suç mağduruna dönük kısmı olan haksız fiili anlatmaya çalıştık. Haksız tahrikin düzenlendiği TCK'nın 29. maddesinde yer alan "haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin tesiri altında suç işleyen..." ibaresinde faile bakan kısım ise hiddet ve şiddetli elemdir. Bu iki durum failin iradesine hâkim olmasını güçleştirdiğinden kusurluluğu azaltan sebepler olarak görülmüş ve kanun koyucu da buna önem atfedip öfkeli veya üzüntülü bir ruh haleti içerisinde işlenen suçlarda ceza sorumluluğunu azaltma yoluna gitmiştir. Biz de burada bu iki kavramı açıklamaya çalışacağız. Failin kusurluluğu da bu başlık altında ele alınması gereken bir husustur. Ancak ilk kısımda ele aldığımız kusur konusu esasen failin kusurluluğunu açıkladığından tekrar değinmeye gerek olmadığı düşüncesindeyiz.

<sup>107</sup> "Cezaların amacı, suçlunun kendi yurttaşlarına karşı zarar vermelerini engellemekten ve başkalarının benzer eylemlerde bulunmalarını önlemekten başka bir şey değildir. Bu nedenlerle söz konusu cezaların oranları ve onların uygulanma yöntemleri öyle seçilmelidir ki, bunlar insanların ruhları, zihinleri üzerinde pek çok kalıcı, ama suçlunun bedeni üzerinde en az üzücü iz bırakacak biçimde olsunlar." (BECCARIA, (2016), 69-70).

<sup>108</sup> Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir. (BK m.65)

### 2.2.1. Hiddet ve Şiddetli Elem

Haksız tahrikin kusurluluğu azaltan ve dolayısıyla cezada indirim gerektiren bir hal olması, kusur açısından hiç şüphesiz iradeyi zayıflatıcı ve onu suça yönlendirici etkisinden ileri gelmektedir.<sup>109</sup> Ne var ki kanun koyucunun madde metninde ‘hiddet ve şiddetli elem’ ifadelerini kullanması burada hem insan tabiatını göz önünde bulundurduğunu hem de ceza siyaseti açısından sınırlandırıcı bir durum yaratmaya çalıştığını gösterir. Buna göre failin cezasında indirim yapmak için sadece mağdurun haksız davranışı yetmez. Söz konusu davranışın failde insani duygular olan öfke veya ileri derecede bir üzüntü yaratması ve suçun bu duyguların tesiri altında işlenmesi gerekir. Bu bakımdan failin zaten amacı dâhilinde olan bir suça mağdurun haksız fiilini bahane yapması korunmaya değer değildir. Aksi kanaat ‘tahrik’ yani harekete geçirme, suça teşvik etme olgusunu devre dışı bırakacaktır. Bu sebeple suça maruz kalan mağdurun haksız fiilinin olduğu her durumda haksız tahrik kurumuna başvurulmayacak, failin haksız hareketten etkilenme durumu ‘hiddet ve şiddetli elem’ ile sınırlı olmak üzere incelenecektir.

#### 2.2.1.1. Hiddet

Failin haksız fiilin etkisi ile kızma duygusu içerisine girmesi hiddet, bir diğer deyişle öfkedir. Failin yaşadığı şiddetli öfke onu suç işlemeye yönlendirmektedir.<sup>110</sup> Hiddet kavramını psikolojik olarak inceleyecek olursak: Öncelikle hiddet, iradeye şiddetle ve süratle tesir etmektedir. İnsan, davranışlarının kontrolünü akıl ile sağlayabilir ancak aklın tesiri yavaş olur. Bu sebeple ani meydana gelen her şey, iyi düşünmek için gereken zaman ve sükûnet imkânını ortadan kaldırır. O halde tahrik; fiziksel-psikolojik bir olayın veya durumun, insan ruhunun şiddetli bir safhasına belirli hukuki sonuçlar yüklemek suretiyle hukuken tanınmasıdır.<sup>111</sup>

Hiddet; ruhi fonksiyonların karışması, dıştan gelen tahriklere karşı bilinç reaksiyonunun anormal bir durumudur ve genellikle aklın iyi tekâmül etmemiş olması yahut sinir sisteminin genetik bir sebep yüzünden aşırı bir zafiyete uğramış bulunması şeklindeki bir bozulmuş durumu da kapsar.

<sup>109</sup> GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, Cilt 1, 5. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, 1988, 573.

<sup>110</sup> DEMREN DÖNMEZ, (2013), 267-294.

<sup>111</sup> EREM, Faruk, (1945), “Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(4), 50-80.

Hiddet, karakteri tabiri caizse şişirir. Hiddet, diğerkâm duygudan gelen ahlak mukavemeti kuvvetine sahip olmayan kimselerde suçun müessir sebebidir. Gazap ise hiddetin şiddetli halidir.<sup>112</sup>

Hiddet halinde kişide bir enerji artışı meydana gelir. Fizyolojik olarak hiddetin etkilerini görmek mümkündür. Damarlarda şişme, seste çatlaklık gibi fizyolojik değişiklikler hiddetin göstergesidir. İnsanlar arasında hiddeti yenme hususunda farklılıklar vardır. Örneğin aydın biri için basit bir kızgınlık doğuran olay ilkel insanlar için gazap haline sebep olabilir. Bundan dolayı gayet ufak sebeplerden çok büyük suçların işlendiğini görebiliriz.<sup>113</sup>

Eskiden psikologlar tarafından hiddet için kısa süren delilik denmekteydi. Ancak hiddeti akıl maluliyeti grubunda değerlendirmek ceza hukukuna uygun bir yaklaşım değildir. Hiddet durumunda kişinin iradesi ortadan kalkmamakta veya kalıcı olarak kısıtlanmamaktadır. Bununla birlikte bazı akıl hastalarında hiddet çok şiddetli görülebilmektedir.<sup>114</sup>

### 2.2.1.2. Şiddetli Elem

Psikolojide elem; keder, ümitsizlik manalarında kullanılmaktadır. Elem hali kişide dinamik neticeler meydana getirmeye müsait bir hal değildir. Sakin ve ruhi güçlerde bir çöküntüyü psikolojik olarak ifade eder. Bundan dolayı elem için “ıstırabın dili sükûttur” da denmiştir. Elem genellikle suçlunun sevdiği kimselere veya şeylere karşı meydana gelen taarruzlardan doğar. Böyle hallerde tahrik doğuştan gelen duygulara değil, kazanılmış duygulara dayanır.<sup>115</sup>

Üzüntünün pasifleştirici etkisi öğretilerde madde metnine eleştiri yöneltmesine sebep olmuştur. Birçok yazara göre hiddet veya gazap terimi yeterlidir. Şiddetli elem kişiyi suç işlemeye sevk etmek bir yana onu iyice hareketsiz kılacaktır. Kanunda buna yer vermek mantıklı değildir. Aksini düşünenler ise böyle bir ayırımın haksız fiile tepki niteliğindeki suç teşkil eden hareketin zamanı noktasında önem arz ettiğini ileri sürmüştür. Hiddete kapılan kişi haksız harekete anında karşılık verecektir. Ancak elemin ağır bastığı kişide haksız davranışın tesiri daha uzun süreli olacaktır. Fail

<sup>112</sup> EREM, (1945), 50-80.

<sup>113</sup> BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah, (2013), Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul, Beta Yayıncılık, 11.

<sup>114</sup> EREM, (1945), 50-80.

<sup>115</sup> EREM, (1945), 50-80.

üzüntünün hâsıl ettiği pasif durumdan kurtulduktan sonra ruh hali gazaba inkılâp edebilecektir.<sup>116</sup>

Madde metnindeki bu ayırım hâkimler için de aydınlatıcıdır. Failin suçu haksız fiilin tesirinde işleyip işlemediğini anlamak bakımından şiddetli elem hali, daha uzun bir zaman dilimini değerlendirme kapsamına sokacaktır ki bu adalete daha uygundur. Ayrıca pasifliğin suça elverişli olmadığı iddiası da doğru değildir. Şiddetli elem yol açtığı buhran hali ihmâl suretiyle icra edilebilen suçlara yol açabileceği gibi failin iradesini, dikkatini etkileyerek taksirle suç işlemesine de neden olabilir. Burada tepki fiiline ayrı bir başlık açmak konuya aydınlık getirecektir.

### 2.2.2. Tepki Fiilinin Manevi Unsuru

Haksız tahrik kurumunun düzenlendiği TCK'nın 29. maddesinde haksız fiil neticesinde işlenen suçun niteliği belirtilmemiştir. Madde metninin lafzına bakılırsa bu suç teşkil eden tepki fiilinin kasten ya da taksirle işlenmiş olmasının bir önemi yoktur. Ayrıca saik ile ilgili de üzerinde durulması gereken bir husus söz konusu değildir. Haksız tahrik genel hafifletici sebep olduğundan suçun niteliği önemli değildir.<sup>117</sup>

Kanunun lafzı böyle olmasına rağmen, amaçsal yorum yapan bazı yazarlar tepki fiilinin kasten işlenmesi gerektiğini, aksi halde tahrik unsurunun hayat bulmadığını belirtmiştir. Yargıtay'ın da bu görüşü benimsediğini söyleyebiliriz.<sup>118</sup>

Öncelikle suçlar kast dışında; olası kast, bilinçli veya bilinçsiz taksirle işlenebilir. Olası kast, failin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen işlemesi, bir başka deyişle sonucu kabullenmesidir. Bilinçli taksirde ise yine bir öngörme söz konusu olduğu halde neticenin istenmemesi durumu vardır. Bu, genellikle kişinin kendine

<sup>116</sup> BOSTANCI BOZBAYINDIR, (2013), 208-209.

<sup>117</sup> DURAN, Gökhan Yaşar, (2010), Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul, Legal Yayıncılık, 154.

<sup>118</sup> "Maktuldeki yaraların TCK 86/2. maddesi seviyesinde kaldığı için aynı yasanın 22/2 maddesi aracılığı ile 85. maddesi uygulandığına göre taksirle adam öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar vermek suretiyle sanığa eksik ceza tayinini öngören yerel mahkeme kararı bozulmuştur." Yargıtay 1. CD 16.5. 2007, 2703/3776, (MALKOÇ, İsmail, (2008), Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu (madde 1-178), Ankara, Malkoç Kitabevi, 207).

veya şartlara olan güveninden ötürü suç teşkil eden durumun gerçekleşmeyeceği düşüncesinden ileri gelir. Bilinçsiz ya da genel anlamda taksirde önemli olan da gereken dikkat ve özeni göstermemektir. Taksirle işlenen suçlar kanunda belirtilmiş olma şartıyla cezalandırılır. Suçun kanuni tanımındaki unsurlar öngörülemediği olsa da hareket iradidir. Kanun koyucu burada objektif özen yükümlülüğünün ihlalini yaptırıma bağlamıştır.<sup>119</sup>

Tüm bu bilgiler ışığında bir değerlendirme yaparsak, haksız fiile tepki olarak işlenen suçun yalnızca kasten işlenmesinin zorunlu olmadığı kanaatindeyiz. Zira haksız hareket neticesinde öfkelenen birinin bu durumu, dikkat ve özen yükümünün ihlaline veya neticeyi önleme iradesinin zaafa uğramasına sebebiyet verebilir. Örneğin A ve B birer otomobil sürücüsü olsun. Kendisini tehlikeye atacak şekilde sollayıp önüne geçen B'ye öfkelenerek hızını artıran A'nın kontrolünü kaybedip ona arkadan çarpması sonucu aracı uçuruma yuvarlanan B'nin ölmesi olayında taksirle adam öldürme suçu işlenmiştir. Ancak A'nın bir sürücüden beklenen dikkati göstermemesine B'nin haksız hareketi neden olmuştur. Burada haksız tahrik indiriminin uygulanmasına engel bir durum yoktur.

### 2.3. Özel Haksız Tahrik Hali

Türk Ceza Kanunu'nun "Şerefe Karşı Suçlar" başlıklı sekizinci bölümünde düzenlenen hakaret suçuna haksız tahrike ilişkin özel bir düzenleme eklenmiştir. "Haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret" başlığını taşıyan 129. maddesinde şu hükümler yer almaktadır:

- *Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.*

- *Bu suçun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez.*

- *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 madde haksız tahrik konusunda özel hüküm niteliği taşıdığından, bu kapsama giren hallerde artık 29. maddenin uygulanma imkânı kalmaz. 765

<sup>119</sup> ÖZGENÇ, İzzet, (2018), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 248-296.

sayılı TCK'de özel haksız tahrikle ilgili birkaç madde<sup>120</sup> yer alırken, yeni ceza kanunumuzdaki düzenlemeler 129. maddeden ibarettir.

Haksız tahrik, haksız bir fiile karşı oluşan öfke veya üzüntü neticesinde gösterilen ve suç teşkil eden tepki durumunda uygulanır. Yukarıdaki maddenin ilk fıkrasında da bundan ayrı bir durum yoktur. Sadece gösterilen tepkinin hakaret seviyesinde kalması durumunu kanun koyucu diğer suçlara nispeten daha çok mazur görmüş ve hâkime, duruma göre cezasızlığa varabilen bir müsamaha imkânı tanımıştır. İkinci fıkrada ise haksız fiil özelleştirilmiştir. Buna göre hakaret mağdurunun haksız fiili kasten yaralama şeklindeyse hakarete ceza verilmeyecektir. Burada insan tabiatı göz ardı edilmemiştir. Kendisini yaralayan kişiye hakaret etmek, kınanabilirlik sınırlarını aşabilen doğal bir tepkidir. Yaralananın sakin kalıp yetkili makamlara şikâyet etmesi ideal durum olsa da kanun koyucu realiteyi de göz önünde bulundurmıştır. Karşılıklı hakarete ise çoğunlukla ilk hakareti kimin yaptığının tespiti zordur. Böyle durumlarda hakaretlerin birbirini izlediği ve gitgide dozunun yükseldiği de bir gerçektir. Mahkemelerin yükünü epeyce artıracak bu durumda kanun koyucunun ceza siyaseti açısından böyle bir yol benimsediğini söyleyebiliriz.

### 3. Mukayeseli Hukukta Haksız Tahrik

Yukarıda Türk hukukundaki düzenlemesiyle haksız tahrik kurumunu anlatmaya çalıştık. Suç teorisi kapsamında ele alınan diğer kurumlar gibi haksız tahrik de farklı hukuk sistemlerinin katkılarıyla bugünkü halini almıştır. Buna rağmen tüm dünyada bu konuda yeknesak bir uygulama yoktur. Bunun başlıca sebebi, haksız tahrik kurumunun temelindeki felsefi tartışmalarda yatmaktadır. Haksız tahriki bir indirim sebebi olarak kabul etmenin altındaki eğilimler, hukuk sistemleri ve bu sistemlerin içerisindeki ülkeler arasında haksız tahrik düzenleme ve içtihatları arasında farklılıklar oluşmasına yol açmıştır. Biz de burada genel bir tablo çizebilmek adına Anglo-Sakson, Kıta Avrupa'sı ve içinde Osmanlı uygulamasına da yer vermek suretiyle İslam Hukuku sistemleri üzerinde durmayı amaçlıyoruz.

#### 3.1. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde Haksız Tahrik

Anglo-Sakson hukuk sistemi denince akla ilk olarak İngiltere ve Amerika gelir. Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, Güney Afrika ve İrlanda'yı da buna eklemek mümkündür. Bu sistemde kazuistik düzenlemelerden

<sup>120</sup> m.258/4, m.272, m.462, m.485.

ziyade içtihatlar hukuku gelişmiştir ve ceza hukuku açısından toplumsal tatmin ön plandadır. Bu sebeple kişinin haksız hareket karşısında sessiz kalması toplumda korkaklık olarak nitelendirileceğinden hukuk düzeni burada haksız fiile maruz kalana karşılık verme imkânı tanımıştır denebilir. Yani özellikle haksız tahrik kurumunun ilk ortaya çıktığı zamanlarda iradenin zaafa uğramasından ziyade haksız fiili ika edenin bir karşılığı hak ettiği düşüncesi ağır basmıştır.

Common Law da denen Anglo-Sakson hukuk sisteminde günümüzde tüm suçları kapsayıcı bir haksız tahrik kurumu kabul edilmemektedir. Suçun öfke ve üzüntünün tesiri altında işlenmesi, yalnızca adam öldürmenin nitelikli mi basit mi olduğunun belirlenmesinde doğrudan dikkate alınır.<sup>121</sup> Adam öldürmenin niteliği hakkındaki bu ayırım bile ceza miktarını çok değiştirir. Nitelikli adam öldürme(murder) genel olarak belirli bir saikle veya tasarlayarak öldürmeyi kapsar ve bu suçun faili yerine göre müebbet hapis, çok uzun süreli hapis veya ölüm cezasıyla cezalandırılır. Haksız tahrik altında işlendiği kabul edilen bir fiilde ise soğukkanlılık, belli bir amaç ve tasarlama söz konusu olmadığından artık bu nitelikte bir öldürme basit adam öldürmeye(manslaughter) girer ve ayrıca tahrikten dolayı failin cezasında indirim yapılır. Bunun dışındaki suçlarda ise haksız tahrikin varlığı sadece temel cezanın tayininde takdiri indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulur.<sup>122</sup> Anglo-Sakson hukuk sistemi hakkında fikir sahibi olabilmek adına en azından öne çıkan iki farklı örnek olarak İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nden kısaca bahsetmemiz gerekir.

### 3.1.1. İngiltere

Tipik bir Common Law ülkesi olan İngiltere'de haksız tahrik, "Coroners and Justice Act" in 54. ve 55. maddelerinde "Kontrol Kaybı" başlığıyla düzenlenmiştir. Buna göre kişi öldürme fiilini işlediğinde kontrolünü kaybetmişse, bu kontrol kaybı nitelikli bir tetikleyiciden kaynaklanmışsa ve yaşı, cinsiyeti göz önüne alındığında bu makul kabul edilebilirse artık suç nitelik değiştirip "murder" olmaktan çıkar ve basit öldürmeye(manslaughter) dönüşür. Tepki fiilinin tetikleyici fiilin hemen ardından gerçekleşmesi şart değildir. Ancak tahrik edici hareket neticesinde vuku bulan suç bir intikam duygusuyla işlenmişse artık bu kurumdan yararlanmak mümkün

<sup>121</sup> BERMAN, Mitchell N, FARRELL, Ian P., (2011), "Provocation as Partial Justification and Partial Excuse", Faculty Scholarship, Paper 1491, 1.

<sup>122</sup> BOSTANCI BOZBAYINDIR, (2013), 51-53.

olmayacaktır. İngiltere’deki haksız tahrik uygulamasındaki önemli bir ayrım, öngelen eylemin failde sadece öfkeyi değil aynı zamanda korkuyu da tetikleyebileceğidir. Yani kişi haksız fiil neticesinde kendisine veya başkasına yönelik bir zarara uğrama korkusu duyarsa ve bu ruh hali içerisinde öldürme fiilini gerçekleştirirse basit öldürmeden yargılanır. 1957 tarihli “Homicide Act” te yer almayan bu husus uygulamada özellikle şiddet gören kadınların kocalarını öldürmeleri neticesinde müebbet hapis cezası almalarına sebep olduğundan eleştirilmiştir. Son olarak bizdeki uygulamaya benzer şekilde tetikleyici fiile fail kendi söz ve davranışlarıyla bilerek sebep olmuşsa bu kurumdan yararlanamayacağı düzenlenmiştir. Burada bilinçli bir yarar sağlama amacı söz konusudur.<sup>123</sup>

### 3.1.2. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri’nde her bir eyaletin kendi ceza kanunu vardır. Bunlar arasında benzerlikler olduğu gibi derin farklılıklar da mevcuttur. Bu ceza yasalarını derleyerek model bir ceza yasası oluşturma çabaları ilk defa Edward Livingston ve David Dudley Field tarafından başlatılmıştır. Field’in daha başarılı olan kodifikasyonu New York Ceza Kanunu adıyla kanunlaşmış ve 1967’ye kadar yürürlüğünü korumuştur. Buna rağmen diğer eyaletlerce esas alınma bakımından yeterli etkiye sahip olamamıştır. Beklenen düzenleme, Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan ve 1962’de yürürlüğe konan “Model Ceza Kanunu” olmuştur. Bu kanun daha sonra hazırlanan birçok eyalet ceza yasasını etkilemiştir. Model kanunun çoğu hükmü eyalet yasalarına temel teşkil etse de Common Law’a muhalif içeriklerinin aynı yaygınlıkta benimsendiğini söylemek güçtür.<sup>124</sup>

Amerikan Hukukunda haksız tahrik kurumu genel olarak dört şartın varlığında uygulama alanı bulur: Öncelikle failde şiddetli öfke uyandırmaya elverişli bir tahrik fiili olmalıdır. Bu fiil ile failin tepkisi arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Suç, bu hiddetin etkisi altında işlenmelidir ve tahrik fiilinin üzerinden failin sakinleşmesi için yeterli olacak bir süre geçmemiş olmalıdır. Bu son şartın uygulaması pek katı değildir zira bu süre herkes için belirlenebilir olmaktan uzaktır.<sup>125</sup>

<sup>123</sup> Coroners and Justice Act, section 54-55, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/25/section/55> E. T. 30.8.2018.

<sup>124</sup> ROBINSON, Paul H., DUBBER, Marcus D., (2007), The American Model Code: A Brief Overview. New Criminal Law Review, 10(3), 319-322.

<sup>125</sup> BOSTANCI BOZBAYINDIR, (2013), 81-82.



Model Ceza Kanunu ise haksız tahrik kurumu bakımından Anglo-Sakson hukuk sisteminden önemli bir biçimde ayrılmaktadır. Kanunun “cinayet” başlıklı 210. maddesinde adam öldürmenin makul bir açıklama veya mazerete bağlı olarak aşkın bir duygusal veya zihinsel rahatsızlık neticesinde işlenmesi halinde bunun ‘murder’ değil, ikinci derecedeki ‘manslaughter’ kapsamında değerlendirileceği ifade edilmiştir.<sup>126</sup> Burada önemli olan failin zihinsel ve ruhsal durumudur. EMED (extreme mental or emotional disturbance) olarak ifade edilen bu psikolojik duruma sebebiyet verenin illa suç mağdurunun önceki bir haksız fiili olması gerekmediğidir. Eyalet ceza kanunların da kendine yer bulan bu düzenleme, yukarıda bahsettiğimiz haksız tahrik düzenlemesinin çift yönlü felsefi alt yapısından bir sapma niteliğindedir. Amerikan kanun otoriteleri burada failin irade salahiyetine daha fazla önem vermiştir.

### 3.2. Kıta Avrupa’sı Hukuk Siteminde Haksız Tahrik

Kıta Avrupa’sı hukuk sistemi dendiğinde, Roma Hukuku etrafında gelişen ve Avrupa kıtasındaki devletlerin katkılarıyla bugünkü halini alan bir mevzuat hukuku aklımıza gelir. Almanya, Avusturya, İsviçre, Fransa, İtalya gibi ülkelerin yanı sıra Türkiye’nin de yer aldığı bu sistemde hâkimin hukuk yaratmasına nadiren izin verilir. Bu ülkelerde hayatın her alanına ilişkin kanunlar ve onlara dayanarak çıkarılan yönetmeliklerle ayrıntılı bir mevzuat birikimi oluşturulmuştur. Haksız tahrik müessesesi de bu sisteme dahil olan hemen her ülkenin ceza kanunlarında düzenlenmekle beraber bazı farklılıklar öne çıkmaktadır. Kimi devletler haksız tahriki her suça ilişkin genel bir indirim sebebi olarak kabul etmişken kimisi de bunu bazı suçlara indirgemıştır. Hatta ceza sınırları arasında hâkime, olayın gelişimine göre cezalandırma takdiri vermekle yetinip haksız tahriki artık gerekli görmeyen örnekler de vardır. Ülkemizdeki durumu yukarıda anlattığımızdan burada Almanya, İtalya ve Fransa gibi üç farklı örneğe değinmek yeterli olacaktır.

<sup>126</sup> Model Penal Code Of United States of America art.210.3(1-h) Official Draft And Explanatory Notes, Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of The American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962, <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>.

### 3.2.1. Almanya

Alman ceza hukukunda tüm suçlar için geçerli genel bir haksız tahrik hali düzenlenmemiştir. Ancak anayasal düzeyde itibar gören kusur ilkesi, cezanın belirlenmesinde en önemli rolü üstlenmektedir. Buna göre faili suça iten neden, saik ve kusuru etkileyen, haksız tahriki de kapsayıcı önemli sayılabilecek heyecan halleri ceza tayininde göz önünde bulundurulan faktörlerdir. Burada geniş bir takdir alanı söz konusudur ve haksız tahrikten farklı olarak failin kusurluluğunu etkileyen sebepler mağdurun haksız hareketleriyle sınırlı değildir.<sup>127</sup> Alman hukuku bu noktada Amerikan uygulamasına yaklaşmaktadır.

Alman Ceza Kanunu'nda haksız tahrik kurumu, adam öldürme suçuna münhasır olarak düzenlenmiştir. 213. madde gereğince adam öldürme suçu mağdurun kötü bir fiili veya ağır hakareti neticesinde derhal işlenmişse ya da başka bir hafifletici sebep varsa failin cezasında indirimle gidilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki derhal işlenmediğinden bahisle bu madde kapsamına sokulamayan durumlarda da Common Law'daki örselenmiş kadın sendromundan mülhem olarak kusurun azaldığı kanısına varılırsa indirim yeniden gündeme gelebilmektedir.<sup>128</sup>

Özel haksız tahrik halleri olarak Alman CK'daki düzenlemeler uyarınca hakarete derhal hakaretle karşılık verilmesi, hafif müessir fiillere yine hafif

<sup>127</sup> DURAN, (2010), 25-27.

<sup>128</sup> Friedhelm Fahner, Rottweil'da tanınmış bir aileye mensup bir doktordu. Ingrid ise eczacı bir ailenin lise mezunu garson kızıydı. İkisi, Fahner'in babasının 60. yaş gününde tanışıp kısa bir süre sonra evlendiler. Balayında Ingrid, onu hayatının sonuna dek bırakmayacağına dair Fahner'den söz almıştı. İlk zamanlar kendi hayat tarzını ve düzenini Fahner'e kabul ettirmeye çalışan Ingrid, zamanla ona hakaretler savurmaya, iftiralara atmaya başladı. En basit şeyden tartışma çıkaran Ingrid'e Fahner sabrediyor, sözünden caymamak için ondan boşanmıyordu. Yaptığı en fazla ondan uzak durmaktı. Herkes onun aziz olduğunu düşünüyordu. Fahner artık 72 yaşına gelmiş ve muayenehanesini bırakıp bahçe işleriyle uğraşmaya başlamıştı. Bir gün Ingrid, pencereyi kapatmadığı için ona "geri zekâlı!" diye bağırınca Fahner onu bahçe aletlerinin olduğu bodrum katına çağırdı ve baltayla parçalayıp polise teslim oldu. Tasarlama olmadığından bahisle savcı 8 yıl hapis talep etti. Psikiyatrist duygusal tıkanma teşhisi koydu. Tüm etkenleri değerlendiren hâkim 3 yıla hükmedip tutukluluğu kaldırdı. Üstelik bir işte çalışması koşuluyla cezasını sadece gece yatma zorunluluğu olan, onun haricinde dışarıda serbest dolaşabileceği açık cezaevinde çekebilecekti. (VON SCHIRACH, Francis, (2011), Suç, Çev. ARDA, İtir, İstanbul, NTV yayınları, 187-199).

müessir fiille veya hakaretle mukabele durumlarında faillerin biri veya her ikisi için indirim veya cezasızlık verilebilir.<sup>129</sup>

### 3.2.2. İtalya

İtalyan ceza hukukunda haksız tahrik müessesesi bizdekine benzer şekilde ele alınmıştır. Aslına bakılırsa Türk ceza hukukundaki düzenlemenin kaynağı 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'dur. Kanunun 51. maddesine göre kişi haksız bir fiilin yol açtığı öfke ve şiddetli üzüntünün etkisi altında suç işlerse cezası indirilir. Bu ifadeye bakarak denebilir ki haksız tahrik, tüm suçları kapsayan genel bir indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. İlgili hüküm 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 62/2. maddesinde de varlığını muhafaza etmiştir. Her ne kadar aynı kanunun 90. maddesinde heyecan ve ihtiras hallerinin ceza sorumluluğuna bir etkisinin olmadığı belirtilse de haksız tahrik kapsamındaki heyecan hallerinden hiddet ve şiddetli elem durumları bundan ayırık tutulmuştur. Özel haksız tahrik hali olarak da kanunda yalnızca haksız harekete karşı hakaret hali düzenlenmiştir. Bu ihtimalde faillerden birini veya her ikisini cezasız bırakmak hâkimin takdirindedir.<sup>130</sup> Şeref nedeniyle kasten öldürme ve kasten müessir fiil suçlarına ilişkin özel haksız tahrik halleri ise 1981 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>131</sup>

### 3.2.3. Fransa

1810 tarihli eski Fransız Ceza Kanunu'nda haksız tahrik indirimi sadece "kan suçları" denen adam öldürme ve müessir fiillere münhasır olarak kabul edilmiştir. Ayrıca mağdurun yakınlığı da başka bir sınırlama teşkil etmektedir. Buna göre fail; anne, baba ve eşe karşı işlediği müessir fiil ve öldürme suçlarında bu indirimden yararlanamayacaktır. Ancak ortak konutta zina yaparken yakaladığı karısını veya sevgilisini öldüren ya da yaralayan kimse bundan müstesna tutulmuştur.<sup>132</sup> 1994 yılında yürürlüğe giren yeni ceza kanununda ise genel ya da özel bir haksız tahrik düzenlemesi mevcut

<sup>129</sup> DEMİRBAŞ, Timur, (1985), Türk Ceza Kanunu'nda özel (haksız tahrik) halleri, İstanbul, Üçdal Neşriyat, 51-55.

<sup>130</sup> YALKUT, Necdet, (1979), "Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik", Yargıtay Dergisi, Cilt II, 247.

<sup>131</sup> DEMİRBAŞ, (1985), 71.

<sup>132</sup> YALKUT, (1979), 248-249.

değildir. Bunun yerine üst sınır belirtilip cezanın tayininde hâkime geniş takdir yetkisi verilmiştir.<sup>133</sup>

### 3.3. İslam-Osmanlı Hukuku

İslâm hukuku dendiğinde birincil kaynak olarak öncelikle Kur'an ve sünnet akla gelir. Sünnet sözle veya davranışla olabilir. Sözlü olan sünnete hadis de denir. Bu kaynaklarda bulunmayan ya da anlamı kapalı olan hususlarda ise içtihatlar geliştirilmiştir. Bu, günümüz hukuk sistematığına benzemektedir. Ukûbat denen İslam ceza hukukunda suçlar genel olarak üçe ayrılır. Bunlar: Şahsa karşı işlenen suçlar, Allah'a karşı işlenen suçlar ve ta'ziren cezalandırılan suçlardır. Şahsa karşı işlenen suçlarda cezalar kısas ve diyettir. Allah'a karşı işlenen suçlarda ise had cezaları belirlenmiştir. Hakkında hüküm bulunmayan ancak toplumsal düzeni bozan davranışların cezalandırılması ise devlet başkanına bırakılmıştır. Bunlara ta'zir cezaları denir<sup>134</sup>

Türk hukukunda ödetme ve iradenin zaafa uğratılması temelleri üzerine bina ettiğimiz haksız tahrik kurumunun İslam hukukunda da yansımalarını görmek mümkündür. Öncelikle şahıs aleyhine işlenen suçlarda bu ödetme düşüncesi kısas ve diyet cezalarında açıkça ortaya çıkmaktadır. *"Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında kısas size farz kılındı. Hüre hür, köleye köle, kadına kadın. Ancak her kim, ölenin kardeşi tarafından bir şey karşılığı bağışlanırsa o zaman örfe uyması ve diyeti ona güzellikle ödemesi gerekir."* ve *"Kisasta sizin için hayat vardır ey temiz akıl sahipleri! Ümit edilir ki sakınırsınız."*<sup>135</sup> gibi ayetlerde misliyle mukabele emredilmiş ve bağışlanma durumunda dahi bu bedel mala çevrilmiştir.

İslam hukuku da fiili gerçekleştirirken irade özgürlüğüne önem vermektedir. *"Biz ona doğru yolu gösterdik. Artık ister teşekkür eder ister nankörlük..."*<sup>136</sup> ayetiyle irade özgürlüğüne dikkat çekilmiştir. Kişiler özgür iradeleriyle gerçekleştirdikleri fiillerden dolayı sorumlu tutulmaktadır. Kişinin, iradesini etkileyen durumların varlığında sorumluluğu da değişebilmektedir.

<sup>133</sup> DÖNMEZER, Sulhi, YENİSEY, Feridun, (1998), Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı Gerekçeleri, İstanbul, Alkım Kitabevi, 464.

<sup>134</sup> AKBULUT, İlhan, (2003), İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar, AÜHFD, 52(1), 167-174.

<sup>135</sup> Kelime Mealli Kur'an-ı Kerim (Sadeleştirilmiş Elmalılı M. Hamdi Yazır Meali), (2012), İstanbul, Nuh Yayınları, Bakara Suresi, 2(178-179).

<sup>136</sup> Kur'an-ı Kerim Meali. (2017), İnsan Suresi, 76(3).

İnsanın fiillerini gerçekleştirirken içinde bulunduğu ruh haleti özgür iradesini kısıtlayabilmektedir. Dolayısıyla İslam hukukunda faili suç işlemeye götüren sebepler göz önüne alınmaktadır. İbn Kayyim ehliyet arızalarını unutma, korku, hata, cinnet, hüzün, öfke durumları olarak zikretmiş ve bu durumlarda kişinin suç işleme ehliyetinin tam olmayacağını belirtmiştir.<sup>137</sup> Aynı şekilde İbn Âbidin de “öfke halinde sorumluluk olmaz”<sup>138</sup> diyerek öfkeyi sorumluluğu kaldıran veya azaltan bir sebep olarak görmüştür. Hanefiler ve Hanbelîlerin büyük bir kısmı da cinnet haline dönmüş öfke halinde gerçekleşen talakın geçersiz olacağını belirtmişlerdir.<sup>139</sup>

İrade zafiyeti hususunda üzüntü ve bilhassa öfke haline önem atfedilmiştir. “Allah, zulme uğrayanların dışında, çirkin sözün açıkça söylenmesinden hoşlanmaz.”<sup>140</sup> ayeti bizim hukukumuzdaki hakaretle ilgili özel haksız tahrik haline benzemektedir. Konuyla ilgili olarak Hz. Peygamber’in şu uygulaması da dikkate değerdir: Bir adam kardeşinin katilini Hz. Peygamber’in huzuruna getirir. Hz. Peygamber ona neden öldürdüğünü sorunca adam, maktulün kendisine sövmesine sinirlenip baltayla başına vurduğunu söyler. Bunun üzerine Hz. Peygamber, ölenin kardeşine kısas hakkından vazgeçip geçmediğini sormadan diyet üzerine bir muamele yapar.<sup>141</sup> Ayrıca “Sövüşen iki kişinin söyledikleri başlayana aittir. Mağdur haddi aşmadıkça.” hadisinde de karşılıklı hakaret özelinde haksız fiile sebebiyet verenin mazur görülemeyeceği, mağdurun sınırı aşması durumunda ise deyim yerindeyse avantajın el değiştireceği belirtilmiştir ki bu ceza hukukumuz bakımından da böyledir.<sup>142</sup> Sad Suresi 44. ayette geçen: “Eline bir demet bitki sapı alıp onunla vur ve böylece yeminini yerine getirmiş ol” beyanı Eyyûb peygamberin hanımı için verdiği söz üzerine inmiştir. Rivayete göre Hz. Eyyûb’un hastalığının uzun sürmesine üzülen hanımının bir

<sup>137</sup> EL CEVZİYYE, İbn Kayyim, (2007), İğasetü'l-Lefhan fi Hükmi Talaki'l-Gadban (Öfkeli Şahsın Talakının Geçersizliğine Dair), (DANIŞMAN, Mehmet Ali, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 9, 247-282).

<sup>138</sup> İBN ABİDİN, M. Emin, (1985), Reddul Muhtar. Çev. SAVAŞ, Mehmet, İstanbul, Şamil Yayıncılık, I V, 95.

<sup>139</sup> ERTURHAN, Sabri, (2002), “İslâm Hukuku Açısından Öfkeli Şahsın Talakı”, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 6(2), 209.

<sup>140</sup> Kelime Mealli Kur’an-ı Kerim, Nisa Suresi, 4(148).

<sup>141</sup> Müslim, Kasame, 33, (AVCI, Mustafa, (2014), Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Konya, Mimoza Yayınları, 132.

<sup>142</sup> AVCI, (2014), 132.

an onu isyana teşvik eden sözler söylemesi üzerine peygamber, iyileştiği zaman ona yüz sopa vuracağına dair yemin etmişti. Kadının hizmette kusur etmemesi, niyetinin kötü olmayıp o anki ruh hali sebebiyle böyle bir yanlışlığa düşmesinden ötürü Allah cezayı hafifletip sembolik bir şekle dönüştürmüştür. Suçlunun yoğun üzüntüsü kusurunu ve dolayısıyla cezasını hafifletmiştir.<sup>143</sup>

Ta'zir cezalarında ise failin durumu, çevre ve zamanın gerekleri esas alınmış, bu cezaların takdiri dönemin siyasi otoritesine ve yargıya bırakılmıştır. Ta'zir cezalarının kapsamı –nitelik ve nicelik olarak- tamamen çağın gelişim ve değişim sürecine göre belirlendiğinden bu cezalar sınırlı değildir. Ancak ta'zir suçlarının cezalandırılmasında kanunilik ilkesinin yine geçerli olduğu unutulmamalıdır.<sup>144</sup>

Haksız tahrik müessesesi Osmanlı ceza hukukunda da kendine yer bulmuştur. Yukarıda had ve kısas cezaları için bahsettiğimiz durumlar, şer'i ve örfi olmak üzere iki yönlü bir hukuk sistemini benimseyen Osmanlı Devleti'nde de şer'i hukuk kapsamında geçerliydi. Bunun yanında örfi hukuk dahilinde çıkarılan kanunnamelerde ve mevzuata dayalı olarak çıkarılan fetvalarda da özellikle öfkenin bir indirim veya cezasızlık sebebi olduğunu görmek mümkündür. Örneğin meşhur şeyhülislam Ebussuud Efendi bir fetvasında evli çocuğu olan bir koca kadının genç bir erkekle evlenmesine sinirlenen oğlunun, düğün gecesi annesinin evini taşlamasına ceza verilmemesine hükmetmiştir.<sup>145</sup> Bozok sancağı kanunnamesinde de idaresi altındaki halkı inciten ya da keyfî davranan sipahinin halk tarafından dövülmesi durumunda cezasızlık öngörülmüştür. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu esas alınarak hazırlanan 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'unun 188. maddesi uyarınca karısını ya da diğer mahrem akrabasından birini zina halinde yakalayan kimse, zina edenlerden birini veya her ikisini döver, yaralar veya öldürürse affedilir. Sadece aynı yatakta görüp de bu fiillerden birini gerçekleştirirse mazur sayılır ve on beş yıl kürek cezası

<sup>143</sup> Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsiri, Sad Suresi 41-44. ayet tefsiri, <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/S%C3%A2d-suresi/4011/41-44-ayet-tefsiri>.

<sup>144</sup> YAKUT, Esra, (2015), Osmanlı Hukuku'nda Ta'zir Cezaları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 23.

<sup>145</sup> Ebussuud, No: 44, (AVCI, (2014), 133).

yerine üç aydan üç yıla kadar hapis cezasına çarptırılmak suretiyle cezası indirilir.<sup>146</sup>

### SONUÇ

Haksız tahrik, modern ceza hukukunun önemli bir kavramıdır. Farklı adlar altında, haksız bir tahrik sebebiyle suç işleyen kişi hakkında cezada indirim uygulanması veya cezanın kaldırılması uygulamaları yukarıda açıkladığımız üzere mevcuttur. Haksız tahrikin temelinde ise irade özgürlüğünün ön kabulü vardır. Ceza hukukundaki irade özgürlüğünün temelde kabul edilmesi Kant'ın özgürlük hakkındaki düşünceleriyle uyum içindedir. Buna göre özgürlüğün varlığı ya da yokluğu hakkında kesin bir şey söylenemez. İrade özgürlüğünün var olup olmadığı deneyle ispatlanamaz. Ancak deneyle ispatlanamaması yok olduğu anlamına gelmez. Sadece özgürlük hakkında deneysel bilginin olmadığını gösterir. Kant'a göre istemenin zorunlu sonucu özgürlüğün varlığıdır. Ayrıca pişmanlık ve kişinin sonradan geçmişe bakıp yaptığı bir fiili farklı şekilde yapabileceğini düşünmesi de irade özgürlüğünün göstergelerinden biridir. Ayrıca Kant'ın ahlak yasasına ilişkin koymuş olduğu ilke, özgürlüğün varlığına inanmayı gerektirir. Benzer şekilde ceza hukukunda irade özgürlüğünün kabul edilmemesi, sorumluluğu da ortadan kaldırır. Ceza kanunlarının varlığı da irade özgürlüğünü kabul etmek zorunluluğunu doğurur.<sup>147</sup>

İnsan akıl sahibi, değerli, üstün bir varlıktır. Kuralları akli ile idrak ederek iradesi ile uygular. Ancak irade özgürlüğü bazı olay ve durumlardan etkilenir. İrade özgürlüğünün etkilenmesi sebebiyle kişi, normal zamanda sadık olduğu kuralları ihlal ederek suç işleyebilir. İrade özgürlüğünü kabul eden hukuk sistemleri kişinin suçtan doğan sorumluluğunu, kusurunu ve suç işlerken içinde bulunduğu ruhi durumu göz önünde bulundurmaktadır. Haksız tahrikin indirim sebebi olarak düzenlenmesindeki felsefi düşünce irade özgürlüğünün etkilenmiş olması ve ikincil olarak da mağdura haksız fiilini ödetme düşüncesidir. İrade özgürlüğü mağdurun haksız fiili sebebiyle etkilenen kişi -İngiliz hukukunda yer aldığı şekliyle- kontrolünü kaybetmekte, sükunetini koruyamayıp farklı bir psikolojik hale girmektedir. Modern ceza hukukunda salt netice sorumluluğu esas alınmadığından hâkimin takdiriyle kişinin kusuruna bağlı olarak cezada indirime gidilir.

<sup>146</sup> AVCI, (2014), 133-134.

<sup>147</sup> ADUGİT, (2013), 63-94.

Haksız tahrikin mağdura bakan yönü haksız fiildir. Ceza hukuku anlamında haksız fiilin ne olduğu muğlaktır. Hukukun cevaz vermediği fiil olarak genelleştirilen bu husus uygulamada hâkimleri zorlamakta, kararlar toplumda infial yaratabilmektedir. Haksız fiil yukarıda açıklandığı üzere normlara, genel davranış kurallarına ve şahıs haklarına doğrudan veya dolaylı olarak ihlal teşkil eden hareketlerdir. Fiilin haksız olması, onu işleyen kusurundan bağımsız bir durumdur. Bu nedenle failin bilip bilmemesine bakılmaksızın kusur yeteneği olmayanların hukuka aykırı fiilleri de haksız tahrik kapsamında haksız fiil sayılmalıdır.

Haksız tahrikten yararlanabilmesi için failin haksız fiile bilerek sebebiyet vermemiş olması gerekir. Haksız fiilin yol açtığı hiddet ve şiddetli elemin tesiri altında suç işlenirse ceza indirilir. Bu fiiller hakarete karşı hakaret veya müessir fiile karşı hakaret olursa ceza verilmeyebilir. Tepki fiilin manevi unsurunda bir kısıtlama öngörülmemiştir. Dolayısıyla öfke veya üzüntü halinde işlenen suç; kasten, olası kastla veya taksirle icra edilebilir. Öğretide şiddetli elemin gereksiz olduğu savunulmuşsa da bu halin tesiri daha uzun sürelidir ve suç işlenirken öfkeye dönüşme potansiyeli yüksektir.

Mukayeseli hukukta haksız tahrik, çoğunlukla genel indirim sebebi olmasa da bir şekilde kendine yer bulmuştur. Bizdeki düzenleme ise hem İslam hukuku geçmişinden hem de modern eğilimlerden harmanlanan, kusurluluğu azaltan, tüm suçları kapsayıcı genel bir indirim sebebidir.



## KAYNAKLAR

- 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (Mülga), Kanun Numarası: 765, Kabul Tarihi: 01/03/1926, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarih: 13/03/1926, Sayısı: 320.
- ADUGİT, Yavuz, (2013), "Özgürlüğün Kısa Tarihi", Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi.
- AĞCA, Fatma Nur, (2014), Kant'ın Ontolojik Argümanı Eleştirisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Fen ve Din Bilimleri Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- AKBULUT, İlhan, (2003), İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar, AÜHFD, 52(1).
- ALACAKAPTAN, Uğur, (1958), İngiliz Ceza Hukukunda Suçların ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara, AÜHF Kriminoloji Enstitüsü Yayınları.
- Aristoteles, (2014), Nikhomakhos'a Etik, Çev. ÖZCAN, Zeki, Ankara, Sentez Yayıncılık.
- ARSLAN, Ahmet, 1992, "Aydınlanma", Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi 1(2).
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner, (2009), TCK Şerhi Genel Hükümler Cilt 1, Ankara, Turhan Kitabevi.
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, (2018). Ceza Hukuku Genel Hükümler. 12. Baskı, İstanbul, Adalet Yayınevi.
- AYDIN, Devrim, (2005), "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik", AÜHFD, 54(1).
- AYDIN, Devrim, (2011), "Ceza Hukukunda Okullar", Ceza Hukuku Dergisi, 15.
- BAŞAR, Nur, (1980) "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik" Adalet Dergisi, Sayı 4.
- BECCARIA, Cesare, (2016). Suçlar ve Cezalar Hakkında. Çev. Sami Selçuk, Ankara: İmge Kitabevi.
- BELLER, Manfred, (1984). The Fire of Prometheus and the Theme of Progress in Goethe, Nietzsche, Kafka, and Canetti. Colloquia Germanica, 17(1-2).
- BERMAN, Mitchell N, FARRELL, Ian P., (2011), "Provocation as Partial Justification and Partial Excuse", Faculty Scholarship, Paper 1491.
- BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah, (2013), Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul, Beta Yayıncılık.

- CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, (2017). Türk Ceza Hukukuna Giriş. 10. Baskı, İstanbul.
- Coroners and Justice Act, section 54-55, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/25/section/55> E. T. 30.8.2018.
- ÇAĞIL, Orhan Münir, (1984), "İnsan Hakları ve Tabii Hukuk", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 50(1-4).
- ÇEVİK, Ayşe, (2012), Sartre ve Kant'ta Özgürlük ve Etik, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi.
- DEMİRBAŞ, Timur, (1985), Türk Ceza Kanunu'nda özel (haksız tahrik) halleri, İstanbul, Üçdal Neşriyat.
- DEMİRBAŞ, Timur, (2017), İnfaz Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- DEMREN DÖNMEZ, Burcu, (2013), "Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 71(1).
- DESCARTES, Rene, (1962) Metafizik Düşünceler, Ankara, Milli Eğitim Basımevi.
- DEVELİOĞLU, Ferit, (2007), Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara, Aydın Kitabevi.
- DOEHRING, Karl, (2002), Genel Devlet Kuramı, Çev. MUMCU, Ahmet, Ankara, İnkılap Yayınları.
- DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 1, 14. Baskı, İstanbul, Der Yayınevi.
- DÖNMEZER, Sulhi, YENİSEY, Feridun, (1998), Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı Gerekçeleri, İstanbul, Alkım Kitabevi.
- DRESSER, Robert, (2008), "Neuroscience's uncertain threat to criminal law", Hastings Center Report, 38(6).
- DUBBER, Marcus, (2005), "The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment", German Law Journal, 6(7).
- DURAN, Gökhan Yaşar, (2010), Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul, Legal Yayıncılık, 154.
- Ebussuud, No: 44, (AVCI, (2014).

- EKERBİÇER, Dilaver, (2015), Ceza Hukukunda Haksız Tahrik. Ankara, Adalet Yayınevi.
- EL CEVZİYYE, İbn Kayyım, (2007), İğasetü'l-Lefhan fi Hükmi Talaki'l-Gadban (Öfkeli Şahsın Talakının Geçersizliğine Dair), (DANIŞMAN, Mehmet Ali, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 9).
- EREM, Faruk, (1945), "Adalet Psikolojisi Bakımın dan Heyecanlar ve İhtiraslar", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(4).
- ERTURHAN, Sabri, (2002), "İslâm Hukuku Açısından Öfkeli Şahsın Talakı", Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 6(2).
- EŞİTLİ, Ezgi Aygün, (2013), "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", TBB Dergisi, 104.
- FLETCHER, GEORGE P., (2007), Grammar of Criminal Law, U.K., Oxford University Press.
- Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (2012). Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- GÖKBERK, Macit, (1985), Felsefe Tarihi, İstanbul, Remzi Kitabevi.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, (2010), Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- GÖKULU, Gökhan, (2014), "Aydınlanma Felsefesinin Ceza Adalet Sistemine Etkileri ve Şiddetin Eleştirisi", The Journal of Academic Social Science, 5.
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, Cilt 1, 5. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, 1988.
- GÜNAY, Erhan, (2009), Öğreti ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- GÜRELLİ, Nevzat, (1951), "Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik", İstanbul Barosu Dergisi, 27(6).
- HASSAMER, John, (1990), "German Legal Philosophy and The Criminal Law", Tel Aviv University Studies in Law.
- HEGEL, Georg Wilhelm F., (1995), Tarihte Akıl, İstanbul, Çev. SÖZER, Önay, Kabalcı Yayınevi.
- İBN ABİDİN, M. Emin, (1985), Reddul Muhtar. Çev. SAVAŞ, Mehmet, İstanbul, Şamil Yayıncılık.

- İNDİRKAŞ, Zühre, (2005), “Hesiodos’tan Goethe’ye Prometheus Mitologemi”, İstanbul Üniversitesi Tiyatro Eleştirmenliği ve Dramaturji Bölüm Dergisi, 7.
- KABAN, Mater, AŞANER, Halim, GÜVEN, Özcan, YALVAÇ, Gürsel, (2001), Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 1996-Temmuz 2001), Ankara, Adalet Yayınevi.
- KANT, (2015), Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, Çev. KUÇURADİ, İonna, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları.
- KARAKEHYA, Hakan, USLUADAM, Asena Kamer, (2015), “Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 3(2).
- Kelime Mealli Kur’an-ı Kerim (Sadeleştirilmiş Elmalılı M. Hamdi Yazır Meali), (2012), İstanbul, Nuh Yayınları.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., (1951), “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi”, AÜHFD, 29(3).
- KUÇURADİ, İonna, (2003), İnsan ve Değerleri. Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları.
- Kur’an Yolu Türkçe Meal ve Tefsiri, Sad Suresi 41-44. ayet tefsiri, <https://kuran.diyamet.gov.tr/tefsir/S%C3%A2d-suresi/4011/41-44-ayet-tefsiri>.
- Kur’an-ı Kerim Meali, (2017), Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları.
- KURTULAN, Gökçe, (2017) “Haksız Fiilde Hukuka aykırılık Unsuru”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23(1).
- KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, (2014), “Aydınlanma ve Ceza Hukuku” TBB Dergisi, 113.
- MALKOÇ, İsmail, (2008), Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu (madde 1-178), Ankara, Malkoç Kitabevi.
- MANNHEIM, Hermann, (1965). Comparative Criminology, Mif in Company, Great Britain.
- MEIXNER, John B., (2014), “Applications of Neuroscience in Criminal Law: Legal and Methodological Issues”, [Current Neurology and Neuroscience Reports](#), Springer, 15:513.
- MERAKLI, Serkan, (2017), Ceza Hukukunda Kusur, Ankara, Seçkin Yayınevi.

- Model Penal Code Of United States of America art.210.3(1-h) Official Draft And Explanatory Notes, Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of The American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962, <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>.
- MOORE, James G., (2016) "Criminal Responsibility and Causal Determinism" Washington University Jurisprudence Review, 9(43).
- Müslim, Kasame, 33, (AVCI, Mustafa, (2014), Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Konya, Mimoza Yayınları).
- ÖKTEM, Niyazi, TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, (2003), Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, İstanbul.
- ÖKTEM, Ümit, (2007), "Kant Ahlakı", Ankara Üniversitesi Dil, Tarih, coğrafya ve Felsefe Bölümü Dergisi, 18(0).
- ÖNER, Necati, (2013), İnsan Hürriyeti, Divan Yayınları, Ankara.
- ÖZDEN MERHACI, Selin, (2012), "Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller", Ankara Barosu Dergisi, 4.
- ÖZGENÇ, İzzet, (2006), Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara, Seçkin Yayınevi.
- ÖZGENÇ, İzzet, (2018), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 241-270.
- Platon, (2002), Devlet, Çev. DEMİRHAN, Hüseyin, İstanbul, Sosyal Yayınları.
- ROBINSON, Paul H., DUBBER, Marcus D., (2007), The American Model Code: A Brief Overview. New Criminal Law Review, 10(3).
- SARTRE, Jean-Paul, (2009), Varlık ve Hiçlik, Çev. ILGAZ, Turhan, İstanbul, İthaki Yayınları.
- SAVAŞ Vural, MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, (1999), Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı.
- SPINOZA, Benedict, (2006), Etika, Çev. ÜLKEN, Hilmi Ziya, Ankara, Dost Kitabevi.
- TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 434, (Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (2012). Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar). Ankara: Seçkin Yayıncılık).

- TOROSLU, Nevzat, (2018), Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, Savaş Yayınları.
- Türk Borçlar Kanunu, Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11 Ocak 2011, Resmî Gazete ile Neşir ve İlânı: 4 Şubat 2011, Sayı: 27836.
- Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26/9/2004, Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 12/10/2004, Sayı: 25611, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 43.
- Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası:4721 Kabul Tarihi: 22/11/2001 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarihi: 8/12/2001 Sayı: 24607 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 41.
- ÜREK, Ogün, (2007), “Kant’ta Etik Değerler Olarak Özgürlük ve Saygı”, U.Ü. Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 8.
- ÜZÜLMEZ, İlhan, (2001), “Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1-4).
- VAN STRIEN, Pieter J., (2014), “On the Origins and foundations of Laplacian Determinism”, Studies in History and Philosophy of Science, 45(1).
- VON SCHIRACH, Francis, (2011), Suç, Çev. ARDA, İtir, İstanbul, NTV yayınları).
- WILSON, Elizabeth, (2013), “Beyond The Rock: Post-Enlightenment Torture”, New England Journal on Criminal&Civil Connement, 39(1).
- YAKUT, Esra, (2015), Osmanlı Hukuku’nda Ta’zir Cezaları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- YALKUT, Necdet, (1979), “Mukayeseli Hukuk Açısından Haksız Tahrik”, Yargıtay Dergisi, Cilt II.
- Yarg. 1. CD, 24.9.2007, 4529/6751, (ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, (2009))
- Yarg. 1. CD. 9.7.1981, 3551/3407, (SAVAŞ Vural, MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, (1999))
- Yarg. 1.CD., 21.9.1995, K. 2485 (Günay, (2009)).
- Yarg. 4. CD, 12.12.2007, 6712/10744, (ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, (2009)).
- Yarg. CGK. 02.11.1999, 1-258/256, (KABAN, AŞANER, GÜVEN, YALVAÇ, (2001))
- Yargıtay 1. CD 16.5. 2007, 2703/3776, (MALKOÇ, İsmail, (2008))
- YCGK. 19.11.1990, 1-254/277, (ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, (2012)).

*Makaleler*

---

---

*Özel Hukuk*





## **TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE TESCİLE TÂBİ OLMAYAN KANUNÎ İPOTEKLER\***

**Dr. Öğr. Üyesi Özge YENİCE CEYLAN\*\***

### **NON-REGISTERED LEGAL MORTGAGES ACCORDING TO THE TURKISH CIVIL CODE**

#### **Makaleye Atıf**

**Klasik Usul:** Yenice Ceylan, Özge: Türk Medeni Kanunu'na Göre Tescile Tâbi Olmayan Kanunî İpotekler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 2018, s. 241-270.

**APA:** YENİCE CEYLAN, Ö. (2018). Türk Medeni Kanunu'na Göre Tescile Tâbi Olmayan Kanunî İpotekler. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26 (3), 241-270. DOI: 10.15337/suhfd.443878.

---

\* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 14.07.2018

**Kabul Edildiği Tarih:** 06.12.2018

**DOI Numarası:** [10.15337/suhfd.443878](https://doi.org/10.15337/suhfd.443878)

\*\* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi

**E-mail Adresi:** [yeniceo@gmail.com](mailto:yeniceo@gmail.com)

**ORCID ID:** [0000-0003-3701-4732](https://orcid.org/0000-0003-3701-4732)

**ÖZ**

Aynî bir teminat türü olan ipoteğin doğumu bazen bir kanun hükmüne dayanır. Eğer kanundan doğan bir ipotek, ayrıca tescil talebinde bulunulmasını gerektirmiyorsa, doğrudan doğruya kanundan doğan, yani tescile tâbi olmayan bir kanunî ipotek söz konusudur. Bu çalışmada, doğrudan Türk Medeni Kanunu hükümlerinden doğan, yani tescile tâbi olmayan kanunî ipotekler inceleme konusu yapılacaktır. Bu tür kanunî ipoteklere ilişkin düzenleme, TMK m. 865-867 ve m. 876 hükümlerinde yer alır. TMK m. 865-867'de, rehinli taşınmazın değerinin azalmasının önlenmesi veya giderilmesine yönelik olarak alınan masrafların teminatı olarak, tescile tâbi olmayan bir rehin hakkı tanınmıştır. Buna karşılık, TMK m. 876'de, rehinli taşınmazın korunması, özellikle malik hesabına sigorta ücretlerini ödemek için alacaklının zorunlu olarak yaptığı giderler, tescile tâbi olmayan bir kanunî ipotek hakkı ile teminat altına alınmıştır.

**ANAHTAR KELİMELER:** Kanunî İpotek, Tescile Tâbi Olmayan Kanunî İpotek, Doğrudan Kanunî İpotek, Sınırlı Ayni Haklar, Aynî Teminat.

**ABSTRACT**

The mortgage, which is a kind of collateral security, is occasionally based on a legal provision. If a mortgage arising from a law does not also require a registration request, it is named as a mortgage arising directly from the law, i.e. a non-registered legal mortgage. In this study, non-registered legal mortgages that originate from the provisions of the Turkish Civil Code shall be examined. The rules related such legal mortgages are regulated by articles 865-867 and article 876 of the Turkish Civil Code. Articles 865-867 have granted a non-registered mortgage right as an assurance of costs incurred to prevent or eliminate the value decrement of pledged immovable property. In contrast, in article 876, the obligatory expenses incurred by the pledgee in order to protect the pledged immovable and in particular to pay the insurance fees to the account of the pledged immovable owner, are collateralized by a non-registered legal mortgage.

**KEY WORDS:** Legal Mortgage, Non-registered Legal Mortgage, Mortgage Arising Directly From the Law, Mortgage, Limited Real Rights, Collateral Security.

## GİRİŞ

İpotek, bir taşınmaz rehni türü olarak sağladığı teminat sayesinde, alacaklıya rehin konusu taşınmazı paraya çevirme ve bu suretle elde ettiği miktardan alacağına kavuşma imkânı verir. İpotek yükümlüsü, ipoteğin teminat altına aldığı borçtan, rehin konusu eşya ile sorumlu olduğu için, aynı bir sorumluluk söz konusudur. Taşınmazın, ipotek hakkı kurulduğu sıradaki değerini koruması, değerinde azalma olmaması alacaklının yararına. Fakat ipotekli taşınmaz bu hak kurulduktan sonra da malikin fiilî hâkimiyetinde olduğundan, kanun koyucu taşınmaz malikine ferî nitelikli bir bakım ve koruma borcu yüklemiştir<sup>1</sup>. İşte rehinli alacaklı, TMK m. 865 vd. hükümleriyle, malikin bu borcunu ihlâline ve taşınmazın değerinin azalmasına karşı korunmuş bulunmaktadır.

Taşınmaz rehninin kurulması, prensip olarak, geçerli bir kazanma sebebi ve tapu siciline tescil edilmesine bağlıdır. Sözleşme dışında, ölüme bağlı tasarruf, malikin tek taraflı tasarrufu, kanun hükmü ve mahkeme kararı da taşınmaz rehninin kurulmasında kazanma sebebi olabilir<sup>2</sup>. Çalışma kapsamında, bu kazanma sebeplerinden, yalnızca kanun hükmüne dayalı olarak (doğrudan) kurulan ipotek hakları inceleme konusu yapılacaktır.

Kanunî ipotek haklarının bir kısmı, alacaklısına, rehin hakkının tescilini talep etme yetkisi tanır ve rehin hakkı bu talep üzerine tapu siciline yapılacak tescil ile kurulur. Örneğin; TMK m. 893, satıcıya, elbirliği ortaklarına ve yapı alacaklılarına, taşınmaz satışından, taşınmazı paylaşmadan ve yapıdan doğan alacaklarını teminat altına almaları için, o taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilmesini öngörmüştür. Bu tür kanunî ipotek haklarının doğumu tescile tâbi olup, çalışmada bu tip kanunî ipotekler ele alınmayacaktır. TMK m. 892, tescile tâbi olmayan kanuni ipotek haklarını kural, tescile tâbi kanuni ipotek haklarını ise istisna olarak düzenlemiştir.

TMK m. 865-867 ve m. 876 hükümlerinde, tescile tâbi olmayan kanunî ipotek hakları düzenlenmiştir. Bu tür ipotekler, kanunda öngörülen sebepler gerçekleşince tescile gerek olmaksızın, doğrudan doğruya kanundan doğarlar. Bu nedenle, bu tür kanunî ipotekler için, doğrudan kanundan

<sup>1</sup> AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut, (2009), Eşya Hukuku, Beta, İstanbul, 2009, s. 746.

<sup>2</sup> OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, (2016), Eşya Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 911-917; AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 764.

doğan kanunî ipotek hakları da denilmektedir. Bu tür kanunî ipotekler, taşınmaz rehninin kuruluşu için gerekli olan tescil şartı aranmadığı ve aleniyet ilkesinin istisnasını teşkil ettiği<sup>3</sup> gerekçesiyle, öğretide, “gizli rehin” olarak da anılmaktadır<sup>4</sup>. Kanunda öngörülen alacak doğunca tapu kütüğünde kendiliğinden alacak miktarına eşit bir ipotek derecesi kurulur ve bu ipoteğin sırası da gene kanun tarafından belirlenir<sup>5</sup>. Zikredilen hükümler, rehinli alacaklının, taşınmazın değerinin azalmasını önlemek amacıyla yaptığı masraflar ile taşınmazı koruma ve sigortalama amacıyla yaptığı masraflara ilişkin olarak, tescile tâbi olmayan kanunî ipotek haklarını düzenlemiştir. Burada, taşınmazın değerini korumak amacıyla alınan tedbirler için yapılan masraflar teminat altına alınmaktadır<sup>6</sup>.

Tescile tâbi olmayan kanunî ipotekler, Türk Medeni Kanunu'nda sayılanlardan ibaret değildir. Bundan başka, İmar Affı Kanunu<sup>7</sup> ve Vakıflar Kanunu'ndan doğan kanunî ipotekler de vardır. İmar Affı Kanunu'nda, arazide yapılan düzenleme sonucu mülkiyet hakkını kaybeden arazi sahipleri lehine, bedeli peşin olarak ödenmemişse, üçüncü kişilere geçen taşınmaz üzerinde kanunî ipotek hakkı tanınmıştır. Burada ipotek hakkının doğumu için tescil şartı aranmadığından, tescile tâbi olmayan bir kanunî ipotek söz konusudur<sup>8</sup>. Bunun dışında, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nda taviz

<sup>3</sup> THIER, Andreas, (2018), “Untersagung und Selbsthilfe [Art. 808]”, ZGB: Kurzkomentar, Hrsg: BÜCHLER, Andrea/ JAKOB, Dominique Helbing Lichtenhahn Verlag, 2. Auflage, Basel, 2018, s. 2367, Rn. 9. (Art. 808 ZGB).

<sup>4</sup> KÖPRÜLÜ, Bülent/ KANETİ, Selim, (1983), Sınırlı Ayni Haklar, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1983; KAÇMAZ, Mine, (2016), “Tescile Tâbi Olmayan Kanunî İpotek Hakları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 65, S: 4, 2016, (2891-2908), s. 2906.

<sup>5</sup> ŞENER, Yavuz Selim, (2005), Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, Kazancı Kitap, İstanbul, 2005, s. 28.

<sup>6</sup> HONSELL, Heinrich / VOGT, Peter / GEISER, Thomas, (2011), Kommentar zum Schweizerischem Privatrechts, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Auflage, Basel-Genf-München, 2011, Art. 799, Rn. 3, 4.

<sup>7</sup> Bkz. 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 sayılı İmar Kanunu'nun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, m. 10/c.

<sup>8</sup> Detaylı bilgi için bkz. ÇETİNER, Bilgehan, (2015), Taşınmaz Teminatı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 244 vd.

bedellerinin ödenmesiyle ilgili olarak Vakıflar Genel Müdürlüğü lehine tescile tâbi bir kanunî ipotek hakkı düzenlenmiştir. Fakat bunun tescile tâbi olmayan bir kanuni ipotek hakkı olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>9</sup>.

Yargıtay, “söz konusu ipoteğin İmar Kanunu uyarınca imar uygulaması sonucunda oluşturulduğu, dolayısıyla tarafların özgür iradesiyle düzenlenmiş ipotek akit tablosunun bulunmadığı” değerlendirmesinde bulunmuştur. (12. HD, T. 2.3.2009, E. 2922, K. 4208).

Bir diğer kanunî ipotek hakkı ise, 5637 sayılı Kanun ile 2007 yılında yürürlükten kaldırılan, 5516 sayılı Bataklıkların Kurutulması ve Bundan Elde Edilecek Topraklar Hakkında Kanun’un 8. maddesinden doğar. Bu hükme göre; bataklıkların kurutulmasını gerçekleştiren kişi lehine, yaptığı kurutma masrafları için, kurutmaya konu olan taşınmaz üzerinde tescile tâbi olmayan bir kanunî ipotek hakkı öngörülmüştü.

<sup>9</sup> KAÇMAZ, (2016), Buna karşılık, taviz bedelinin bir çeşit taşınmaz yükü niteliğinde olduğu hakkında bkz. ÇINAR, Ömer, (2011), “Taviz Bedeli ve İcareteynli ve Mukataalı Vakıfların Tasfiyesi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 1-2, 2011, (105-117), s. 113.

2762 sayılı Vakıflar Kanunu m. 29 ile ilgili olarak, 2.4.2004 tarih ve E. 2003/1, K. 2004/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, taviz bedelinin taşınmaz yükü niteliği taşıdığı ifade edilmiştir: “Ancak, tarafların iradesi dışında kanunla vakıf yararına getirilen bu güvencenin (teminatın) taşınmaz yükü mü (gayrimenkul mükellefiyeti mi) yoksa gayrimenkul ipoteği mi yani kanuni ipotek hakkı mı olduğu tartışma konusu olmuştur. Bilindiği üzere bir alacağın ödenmesini güvence altına almaları bakımından her iki mülkiyetin gayri aynı hakları birbirlerine çok benzemektedirler. Ne var ki, gayrimenkul ipoteğinde, ipotekli borç senedi ile irad senedi dışında kalan ipotek hakkının bağımsız bir varlığı olamaz. İpotek hakkı ancak alacak hakkının fer’i olur. İpoteklerde ana hak kişiler arasında bir hukuki bağdan doğan şahsi bir borç münasebetidir. İpotekte aynı hak amaç değil, bir emniyet sağlama çağrısıdır. Gayrimenkul mükellefiyetinde ise, aynı hak ana haktır. Yüklü gayrimenkul mükellefiyetine bağlı bulunan bir şeyi yapmaya veya vermeye ilişkin olan bir borç, o gayrimenkul ile emniyet altına alınmış olur. Ayrıca sorumluluk bakımından da taşınmaz yükü ile ipotek hakkı arasında fark vardır. İpotek hakkında taşınmaz, ana borcu güvence altına alır. Sorumluluk taşınmazın değeri ile sınırlı değildir. İpotek konusu taşınmazın değeri, borcu tamamen ödemeye yetmezse bile, ana borcun ödenmeyen kısmı için asıl borçlunun borçluluğu sürer. Taşınmaz yükümünde ise, borçluluk yüklü taşınmaz ile sınırlıdır...” (<http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-839>, erişim: 12.07.2018).

## I. REHİNLİ TAŞINMAZIN DEĞERİNİN AZALMASINI ÖNLEMELİK VEYA GİDERMEK İÇİN YAPILAN GİDERLER BAKIMINDAN ÖNGÖRÜLEN KANUNÎ İPOTEK HAKKI

### A. GENEL BAKIŞ

Rehin hakkı, prensip olarak, taşınmazın paraya çevrilmesini talep ve elde edilen meblağdan alacağını tahsil etme imkânı dışında alacaklıya başka bir yetki vermemektedir. Fakat taşınmazın değer kaybettiği hâllerde rehinli alacaklının paraya çevirme menfaati zarara uğradığından, onun, taşınmazın değerinin korunmasını isteyebilme imkânı olmalıdır<sup>10</sup>. Özellikle rehinli taşınmaz paraya çevrilinceye kadar, rehinli alacaklının bu taşınmaza müdahale etme imkânının bulunmaması, rehinli alacaklının menfaatini tehlikeye düşürmektedir<sup>11</sup>. Rehlinli taşınmaz üzerinde, alacaklının fiilî bir hâkimiyeti bulunmadığı için, rehinli taşınmazın değerinin azalması hâlinde, TMK m. 865-867'de rehinli alacaklıya çeşitli yetkiler tanınmıştır<sup>12</sup>. Bu yetkilerin kullanılabilmesi için, taşınmazda teminatı tehlikeye düşürecek bir değer azalması ve rehinin paraya çevrilmesi sonucu elde edilecek meblağdan alacağın değer azalması öncesindeki oranda alınamaması tehlikesi olmalıdır<sup>13</sup>. Bu itibarla, sözü geçen hükümler teminatı korumaya yönelik düzenlemelerdir<sup>14</sup>. Zira aynî teminat, teminat konusu şeyi paraya çevirerek alacağın elde edilmesine imkân sağlar; oysa değeri düşen bir malvarlığı unsuru, alacağın tamamen ödenmesine engel olabilir. Taşınmaz maliki ile rehinli alacaklının aynı kişi olması hâlinde ise, m. 865 vd. hükümleri uygulanmayacaktır<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> HONSELL/ VOGT/ GEISER, (2011), Art. 808, Rn. 4; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, (2016), s. 946.

<sup>11</sup> THIER, (2018), Art. 808 ZGB, s. 2365, Rn. 1.

<sup>12</sup> Bu hükümler ile taşınmaz malikinin sahip olduğu mülkiyet hakkı ile rehinli alacaklının taşınmaz değeri üzerindeki menfaati arasında bir uzlaşma sağlandığı hakkında bkz. THIER, (2018), Art. 808 ZGB, s. 2365, Rn. 1.

<sup>13</sup> HONSELL/ VOGT/ GEISER, (2011), Art. 808, Rn. 9; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, (2016), s. 946.

<sup>14</sup> KAÇMAZ, (2016), s. 2897.

<sup>15</sup> SCHMID-TSCHIRREN, Christina, (2016), "Untersagung und Selbsthilfe [Art. 808]", ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK – Orell Füssli Kommentar, 3. Überarbeitete Auflage, Hrg: KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren/ WOLF, Stephan/

Rehinli taşınmazın değerinin azalması, malikin kusuruna dayalı olabileceği gibi, malikin kusuru bulunmaksızın, üçüncü kişilerin zarar verici davranışlarından veya doğa olaylarından da kaynaklanabilir<sup>16</sup>. TMK m. 865 ve m. 866, rehinli taşınmazın değerinin, taşınmaz malikin kusuruna dayalı olarak azalması hâllerine ilişkin olarak birtakım imkânlar getirirken; m. 867, taşınmaz malikin kusuru olmaksızın rehinli taşınmazın değerinin azalması konusunu ele almıştır. Fakat her iki bağlamda da, ortada doğrudan doğruya kanundan doğan, yani tescile tâbi olmayan bir rehin hakkı söz konusudur.

## B. REHİNLİ TAŞINMAZIN DEĞERİNİN MALİKİN KUSURU NEDENİYLE AZALMASI

### 1. Genel Bakış

Rehinli taşınmazın değeri, malikin kusuru nedeniyle azaldığı takdirde, m. 865 ve m. 866, alacaklıya çeşitli imkânlar tanımaktadır. Ancak, bu imkânlara yalnızca maddi fiiller sonucu meydana gelen değer azalmaları için başvurulabilir<sup>17</sup>. Hukukî işlemlerden kaynaklanan değer azalmalarında ise, ilgili hükümlere başvurmaya gerek yoktur<sup>18</sup>. Zira zaman itibarıyla öncelik ilkesi gereği, sonradan kurulan aynî haklar, bu rehin hakkından sonra gelecektir. Bu imkânlara başvurulması yüzünden ortaya çıkan masrafların teminat altına alınması için, alacaklıya tescile tâbi olmayan bir kanunî ipotek hakkı tanınmıştır. Değer azalması, taşınmaz üzerindeki binaların yıkılması, arazi üzerindeki tüm ağaçların kökünden kesilmesi hâllerinde olduğu gibi, malikin aktif eylemlerine dayalı olabileceği gibi, üçüncü kişilerin neden olduğu değer azalmalarını önleyebilecek iken bunda ihmal gösterme

AMSTUTZ, Marc/ FANKHAUSER, Roland, Orell Füssli Verlag AG, 2016, S. 1658, Rn. 2.

<sup>16</sup> ŞENER, (2005), s. 29.

<sup>17</sup> FASEL, Urs, (2016), "Untersagung und Selbsthilfe [Art. 808]", Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Hrsg: BREITSCHMID, Peter/ JUNGO, Alexandra, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, S. 570, Rn. 2; STEINAUER, (2003), Rn. 2737; KAÇMAZ, (2016), s. 2897; SCHMID-TSCHIRREN, (2016), Art. 808 ZGB, S. 1658, Rn. 3; THIER, (2018), Art. 808 ZGB, s. 2366, Rn. 4. BGE 108 II 180 E 3a = Pra 1982 Nr 300. ([www.bger.ch](http://www.bger.ch)). (Erişim: 12.07.2018).

<sup>18</sup> SCHMID-TSCHIRREN, (2016), Art. 808 ZGB, S. 1658, Rn. 3; FASEL, (2016), Art. 808 ZGB, S. 570, Rn. 2; STEINAUER, (2003), N. 2737; KAÇMAZ, (2016), s. 2897. BGE 108 II 180 E 3a = Pra 1982 Nr 300. ([www.bger.ch](http://www.bger.ch)). (Erişim: 12.07.2018).

sonucunda da oluşabilir<sup>19</sup>. Keza patlamış su borularının değiştirilmemesi, ağaçları budama, ilaçlama çalışmalarının yapılmaması da değer azalmasına yol açan yapmama niteliğinde davranışlardır<sup>20</sup>.

## 2. Önleme Davası

Malik kusurlu olarak rehinli taşınmazın değerini düşüren davranışlarda bulunursa, alacaklı, m. 865/1 uyarınca hâkimden malikin bu davranışlarını yasaklamasını isteyebilir. Bununla kastedilen, rehinli alacaklının, malike karşı "önleme davası" açabilecek olmasıdır. Bu dava, değer azalmasının zaten başlamış ve devam etmekte olduğu hâllerde açılabilir<sup>21</sup>. Değer azalması tehlikesinin bulunduğu hâllerde de açılabilir<sup>21</sup>. Değer azalması tehlikesi bulunan hâllerde, rehinli taşınmaz henüz kötüleşme de, kötüleşme tehlikesi içindedir; yani taşınmazın değer kaybına uğrama ihtimali oldukça yüksektir. Değer azalmasının zaten başladığı ve devam ettiği hâllerde ise, değer kaybı belli bir ölçüde gerçekleşmiş demektir.

Önleme davası, malikin rehinli taşınmazın değerinin azalmasına neden olabilecek davranışlarına engel olma, değer azalmasının zaten başladığı ve devam ettiği durumlarda ise, buna yol açan fiilleri durdurma amacı taşıdığından, alacaklının rehin hakkı korunmuş olur<sup>22</sup>. Değer azalmasına neden olan fiillerin, malikin ihmâlinde kaynaklandığı hâllerde ise, hâkim, ihmâl ettiği fiilleri yapması için malike ihtarda bulunur<sup>23</sup>.

Rehin hakkı aynî bir hak olduğundan, alacaklı, önleme davasını yalnızca malike değil, fiilleri ile rehinli taşınmazın değerini azaltma tehlikesi yaratan

<sup>19</sup> FASEL, (2016), Art. 808 ZGB, S. 570, Rn. 2; DÜRR, David/ ZOLLINGER, Daniel, (2013), "Untersagung und Selbsthilfe [Art. 808]", Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZK – Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2b/2, völlig neu bearbeitete 2. Auflage, Hrsg. GAUCH, Peter/ SCHMID, Jörg, Schulthess Juristische Medien AG, 2013, S. 172, Rn. 123. Benzer yönde, malikin en azından ihmâlinin bulunması gerektiği hakkında bkz. THIER, (2018), Art. 208 ZGB, s. 2366, Rn. 4.

<sup>20</sup> KÖPRÜLÜ / KANETİ, (1983), s. 276; ŞENER, (2005), s. 29.

<sup>21</sup> SCHMID-TSCHIRREN, (2016), Art. 808 ZGB, S. 1658-1659, Rn. 5; AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 747; KAÇMAZ, (2016), s. 2898; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, (2016), s. 948, 949. Bu davanın, rehinin değerini düşürme yasağı bağlamında açıldığı hakkında bkz. FASEL, (2016), Art. 808 ZGB, S. 571, Rn. 4.

<sup>22</sup> KAÇMAZ, (2016), s. 2898-2899.

<sup>23</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 747.



herkese karşı açabilir<sup>24</sup>. Dolayısıyla, bu dava, rehinli taşınmazın kiracısına veya sıra bakımından sonra gelen intifa hakkı sahibine karşı da yöneltilebilir<sup>25</sup>. Bu durumda, rehinli alacaklı, değer azalmasının, taşınmaz malikinin, kiracının veya intifa hakkı sahibinin kusuru yüzünden meydana geldiğini kanıtlamalıdır<sup>26</sup>.

### 3. Bizzat Önlem Alma Yetkisi

Rehinli alacaklı, m. 865/II uyarınca, değer azalmasına karşı bizzat önlem alma yetkisine sahiptir. Bunun için, önce mahkemeye başvurarak, taşınmazın değerinin azalması tehlikesine karşı gerekli önlemleri alması için malike süre verilmesini ister<sup>27</sup>. Malik, bu süre içinde gerekli tedbirleri almazsa, mahkeme, rehinli alacaklının talebiyle ve masraflar malik hesabına olmak üzere, alacaklının doğrudan ve başka kısıtlama olmaksızın gerekli tedbirleri almaya, bu manada taşınmaza doğrudan fizikî müdahalede bulunmaya yetkili olduğuna ve malikin buna katlanmakla yükümlü olduğuna karar verir<sup>28</sup>. Bu karar, prensip olarak, m. 865/1 uyarınca malik için çıkarılacak yasaklama kararı ile birlikte alınır<sup>29</sup>. Malik, bu tedbirler kendi adına alındığından, bunların masraflarını kanun gereği alacaklıya ödemekle yükümlüdür<sup>30</sup>. Burada amaç, değer azalmasını önlemek veya durdurmak olduğundan, değeri artıran tedbirlerin alınması, yani faydalı ve lüks masraflar

<sup>24</sup> HELVACI, İlhan, (2008), Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 238; AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 747; SCHMID-TSCHIRREN, (2016), Art. 808 ZGB, S. 1658-1659, Rn. 5; STEINAUER, Paul-Henri, Les droits réels, C. III, (2003), 3. Edition, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2003, N. 2739; SCHMID-TSCHIRREN, (2016), Art. 808 ZGB, S. 1658-1659, Rn. 5.

<sup>25</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 747; KAÇMAZ, (2016), s. 2899.

<sup>26</sup> SCHMID-TSCHIRREN, (2016), Art. 808 ZGB, S. 1659, Rn. 5.

<sup>27</sup> GÜRSOY, Kemal T./ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol, (1978), Türk Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyet, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Baskı, Ankara, 1978, s. 1017; HELVACI, (2008), s. 239; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, (2016), s. 948; SCHMID-TSCHIRREN, (2016), Art. 808 ZGB, S. 1659, Rn. 6; STEINAUER, (2003), N. 2740.

<sup>28</sup> HELVACI, (2008), s. 239; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, (1978), s. 1017; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, (2016), s. 948; DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 808 ZGB, S. 175, Rn. 134; STEINAUER, (2003), N. 2740.

<sup>29</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 808 ZGB, S. 173, Rn. 126.

<sup>30</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 747.

değil, rehinli taşınmaz için yapılması gereken zorunlu masraflar söz konusudur<sup>31</sup>.

Rehinli alacaklı, mahkemeye, hem değer azalması tehlikesi, hem de başlamış ve devam etmekte olan değer azalması hâllerinde başvurabilir<sup>32</sup>. Tehlike ortadan kalkınca, bizzat önlem alma imkânı da sona erer. Başlamış olan değer azalması durdurulmasına rağmen değer kaybı varsa, alacaklı hâlen bizzat önlem alma yetkisine sahiptir; fakat değer azalması kesin olarak tamamlanmışsa alacaklının bu yetkisi artık sona erer<sup>33</sup>.

Gecikmesinde sakınca bulunan hâller varsa ve bir değer azalması tehlikesi veya zaten başlamış ve devam eden bir değer azalması söz konusuysa, mesela taşınmazdaki binanın çatısının her an çökme tehlikesi bulunuyorsa, rehinli alacaklı m. 865/II gereği böyle bir yetki verilmeden de gerekli tedbirleri kendiliğinden alabilir<sup>34</sup>. Gecikmesinde sakınca bulunan hâller, acil müdahaleyi gerektiren, özellikle değer azalmasının artarak devam ettiği durumlardır<sup>35</sup>. Rehlinli alacaklı, bizzat önlem alma yetkisini kullanırken, özenle hareket etmekle yükümlüdür; fakat buradaki özen ölçütü, vekâletsiz iş görmedeki kadar yüksektir<sup>36</sup>.

#### 4. Tedbir Masrafları Nedeniyle Kanundan Doğan İpotek Hakkı

Alacaklı, m. 865/III uyarınca, aldığı tedbirlerden doğan masrafları malikten isteyebilir. Bu fıkıyla, malikin kusurlu olması sebebiyle ve aldığı tedbirlerden doğan masraflar için, rehinli alacaklının bir tazminat alacağına sahip olduğu anlaşılmaktadır<sup>37</sup>. Bu tazminat alacağının borçlusuna ise, başkasının borcu için verilen rehinde dahi, yani her zaman taşınmaz

<sup>31</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 747; DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 808 ZGB, S. 176, Rn. 136.

<sup>32</sup> SCHMID-TSCHIRREN, (2016), Art. 808 ZGB, S. 1659, Rn. 6; FASEL, (2016), Art. 808 ZGB, S. 571, Rn. 4; DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 808 ZGB, S. 172, Rn. 124.

<sup>33</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 808 ZGB, S. 172, Rn. 124.

<sup>34</sup> SİRMEN, A. Lale, (2014), Eşya Hukuku, 2. Bası, Yetkin Hukuk Yayınları, 2014, s. 698; HELVACI, (2008), s. 239; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, (2016), s. 948; SCHMID-TSCHIRREN, (2016), Art. 808 ZGB, S. 1659, Rn. 7.

<sup>35</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 808 ZGB, S. 175, Rn. 132.

<sup>36</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 808 ZGB, S. 176, Rn. 138.

<sup>37</sup> SCHMID-TSCHIRREN, (2016), Art. 808 ZGB, S. 1659, Rn. 8; FASEL, (2016), Art. 808 ZGB, S. 571, Rn. 4.

malikidir<sup>38</sup>. Taşınmaz maliki, rehinli alacağın borçlusu olmasa bile, bu masraflardan dolayı rehinli alacaklıya karşı şahsen sorumludur<sup>39</sup>.

Tedbir masrafları arasında, alacaklının işgücü masrafları, gerekli malzeme teminine ilişkin masraflar, makinelerin kiralanması gibi maliyetler, yetkili kılınan yüklenici veya zanaatkâr gibi üçüncü kişi masrafları yer alır<sup>40</sup>. Bu bağlamda, yalnızca taşınmazın değerini koruyan masraflar bu tazminat talebine konu olabilir; taşınmazın değerini artıran, yani faydalı ve lüks masraflar ise bu kapsamda değildir<sup>41</sup>. Öte yandan, m. 865/III ile tanınmış olan kanunî ipotek hakkı dolayısıyla rehinli taşınmazın icra yoluyla satışı hâlinde, buna ilişkin masraflar ile temerrüt faizi de tazminat alacağının kapsamına girer<sup>42</sup>.

Alacaklının tedbir masraflarına ilişkin olan bu tazminat alacağı, konusunu bizzat rehinli taşınmazın oluşturduğu, kanunî bir ipotek hakkı ile teminat altına almıştır<sup>43</sup>. Burada tescile tâbi olmaksızın kanundan doğan, taşınmaz üzerindeki diğer tüm aynî haklardan ve şerh edilen kişisel haklardan önce gelen bir rehin hakkı söz konusudur<sup>44</sup>. Zira taşınmazda hak sahibi olan diğer kişiler de, alınan tedbirlerden fayda sağlamaktadır<sup>45</sup>. Bu kanunî ipotek, kanunda azami meblağ ipoteği değil, anapara ipoteği olarak düzenlenmiş olup<sup>46</sup>; doğumu için ortada rehinli bir taşınmaz olması gerekir. Zira bu ipotek, rehinli olan bir taşınmazın değerinin azalmasının önlenmesi veya giderilmesine ilişkin masrafların doğurduğu tazminat alacağının

<sup>38</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 808 ZGB, S. 177, Rn. 142.

<sup>39</sup> ŞENER, (2005), s. 30; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, (2016), s. 948; KAÇMAZ, (2016), s. 2899; STEINAUER, (2003), N. 2740; KARAHACIOĞLU, Ali Haydar / DOĞRUSÖZ, M. Edip /ALTIN, Mehmet, (1996), Türk Hukukunda Rehın, Ankara, 1996, s. 162.

<sup>40</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 808 ZGB, S. 178, Rn. 146.

<sup>41</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 808 ZGB, S. 178, Rn. 147.

<sup>42</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 808 ZGB, S. 179, Rn. 149.

<sup>43</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 748; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, (2016), s. 948; SİRMEN, (2014), s. 713; SCHMID-TSCHIRREN, (2016), Art. 808 ZGB, S. 1659, Rn. 9; FASEL, (2016), Art. 808 ZGB, S. 571, Rn. 4.

<sup>44</sup> KAÇMAZ, (2016), s. 2899; SCHMID-TSCHIRREN, (2016), Art. 808 ZGB, S. 1659, Rn. 9.

<sup>45</sup> SCHMID-TSCHIRREN, (2016), Art. 808 ZGB, S. 1659, Rn. 9.

<sup>46</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 808 ZGB, S. 180, Rn. 156.

teminatıdır. Her ne kadar doğumu için ortada rehinli bir taşınmazın bulunması gerekse de, bu kanunî ipotek bir kez doğduktan sonra, artık kök rehin hakkından bağımsız olarak varlığını sürdürür; dolayısıyla kök rehin hakkı henüz icra edilebilir olmasa bile, kanunî rehin paraya çevrilebilir<sup>47</sup>. Bu bağımsızlık, üçüncü kişilere devri mümkün kılar; fakat bunun için kanunî rehin hakkının teminat altına aldığı alacağın yazılı şekilde devredilmiş olması gerekir<sup>48</sup>. TMK m. 891 gereği, bu devrin tapu siciline tescili gerekmez.

TMK m. 865/III'te öngörülen kanuni ipotek hakkı, aleniyet prensibine istisna teşkil eder<sup>49</sup>. Mehaz kanuna, 11.12.2009 tarihli Federal Kanun ile 01.01.2012 tarihi itibarıyla geçerli olmak üzere, dördüncü bir fıkra eklenmiştir. Bu yeni fıkra uyarınca, rehin yükü 1000 İsviçre Frangını aşılırsa ve rehin hakkı önlemleri alınmasının nihayete ermesinden itibaren dört ay içinde tapu siciline tescil edilmemişse, bu rehin hakkı tapu kütüğüne iyi niyetle dayanan üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez<sup>50</sup>. Görüldüğü üzere, sadece 1000 İsviçre Frangını aşan masraflar için, açıklayıcı tescil yapılmadığı takdirde, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı bu rehin hakkının ileri sürülemeyeceği kabul edilmiştir. Bu miktarın altında kalan rehinler bakımından ise, açıklayıcı tescil yapılmamış olsa bile, tapu kütüğüne iyi niyetle dayanan üçüncü kişilere karşı bu rehin hakkının ileri sürülebileceği sonucuna varmak gerekecektir. Mehaz kanunun bu hükmünün yorumundan hareketle, bizde mehaz kanuna eklenen dördüncü fıkraya benzer bir düzenleme bulunmadığından, rehin hakkının tapuya tescil yapılmasa bile aleniyet prensibinin bir istisnası teşkil etmesi sebebiyle, tapu kütüğüne iyi niyetle dayanan üçüncü kişilere dahi bu rehin hakkının ileri sürülebileceği sonucuna varılmalıdır.

<sup>47</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 808 ZGB, S. 179, 185, Rn. 152, 174.

<sup>48</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 808 ZGB, S. 185, Rn. 173.

<sup>49</sup> THIER, (2018), Art. 208 ZGB, S. 2367, Rn. 9.

<sup>50</sup> Art. 808, Abs. 4 ZGB: *“Ist der Betrag des Pfandrechts höher als 1000 Franken und wird dieses nicht innert vier Monaten nach Abschluss der Vorkehrungen in das Grundbuch eingetragen, so kann es Dritten, die sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen, nicht entgegengehalten werden.”* Kanun metni için bkz. [www.zgb.gesetzestext.ch](http://www.zgb.gesetzestext.ch). (Erişim: 12.07.2018).

## 5. Ek Güvence, Eski Hâle Getirme ve Kısmî Ödeme Talepleri

Malikin kusurlu fiilleri sonucunda, değer azalması tehlikesi varsa veya zaten başlamış ve devam eden bir değer azalması söz konusu ise, alacaklı, m. 866/I'dan doğan seçimlik bir hakka sahiptir<sup>51</sup>. Buna göre, rehinli alacaklı, borçludan ek güvence göstermesini isteyebileceği gibi, kısa süre içinde yapılması mümkün ise, teminat konusu taşınmazı eski hâline getirmesini de isteyebilir<sup>52</sup>. Eski hâle getirmenin kısa süre içinde yapılması mümkün olmadığı takdirde, alacaklı yeterli güvence gösterilmesi talebiyle yetinecektir. Ek güvence, rehinli taşınmazda değer azalmasını karşılayacak ölçüde olmalıdır;<sup>53</sup> bu güvencenin türü taşınmaz/taşınır rehni veya kefalet olabilir<sup>54</sup>.

Rehinli alacaklı, hangi hakkı kullanmak istediğini hâkim aracılığıyla borçluya bildirecektir. Hâkimin verdiği süre içinde borçlu ek güvence göstermez veya taşınmazı eski hâline getirmez ise, bunların zorla yaptırılması mümkün değildir<sup>55</sup>. Ek güvence gösterecek veya taşınmazı eski hâle getirecek kişi borçlu olduğundan, başkasının borcu için kendi taşınmazını rehin gösteren, yani borçtan şahsen sorumlu olmayan malikten bu istenemez<sup>56</sup>.

Borçlu, istenen ek güvenceyi göstermez veya rehinli taşınmazı eski hâline getirmezse, alacaklı ancak m. 866/III'te kendisine tanınan başka bir hakkı kullanabilir. Bu fıkradaki *“yeterli güvence hâkim tarafından belirlenen süre içinde verilmediği takdirde alacaklı, güvence eksikliğini karşılayacak miktardaki alacak kısmının ödenmesini isteyebilir.”* ifadesi gereği, kısmî ödeme talep edilebilir. Bu talep de ancak borçluya karşı ileri sürülebilir; dolayısıyla rehinli taşınmazın maliki borçlu olmadığı takdirde, malikin sorumluluğu sadece taşınmazla sınırlı olduğundan, bu talep malike

<sup>51</sup> KAÇMAZ, (2016), s. 2898; AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 748.

<sup>52</sup> OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, (2016), s. 947-948; AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 748; KAÇMAZ, (2016), s. 2899, 2900.

<sup>53</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 748.

<sup>54</sup> HONSELL/ VOGT/ GEISER, (2011), Art. 808, Rn. 4; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, (1978), s. 1016; WIELAND, C, (1946), Kanunu Medenîde Aynî Haklar (Çev. İ. Hakkı Karafakı), C. II, 2. Baskı, Ankara 1946, s. 594; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, (2016), s. 947; STEINAUER, (2003), N. 2741-2742; KAÇMAZ, (2016), s. 2900.

<sup>55</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 748.

<sup>56</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 748.

yöneltilemez<sup>57</sup>. Hâkim, alacağın bu kısmına eşit olan bir miktarı ödemesi için borçluya süre verir; fakat borçlu verilen bu sürede kısmî ödemede bulunmazsa, rehinli taşınmaz alacağın tamamını güvence altına aldığından, alacaklı rehinin paraya çevrilmesi isteyebilir<sup>58</sup>. Bu durumda, başkasının borcu için taşınmazını rehin gösteren ve şahsen sorumlu olmayan malik, paraya çevirme işlemine katlanmak zorundadır. Bununla birlikte, değer azalması taşınmaz malikinin kusuru nedeniyle meydana gelmiş ve rehinli alacaklı rehinin paraya çevrilmesi sonucu elde edilen meblağdan alacağını tahsil edememiş ise, taşınmaz malikinden TBK m. 49'a istinaden haksız fiil tazminatı isteyebilir<sup>59</sup>. Bu durum, borçlu olmayan malikin taşınmazını rehin göstermesi hâlinde önem taşır; zira taşınmazın değerini azaltan davranışlar borçlu olmayan malik tarafından yapılmakta, alacaklının sahip olduğu teminat değeri onun tarafından azaltılmaktadır<sup>60</sup>.

## C. REHİNLİ TAŞINMAZIN DEĞERİNİN MALİKİN KUSURU OLMAKSIZIN AZALMASI

### 1. Değer Azalması Kavramı

TMK m. 867, malikin kusuru olmadan rehinli taşınmazda meydana gelen değer azalmalarından söz etmektedir. Taşınmazın değerinin malikin kusuru olmadan azalması, doğal veya ekonomik sebeplerle gerçekleşebileceği gibi, üçüncü kişinin fiili veya yetkili kamu organının aldığı karar sonucunda da meydana gelebilir<sup>61</sup>. Örneğin; taşınmaz üzerindeki binanın (deprem, çığ, sel, fırtına vb.) doğal olaylar sonucunda yıkılması veya hasara uğraması; sosyal kargaşa, anarşi, grev, savaş vb. nedenlerle taşınmazın zarar görmesi böyledir. Keza taşınmazın üçüncü kişinin fiili nedeniyle çıkan yangında harap olması; komşu, kiracı gibi üçüncü kişilerin

<sup>57</sup> SAYMEN, Ferit H./ ELBİR, Halit K, (1963), Türk Eşya Hukuku, İstanbul, 1963, s. 546; KÖPRÜLÜ / KANETİ (1983), s. 278; KAÇMAZ, (2016), s. 2900; GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL, (1978), s. 1016.

<sup>58</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 749; KAÇMAZ, (2016), s. 2900.

<sup>59</sup> OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, (2016), s. 947; KAÇMAZ, (2016), s. 2900.

<sup>60</sup> KAÇMAZ, (2016), s. 2900.

<sup>61</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 749; KAÇMAZ, (2016), s. 2901. Kamulaştırmanın, bu hükmün kapsamına girmediği hakkında bkz. THIER, Andreas, (2018), "Unverschuldete Wertverminderung [Art. 810]", ZGB: Kurzkommentar, Hrsg: BÜCHLER, Andrea/ JAKOB, Dominique Helbing Lichtenhahn Verlag, 2. Auflage, Basel, 2018, S. 2370, Rn. 2. (Art 810 ZGB).

neden olduğu diğer durumlar<sup>62</sup>; taşınmazın kamulaştırılması veya belirli bir katının inşaat mevzuatı sebebiyle yıktırılması, mülkiyet üzerindeki kamu hukuku veya özel hukuk kısıtlamaları, malikin kusuru olmadan meydana gelen değer azalmalarına örnek olarak gösterilebilir<sup>63</sup>.

Kanun koyucuya göre, taşınmazın değerinde bu sebeplerle meydana gelen azalmalara, malikle beraber rehinli alacaklı da katlanmalıdır<sup>64</sup>. Bu bağlamda, rehinli alacaklı bu değer azalmasının giderilmesini malikten isteyemez; fakat isterse m. 867/II gereği, malikin kusuru olmadan meydana gelen değer azalmasını önlemek veya gidermek için gerekli tedbirleri bizzat alabilir. Bununla birlikte, somut olayın koşullarına göre, örneğin malikin, olağan bir özen ve makul bir giderle, değer azalmasına yol açan olayların başlamasını önleyebildiği veya etkisini azaltabildiği hâllerde, malikin zararı azaltma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir<sup>65</sup>. Ekonomik anlamda yine değer azalmasına yol açsa da, m. 865 vd. hükümlerinin uygulama alanına girmeyen bazı durumların ise ayırt edilmesi gerektiği öğretilde ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, taşınmaz piyasasındaki

<sup>62</sup> Kiracı veya intifa hakkı sahibi gibi üçüncü kişilerin eylemlerinden doğan değer azalmalarının, taşınmaz malikin kusursuzluğu kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin tartışmalı olduğu hakkında bkz. FASEL, Urs, (2016), "Unverschuldete Wertverminderung [Art. 810]", Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Hrsg: BREITSCHMID, Peter/ JUNGO, Alexandra, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, S. 573, Rn. 3.

Malikin kusursuzluğu kapsamında değerlendirileceği yönünde bkz. SCHMID-TSCHIRREN, Christina, (2016), "Unverschuldete Wertverminderung [Art. 810]", ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK – Orell Füssli Kommentar, 3. Überarbeitete Auflage, Hrsg: KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren/ WOLF, Stephan/ AMSTUTZ, Marc/ FANKHAUSER, Roland, Orell Füssli Verlag AG, 2016, S. 1661, Rn. 2.

<sup>63</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 749; DÜRR, David/ ZOLLINGER, Daniel, (2013), "Unverschuldete Wertverminderung [Art. 810]", Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZK – Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2b/2, völlig neu bearbeitete 2. Auflage, Hrsg. GAUCH, Peter/ SCHMID, Jörg, Schulthess Juristische Medien AG, 2013, S. 223-224, Rn. 14-17; FASEL, (2016), Art. 810 ZGB, S. 573, Rn. 2; SCHMID-TSCHIRREN, (2016), Art. 810 ZGB, S. 1661, Rn. 2.

<sup>64</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 749.

<sup>65</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 810 ZGB, S. 224, Rn. 18.

değişiklikler, taşınmaz fiyatlarında genel düşüş olması, taşınmazın bulunduğu bölgenin kötüleşmesi; düzenli olarak bakım yapılmasına rağmen taşınmazın yaşı dolayısıyla kullanım ve yıpranmaya bağlı değer kayıpları, m. 865 vd. hükümlerinin kapsamına girmemektedir<sup>66</sup>.

## 2. Taşınmazın Değerinin Malikin Kusuru Olmaksızın Azalması Halinde Rehinli Alacaklıya Tanınan İmkânlar

### a) Ek Güvence ve Kısmî Ödeme Talebi

TMK m. 867, rehinli alacaklıya tanınan yetkiler bakımından, m. 865 ve m. 866 hükümlerine büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Ancak m. 866'daki imkânlardan ek güvence ve kısmî ödeme talepleri m. 867'de tanınmış olsa da, eski hâle getirme imkânına yer verilmemiştir. Dolayısıyla, kısmî ödeme talebinde bulunabilmek için, eski hâle getirmenin talep edilmesi gerekmeseydi; alacaklı, malikin kusursuzluğu hâlinde de, önce mahkemeye başvurmalı ve malikin uygun süre içerisinde güvence göstermesini istemelidir<sup>67</sup>.

Rehinli taşınmazın değerinin malikin kusuru olmaksızın azaldığı durumlarda rehinli alacaklı korunmamıştır<sup>68</sup>. Fakat m. 867/1 uyarınca, taşınmaz maliki değer azalması yüzünden uğradığı zarar karşılığında tazminat elde etmişse, alacaklı bu tazminat miktarını aşmayacak ölçüde ek güvence vermesi veya kısmî ödeme yapması için borçluya başvurabilir. Örneğin; fırtına sonucunda yıkılan ağaçların satılmış olması, üçüncü kişinin verdiği zarara karşılık malike tazminat ödenmiş olması böyle bir durumdur<sup>69</sup>. Bunun için, tazminatın malikin eline geçmiş olması gerekmektedir<sup>70</sup>.

### b) Tedbir Masrafları Nedeniyle Kanundan Doğan İpotek Hakkı

Alacaklı, rehinli taşınmazın değerinin azalmasını önlenmek veya gidermek için gerekli tedbirleri bizzat alabilir ve bu tedbirler için yaptığı masraflardan dolayı rehinli taşınmaz üzerinde tescile tâbi olmayan, sıra

<sup>66</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 810 ZGB, S. 224, Rn. 19-22.

<sup>67</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 810 ZGB, S. 225, Rn. 25.

<sup>68</sup> SİRMEN, (2014), s. 699; KAÇMAZ, (2016), s. 2901; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, (2016), s. 949; SCHMID-TSCHIRREN, (2016), Art. 810 ZGB, S. 1661, Rn. 1.

<sup>69</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 750.

<sup>70</sup> KAÇMAZ, (2016), s. 2901; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, (1978), s. 1017; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, (2016), s. 949.



bakımından tescil ve şerh edilmiş olan tüm diğer haklardan önce gelen bir rehin hakkına sahiptir<sup>71</sup>. TMK m. 867/II'deki bu düzenleme, büyük ölçüde, m. 865/III'teki düzenlemeye karşılık gelir; fakat malikin kusurlu olması hâlinde farklı olarak, rehinli alacaklı bu tedbirleri alırken hâkimden izin almak zorunda değildir<sup>72</sup>. TMK m. 867/II'de öngörülen tedbirler, esasen, m. 865/II'de öngörülen tedbirler ile aynıdır. Burada değer azalması tehlikesi bulunan ya da başlamış ve devam etmekte olan değer azalmalarının önlenmesine yönelik tedbirler söz konusudur. Bu bağlamda, fırtınanın yıktığı çatıların onarımı, bir istinat duvarının inşa edilmesi, sel suyunun boşaltılması, taşınmazın zarar gören bölümünün tamiri gibi taşınmazı fiziksel yönden korumaya yönelik tedbirler sayılabilir<sup>73</sup>. Eğer tamamlanmış bir değer azalması varsa, mesela bina tamamen yıkılmışsa, artık alacaklının bu taşınmaza fizikî olarak müdahale edebileceği bir durum da bulunmamaktadır. TMK m. 867'de değer azalmasının önlenmesi ve giderilmesinden söz edilse de, bu eski hâle getirme olarak anlaşılmalıdır, burada daha ziyade taşınmazdaki değer azalması tehlikesinin veya devam eden değer azalmasının durdurulması kastedilmektedir<sup>74</sup>.

Malikin kusuru olmadan değer azalması gerçekleşmişse, malik, rehinle teminat altına alınan bu tedbir masraflarından doğan alacak bakımından şahsen sorumlu olmayıp, bu masrafların borçlusu durumuna gelmez; yalnızca rehinin paraya çevrilmesi sonucunda elde edilecek meblağ ile sınırlı olarak sorumludur<sup>75</sup>. Malik, bu masraflardan şahsen sorumlu olmadığından, rehinli alacaklı, bu tedbirler için yaptığı masrafların kendisine ödenmesini

<sup>71</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 750; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, (2016), s. 949; SİRMEN, (2014), s. 713.

<sup>72</sup> KAÇMAZ, (2016), s. 2901; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, (2016), s. 949; DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 810 ZGB, S. 229, Rn. 41; STEINAUER, (2003), N. 2745. Buna karşılık malikin kusurlu olup olmadığı ihtilafli veya değer azalması olup olmadığı belirsiz ise, mahkemeye başvurulması gerektiği yönünde bkz. DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 810 ZGB, S. 229, Rn. 42, 43.

<sup>73</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 810 ZGB, S. 228, Rn. 39.

<sup>74</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 810 ZGB, S. 228, Rn. 40.

<sup>75</sup> KAÇMAZ, (2016), s. 2901; DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 810 ZGB, S. 222, 230, 231, Rn. 5, 44, 52; SCHMID-TSCHIRREN, (2016), Art. 810 ZGB, S. 1662, Rn. 9; SİRMEN, (2014), s. 699; AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 750; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, (2016), s. 949; STEINAUER, (2003), N. 2746; ŞENER, (2005), s. 30.

veya bunlar için güvence göstermesini *malikten* isteyemez<sup>76</sup>. Alacaklı, bu alacağına kavuşmak için, asıl alacağın muaccel olmasını beklemeden rehnin paraya çevrilmesini isteyebilir.

Hükmün mehzazını teşkil eden, İsviçre Medeni Kanunu'nun 810'uncu maddesine, 11.12.2009 tarihli Federal Kanun ile 01.01.2012 tarihi itibarıyla geçerli olmak üzere, üçüncü bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkranın, mehzaz kanununun 808'inci maddesine eklenen dördüncü fıkraya paralel olarak düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, rehin yükü 1000 İsviçre Frangını aşılırsa ve rehin hakkı önlemleri alınmasının nihayete ermesinden itibaren dört ay içinde tapu siciline tescil edilmemişse, bu rehin hakkı tapu kütüğüne iyi niyetle dayanan üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir<sup>77</sup>. TMK m. 865'te yaptığımız yoruma paralel olarak, madde 867 bakımından da, bizde mehzaz kanuna eklenen üçüncü fıkraya benzer bir düzenleme bulunmadığından, rehin hakkının tapuya tescil yapılmasa bile aleniyet prensibine bir istisna teşkil etmesi sebebiyle, tapu kütüğüne iyi niyetle dayanan üçüncü kişilere dahi bu rehin hakkının ileri sürülebilmesi gerekir.

### c) Diğer İmkânlar

Malik, kusuru olmaksızın taşınmazın değerinin azalması riskine karşılık taşınmazı sigorta ettirdiği takdirde m. 867 uygulanmaz; zira sigorta tazminatı m. 879 gereği kendiliğinden rehin hakkının kapsamına girer ve ancak rehinli alacaklıların rızasıyla malike ödenebilir<sup>78</sup>. Bunun dışında, rehinli alacaklı, rehinli taşınmazın değerinin azalmasına kusurlu eylemi ile sebep olan üçüncü kişiye karşı, TBK m. 49'a dayanarak tazminat talebinde bulunabilir<sup>79</sup>. Nihayet taşınmazın değerinde azalmaya yol açan üçüncü kişilere karşı önleme davası da açılabilir<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 749.

<sup>77</sup> Art. 810, Abs. 3 ZGB: "Ist der Betrag des Pfandrechts höher als 1000 Franken und wird dieses nicht innert vier Monaten nach Abschluss der Vorkehrungen in das Grundbuch eingetragen, so kann es Dritten, die sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen, nicht entgegeng gehalten werden." Kanun metni için bkz. [www.zgb.gesetzestext.ch](http://www.zgb.gesetzestext.ch). (Erişim: 12.07.2018).

<sup>78</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 750.

<sup>79</sup> KAÇMAZ, (2016), s. 2902; AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 750.

<sup>80</sup> AYAN, Mehmet, (2015), Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, 7. Baskı, Mimoza, Konya, 2015, s. 198; KAÇMAZ, (2016), s. 2902.

## II. REHİNLİ ALACAKLININ TAŞINMAZIN KORUNMASI VE SİGORTALANMASI AMACIYLA YAPTIĞI MASRAFLAR ÜZERİNDE KANUNÎ İPOTEK HAKKI

### A. TMK M. 876 GEREĞİNCE TEMİNAT KAPSAMINA GİREN MASRAFLAR

Alacaklı, rehinli taşınmazın korunması için zorunlu masraf yapmışsa, özellikle malikin borçlu olduğu sigorta primlerini ödemişse, alacaklının bundan doğan alacakları tescile gerek olmaksızın, aynen rehinli alacağı gibi teminattan yararlanacaktır. (TMK m. 876). Taşınmazın değerindeki azalmaları önlemek için yapılan masraflar gibi, taşınmazın korunması ve sigorta edilmesi için yapılan masraflar da, m. 876 hükmü gereğince, taşınmaz rehininin sağladığı teminatın kapsamında yer almaktadır. Burada, taşınmazın değerinin azalmasını önlemek için yapılan masraflardan farklı olarak, değer azalması tehlikesi olmaksızın, taşınmazı korumak amacıyla yapılan zorunlu masraflar söz konusudur<sup>81</sup>. Rehlinli taşınmazın korunması için gerekli olmayan çalışmalara ilişkin masraflar, yani değeri artıran faydalı ve lüks masraflar ise m. 876'nın kapsamına girmez<sup>82</sup>.

Taşınmazın zaman içerisinde kullanımına bağlı küçük veya büyük onarımlar, bahçe işleri, cihazların, anaparanın işlevselliğini koruma masrafları, periyodik olmayan tamir veya yenileme çalışmaları gibi, daha büyük bakım çalışmalarına ilişkin masraflar m. 876 kapsamına girerken, sadece kısa süreli görünüme hizmet eden temizlik işleri ise bu kapsamda kabul edilmemektedir<sup>83</sup>. Bununla birlikte, m. 876 kapsamına giren koruma ve bakım çalışmalarının ihmâl edilmesi, aynı zamanda bir değer azalmasını da beraberinde getiriyorsa, bunlar, m. 865/II kapsamında değerlendirilebilir.

<sup>81</sup> KAÇMAZ, (2016), s. 2902; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, (1978), s. 966; DÜRR, David/ ZOLLINGER, Daniel, (2013), "Sicherheit für erhaltende Auslagen [Art. 819]", Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZK – Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2b/2, völlig neu bearbeitete 2. Auflage, Hrsg. GAUCH, Peter/ SCHMID, Jörg, Schulthess Juristische Medien AG, 2013, S. 468, Rn. 7.

<sup>82</sup> GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, (1978), s. 966; DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 819 ZGB, S. 469, Rn. 11; THIER, Andreas, (2018), Sicherheit für erhaltende Auslagen [Art. 819]", ZGB: Kurzkommentar, Hrsg: BÜCHLER, Andrea/ JAKOB, Dominique Helbing Lichtenhahn Verlag, 2. Auflage, Basel, 2018, S. 2387, Rn. 2. (Art 819 ZGB).

<sup>83</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 819 ZGB, S. 468, Rn. 8, 9.

## B. TAŞINMAZIN DEĞERİNİN AZALMASINA YÖNELİK TEDBİRLERDEN DOĞAN MASRAFLARA İLİŞKİN KANUNÎ İPOTEKLER İLE MUKAYESESİ

TMK m. 876 uyarınca rehinli alacaklının alacağı tedbirler, m. 865'e nazaran daha az fiziksel müdahale gerektireceği için, burada mahkemenen izin almayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Alacaklı, ihmal ettiği yönetsel işleri yapması için malikten talepte bulunur ve malik bunu yapmaz ise, bu tedbirleri bizzat alabilir<sup>84</sup>.

TMK m. 876, m. 865-867'den farklı olarak, rehinli taşınmazın değerinin azalmasını şart koşmaz, fakat hükmün amacı gözetildiğinde değer azalması potansiyeli bulunan durumlara karşı tedbir alındığı görülmektedir. TMK m. 876'nın, m. 865-867'nin özel bir uygulama hâli olduğu ifade edilse de, m. 876'da değer azalması koşulu bulunmadığından, m. 876 hükmünün içeriği, m. 865-867'ye kıyasen sınırlıdır<sup>85</sup>.

Alacaklının m. 876'da sahip olduğu kanunî ipotek hakkı, m. 865-867'de düzenlenen kanunî ipoteklerden farklı olarak, taşınmaz üzerinde yer alan tüm aynî haklardan önce gelmemektedir<sup>86</sup>. Alacaklı, rehinli taşınmazın korunması için ödediği, özellikle malik ödemediğinden onun hesabına

<sup>84</sup> DÜRR/ZOLLINGER, (2013), Art. 819 ZGB, S. 472, Rn. 23-25.

<sup>85</sup> DÜRR/ZOLLINGER, (2013), Art. 819 ZGB, S. 466, Rn. 1.

<sup>86</sup> Konuyla ilgili hüküm gerekçesi şöyledir:

*"Bu maddeyle taşınmaz maliki tarafından ödenmesi gereken sigorta primleri ile yapılması gereken zorunlu koruma masraflarını rehinli alacaklı ödemiş ise, bunlara karşılık olarak kendisine kanuni rehin hakkı tanınmaktadır. Ancak bu maddedeki alacaklıya tanınan kanuni rehin hakkının m. 866'ya göre yapılan masraflardan doğan kanuni rehin hakkından farklı olarak bir önceliği yoktur."* (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723> Madde Gerekceleri 4.p df). (Erişim: 12.7.2018).

Bununla birlikte, TMK m. 876'ya karşılık gelen, İsviçre Medeni Kanunu'nun 819. maddesinin, 1 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe giren değişikliği çerçevesinde, burada düzenlenen rehin hakkının, diğer tüm yüklerden önce geldiği öngörülmüştür. Bu yeni düzenleme, kök rehin hakkı ile aynı sırada olduğunu öngören önceki düzenlemeden farklıdır. Detaylı bilgi için bkz. DÜRR/ZOLLINGER, (2013), Art. 819 ZGB, S. 467, Rn. 4. Aynı yönde bkz. SCHMID-TSCHIRREN, (2016), Art. 819 ZGB, S. 1680, Rn. 3.

sigortacıya ödediği sigorta primleri bedeli için, esas rehinli alacağı ile aynı sırada ve tescile tâbi olmayan bir kanunî ipotek hakkına sahiptir<sup>87</sup>.

Bunun dışında, m. 876'daki zorunlu masraflar ile m. 865-867'deki masraflar aynı değildir. TMK m. 876, taşınmazda bir değer azalması tehlikesi olmadan taşınmazın korunması için yapılan zorunlu masrafları, özellikle malikin borçlandığı sigorta primlerinin ödenmesini düzenler<sup>88</sup>. Bu hükümde öngörülen masraflar, m. 865 ve 866'ya dayanılarak, rehinli taşınmazın değerinin azalması yüzünden güvence hakkı tehlikeye düşen alacaklı tarafından yapılan masraflar değildir<sup>89</sup>. Alacaklı zaten bu suretle yapmış olduğu masraflar için m. 865 vd. hükümlerine göre tescil edilmiş tüm yükümlülüklerden önce gelen bir kanunî rehin hakkına sahiptir. TMK m. 876'da sözü geçen masraflar, alacaklının güvence hakkını tehlikeye sokmayan, rehinli taşınmazın korunmasını sağlama amacıyla yaptığı masraflardır.

### C. KANUNÎ İPOTEK HAKKI

TMK m. 876 uyarınca, rehinli taşınmazın korunması, özellikle malik hesabına sigorta ücretlerini ödemek için alacaklının zorunlu olarak yaptığı giderler, tescile tâbi olmayan bir kanunî ipotek hakkı ile teminat altına alınmıştır. Bu ipotek, alacaklının asıl alacağını teminat altına alan rehinle aynı sırada olup<sup>90</sup>, tapu kütüğüne tescil edilmeksizin kurulur. Bu nedenle,

<sup>87</sup> SİRMEN, (2014), s. 713; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, (2016), s. 953; KAÇMAZ, (2016), s 2902.

<sup>88</sup> OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, (2016), s. 953.

<sup>89</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK, (2009), s. 759.

<sup>90</sup> SİRMEN, (2014), s. 692. Buna karşılık, 1 Ocak 2012 değişikliği sonrası İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişikliklerle, m. 876'daki kanunî rehinin, sıra önceliği bakımından, m. 865 ve m. 867'deki gibi olduğu kabul edilmiştir. Aslında İsviçre Medeni Kanunu'nun önceki düzenlemesine göre, m. 865 ve m. 867'deki kanunî rehin haklarının sırasına ilişkin farklılık, müdahalede bulunan alacaklının, değer azalmasını önlemesi ve bundan diğer pasif kalan alacaklıların da hak edilmemiş bir menfaat elde edecek olmaları ile açıklanmaktaydı. Baskın görüş, bu değişikliğe kadar, m. 819'un bir değer azalması öngörmediğini ve bunun sıra önceliğine engel olduğunu kabul ediyordu. Bu nedenle, değişiklik sonrası düzenlemenin, müdahalede bulunan alacaklıya sıra önceliği tanımakla çelişkili bir tutum içerisinde olduğu, söz konusu değişikliğin kanun koyucunun hatasından kaynaklandığı, aslında kanun koyucunun önceki düzenlemeyi korumak istediği sonucuna yorum suretiyle

doğrudan kanundan doğan, yani tescile tâbi olmayan bir kanunî ipotek söz konusudur<sup>91</sup>. Oysa taşınmazın değerinin azalması durumunda taşınmazın değerini korumaya yönelik masrafları teminat altına alan rehin hakları (m. 865/III ve m. 867/II) doğrudan kanundan doğar ve sıra itibarıyla o taşınmaz üzerindeki tüm diğer yüklerden önce gelirler<sup>92</sup>.

TMK m. 876, hem anapara hem de üst sınır ipoteğinde uygulanır<sup>93</sup>. Üst sınır ipoteğinde, tapu kütüğünde üst sınır olarak yazılı miktar, alacaklının taşınmazın değerini korumak için yaptığı zorunlu masraflar, özellikle malik hesabına sigorta primlerini ödemesi sonucu doğan alacak bakımından üst sınır teşkil etmez. Bu nedenle, alacaklının bu masraflar nedeniyle sahip olduğu alacağının miktarı üst sınırı aşsa da, taşınmazın paraya çevrilmesi sonucu elde edilen paradan bu alacak tahsil edilebilir<sup>94</sup>.

Rehinli alacaklı, m. 876/I'de öngörülen masrafları yaptığında, taşınmaz malikine karşı bir tazminat alacağı elde eder. Bu, m. 865/III'te öngörülen ve kanunda açıkça öngörülen tazminat talebine karşılık gelir. TMK m. 876, bunu açıkça belirtmese de, kanunî ipotek hakkı bu tazminat alacağını da örtülü olarak kapsar<sup>95</sup>. Tazminat talebi, burada, esasen TBK m. 127 gereğince halefiyetin bir görünümü olarak düzenlenmiştir; zira burada alacaklının hakları belirli koşullar altında borcu ödeyen üçüncü kişiye geçmektedir<sup>96</sup>. Bununla birlikte, ödeme yapan rehinli alacaklının tazminat talebi, somut olayın koşullarına göre, başka hukuki sebeplere de dayanabilir. Mesela,

---

varıldığı ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, sıra önceliği, ancak İsviçre Medeni Kanunu'nun 819'uncu maddesi (TMK m. 876), bir değer azalması potansiyeli ile ilişkilendirilebiliyor ise kanunun özüne uygundur. Bkz. DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 819 ZGB, S. 474-475, Rn. 37-38.

<sup>91</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 819 ZGB, S. 474, Rn. 34.

<sup>92</sup> SİRMEN, (2014), s. 692; FASEL, Urs, (2016), "Sicherheit für erhaltende Auslagen [Art. 819]", Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Hrsg: BREITSCHMID, Peter/ JUNGO, Alexandra, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, S. 588, Rn. 3.

<sup>93</sup> SİRMEN, (2014), s. 692.

<sup>94</sup> GÜLEKLİ, Yeşim, (1992), İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Bakımından Kapsamı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992, s. 100; HELVACI, (2008), s. 158; SİRMEN, (2014), s. 692-693.

<sup>95</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 819 ZGB, S. 469, Rn. 13.

<sup>96</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 819 ZGB, S. 469, Rn. 14.

ödünç sözleşmesinden doğan sadakat yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle TBK m. 112'ye, haksız fiil nedeniyle TBK m. 49'a veya TBK m. 526-531 gereği vekâletsiz iş görmeye de dayanabilir<sup>97</sup>.

Hükümün mehzasını teşkil eden, İsviçre Medeni Kanunu'nun 819'uncu maddesine, 11.12.2009 tarihli Federal Kanun ile 01.01.2012 tarihi itibarıyla geçerli olmak üzere, ikinci bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkranın, mehz kanununun 808'inci maddesine eklenen dördüncü fıkra ile 810'uncu maddesine eklenen üçüncü fıkraya paralel olarak düzenlendiği görülmektedir. Önceki hükümlerde olduğu gibi burada da, rehin yükü 1000 İsviçre Frangını aşılırsa ve rehin hakkı önlemleri alınmasının nihayete ermesinden itibaren dört ay içinde tapu siciline tescil edilmemişse, bu rehin hakkı tapu kütüğüne iyi niyetle dayanan üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez<sup>98</sup>. TMK m. 865 ve m. 867'de yaptığımız yoruma paralel olarak, madde 876 bakımından da, bizde mehz kanuna eklenen ikinci fıkraya benzer bir düzenleme bulunmadığından, rehin hakkının tapuya tescil yapılmasına bile aleniyet prensibine bir istisna teşkil etmesi sebebiyle, tapu kütüğüne iyi niyetle dayanan üçüncü kişilere dahi bu rehin hakkının ileri sürülebilmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır.

## SONUÇ

1. Aynî bir teminat türü olan ipotek, her zaman sözleşmeye dayalı olarak kurulmaz. Bazen bir kanun hükmü dolayısıyla da ipotek doğabilir. Eğer kanundan doğan bir ipotek, ayrıca tescil talebinde bulunulmasını gerektirmiyorsa, doğrudan doğruya kanundan doğan, başka bir tabirle tescile tâbi olmayan kanunî ipotekten; buna karşılık doğumu için tescil talebi gerekiyorsa, dolaylı olarak kanundan doğan, yani tescile tâbi kanunî ipotekten söz edilir.

<sup>97</sup> DÜRR/ ZOLLINGER, (2013), Art. 819 ZGB, S. 470, Rn. 15. Rehinli alacaklının, bu durumda vekâletsiz iş gören gibi alacak kazanacağı yönünde bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, (2016), s. 953; STEINAUER, (2003), N. 2797a; SİRMEN, (2014), s. 692; KAÇMAZ, (2016), s. 2902; HELVACI, (2008), s. 156.

<sup>98</sup> Art. 819, Abs. 2 ZGB: "Ist der Betrag des Pfandrechts höher als 1000 Franken und wird dieses nicht innert vier Monaten nach Abschluss der Vorkehrungen in das Grundbuch eingetragen, so kann es Dritten, die sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen, nicht entgegengehalten werden." Kanun metni için bkz. [www.zgb.gesetzestext.ch](http://www.zgb.gesetzestext.ch). (Erişim: 12.07.2018).

2. Çalışma kapsamında, Türk Medeni Kanunu hükümlerinden doğrudan doğruya doğan, yani tescile tâbi olmayan kanunî ipotekler inceleme konusu yapılmıştır. Bu tür kanunî ipoteklere ilişkin düzenleme, TMK m. 865-867 ve m. 876 hükümlerinde yer almaktadır. Bu tür ipotekler, kanunda öngörülen sebepler gerçekleşince tescile gerek olmaksızın, doğrudan doğruya kanundan doğanlar. Bu nedenle, bu tür kanunî ipotekler için, doğrudan kanundan doğan kanunî ipotek hakları da denilmektedir. Bu tür kanunî ipotekler, aleniyet ilkesinin istisnasını teşkil ettiği gerekçesiyle, öğretide, “gizli rehin” olarak da anılmaktadır. Çeşitli kaynaklarda araştırma yapılmasına rağmen, TMK m. 865, m. 867 ve m. 876 ile ilgili olarak Yargıtay’a intikal eden bir uyuşmazlık saptanamadığından, konunun uygulamada fazla yer işgal etmediği, belki de bahsi geçen kurumların çok da fazla bilinmediği sonucuna varılmıştır. Yargıtay’a intikal eden uyuşmazlıklarda, daha ziyade imar mevzuatından doğan kanunî ipotekler ile yapı (inşaatçı) ipoteğine ilişkin hükümlere rastlanmaktadır.

3. TMK m. 865 ve m. 866, rehinli taşınmazın değerinin, malikin kusuru nedeniyle azaldığı durumlara ilişkin olarak alacaklıya çeşitli imkânlar tanımıştır. Bu imkânlarla yalnızca maddi fiiller sonucu meydana gelen değer azalmaları için başvurulabilir; hukukî işlemlerden kaynaklanan değer azalmalarında bu hükümlere başvurulmasına gerek yoktur. Zira zaman itibarıyla öncelik ilkesi gereği, sonradan kurulan aynî haklar, bu rehin hakkından sonra gelir.

4. Eğer rehinli taşınmazın maliki, kusurlu davranışlarıyla taşınmazın değerini azaltma tehlikesine neden oluyorsa, rehinli alacaklı, m. 865/1’e istinaden mahkemeye başvurarak, hâkimden malikin bu davranışlarını yasaklamasını isteyebilir, yani “önleme davası” açabilir. Bu dava, gerek değer azalmasının zaten başlamış ve devam etmekte olduğu hâllerde gerekse değer azalması tehlikesinin bulunduğu hâllerde açılabilir.

5. Rehlinli alacaklının, m. 865/II uyarınca, değer azalmasına karşı bizzat önlem alma yetkisi de vardır. Alacaklı, bunun için, önce mahkemeye başvurmalı ve taşınmazın değerinin azalması tehlikesine karşı gerekli önlemleri alması için malike süre verilmesini istemelidir. Eğer malik bu süre içinde gerekli tedbirleri almazsa, mahkeme, rehinli alacaklının talebiyle ve masraflar malik hesabına olmak üzere, alacaklıya gerekli tedbirleri alması, bu manada taşınmaza fizikî müdahalede bulunması için yetki verir ve malikin buna katlanmakla yükümlü olduğuna hükmeder.



6. Alacaklı, m. 865/III'e istinaden, aldığı tedbirlerden doğan masrafları malikten isteyebilir. Burada esasen, malikin kusurlu olması sebebiyle ve aldığı tedbirlerden doğan masraflar için, rehinli alacaklı tazminat alacağına sahiptir. Bu tazminat alacağının borçlusu, başkasının borcu için verilen rehinde dahi taşınmaz malikidir. Bu tazminat alacağı, konusunu bizzat rehinli taşınmazın oluşturduğu, kanunî bir ipotek hakkı ile teminat altına almıştır. Burada tescile tâbi olmaksızın, doğrudan kanundan doğan ve taşınmaz üzerindeki diğer tüm aynî haklardan ve şerh edilen kişisel haklardan önce gelen bir rehin hakkı söz konusudur.

7. Malikin kusurlu fiilleri sonucunda, değer azalması tehlikesi varsa veya zaten başlamış ve devam eden bir değer azalması söz konusu ise, m. 866 gereği rehinli alacaklının seçimlik bir hakkı vardır. Buna göre, alacaklı, borçludan ek güvence göstermesini veya teminat konusu taşınmazı eski hâline getirmesini isteyebilir. Bu güvence, rehinli taşınmazda değer azalmasını karşılayacak ölçüde bir taşınmaz/taşınır rehni veya kefalet olabilir. Borçlu, istenen güvenceyi göstermez veya rehinli taşınmazı eski hâline getirmezse, alacaklı kısmî ödeme talep edebilir. Bu durumda, hâkim, alacağın eksik kısmına eşit olan bir miktarı ödemesi için borçluya süre verir; borçlu bu sürede kısmî ödemede bulunmazsa, rehinli taşınmaz alacağın tamamını güvence altına aldığından, alacaklı rehnin paraya çevrilmesini isteyebilir. Bu durumda, başkasının borcu için taşınmazını rehin gösteren ve şahsen sorumlu olmayan malik, paraya çevirme işlemine katlanmak zorundadır.

8. TMK m. 867, malikin kusuru olmadan rehinli taşınmazda meydana gelen değer azalmalarından söz eder ve rehinli alacaklıya tanınan yetkiler bakımından, m. 865 ve m. 866 hükümlerine büyük ölçüde benzerlik gösterir. Ancak m. 866'dan farklı olarak, m. 867'de eski hâle getirme imkânına yer verilmemiştir. Alacaklı, kısmî ödeme talebinde bulunabilmek için, önce mahkemeye başvurmalı ve malikin uygun süre içinde güvence göstermesini istemelidir.

9. TMK m. 867/II uyarınca, alacaklı, rehinli taşınmazın değerinin azalmasını önlemek veya gidermek için gerekli tedbirleri bizzat alabilir ve bu tedbirler için yaptığı masraflardan dolayı rehinli taşınmaz üzerinde tescile tâbi olmayan, sıra bakımından tescil ve şerh edilmiş olan tüm diğer haklardan önce gelen bir rehin hakkına sahiptir. Malikin kusurlu olması hâlinde farklı olarak, rehinli alacaklı bu tedbirleri alırken hâkimden izin almak zorunda değildir.

**10.** Malik, kusuru olmaksızın taşınmazın değerinin azalması riskine karşılık taşınmazı sigorta ettirmişse m. 867 uygulanmaz; zira sigorta tazminatı m. 879 gereği kendiliğinden rehin hakkının kapsamına girer ve ancak rehinli alacaklıların rızasıyla malike ödenebilir. Bunun dışında, alacaklı, rehinli taşınmazın değerinin azalmasına kusurlu eylemi ile sebep olan üçüncü kişiye karşı, TBK m. 49'a dayanarak tazminat talebinde bulunabilir. Nihayet taşınmazın değerinde azalmaya yol açan üçüncü kişilere karşı önleme davası da açılabilir.

**11.** Taşınmazın değerindeki azalmaları önlemek için yapılan masraflar gibi, taşınmazın korunması ve sigorta edilmesi için yapılan masraflar da, m. 876 hükmü gereğince, taşınmaz rehininin sağladığı teminatın kapsamına girer. Burada, taşınmazın değerinin azalmasını önlemek için yapılan masraflardan farklı olarak, değer azalması tehlikesi olmaksızın, taşınmazı korumak amacıyla yapılan zorunlu masraflar söz konusudur. Rehlinli taşınmazın korunması için gerekli olmayan çalışmalara ilişkin masraflar, yani değeri artıran faydalı ve lüks masraflar ise m. 876'nın kapsamına girmez.

**12.** Alacaklının m. 876'da sahip olduğu kanunî ipotek hakkı, m. 865-867'de düzenlenen kanunî ipoteklerden farklı olarak, taşınmaz üzerinde yer alan tüm aynî haklardan önce gelmez. Alacaklı, rehinli taşınmazın korunması için ödediği, özellikle malik ödemediğinden onun hesabına sigortacıya ödediği sigorta primleri bedeli için, esas rehinli alacağı ile *aynı sırada* ve tescile tâbi olmayan bir kanunî ipotek hakkına sahiptir.

**13.** TMK m. 865, m. 867 ve m. 876 hükümlerine kaynak teşkil eden İsviçre Medeni Kanunu'nun 808, 810 ve 819'uncu maddelerine, 11.12.2009 tarihli Federal Kanun ile 01.01.2012 tarihi itibarıyla geçerli olmak üzere, yeni fıkra eklendiği görülmektedir. Buna göre, rehin yükü 1000 İsviçre Frangını aşılırsa ve rehin hakkı önlemleri alınmasının nihayete ermesinden itibaren dört ay içinde tapu siciline tescil edilmemişse, bu rehin hakkı tapu kütüğüne iyi niyetle dayanan üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Bizde mehz kanuna eklenen fıkralara benzer bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu hükümlerde tanınan kanunî rehin hakkı aleniyet prensibine istisna teşkil ettiğinden, tapuya tescil yapılmasa bile tapu kütüğüne iyi niyetle dayanan üçüncü kişilere bu rehin hakkının ileri sürülebilmesi gerekir.

## KAYNAKLAR

### BASILY KAYNAKLAR

- AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut, (2009), Eşya Hukuku, Beta, İstanbul, 2009.
- AYAN, Mehmet, (2015), Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, 7. Baskı, Mimoza, Konya, 2015.
- AYBAY/ HATEMİ, (2010), Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- AYİTER, Nuşin, (1983), Eşya Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 1983.
- BUDAK, Ali Cem, (2010), İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, XII Levha Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2010.
- ÇETİNER, Bilgehan, (2015), Taşınmaz Teminatı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- ÇINAR, Ömer, (2011), “Taviz Bedeli ve İcareteynli ve Mukataalı Vakıfların Tasfiyesi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 1-2, 2011, (105-117).
- DÜRR, David/ ZOLLINGER, Daniel, (2013), “Untersagung und Selbsthilfe [Art. 808]”, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZK – Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2b/2, völlig neu bearbeitete 2. Auflage, Hrsg. GAUCH, Peter/ SCHMİD, Jörg, Schulthess Juristische Medien AG, 2013. (Art. 808 ZGB).
- DÜRR, David/ ZOLLINGER, Daniel, (2013), “Unverschuldete Wertverminderung [Art. 810]”, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZK – Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2b/2, völlig neu bearbeitete 2. Auflage, Hrsg. GAUCH, Peter/ SCHMİD, Jörg, Schulthess Juristische Medien AG, 2013. (Art. 810 ZGB).
- DÜRR, David/ ZOLLINGER, Daniel, (2013), “Sicherung für erhaltende Auslagen [Art. 819]”, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZK – Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2b/2, völlig neu bearbeitete 2. Auflage, Hrsg. GAUCH, Peter/ SCHMİD, Jörg, Schulthess Juristische Medien AG, 2013. (Art. 819 ZGB).
- ERTAŞ, Şeref, (2016), Eşya Hukuku, Barış Yayınları, 13. Baskı, İzmir, 2016.
- ESENER, Turhan / GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, Genişletilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- FASEL, Urs, (2016), “Untersagung und Selbsthilfe [Art. 808]”, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK – Handkommentar zum Schweizer

- Privatrecht, 3. Auflage, Hrsg: BREITSCHMID, Peter/ JUNGO, Alexandra, Schulthess Juristische Medien AG, 2016. (Art. 808 ZGB).
- FASEL, Urs, (2016), "Unverschuldete Wertverminderung [Art. 810]", Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Hrsg: BREITSCHMID, Peter/ JUNGO, Alexandra, Schulthess Juristische Medien AG, 3. Auflage, 2016. (Art. 810 ZGB).
- FASEL, Urs, (2016), "Sicherung für erhaltende Auslagen [Art. 819]", Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Hrsg: BREITSCHMID, Peter/ JUNGO, Alexandra, Schulthess Juristische Medien AG, 2016. (Art. 819 ZGB).
- GENÇCAN, Ömer Uğur, (2015), 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama – Son İçtihatlar, 3. Cilt, Md. 495-1030, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- GÜLEKLİ, Yeşim, (1992), İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Bakımından Kapsamı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992.
- GÜRSOY, Kemal T./ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol, (1978), Türk Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyet, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Baskı, Ankara, 1978.
- HELVACI, İlhan, (2008), Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008.
- HONSELL, Heinrich/ VOGT, Peter/ GEISER, Thomas, (2011), Kommentar zum Schweizerischem Privatrechts, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Auflage, Basel-Genf-München, 2011.
- KAÇMAZ, Mine, (2016), "Tescile Tâbi Olmayan Kanunî İpotek Hakları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 65, S: 4, 2016, (2891-2908).
- KAPLAN, İbrahim, (2002), Eşya Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002.
- KARAHACIOĞLU, Ali Haydar / DOĞRUSÖZ, M. Edip /ALTIN, Mehmet, (1996), Türk Hukukunda Rehin, Ankara, 1996.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/ KANETİ, Selim, (1983), Sınırlı Ayni Haklar, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1983.

- OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, (2016), *Eşya Hukuku*, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- SAYMEN, Ferit H./ ELBİR, Halit K, (1963), *Türk Eşya Hukuku*, İstanbul, 1963.
- SİRMEN, A. Lale, (2014), *Eşya Hukuku*, 2. Bası, Yetkin Hukuk Yayınları, 2014.
- SCHMID-TSCHIRREN, Christina, (2016), “Untersagung und Selbsthilfe [Art. 808]”, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK – Orell Füssli Kommentar, 3. Überarbeitete Auflage, Hrsg: KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren/ WOLF, Stephan/ AMSTUTZ, Marc/ FANKHAUSER, Roland, Orell Füssli Verlag AG, 2016. (Art 808 ZGB).
- SCHMID-TSCHIRREN, Christina, (2016), “Unverschuldete Wertverminderung [Art. 810]”, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK – Orell Füssli Kommentar, 3. Überarbeitete Auflage, Hrsg: KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren/ WOLF, Stephan/ AMSTUTZ, Marc/ FANKHAUSER, Roland, Orell Füssli Verlag AG, 2016. (Art. 810 ZGB).
- SCHMID-TSCHIRREN, Christina, (2016), “Sicherung für erhaltende Auslagen [Art. 819]”, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK – Orell Füssli Kommentar, 3. Überarbeitete Auflage, Hrsg: Kostkiewicz, Jolanta Kren / Wolf, Stephan / Amstutz, Marc / Fankhauser, Roland, Orell Füssli Verlag AG, 2016. (Art. 819 ZGB).
- STEINAUER, Paul-Henri, (2003), *Les droits réels*, C. III, 3. Edition, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2003.
- ŞENER, Yavuz Selim, (2005), *Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması*, Kazancı Kitap, İstanbul, 2005.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, (1994), *Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994.
- THIER, Andreas, (2018), “Untersagung und Selbsthilfe [Art. 808]”, ZGB: Kurzkomentar, Hrsg: BÜCHLER, Andrea/ JAKOB, Dominique Helbing Lichtenhahn Verlag, 2. Auflage, Basel, 2018. (Art 808 ZGB).
- THIER, Andreas, (2018), “Unverschuldete Wertverminderung [Art. 810]”, ZGB: Kurzkomentar, Hrsg: BÜCHLER, Andrea/ JAKOB, Dominique Helbing Lichtenhahn Verlag, 2. Auflage, Basel, 2018. (Art 810 ZGB).
- THIER, Andreas, (2018), “Sicherung für erhaltende Auslagen [Art. 819]”, ZGB: Kurzkomentar, Hrsg: BÜCHLER, Andrea/ JAKOB, Dominique Helbing Lichtenhahn Verlag, 2. Auflage, Basel, 2018. (Art 819 ZGB).

WIELAND, C, (1946), Kanunu Medenîde Aynî Haklar, C. II, 2. Baskı, Çev: İ. Hakkı Karafakı, Ankara 1946.

### ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

[www.bger.ch](http://www.bger.ch)

[www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com)

[www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-839](http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-839)

[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)

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

[www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723\\_Madde\\_Gerekceleri\\_4.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_4.pdf)

[www.zgb.gesetzestext.ch](http://www.zgb.gesetzestext.ch)

# **TAAHHÜTLÜ ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE SONUÇLARI\***

**Arş. Gör. Kemal ERDOĞAN\*\***

## **THE TERMINATION OF PROMISSORY SUBSCRIPTION CONTRACTS AND ITS RESULTS**

### **Makaleye Atıf**

**Klasik Usul:** Erdoğan, Kemal: Taahhütlü Abonelik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 2018, s. 271-330.

**APA:** ERDOĞAN, K. (2018). Taahhütlü Abonelik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26 (3), 271-330. DOI: 10.15337/suhfd.472434.

---

\* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 19.10.2018

**Kabul Edildiği Tarih:** 29.11.2018

**DOI Numarası:** [10.15337/suhfd.472434](https://doi.org/10.15337/suhfd.472434)

\*\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

**E-mail Adresi:** kemalerdogan007@gmail.com

**ORCID ID:** [0000-0001-8648-1623](https://orcid.org/0000-0001-8648-1623)

**ÖZ**

Bir sektörde faaliyet gösteren şirket sayısının fazlalığı ve gelişen teknolojinin sağladığı imkanlar, şirketleri agresif büyüme stratejileri izlemeye zorlamaktadır. Şirketlerin bu amaçla kullandıkları yollardan birisi de taahhütnamede belirtilen süre kadar abone kalma sözü veren müşterilere, sözleşme konusu mal ve/veya hizmet bedelinden indirim yapmaktır. Bu amaçla akdedilen sözleşmelere “taahhütlü abonelik sözleşmesi” adı verilmektedir. Taahhütlü abonelik sözleşmesinin ortaya çıkışı, tüketiciyi daha dezavantajlı bir duruma düşmüştür. Bu nedenle, Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin dördüncü bölümünde taahhütlü aboneliğe ilişkin esaslar belirlenmek suretiyle bu tür sözleşmelere taraf olan tüketiciler korunmak istenmiştir.

Bu konuda uygulamada en fazla uyuşmazlığın çıktığı husus, sözleşmenin sona ermesi ve sonuçlarıdır. Bu çalışmada da taahhütlü abonelik sözleşmesine ilişkin kavramsal bir çerçeve çizildikten sonra, sözleşmenin sona ermesi ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

**ANAHTAR KELİMELER:** *Taahhütlü Abonelik Sözleşmesi, Taahhüt Süresi, Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği, Telekomünikasyon Hukuku, Tüketici Hukuku.*

**ABSTRACT**

The increment of companies operating in a sector and the opportunities provided by the developing technology force companies to follow aggressive growth strategies. One of the ways that companies use for this purpose is to reduce the cost of the goods and / or services to the customers who promise to subscribe for the period specified in the contract. Contracts concluded for this purpose are called as “promissory subscription contracts”. The emergence of promissory subscription contracts has become more disadvantageous to the consumer. Therefore, in the fourth section of the Subscription Contracts Regulation, the principles of promissory subscription contracts are determined and the consumers who are party to such contracts are wanted to be protected.



In this regard, the most conflicts in practice pertain to the termination of the contract and its results. In this study, after a conceptual framework for promissory subscription contracts is drawn, the termination of the contract and its results will be emphasized.

**KEY WORDS:** *Promissory Subscription Contracts, Commitment Period, Subscription Contracts Regulation, Telecommunication Law, Consumer Law.*

## GİRİŞ

Teknoloji alanındaki gelişmeler ve modern toplumun ihtiyaçları, gündelik yaşantımızın birçok alanında abonelik sözleşmelerine rastlamamıza imkân sağlamıştır. Gerçekten, modern toplumda yaşayan ve belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla edinmeyi amaçlayan kişiler, genellikle bu ihtiyaçlarını abonelik sözleşmeleriyle gidermektedirler<sup>1</sup>.

Toplumsal yaşamda yoğun bir şekilde kendisine başvuru alan abonelik sözleşmelerinde, abone bazı durumlarda ücreti peşin olarak ödemekte; buna karşılık mal veya hizmet sağlayan taraf edimini zaman içinde yavaş yavaş veya düzenli aralıklarla ifa etmektedir. Sunduğu malın ve/veya sağladığı hizmetin ücretini peşin olarak alan taraf, vurdumduymaz davranışlar sergileyebilmektedir. Bu durum karşısında abonenin karşı tarafın doğru ve dürüst davranmasını beklemekten başka çaresi kalmamaktadır. İşte bu nedenlerle, tüketici sıfatına sahip olan abonelerin korunması sosyal bir gereklilik olmuştur<sup>2</sup>. Bu sosyal gereklilik görmezden gelinmeyerek, 6502

<sup>1</sup> **Çabri**, Sezer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016, s.857; **Kara**, İlhan, Tüketici Hukuku, Ankara 2012, s.521; **Koca**, Güneş, Telekomünikasyon Sektöründe Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri, Mevzuat Dergisi, Y.8, S.93, 2005, <https://www.mevzuatdergisi.com/>, Erişim Tarihi: 05.04.2018, s.2.

<sup>2</sup> **Gümüş**, Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, İstanbul 2014, s.7; **Altaş**, Hüseyin, Tüketici Haklarının Korunması Açısından Telekomünikasyon Sektöründe Tarife Seçimi, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.1, Ankara 2010, s.211; **Deryal**, Yahya / **Korkmaz**, Yakup, Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2015, s.189; **Aslan**, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Bursa 2010, s.281; **Karakocalı**, Ahmet / **Kurşun**, Ali Suphi, Tüketici Hukuku,

sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da (TKHK)<sup>3</sup> abonelik sözleşmesine bir madde ayrılmıştır.

Küresel ekonomide bir sektörde faaliyet gösteren şirket sayısının fazlalığı ve bu sebeple rekabetin güçlü olması, şirketleri agresif büyüme stratejileri izlemeye zorlamaktadır. Belirli bir mal ve hizmeti abonelerine sunan şirketler, rekabet gücünü artırabilmek için yeni yollar denemektedirler. Şirketlerin bu amaçla kullandıkları en yeni ve bilinen yol, taahhütnamede belirtilen süre kadar abone kalma sözü veren müşterilere, sözleşme konusu mal ve/veya hizmet bedelinden indirim yapmaktır. Bu şekilde akdedilen sözleşmeye "taahhütlü abonelik sözleşmesi" adı verilmektedir.

Taahhütlü abonelik sözleşmesinin ortaya çıkışıyla birlikte, aboneler taahhütsüz (alelâde) abonelik sözleşmesine nazaran daha dezavantajlı duruma düşmüştür. Zira bu gibi durumlarda karşı tarafın edimini gereği gibi ifa etmemesi veya bazı özel sebeplerle sözleşmeyi sona erdirmek isteyen abonenin önüne engel olarak taahhüt süresi konulmaktadır. Özellikle hakları konusunda yeterince bilgi sahibi olmayan abonelerin, istemediği hâlde taahhüt süresinin dolmasını beklemekten başka çaresi kalmamaktadır. Bu nedenle, Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin<sup>4</sup> dördüncü bölümünde taahhütlü aboneliğe ilişkin esaslar belirlenmek suretiyle bu tür sözleşmelere taraf olan tüketiciler korunmak istenmiştir<sup>5</sup>. Bu çalışmada da taahhütlü abonelik sözleşmesine ilişkin kavramsal bir çerçeve çizildikten sonra, sözleşmenin sona ermesi ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

---

İstanbul 2015, s.191; **Açıkgöz**, Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul 2013, s.55; **Ayrancı**, Hasan, Enerji Sözleşmeleri, Ankara 2010, s.222-223; **Koca**, Güneş, Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2004, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.51. Bu konuda ayrıca bkz., **Tandoğan**, Halûk, Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara 1977, s.9-24.

<sup>3</sup> RG. 28.11.2013, S.28835.

<sup>4</sup> RG. 24.01.2015, S.29246.

<sup>5</sup> **Çabri**, s.857.

## I. TAAHHÜTLÜ ABONELİK SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN KAVRAMSAL ÇERÇEVE

### A. TAAHHÜTLÜ ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN TARİHÎ GELİŞİMİ

Öncelikle ifade edilmelidir ki taahhütlü abonelik sözleşmesi, hukukî niteliği itibarıyla abonelik sözleşmesinin özel bir görünümüdür. Hâl böyle olunca, taahhütlü abonelik sözleşmesini iyi bir şekilde değerlendirebilmek için, abonelik sözleşmesinin tarihî gelişimini irdelemek gerekmektedir.

Abonelik sözleşmesi, ilk defa 1995 yılında 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un<sup>6</sup> (eTKHK) “Sürelî Yayınlar” başlıklı 11'inci maddesiyle<sup>7</sup> mevzuata girmiştir<sup>8</sup>. Ancak bu hükmün kapsamına sürelî yayın dışındaki hizmetleri konu alan abonelik sözleşmeleri alınmamıştı<sup>9</sup>. Ne var ki, sürelî yayınları konu edinen abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan uyumsuzluklar günümüzde neredeyse yok denecek kadar azalmış; buna karşılık diğer mal ve/veya hizmetleri konu edinen abonelik sözleşmeleri, zamanla oldukça yaygın bir uygulama alanı kazanmıştır. Gerçekten, uygulamada sürelî yayın aboneliği dışında elektrik, su, doğal gaz, cep telefonu, sabit telefon, internet, televizyon vb. hizmetleri konu alan abonelik

<sup>6</sup> RG. 08.03.1995, S.22221.

<sup>7</sup> Bu maddede diğer tüketici sözleşmelerinin aksine, öncelikle sözleşmenin objektif esaslı unsurlarını içeren bir tanım verilmeden, doğrudan sözleşmenin sona ermesine ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Bu durum öğretilerde haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz., **Dalka Okumuş**, Şüheda, Elektrik – Doğal Gaz Piyasaları Abonelik Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerde Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Denetimi, Ankara 2018, s.98; **Demir**, Mehmet, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Tüketim Sözleşmeleri ile İlgili Hükümlerinin Eleştirisi ve Çözüm Önerileri, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.416; **Yıldız**, Mustafa Göktürk, Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi, İstanbul 2012, s.6, dn.1; **Açıkgöz**, Mobil, s.55.

<sup>8</sup> **Ozanoğlu**, Hasan Seçkin, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999, s.182; **Ayrancı**, s.210; **Açıkgöz**, Mobil, s.55. Buna karşılık, **Ceylan**'a göre, abonelik sözleşmeleri mevzuatımıza ilk kez 4077 sayılı TKHK'a 4822 sayılı Kanunla eklenen 11/A maddesi ile girmiştir. Bkz., **Ceylan**, Ebru, Abonelik Sözleşmeleri, Millî Şerh (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi), Ed. Hakan Tokbaş / Özlem Tüzüner, İstanbul 2016, s.851.

<sup>9</sup> **İlhan**, Cengiz, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerh, Ankara 2006, s.227; **Aslan**, s.282.

sözleşmelerine sıklıkla rastlanmaktadır<sup>10</sup>. Bu gerekçelerle hükmün uygulamadaki ihtiyaçlara zamanla cevap veremediği anlaşılarak, 2003 yılında 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>11</sup> ile söz konusu 11'inci madde değiştirilmiş ve bu maddeden sonra gelmek üzere 11/A maddesi eklenmiştir.

4822 sayılı Kanun'la eklenen 11/A maddesinin birinci fıkrasında geçen "her türlü abonelik<sup>12</sup> sözleşmelerine taraf olan tüketiciler" deyimini ile abonelik sözleşmelerinin tamamının şartları dâhilinde birer tüketici sözleşmesi olduğu kabul edilir hâle gelmiştir<sup>13</sup>. Ne var ki eTKHK.m.11 ve 11/A maddeleri de süreli yayınlar ve bu nedenle yapılan abonelik sözleşmeleri temel alınarak hazırlanmıştır. Ayrıca ilgili maddelerde sadece abonelik sözleşmesinin nasıl sona ereceği düzenlenmiş; buna karşılık, sözleşmenin şekline ve unsurlarına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır<sup>14</sup>.

Avrupa Birliği mevzuatına tam uyum sağlanabilmesi amacıyla, 4077 sayılı Kanun'un yeniden gözden geçirilmesi ve kısmen yeniden yazılması ihtiyacı gündeme gelmiş ve 2013 yılında 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Bu Kanun'un "Diğer Tüketici Sözleşmeleri" başlıklı beşinci bölümünde bulunan 52'nci maddesi abonelik sözleşmelerine ayrılmıştır. Bu hükümlerle süreli yayın aboneliği ile diğer abonelikler arasındaki ayırım ortadan kaldırılarak genel bir düzenleme yapılmış ve madde ihtiyaçlara daha iyi cevap verebilmesi için eTKHK'a nazaran daha detaylı bir

<sup>10</sup> **Kara**, s.521. Toplumsal yaşamını sürdürmek zorunda olan her insanın yaşadığı konut için elektrik, su, doğalgaz vb. abonelikleri yaptırmaması artık vazgeçilemez bir hâl almıştır. Aynı şekilde, günümüzde iletişim hizmetinden faydalanmamak da neredeyse imkânsız hâle gelmiştir.

<sup>11</sup> RG. 14.03.2003, S.25048.

<sup>12</sup> eTKHK m.11/A hükmü ile aslı Fransızca olan "abonman" sözcüğü, Türkçe bir ek getirilerek Türkçeleştirilmek istenmiştir. Yabancı bir kelimeye Türkçe ek getirmek doğru değildir. Bu nedenle, abonelik sözleşmesinin "sürdürüm sözleşmesi" olarak Türkçeleştirilmesi daha yerinde olurdu. Bkz., **İlhan**, s.228-229.

<sup>13</sup> **Altaş**, Hüseyin, Telekomünikasyon Alanında Abonelik Sözleşmeleri, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s.160; **Ayrancı**, s.211; **Aslan**, s.283; **Kara**, s.522; **İlhan**, s.227.

<sup>14</sup> **Ayrancı**, s.210; **Deryal / Korkmaz**, s.188; **Yıldız**, s.6; **Açıkgöz**, Mobil, s.56.

biçimde kaleme alınmıştır. Buna karşılık, 6502 sayılı TKHK'da taahhütlü abonelik sözleşmesi hakkında herhangi bir hükme yer verilmemiştir.

Oysaki TKHK.m.52 ve 84 hükümlerine dayanılarak çıkarılan Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde (ASY)<sup>15</sup> taahhütlü abonelik sözleşmesine ilişkin hükümler bulunmaktadır (ASY.m.14-18). ASY.m.2'ye göre, elektrik, su, doğal gaz ve elektronik haberleşme sektöründe yapılan abonelik sözleşmelerine Yönetmelik'in bütün maddeleri uygulanabilirken; söz konusu sektörler dışında yapılan abonelik sözleşmelerine sadece 5, 6, 7, 8, 13, 22, 23, 24 ve 25 inci maddeler uygulanabilir. Hâl böyle olunca, Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde bulunan taahhütlü abonelik sözleşmesine ilişkin kurallar sadece elektrik, su, doğal gaz ve elektronik haberleşme sektöründe yapılan sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulabilir<sup>16</sup>.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) tarafından çıkarılan Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği'nin<sup>17</sup> (EHSTHY) 12'nci maddesinde de taahhütlü abonelik ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak, bu hüküm sadece elektronik haberleşme sektörü bakımından uygulama alanı bulabilir. Diğer bir deyişle, bu yönetmelikte geçen düzenlemelerin elektrik, su ve doğal gaz sektörleri bakımından dahi doğrudan uygulanması mümkün değildir. Zira Yönetmeliğin kapsamı "*elektronik haberleşme sektöründe tüketici hakları ile işletmecii yükümlülükleri*" olarak belirlenmiştir (EHSTHY.m.2).

Taahhütlü abonelik sözleşmeleri sadece elektrik, su, doğal gaz ve elektronik haberleşme sektörüne münhasır değildir. Diğer bir ifadeyle, elektrik, su, doğal gaz ve elektronik haberleşme sektörleri dışında da taahhütlü abonelik sözleşmesi akdedilebilmesi imkân dahilindedir. Zira sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde fesih ihbar hakkının taraflarca

<sup>15</sup> RG. 24.01.2015, S.29246.

<sup>16</sup> Bkz., **Çabri**, s.869-870; **Ceylan**, s.853; **Dalka Okumuş**, s.101.

<sup>17</sup> RG. 28.10.2017, S.30224.

belirli bir süre için kaldırılabilceği öğretilerde kabul edilmiştir<sup>18</sup>. Kanaatimizce, Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği ile Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği'nde taahhütlü abonelik sözleşmesi hakkında öngörülen hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde diğer sektörlerde yapılan sözleşmelere de kıyasen uygulanması gerekir<sup>19</sup>. Zira diğer sektörlerde akdedilen taahhütlü abonelik sözleşmesine bu hükümleri uygulamaktan kaçınmak, tüketicinin zarar görmesine yol açabilecek niteliktedir.

## B. TAAHHÜTLÜ ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

### 1. Tanımı

TKHK.m.52'ye göre abonelik sözleşmesi, tüketicinin belirli bir mal veya hizmeti sürekli ya da düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan bir sözleşmedir. ASY.m.4'de de aynı tanım tekrar edilmiştir<sup>20</sup>. EHSTHY.m.4 hükmünde ise abonelik sözleşmesi, işletmeci ile abone arasında akdedilen ve işletmecinin bir bedel karşılığında dönemsel ya da sürekli olarak bir hizmeti yerine getirmeyi veya mal teminini üstlendiği ya da her ikisini birden kapsayan sözleşme olarak tanımlanmıştır<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> **Tandoğan**, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/2, Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri, 4. Baskı, İstanbul 2008, s.202; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2018, s.1289.

<sup>19</sup> Aynı görüşte bkz., **Kara**, s.530-531.

<sup>20</sup> Abonelik sözleşmesinin kanunda tanımının yapılmış olması çok önemli bir gelişmedir. Ancak, bu tanım sözleşmenin aslî unsurlarından birisi olan abonelik ücretinin belirtilmemiş olması nedeniyle öğretilerde eleştirilmektedir. Bkz., **Öktem Çevik**, Seda, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Abonelik Sözleşmesi, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı Makaleler Tartışmalar, Derleyen M. Murat İNCEOĞLU, İstanbul 2015, s.346; **Çabri**, s.858; **Dalka Okumuş**, s.99. Zira, satıcı veya sağlayıcı tarafından tüketiciye bedelsiz olarak mal ve/veya hizmet sunulması TKHK kapsamında değildir. Bkz., **Çabri**, s.859; **Açıkgöz**, Mobil, s.70.

<sup>21</sup> Abonelik sözleşmesi hukukumuzda ilk kez bu yönetmelikte tanımlanmıştır. Bu tanım, öğretilerde verilen tanıma da uygundur (bkz., **Kara**, s.525, 538). Öğretilerde verilen "abonelik sözleşmesi" tanımları için bkz., **Zevkliler**, Aydın / **Özel**, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016, s.366; **Aydoğdu**, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s.317; **Öktem Çevik**, Seda, Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi, İstanbul 2008, s.5; **Çetin**, Görkem, Türk Hukuku Bakımından Mobil

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da alelade abonelik sözleşmesinin tanımına yer verilmesine rağmen; taahhütlü abonelik sözleşmesinin tanımına ve unsurlarına değinilmemiştir. Buna karşılık, Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde taahhütlü abonelik sözleşmesinin tanımlandığını görmek mümkündür. Gerçekten ASY.m.14 hükmüne göre, *“Taahhütlü abonelikler, satıcı veya sağlayıcının, taahhütnamede belirlenen süre kadar abone kalmayı taahhüt eden tüketicilere;*

*a) Sözleşme konusu mal veya hizmetin bedelinden indirim yapmayı,*

*b) Sözleşme konusu malın teslimi veya hizmetin ifası ile birlikte taahhüt konusu malın mülkiyetini veya kullanım hakkını devretmeyi ya da hizmeti ifa etmeyi, taahhüt ettiği aboneliklerdir”.*

Görüldüğü üzere, taahhütlü abonelik sözleşmesinin diğer abonelik sözleşmelerinden farkı, taahhütnamede belirtilen süre kadar abone kalmayı taahhüt eden tüketicilere bazı avantajlar sağlanmasıdır<sup>22</sup>. Bu sayede tüketici, edinmek istediği mal veya hizmeti daha düşük bir fiyat karşılığında elde etmektedir. Abonenin tek dezavantajı, taahhütnamede belirtilen süreden önce sözleşmeyi feshedememesidir. Eğer tüketici taahhüt süresi henüz sona ermeden önce sözleşmeyi feshederse, karşı tarafa tazminat ödemek zorunda kalır. Diğer taraftan, taahhütlü abonelik sözleşmesi, mal ve/veya hizmet

---

Telefon Abonelik Sözleşmeleri, İstanbul Barosu Dergisi, C.89, S.1, 2015, s.66-67; **Demir**, Mehmet, 4822 Sayılı Kanun ile Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler, BATİDER, C.22, S.1, 2003, s.230; **Çetiner**, Bilgehan, Telefon Aboneliği Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları ve Tüketicinin Korunması, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.63-64, 2009, s.70; **Açıkgöz**, Osman, Elektronik Haberleşme Sektöründe Genel İşlem Koşulları, Telekomünikasyon Hukuku, Editör: Prof. Dr. Halil Akkanat, İstanbul 2017, s.2; **Ayrıncı**, s.209; **Altaş**, Abonelik, s.164-165; **Çabri**, s.858-859; **Ceylan**, s.852; **Deryal / Korkmaz**, s.189; **Açıkgöz**, Mobil, s.56; **Aslan**, s.285; **Kara**, s.524. Elektronik haberleşme hizmetinden yararlanmak isteyen kişilerin işletmecilerle yaptıkları sözleşmeye *“elektronik haberleşme hizmeti sözleşmesi”* adı verilebilir. Bu sözleşme, genellikle abonelik sözleşmesi şeklinde akdedilirken; bazı hâllerde abonelik sözleşmesi olarak nitelendirilebilmek için gereken şartları taşımayabilir. Bkz., **Açıkgöz**, Elektronik, s.1; **Yıldız**, s.3.

<sup>22</sup> **Çabri**, s.864; **Ceylan**, s.869.

sunan taraf açısından da avantajlıdır. Zira mal ve/veya hizmet sunan taraf, abone tarafından verilen taahhüt sayesinde kazancını belirli bir süre garanti altına almaktadır<sup>23</sup>.

Yapılan açıklamalardan yola çıkılarak, taahhütlü abonelik sözleşmesi, *“satıcı/sağlayıcı ile abone arasında akdedilen ve satıcı/sağlayıcının taahhüt süresince bir mal veya hizmeti indirimli olarak tekrarlanan edalar hâlinde karşı tarafa temin etme; buna karşılık, abonenin de kararlaştırılan bedeli peşin ya da dönemler hâlinde ödeme yükümlülüğü altına girdiği, tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı bir sözleşmedir”* şeklinde tanımlanabilir<sup>24</sup>.

## 2. Unsurları

Bir sözleşmenin taahhütlü abonelik sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için bazı unsurlara sahip olması gerekmektedir. Bu unsurlar, *“dönemsel veya sürekli olarak belirli bir mal veya hizmet sağlama”*, *“abonelik bedeli”*, *“belirli bir süre abone kalma taahhüdü”* ve *“ tarafların anlaşması”* şeklinde sıralanabilir.

### a. Dönemsel veya Sürekli Olarak Belirli Bir Mal veya Hizmet Sağlama

Taahhütlü abonelik sözleşmesinin ilk unsuru, dönemsel veya sürekli olarak aboneye belirli bir mal veya hizmet sağlamadır<sup>25</sup>. Abonelik sözleşmesinin konusu, çoğu zaman bireylerin vazgeçilemez günlük ihtiyaçlarıdır. Gerçekten, bireyler su, elektrik, doğalgaz, internet, telefon, televizyon, dergi, gazete vb. ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla abonelik sözleşmeleri akdetmektedirler. Mal veya hizmetin sürekli olarak edinilmesine su, elektrik, doğalgaz, internet, telefon ve televizyon aboneliği; malın belirli

<sup>23</sup> Çabri, s.865.

<sup>24</sup> Ayrıca bkz., Ceylan, s.869.

<sup>25</sup> Özdemir, Hayrunnisa, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Ankara 2009, s.102; Ayrancı, s.214; Zevkliler / Özel, s.366; Altaş, Abonelik, s.159; Aydoğdu, Tüketici, s.317; Çabri, s.859; Aslan, s.284-285; Koca, Tüketici, s.29; Koca, Telekomünikasyon, s.6; Kara, s.524; Açıköz, Mobil, s.61; Açıköz, Elektronik, s.2; Öktem Çevik, Abonelik, s.345-346, 348.



aralıklarla edinilmesine ise gazete ve dergi aboneliği örnek olarak gösterilebilir<sup>26</sup>.

Abonelik sözleşmesi, her türlü tipik (isimli) ve atipik (isimsiz) sözleşmeye yapılacak bir ilave ile ortaya çıkabilir. Sözleşmeye yapılacak olan ilave, abonelik şartıdır. Abonelik şartı, sözleşmede mal ve/veya hizmetin dönemsel veya sürekli olarak sağlanacağına kararlaştırılmasıyla vücut bulur. Abonelik şartı, abonelik sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran en önemli unsurdur<sup>27</sup>. Meselâ, marketten bir gazete satın alındığında satış sözleşmesinin; buna karşılık gazetenin dönemsel olarak sağlanması şartıyla satın alınması hâlinde abonelik sözleşmesinin kurulduğundan söz edilir. Buna karşılık, niteliği itibarıyla abonelik şartıyla sürekli borç ilişkisine dönüştürülmesi mümkün olmayan sözleşmelerin abonelik sözleşmesi şeklinde akdedilebilmesi mümkün değildir<sup>28</sup>.

İnternet, telefon ve televizyon hizmetinin sağlandığı elektronik haberleşme sektöründe taahhütlü abonelik sözleşmesine yoğun bir şekilde rastlamak mümkündür. Zira elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren kuruluş sayısının birden fazla olması, rekabete dayalı pazarlama anlayışını da beraberinde getirmiştir.

Dergi, gazete vb. süreli yayın abonelikleri, genellikle belirli bir süre için yapılmakta ve abonelik ücreti peşin olarak ödenmektedir. Ancak, her bir yayının tek tek alınması genellikle süreli abonelik fiyatından daha maliyetli olmaktadır. Meselâ, derginin bir sayısının bedeli 9 TL iken; bir yıllık abonelik bedeli 90 TL (hâlbuki  $9 \times 12 = 108$  TL), iki yıllık abonelik bedeli ise 170 TL (hâlbuki  $9 \times 24 = 216$  TL) olarak belirlenmektedir. Bu şekilde akdedilen süreli yayın abonelik sözleşmelerinde de belirli bir süre abone olarak kalma taahhüdü karşılığında abonelik bedelinde indirim yapılmaktadır. Ancak, bu

<sup>26</sup> Altaş, Abonelik, s.159; Zevkliler / Özel, s.366; Ayrancı, s.233; Çabri, s.858-859; Öktem Çevik, Mobil Telefon, s.27, 46-48; Dalka Okumuş, s.117; Aslan, s.284-285; Ceylan, s.859; Karakocalı / Kurşun, s.196; Açıkgöz, Mobil, s.74, 386-394; Kara, s.526.

<sup>27</sup> Altaş, Abonelik, s.161; Aslan, s.284; Kara, s.524, 526; Ozanoğlu, Taksitle Satım, s.182; Demir, Yenilikler, s.230-231.

<sup>28</sup> Aslan, s.284; Kara, s.524.

durum taahhütlü abonelik sözleşmesinin varlığı için yeterli değildir. Zira taahhütlü abonelik sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için aşağıda inceleneceği üzere, rızasının alınması üzerine satıcı/sağlayıcı tarafından aboneye taahhütname verilmesi zorunludur. Bu husus, belirli süreli abonelik sözleşmesi ile taahhütlü abonelik sözleşmesi arasında bir sınır çizmektedir.

Taahhütlü abonelik sözleşmelerinin elektrik sektöründe<sup>29</sup> de görülebilmesi ihtimal dâhilindedir. Zira Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun (EPDK) kurulmasından sonra elektrik üreten şirketlerin müşterilerine özel hukuk hükümlerine göre elektrik satışına ilişkin düzenlemeler ve kriterler getirilmiş ve bu bağlamda serbest tüketici<sup>30</sup> kavramı geliştirmiştir. 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun (EPK)<sup>31</sup> 3'üncü maddesinde, serbest tüketici kavramı, *"kurul tarafından belirlenen elektrik enerjisi miktarından daha fazla tüketimi bulunduğu<sup>32</sup> veya iletim sistemine doğrudan bağlı olduğu veya organize sanayi bölgesi tüzel kişiliğini haiz olduğu için tedarikçisini seçme hakkına sahip gerçek veya tüzel kişi"* şeklinde tanımlanmıştır<sup>33</sup>. Görüldüğü üzere, serbest tüketiciler tedarikçilerini seçebilme hakkına sahiptirler<sup>34</sup>. Elektrik piyasasındaki serbestliğin artması ve

<sup>29</sup> Elektrik tüketimine ilişkin *"perakende satış sözleşmeleri"*nin abonelik sözleşmesi olduğu ve bu sözleşmeye özel hukuk kurallarının uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz., **Köstekçi**, Yaşar / **Köstekçi**, Özge, Hukuk ve Ceza Davaları Boyutuyla Elektrik Enerjisi Hukuku, İstanbul 2012, s.19; **Dalka Okumuş**, s.102.

<sup>30</sup> EPK ve DPK tarafından *"elektrik üretim santralleri, organize sanayi gölgeleri, elektrik ve ısı enerjisi üreten kojenerasyon santralleri"*nin de serbest tüketici oldukları hüküm altına alınmıştır. Ancak, bunların TKHK bakımından tüketici sayılmaları mümkün değildir. Sayılanların abone olarak abonelik sözleşmesine taraf olması hâlinde, TKHK hükümleri uygulama alanı bulmaz. Bkz., **Dalka Okumuş**, s.114-115.

<sup>31</sup> RG. 30.03.2013, S.28603.

<sup>32</sup> Elektrik Piyasası Düzenleme Kurulu Kararı ile 2018 yılı için serbest tüketici limiti yıllık tüketimi 2000 kWh ve üzeri olarak belirlenmiştir. Bu rakam her sene başında EPDK tarafından yeniden değerlendirilmekte ve uygun görüldüğü ölçüde düşürülmektedir. Bkz., <http://www.epdk.org.tr/Detay/Icerik/16/serbest-tuketici>, Erişim Tarihi: 20.07.2018.

<sup>33</sup> Benzer bir tanım da Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği'nin (RG. 30.05.2018, S.30436; EPTHY) 4'üncü maddesinde yapılmıştır.

<sup>34</sup> Bkz., **Dalka Okumuş**, s.113-114.

serbest tüketici limitinin zamanla düşmesi nedeniyle serbest tüketici sayısı hızla artmıştır. EPDK'nın da nihaî hedefi tüm tüketicilerin serbest tüketici sıfatını kazanarak tedarikçilerini seçebilme hakkını elde etmesidir<sup>35</sup>. Hâl böyle olunca, elektrik sektöründe tedarik şirketlerinin daha fazla serbest tüketiciye ulaşmak için, taahhüt karşılığında elektrik ücretinde indirim yapma yoluna gidebileceği ifade edilebilir.

Elektrik sektöründe olduğu gibi, doğal gaz sektöründe de serbest tüketici kavramı bulunmaktadır<sup>36</sup>. 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun (DPK)<sup>37</sup> 3'üncü maddesine göre, serbest tüketici, "yurt içinde herhangi bir üretim şirketi, ithalat şirketi, dağıtım şirketi veya toptan satış şirketi ile doğal gaz alım-satım sözleşmesi yapma serbestisine sahip gerçek veya tüzel kişiyi", buna karşılık, serbest olmayan tüketici (abone) ise, "doğal gazı kendi kullanımı için dağıtım şirketlerinden almak zorunda olan gerçek veya tüzel kişiyi" ifade eder. Serbest tüketicinin nasıl belirleneceği ise, DPK.m.8/l hükmünde düzenleme altına alınmıştır<sup>38</sup>. Elektrik sektöründe olduğu gibi, burada da serbest tüketici, doğal gaz tedarikçisini seçme hakkına sahiptir<sup>39</sup>. Bu durum, doğal gaz abonelik sözleşmelerinin taahhütlü şekilde yapılabilmesine olanak sağlamaktadır.

Su hizmeti, ülkemizde belediyeler tarafından verilmektedir. Gerçekten, Belediye Kanunu'nun (BelK)<sup>40</sup> "Belediyenin görev ve sorumlulukları" başlıklı

<sup>35</sup> Bkz., <http://www.epdk.org.tr/Detay/Icerik/16/serbest-tuketici>, Erişim Tarihi: 20.07.2018.

<sup>36</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., **Kepkep**, Burak, Doğal Gaz Tedarik Sözleşmeleri, Toptan Satış – Spot LNG İthalat – Abonelik, İstanbul 2013.

<sup>37</sup> RG. 02.05.2001, S.24390.

<sup>38</sup> DPK.m.8/l: "a) Serbest tüketiciler aşağıdaki sınıflamaya göre belirlenir. 1) Satın aldığı yıllık doğal gaz miktarı bir milyon metreküpten daha fazla olan tüketiciler ve kullanıcı birlikleri, 2) Elektrik enerjisi üretimi için gaz satın alan şirketler, 3) Elektrik ve ısı enerjisi üreten kojenerasyon tesisleri, 4) Üretim faaliyetinde kullanılmak üzere, Türkiye'de doğal gaz üreten üretim şirketleri, Serbest tüketici statüsündedir. Ancak Kurul, bütün tüketiciler serbest tüketici oluncaya kadar her yıl serbest tüketici olma sınırını yeniden belirleyecektir."

<sup>39</sup> Bkz., **Dalka Okumuş**, s.113-114.

<sup>40</sup> RG. 13.07.2005, S.25874.

14'üncü maddesinin birinci fıkrasında “*imar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel altyapı... hizmetlerini yapar veya yaptırır*” denilmektedir. Görüldüğü üzere, su tedarikini sağlamak belediyelere bir görev olarak yüklenmiştir. Belediyeler, bu görevlerini genellikle kurdukları Su ve Kanalizasyon İdareleri aracılığıyla yerine getirmektedirler. Su ve Kanalizasyon İdareleri, ilk kez 1981 yılında İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi (İSKİ)'nin kurulmasıyla ortaya çıkmıştır. Hatta İstanbul Su ve Kanalizasyon İdareleri Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun<sup>41</sup> sonradan diğer belediyelerin hizmet çevreleri için kurulan Su ve Kanalizasyon İdareleri'nin kuruluşuna dayanak teşkil etmiştir<sup>42</sup>. Ayrıca, bu Kanun'un ek 5'inci maddesine göre, “*Bu Kanun diğer büyükşehir belediyelerinde de uygulanır*”. Görüldüğü üzere, su ve kanalizasyon hizmetleri ya bizzat belediye ya da büyükşehir belediyelerine bağlı müstakil bütçeli ve kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşlar tarafından yerine getirilmektedir. Su tedarikçisinin tek olması sebebiyle, bu sektörde taahhütlü abonelik sözleşmesinin uygulama alanı bulması pek mümkün değildir.

Abonelik sözleşmesine konu olan mal ve hizmetlerin büyük bir kısmı, sadece belirli satıcı ve sağlayıcılar tarafından temin edilmektedir. Özellikle elektrik, su, doğalgaz, internet ve telefon gibi hizmetler sadece belirli kurumlar tarafından aboneye sunulmaktadır. Bu nedenle, satıcı ve/veya sağlayıcının kendisine yapılan abonelik başvurusunu kabul etmek zorunda olduğu ifade edilebilir<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> RG. 23.11.1981, S.17523.

<sup>42</sup> Meselâ, Ankara Büyükşehir Belediyesi Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş, Görev, Yetki ve Yönetimine İlişkin Teşkilat Yönetmeliği'nin birinci maddesinde bunu görmek mümkündür. Bkz., [http://aski.gov.tr/Yukle/Dosya/mevzuatlar/KURULUS\\_GOREV\\_YETKI\\_VE\\_YONETIMI\\_NE\\_ILISKIN\\_TESKILAT\\_YONETMELIGI.pdf](http://aski.gov.tr/Yukle/Dosya/mevzuatlar/KURULUS_GOREV_YETKI_VE_YONETIMI_NE_ILISKIN_TESKILAT_YONETMELIGI.pdf), Erişim Tarihi: 02.08.2018.

<sup>43</sup> **Aslan**, s.285; **Kepkep**, s.75; **Dalka Okumuş**, s.103; **Kara**, s.533-537, 543. EPTHY.m.8/II hükmünde bu tür bir zorunluluğa yer verilmiştir. Buna göre, “*ilgili görevli tedarik şirketi bu madde kapsamında yer alan tüketicilere son kaynak tedariki kapsamında elektrik enerjisi ve/veya kapasite sağlamakla yükümlüdür*”. Ayrıca bkz., Y.13.HD. 02.06.2011, E.2011/469 K.2011/8719, (Lexpera, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), Erişim Tarihi: 20.07.2018).

## b. Abonelik Bedeli

Taahhütlü abonelik sözleşmesinin ikinci unsuru abonelik bedelidir. Gerçekten, taahhütlü abonelik sözleşmesine taraf olan aboneler, kendilerine dönemsel veya sürekli olarak sağlanan mal ve/veya hizmet karşılığında bedel ödeme borcu altına girmektedirler<sup>44</sup>. Abonenin ödemesi gereken bedel, kural olarak bir miktar paradır. Taraflar, ödemenin millî para veya yabancı para ile yapılacağı hususunda anlaşabilirler.

Abonelik bedeli ya baştan kesin olarak belirlenmekte ya da kullanılan mal ve/veya hizmete göre sonradan tespit edilmektedir. Meselâ, gazete, telefon, internet, televizyon gibi aboneliklerde abonelik bedeli genellikle baştan kesin olarak belirlenmektedir. Buna karşılık, su, doğal gaz, elektrik gibi aboneliklerde abonenin ödeyeceği bedel belirli dönemlerde kullanılan miktarın ölçülmesiyle (fatura kesilmesiyle) sonradan belirlenmektedir<sup>45</sup>.

Öte yandan, abonelik bedeli süreli yayın abonelik sözleşmelerinde genellikle peşin olarak ödenirken<sup>46</sup>; diğer abonelik sözleşmelerinde ise, sunulan mal ve/veya hizmet tüketildikçe dönemsel olarak ödenmektedir<sup>47</sup>. Meselâ, bir dergi aboneliğinde abonelik ücreti dergiye abone olunurken peşin olarak ifa edilmektedir. Buna karşılık, elektrik, telefon, doğal gaz, televizyon, internet aboneliklerinde ise bedel belirli aralıklara (genellikle aylık dönemler hâlinde) ödenmektedir.

Bazı taahhütlü abonelik sözleşmelerinde abone mal ve/veya hizmetten hiç yararlanmamış olsa da kendisinden her ay belirli bir sabit ücret ödemesi talep edilmektedir. Tüketiciden talep edilen sabit ücretin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla açılan bir davada Yargıtay, sabit ücret istenmesinin hukuka

<sup>44</sup> **Ayrancı**, s.214; **Zevkliler / Özel**, s.366; **Altaş**, Abonelik, s.159; **Çabri**, s.859-861; **Özdemir**, s.102; **Öktem Çevik**, Mobil Telefon, s.59; **Koca**, Tüketici, s.29; **Koca**, Telekomünikasyon, s.6; **Kara**, s.525; **Açıkgöz**, Mobil, s.61, 70; **Aslan**, s.284-285; **Açıkgöz**, Elektronik, s.2; **Yıldız**, s.31.

<sup>45</sup> **Aydoğdu**, Tüketici, s.317; **Çabri**, s.860; **Ceylan**, s.863; **Kara**, s.525.

<sup>46</sup> **Zevkliler / Özel**, 363; **Aslan**, 281; **Kara**, s.525; **Karakocalı / Kurşun**, s.191; **Açıkgöz**, Mobil, s.70.

<sup>47</sup> **Karakocalı / Kurşun**, s.191; **Kara**, s.525; **İlhan**, s.229; **Koca**, Tüketici, s.33; **Açıkgöz**, Mobil, s.70.

aykırı olmadığına ve bunun haksız şart olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir<sup>48</sup>.

### c. Belirli Bir Süre Abone Kalma Taahhüdü

Taahhütlü abonelik sözleşmesini diğer abonelik sözleşmelerinden ayıran temel unsur, abonenin taahhütnamede belirtilen süre kadar abone kalmayı vadetmesidir<sup>49</sup>. Taahhütlü abonelik sözleşmesinin geçerli olabilmesi

<sup>48</sup> **Çabri**, s.860-861. YHGK. 13.05.2009, E.2009/13-122 K.2009/189, "...dava konusu sabit ücret, yasa ile belirlenen bir ücrettir. Türk Telekom tarafından yapılan tarife Telekomünikasyon Kurumu tarafından onaylandıktan sonra yürürlüğe girmekte ve uygulanmaktadır. Bu ücretin Anayasaya aykırı olmadığı, Anayasa Mahkemesinin 10.2.2004 tarih ve 74-9 sayılı kararı ile de belirlenmiştir, Sabit ücretin, yapılan görüşmeler dışında, abonenin telefon görüşmesini sağlamak üzere bütün yıl boyunca telefon hattının görüşmeye hazır tutulması için, işletmeci şirket tarafından yapılan enerji tüketimi, teknik donanımı, bakım ve yönetim ile personel çalıştırılmasından doğan masrafların karşılığı olduğu, bu uygulamanın yurt dışındaki telekom firmalarınca da yapıldığı, daha önce Dairemizce temyiz incelemesi yapılan dava dosyalarından bilinmektedir, Sabit ücretin alınmaması, bu kalem masrafların konuşma ücretlerine yansıtılması da aboneler arasında adaletsizlik yaratacaktır. Zira çok konuşandan bu masraflar çok fazla olarak alınacak az konuşandan az, başkasını aramayan, arandığında konuşan aboneden ise, hiç sabit ücret alınmaması sonucunu doğuracaktır. Bu sonuç hakkaniyete uygun olmadığı gibi adil ve yasada öngörülen ücretin belirlenme kurallarına uygun değildir, O nedenle, telefon abonesi olan herkesin, hiç başkalarını aramasa, telefonla hiç konuşmasa dahi, hattın kendisine tahsis edilip bağlı kalması, her an başkalarını araması veya başkalarınınca aranarak konuşması için hazır bulundurulmasının karşılığı bir sabit ücret ödenmesi yaptığı konuşmaların sayısına göre de, ayrıca ücret ödenmesi aklın, mantığın ve hakkaniyetin gereğidir, Dairemizin uzun süredir uygulaması da sabit ücretin yasal ve hakkaniyet gereği olduğu yönündedir. ..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 02.06.2018); aynı yönde bkz., YHGK. 13.10.2010, E.2010/13-406 K.2010/503, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 02.06.2018). Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Bozgeyik**, Hayri, Telefonda Sabit Ücret Uygulaması ve Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.1, İstanbul 2009, s.457-473; **Deryal**, Yahya, Telekomünikasyon Piyasasında Uygulanan Sabit Ücretin Hukuka Aykırılığı, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, S.36, 2009, s.137-146.

<sup>49</sup> **Çetiner**, Bilgehan, Elektronik Haberleşme Sektöründe Abonelik Sözleşmesinin Sona Ermesi, Telekomünikasyon Hukuku, Editör: Prof. Dr. Halil Akkanat, İstanbul 2017, s.108.

için, verilen taahhüt karşılığında abonenin bir yarar elde etmesi şarttır. Abonenin herhangi bir menfaati olmadan satıcı veya sağlayıcının kendi menfaatine göre düzenleyerek dayattığı taahhütlü abonelik sözleşmesi tüketici açısından bağlayıcı değildir<sup>50</sup>.

ASY.m.15/I hükmünde, taahhütlü abonelik sözleşmesine taraf olan satıcı/sağlayıcının tüketiciye abonelik sözleşmesinin ayrılmaz bir parçası olan ve yönetmelikte belirlenen bilgileri içeren bir taahhütname vermek zorunda olduğu düzenlenmiştir<sup>51</sup>. Taahhütnamede hangi bilgilerin olacağı ise, anılan hükmün ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, taahhütnamede;

- ✓ Taahhüdün geçerlilik süresi
- ✓ Taahhüt konusu mal veya hizmetin nitelikleri,
- ✓ Tüm vergiler dâhil toplam fiyatı,
- ✓ İndirim yapılan tarifenin taahhüt verilmeden önceki fiyatı<sup>52</sup>,
- ✓ Aylık yapılan indirim miktarı,
- ✓ Taahhüdün süresinden önce sonlandırılması durumunda tüketicinin

elde edeceği faydalara ilişkin geri ödeyeceği bedelin hesaplanma yöntemi yer almak zorundadır.

Taahhütnamenin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısıyla aboneye verilmesi gerekir (ASY.m.15/I). Taahhütnamenin sesli iletişim araçları kullanılmak suretiyle verilebilmesi de mümkündür. Bu durumda, taahhütnamenin içermesi gereken bilgiler tüketiciye aynı ortamda verilmek zorundadır (ASY.m.15/III).

Taahhüt süresince sözleşme ve taahhütname koşullarında tüketici aleyhine değişiklik yapılması mümkün değildir (ASY.m.14/II). Bu süre içerisinde tüketici aleyhine değişiklik yapılması, haksız şart olarak değerlendirilebilir. Buna karşılık, piyasadaki ekonomik durum ve rekabet

<sup>50</sup> Ceylan, s.869.

<sup>51</sup> Bkz., Çetiner, Elektronik, s.108; Ceylan, s.869.

<sup>52</sup> Taahhüt konusu mal ve/veya hizmetin taahhüt verilmeden önceki fiyatı, aynı mal ve/veya hizmet için taahhütsüz abonelikler kapsamında istenen fiyattan yüksek olması yasaktır (ASY.m.15/IV). Bu konuda bkz., Ceylan, s.870.

koşulları gereğince satıcı veya sağlayıcı tarafından abonenin lehine olan değişiklikler her zaman yapılabilir<sup>53</sup>.

#### d. Tarafların Anlaşması

##### aa. Genel Olarak

Taahhütlü abonelik sözleşmesinin son unsuru, tarafların, abonelik bedeli karşılığında dönemsel veya sürekli olarak belirli bir mal ve/veya hizmetin sağlanması konusunda anlaşmalarıdır. Taahhütlü abonelik sözleşmesinin kurulabilmesi için, tarafların sözleşmenin objektif ve subjektif esaslı noktaları üzerinde anlaşmış olmaları gerekli ve zorunludur<sup>54</sup>. Diğer bir deyişle, tarafların dönemsel veya sürekli olarak belirli bir mal ve/veya hizmet sağlanacağı, abonelik bedeli ve taahhütnamenin içeriği konusunda anlaşmaları gerekmektedir<sup>55</sup>. Bu üç unsur dışındaki hususlar bakımından, kural olarak, tarafların anlaşması zorunlu değildir.

Abonelik sözleşmelerinde taraflar arasında herhangi bir anlaşma olmadan mal veya hizmet kullanılması hâlinde satıcı veya sağlayıcı tarafından abonelik bedeli istenebilir. Bu konuda Yargıtay, önceki tarihli bir kararında<sup>56</sup> kaçak kullanımı haksız fiil olarak değerlendirmişken; daha yerinde olan güncel bir kararında ise<sup>57</sup>, kaçak kullanımla birlikte taraflar arasında fiilî

<sup>53</sup> Çabri, s.865; Ceylan, s.869.

<sup>54</sup> Ayrancı, s.214; Altaş, Abonelik, s.159; Çabri, s.861; Öktem Çevik, Mobil Telefon, s.17; Öktem Çevik, Abonelik, s.349; Koca, Tüketici, s.30; Açıkgöz, Mobil, s.61,76; Yıldız, s.33.

<sup>55</sup> Öktem Çevik, Mobil Telefon, s.17.

<sup>56</sup> Bkz., Y.4.HD. 26.12.2005, E.2005/14960 K.2005/14063, "... Dava konusu somut olayda ise davacı ile davalı arasında abone sözleşmesi bulunmamaktadır. Davalı, davacı ile bir sözleşme yapmadan elektrik tükettiğine göre sorumluluğu, BK 41 vd maddelerinde düzenlenmiş olan haksız eylem hükümlerinden doğmaktadır. Bu durumda ise davaya genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılması gerekir. ..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 02.06.2018).

<sup>57</sup> Bkz., Y.3.HD. 13.02.2014, E.2013/14561 K.2014/2192, "...Taraflar arasındaki uyumsuzluk; abonelik olmaksızın kaçak atık su kullanımından kaynaklanmaktadır. Mahkemece; eylem haksız fiil kabul edilerek, haksız fiillerde de zamanaşımı süresi bir yıl olduğundan bahisle, davanın zamanaşımından reddine karar verilmiştir. ...



sözleşme ilişkisi kurulduğuna ve alacak hakkının on yıllık zamanaşımına tâbi olduğuna karar vermiştir<sup>58</sup>.

Tarafların ehliyeti, sözleşmenin kurulması ve temsil hakkında, Medenî Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri niteliğine uygun düştüğü oranda taahhütlü abonelik sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulur.

### bb. Taahhütlü Abonelik Sözleşmesinin Tarafları

Abonelik sözleşmesinin tarafları mevzuatta farklı şekillerde isimlendirilmiştir. TKHK.m.52 hükmünün uygulanabilmesi için, taahhütlü abonelik sözleşmesinin taraflarının *“meslekî veya ticarî amaçlarla hareket eden satıcı/sağlayıcı”* ile *“meslekî ve ticarî amaçlarla hareket etmeyen tüketicisi”* olması gerekmektedir<sup>59</sup>. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun (EHK)<sup>60</sup> üçüncü maddesinin “b” bendine göre, elektronik haberleşme sektöründeki abonelik sözleşmesinin tarafları *“işletmeci”* ve *“abone”*dir<sup>61</sup>. Doğal gaz piyasasındaki abonelik sözleşmesi, Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği'nin (DPDMHY) *“Müşteri Sözleşmeleri”* başlıklı 38 inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, söz konusu sektörde taahhütlü abonelik sözleşmesinin tarafları, *“abone”* ve *“EPDK'dan lisans almış yetkili dağıtım şirketi”*dir<sup>62</sup>. Yukarıda değinilen düzenlemelere genel anlamda bakıldığında, taahhütlü abonelik sözleşmesinin *“satıcı/sağlayıcı”* ve *“abone”* olmak üzere iki tarafının olduğu ifade edilebilir.

---

taraflar arasında sözleşme benzeri bir ilişkinin kurulduğu gözönüne alındığında; 818 sayılı B.K.'nin 125. maddesine göre zamanaşımı süresi 10 yıldır. Dava tarihi itibarı ile bu süre dolmadığına göre, mahkemece işin esasına girilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın zamanaşımı sebebiyle reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir. ...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 02.06.2018).

<sup>58</sup> Çabri, s.861-863.

<sup>59</sup> Karakocalı / Kurşun, s.193.

<sup>60</sup> RG. 10.11.2008, S.27050 (Mükerrer).

<sup>61</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., Özdemir, s.7-9; Öktem Çevik, Mobil Telefon, s.7-11; Açıkgöz, Mobil, s.63-66; Kara, s.538.

<sup>62</sup> Dalka Okumuş, s.113.

### i. Satıcı veya Sağlayıcı

Taahhütlü abonelik sözleşmelerinde satıcı veya sağlayıcının kim olacağı, sunulan mal ve/veya hizmetin türüne göre değişkenlik gösterir. Satıcı veya sağlayıcı, öncelikle bir özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi olabilir. Bu durum genellikle süreli yayın aboneliklerinde görülür. Buna ek olarak, bir kamu kuruluşunun ya da devletten imtiyaz alan bir şirketin de taahhütlü abonelik sözleşmesi çerçevesinde mal ve/veya hizmet sunması mümkündür. Buna örnek olarak, telefon, elektrik, su ve doğal gaz abonelikleri gösterilebilir<sup>63</sup>.

### ii. Abone

Taahhütlü abonelik sözleşmesinin sözleşme konusu mal ve/veya hizmeti talep etme yetkisine sahip olan tarafına “abone” adı verilir<sup>64</sup>. Abone, gerçek kişi olabileceği gibi; tüzel kişi de olabilir<sup>65</sup>.

Taahhütlü abonelik sözleşmesine taraf olan aboneler, genellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında tüketici sıfatına sahip olmaktadır. Ancak, bir sözleşmenin taahhütlü abonelik sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için bu şart değildir. Diğer bir deyişle, abonenin ticarî veya meslekî bir amaçla sözleşmeye taraf olması durumunda da akdedilen sözleşme yine taahhütlü abonelik sözleşmesi olarak değerlendirilebilir<sup>66</sup>.

Abonenin tüketici sıfatına sahip olup olmaması, sözleşmeye uygulanacak hükümler bakımından önem arz eder. Taahhütlü abonelik

<sup>63</sup> Kara, s.522; Öktem Çevik, Mobil Telefon, s.7; Karakocalı / Kurşun, s.193; Açıkgöz, Mobil, s.63. Telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi hakkında pozitif hukukta görülen yöntemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Ulusoy, Ali, Telekomünikasyon Hukuku, Ankara 2002, s.43-66.

<sup>64</sup> Ayrancı, s.218; Çabri, s.857; Açıkgöz, Mobil, s.66.

<sup>65</sup> Özdemir, s.8; Açıkgöz, Mobil, s.67; Yıldız, s.11-12.

<sup>66</sup> Çabri, s.857; Kara, s.524; Karakocalı / Kurşun, s.193-194; İlhan, s.230; Koca, Telekomünikasyon, s.6; Açıkgöz, Mobil, s.66 vd.. Abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan hukukî uyuşmazlıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Memiş, Yusuf, Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Hukukî Uyuşmazlıklarda “Görevli Mahkeme”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C.11, S.113, 2016, s.57-102.

sözleşmesi ilgili şartları<sup>67</sup> taşıması hâlinde tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilir<sup>68</sup>. Taahhütlü abonelik sözleşmesinin tüketici sözleşmesi olarak kabulü, ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde TKHK hükümlerinin uygulanabilmesini sağlar. Buna karşılık, abonenin tüketici sıfatına sahip olmaması hâlinde somut olayda Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulama alanı bulacağı ifade edilebilir<sup>69</sup>.

### cc. Taahhütlü Abonelik Sözleşmesinin Şekli

Taahhütlü abonelik sözleşmesinin kurulabilmesi için, Borçlar hukukunun genel prensibi olan şekil serbestisi ilkesi (BK.m.12)<sup>70</sup> geçerli

<sup>67</sup> Bu konuda bkz., **Ozanoğlu**, Hasan Seçkin, Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S.1, 2011, s.55-90.

<sup>68</sup> **Çabri**, s.857-858; **Kara**, s.524; **Altaş**, Abonelik, s.165; **Açıkgöz**, Mobil, s.60; **Koca**, Telekomünikasyon, s.6. Apartman yönetiminin yapmış olduğu su aboneliği sözleşmesinin tüketici işlemi olduğu yönünde bkz., Y.13.HD. 15.03.2007, E.2006/16754 K.2007/3601, "...Somut uyuşmazlıkta, davalı apartman yönetiminin, ana saat hidrofor için düzenlediği 340149 abone numaralı sözleşme, konut aboneliği olup davalının kullandığı su, mesken için kullanılan su olduğundan taraflar arasındaki ilişkinin 4077 sayılı yasa kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır. ..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 02.06.2018).

<sup>69</sup> **Öktem Çevik**, Abonelik, s.346; **Zevkililer / Özel**, s.364; **Çabri**, s.857-858; **Dalka Okumuş**, s.94; **Koca**, Tüketici, s.27; **Karakocalı / Kurşun**, s.193-194; **Açıkgöz**, Mobil, s.60, dn.128; **İlhan**, s.230. Y.3.HD. 19.06.2013, E.2013/7577 K.2013/10650, "...Somut uyuşmazlıkta ise, dosyadaki bilgi ve belgelerden, dava konusu su abonelik sözleşmesinin davalının işyeri hakkında düzenlendiği, tesisatın kurulu olduğu adresin davalının işyeri olduğu anlaşıldığından, davalı tüketici tanımına uymadığı gibi, olayda 4077 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması da mümkün değildir. Bu duruma göre uyuşmazlığın çözümü genel mahkemelerin görevi içerisindedir. Hal böyle olunca; mahkemece, işin esasına girilerek, oluşacak sonuç dairesinde hüküm tesisi gerekirken, yanılığılı değerlendirme ile yazılı şekilde görevsizlik karan verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir. ..." (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 20.07.2018).

<sup>70</sup> Bu konuda bkz., **Brox**, Hans / **Walker**, Wolf-Dietrich, Allgemeines Schuldrecht, 32. Auflage, München 2007, s.33; **Merz**, Hans, Vertrag und Vertragschluss, 2. Auflage, Freiburg 1992, s.182; **von Tuhr**, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2 (Çev. Cevat Edege), Ankara 1983, s.229; **Arsebük**, Esat, Borçlar Hukuku, C.1, 2. Baskı, İstanbul 1943, s.330; **Saymen**, Ferit H., Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, Umumi

değildir. TKHK.m.52/II ve ASY.m.5 hükümlerine göre, abonelik sözleşmesinin yazılı veya mesafeli şekilde kurulması ve sözleşmenin bir nüshasının yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunludur<sup>71</sup>. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre<sup>72</sup>, ASY.m.5 hükmünde yer alan “*abonelik sözleşmesi kurmak*” ifadesiyle kastedilen sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasıdır.

TKHK.m.52/II ve ASY.m.5 hükümlerinin taahhütlü abonelik sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulacağı ileri sürülebilir. Bu hükümlerde tüketiciyi korumak amacıyla öngörülen şekil şartının, geçerlilik şekli kabul

---

Hükümler, İstanbul 1950, s.144; **Gönensay**, A. Samim, Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 1948, s.63; **Esener**, Turhan, Borçlar Hukuku, C.1, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK.m.1-40), Ankara 1969, s.168; **Aybay**, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, İstanbul 1975, s.23; **Ataay**, Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, C.1, 4. Baskı, İstanbul 1986, s.136; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip / **Hatemi**, Hüseyin / **Serozan**, Rona / **Arpacı**, Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, C.1, 6. Baskı, İstanbul 2014, s.270; **Eren**, s.282; **Oğuzman**, M. Kemal / **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, 16. Baskı, İstanbul 2018, s.139; **İnan**, Ali Naim / **Özge Yücel**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014, s.207; **Hatemi**, Hüseyin / **Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 3. Baskı, İstanbul 2015, s.44; **Antalya**, O. Gökhan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, 2. Baskı, İstanbul 2013, s.328; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015, s.83; **Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016, s.37, 175; **Akıncı**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, 10. Baskı, Konya 2017, s.77; **Reisoğlu**, Safa, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul 2014, s.81; **Nomer**, Halûk N., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2015, s.99; **Yıldırım**, Abdülkerim, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2015, s.104; **Akkurt**, Sinan Sami / **Erdoğan**, Kemal / **Tokat**, Hüseyin, Borçlar Hukuku, Ankara 2018, s. 46; **Akkurt**, Sinan Sami, Hukukî İşlemlerde Geçersizlik Olgusuna Genel Bir Bakış, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1, 2014, s.110.

<sup>71</sup> Bkz., **Zevkliler / Özel**, s.367; **Aydoğdu**, Tüketici, s.318; **Çabri**, s.865; **Deryal / Korkmaz**, s.189; **Dalka Okumuş**, s.99; **Kara**, s.539. Sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesinin zorunlu tutulmasıyla çok önemli bir tüketici hakkı olan “*bilgilendirilme hakkı*” sağlanmaya çalışılmıştır. Bkz., **Dalka Okumuş**, s.99. Benzer bir düzenleme de EHSTHY.m.7/IX'da öngörülmüştür.

<sup>72</sup> **Çabri**, s.865-866; **Öktem Çevik**, Abonelik, s.350.

edilmesi gerekir<sup>73</sup>. Bu durumda, öngörülen şekle aykırı olarak yapılan taahhütlü abonelik sözleşmesi kesin hükümsüz olur<sup>74</sup>. Ayrıca, sözleşmenin öngörülen şekilde yapılmaması hâlinde geçersizliğin sadece tüketici tarafından ileri sürülebileceği yönünde açık hüküm bulunmamaktadır. Ancak, TKHK.m.22/III, 32/II, 41/I ve 47/IV hükümlerinin kanunun ruhuna uygun olarak kıyasen uygulanmasıyla şekle aykırılığın sadece tüketici tarafından ileri sürülebileceği ifade edilebilir<sup>75</sup>.

Taahhütlü abonelik sözleşmesinin en az oniki punto büyüklüğünde olması, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir şekilde düzenlenmesi gerekir (TKHK.m.4/I-c.1; ASY.m.5/II)<sup>76</sup>. Taahhütlü abonelik sözleşmesinin şeklen bu şartlara uygun olarak hazırlanması yeterli değildir. Sözleşmede ayrıca ASY.m.6 hükmünde belirtilen zorunlu içeriğe de yer verilmesi şarttır<sup>77</sup>. Taahhütlü abonelik sözleşmesinin zorunlu içeriğinden bir hususun sözleşmede yer almaması, doğrudan sözleşmenin geçersizliğine yol açmaz. Bu gibi eksikliklerin sözleşmeyi düzenleyen satıcı/sağlayıcı tarafından tüketiciden ilave bir ödemede bulunması istenmeksizin derhal giderilmesi gerekir. Aksi takdirde, tüketici cezaî şart, tazminat ve benzeri adlarla

<sup>73</sup> **Ertas**, Şeref, Yeni Tüketiciyi Koruma Kanununda Abonman Sözleşmeleri, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, Özel Sayı, 2014, s.104; ayrıca bkz., **Dalka Okumuş**, s.100; **Öktem Çevik**, Abonelik, s.356; **Açıkgöz**, Mobil, s.120.

<sup>74</sup> **Çabri**, s.866; **Öktem Çevik**, Abonelik, s.356.

<sup>75</sup> **Çabri**, s.866; **Öktem Çevik**, Abonelik, s.357.

<sup>76</sup> Mobil telefon abonelik sözleşmesinin şekli bakımından EHSTHY.m.7/III'de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, "Abonelik sözleşmelerinin en az on iki punto ile hazırlanması, aboneye yükümlülük getiren hususların açık, sade ve anlaşılabilir şekilde siyah koyu harflerle belirtilmesi ve tip abonelik sözleşmelerinin kolay erişilebilir bir şekilde işletmecilerin internet sitelerinde yayınlanması zorunludur".

<sup>77</sup> Aksi takdirde, sözleşme hükümlerinin satıcı/sağlayıcı aleyhine yorumlanması gerekir (bkz., **Açıkgöz**, Elektronik, s.32). Mobil telefon abonelik sözleşmesinde de işletmeciler, abonelik sözleşmelerinde EHK.m.50/I ve EHSTHY.m.7/II'de belirtilen asgarî bilgilerin yer almasını sağlamakla ve Yönetmeliğe uygun şekilde düzenlenmiş abonelik sözleşmesinin eksiksiz tanzim edilmesiyle yükümlüdür (EHSTHY.m.7/IV).

herhangi bir ödemede bulunmaksızın sözleşmeyi feshedebilir (ASY.m.7)<sup>78</sup>. Kanımızca taahhütlü abonelik sözleşmesinin bu sebeple feshi hâlinde abonelerin tazminat ödeme yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

Taahhütlü abonelik sözleşmesinin içeriğinde buna ek olarak ASY.m.15/II'de belirtilen bilgileri içeren taahhütnamenin de bulunması gerekir. Zira taahhütlü abonelik sözleşmesinin ayrılmaz bir parçası olan taahhütnamenin tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile verilmesi zorunludur. Bu yükümlülüklerin satıcı/sağlayıcı tarafından ihlâli hâlinde 200 TL idarî para cezası yaptırımını uygulanır<sup>79</sup>.

## II. TAAHHÜTLÜ ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME SEBEPLERİ

### A. GENEL OLARAK

Abonelik sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olarak kurulabilmesi mümkünken<sup>80</sup>; taahhütlü abonelik sözleşmesi ancak belirli süreli olarak kurulabilir<sup>81</sup>. Zira taahhüdün geçerlilik süresi, taahhütnamenin zorunlu içeriklerinden birisidir. Bu nedenle, taahhütlü abonelik sözleşmesine sürenin bitiminde sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin hüküm konulamaz. Ancak taahhütlü abonelik sözleşmesinin kurulmasından sonra, sözleşmenin sona ereceği tarihe kadar tüketicinin talepte bulunması veya onay vermesi hâlinde sözleşme süresi uzatılabilir (TKHK.m.52/III)<sup>82</sup>. Abonenin kendiliğinden talepte bulunması veya kendisine sunulan talebe onay vermesi durumunda yeni kurulacak olan sözleşmenin taahhütlü olup olmayacağı tereddüde mahal verebilir. Bu durumda, yeni kurulan sözleşmenin taahhütlü abonelik sözleşmesi olarak değerlendirilebilmesi için, abonenin sözleşmenin uzamasının yanı sıra gerekli şartlara uyularak taahhütname konusunda da

<sup>78</sup> Çabri, s.868-869; Karakocalı / Kurşun, s.194.

<sup>79</sup> Karakocalı / Kurşun, s.195.

<sup>80</sup> Çabri, s.859, 864; Ceylan, s.886.

<sup>81</sup> Karakocalı / Kurşun, s.200.

<sup>82</sup> Bkz., Aydoğdu, Tüketici, s.318; Dalka Okumuş, s.100; Öktem Çevik, Abonelik, s.358; Karakocalı / Kurşun, s.195-196. Öktem Çevik'e göre, sözleşmenin süre bitiminde kendiliğinden uzayacağına ilişkin onayın sözleşmenin kurulması sırasında veya sürenin bitiminden çok önce alınması, TKHK.m.6 anlamında haksız şart olarak değerlendirilebilir (bkz., Abonelik, s.258).

aydınlatılması ve rızasının alınması gerekir. Aksi takdirde, yeni sözleşme alelâde bir abonelik sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir.

Taahhütlü abonelik sözleşmesi, genel sona erme nedenleri ile sona erebilir. Sürekli borç ilişkisi doğurması nedeniyle taahhütlü abonelik sözleşmesinde taraflara fesih hakkı da tanınmıştır<sup>83</sup>. Taahhütlü abonelik sözleşmesinde abonelerin en çok korunması gereken husus, kendisini sözleşmenin feshinde gösterir. Zira taahhütlü abonelik sözleşmesinde abone, taahhütnamede belirtilen süre kadar sözleşmeyle bağlı kalmayı taahhüt etmekte ve hatta çoğu zaman sözleşmeyi fesih hakkına sahip olduğunu dahi bilmemektedir.

## B. TAAHHÜTLÜ ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME SEBEPLERİ

### 1. Sözleşmeden Cayma

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, bazı sözleşmelerde tüketicilere cayma hakkı tanımıştır<sup>84</sup>. Ancak, tüketiciye cayma hakkı tanınan bu sözleşmeler arasında abonelik sözleşmesi bulunmamaktadır. Ne var ki taahhütlü abonelik sözleşmesinin satıcı/sağlayıcının işyeri dışında kurulması

<sup>83</sup> Ceylan, s.886; Karakocalı / Kurşun, s.199.

<sup>84</sup> Bkz., Özel, Çağlar, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999; Aydoğdu, Murat, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, 2013, s.7-8; Demir, Mehmet, Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 2003; Demir, Mehmet, Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1-2, 2003, s. 61-90. Buna karşılık, sözleşmenin diğer tarafında bu imkân verilmemiştir. Bkz., Oğuz, Cemal, Kapıdan Satışlarda Tüketiciye Tanınan Cayma Hakkının Kullanılmasının Şartları ve Caymanın Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1-2, 2005, s.36.

(TKHK.m.47/V) veya mesafeli sözleşme<sup>85</sup> niteliğinde olması (TKHK.m.48/IV) hâlinde tüketici sıfatını haiz olan abone cayma hakkını kullanabilir<sup>86</sup>.

Taahhütlü abonelik sözleşmesinden abonenin cayabilmesi için, öncelikle sözleşmenin “tüketici sözleşmesi olması” şarttır. Bu şarta ek olarak, taahhütlü abonelik sözleşmesinin “iş yeri dışında kurulması” veya “mesafeli sözleşme niteliğinde olması” gerekmektedir.

#### a. Taahhütlü Abonelik Sözleşmesinin İş Yeri Dışında Kurulması

Taahhütlü abonelik sözleşmesinin iş yeri dışında kurulduğu<sup>87</sup> hâllerde normalde sözleşme akdetmeyi düşünmeyen tüketici, bilgisizliğinden ve şaşkınlığından faydalanılarak sözleşme yapmaya ikna edilmektedir. Ortamın sebep olduğu psikolojik baskıyla sözleşme yapmaya ikna olan tüketicilere, arzu etmedikleri bir durumla karşı karşıya kalmamaları için ondört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezaî şart ödemeksizin sözleşmeden

<sup>85</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., **Yıldırım**, Abdülkerim, “Mesafe Satımı” ile “Mesafeli Satım” Kavramları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1-2, 2004, s.127-152.

<sup>86</sup> **Çetiner**, Elektronik, s.96. Abonelik sözleşmesinde tüketiciye cayma hakkının değil de fesih hakkının tanınmasının sebebi hakkında bkz., **Sert Sütçü**, Selin, Tüketicinin Cayma Hakkı, Ankara 2016, s.85.

<sup>87</sup> Taahhütlü abonelik sözleşmesinin iş yeri dışında kurulan sözleşme olarak kabul edilebilmesi için, “teklifin tüketici ya da satıcı veya sağlayıcı tarafından yapılmasına bakılmaksızın iş yeri dışında, tarafların eş zamanlı fiziksel varlığında kurulması”, “tarafların eş zamanlı fiziksel varlığında tüketiciyle iş yeri dışında görüşülmesinin hemen sonrasında, satıcı veya sağlayıcının iş yerinde ya da herhangi bir uzaktan iletişim aracıyla kurulması” veya “mal ve hizmetlerin tüketiciye tanıtımı ya da satışı amacıyla satıcı veya sağlayıcı tarafından düzenlenen bir gezi esnasında kurulması” gerekir (TKHK.m.47/I). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., **İkizler**, Metin, 4822 sayılı Kanun’la Değişik Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun İşığında Kapıdan Satışların Unsurları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.2, 2003, s.77-108; **Kurt**, Leyla Müjde, TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, S.2, 2011, s.48-50; **Kabaş**, Esen, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.3, 2015, s.75-77; **Çabri**, s.713-744; **Çetiner**, Elektronik, s.97; **Sert Sütçü**, s.54-56.



cayma hakkı verilmiştir (TKHK.m.47/V-c.1; İYDKSY.m.8/I<sup>88</sup>). Ondört günlük cayma süresi, hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün; mal teslimine ilişkin sözleşmelerde ise, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlar<sup>90</sup>. Ancak tüketici sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar olan süre içerisinde de cayma hakkını kullanabilir (İYDKSY.m.8/II). Tüketici, isterse bu hakkını kullanarak herhangi bir maddî yükümlülük altına girmeden sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulabilir.

Cayma süresi içinde satıcı/sağlayıcı sözleşmeye konu mal veya hizmet karşılığında tüketiciden herhangi bir isim altında ödeme yapmasını veya tüketiciyi borç altına sokan herhangi bir belge vermesini isteyemez (TKHK.m.47/V-c.3; İYDKSY.m.11/I-c.1). Bu yasağa rağmen tüketiciden alınan bedelin derhâl tüketicie iade edilmesi gerekir. Satıcı/sağlayıcı tarafından cayma süresi içinde alınan ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belge tüketici yönünden geçersizdir (İYDKSY.m.11/I)<sup>91</sup>. Yine, tüketici cayma süresi içinde malın olağan [işleyişine, teknik özelliklerine ve kullanım talimatlarına uygun (İYDKSY.m.12)] kullanımı sebebiyle ortaya çıkan değişiklik ve bozulmadan sorumlu değildir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde yazılı olarak veya kalıcı veri sağlayıcısı ile (İYDKSY.m.10/I)<sup>92</sup> satıcı/sağlayıcıya yöneltilmesi yeterlidir; ayrıca varması veya onun tarafından

<sup>88</sup> 20444 sayılı İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği, RG. 14.01.2015, S.29236.

<sup>89</sup> **Çetiner**, Elektronik, s.97; **Çabri**, s.729-730; **İkizler**, s.99; **Kabaş**, s.79.

<sup>90</sup> Bkz., **Yıldırım**, Abdulkerim, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, Ankara 2009, s.231.

<sup>91</sup> **Çetiner**, Elektronik, s.98.

<sup>92</sup> **Çetiner**'in de haklı olarak belirttiği üzere cayma beyanının kullanılmasına ilişkin kanunda yer almamasına rağmen yönetmelikte öngörülen bu şekli bir geçerlilik şekli değil, ispat şekli olarak değerlendirmek yerinde olur (bkz., Elektronik Haberleşme, s.97). eTKHK döneminde de cayma beyanının herhangi bir şekle tâbi olmadığı kabul edilmekteydi. Bkz., **Kurt**, s.58.

öğrenilmesi gerekmez<sup>93</sup>. Cayma hakkının kullanıldığına ilişkin ispat yükü, tüketicie aittir (İYDKSY.m.10/IV)<sup>94</sup>.

TKHK.m.47/V düzenlemesiyle amaçlanan sonuca ulaşılabilmesi için, hiç şüphesiz tüketicinin cayma hakkının varlığından haberdar olması gerekir<sup>95</sup>. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, tüketicinin cayma hakkının varlığı konusunda bilgilendirildiğini ispat etmekle satıcı/sağlayıcıyı yükümlü kılmıştır (TKHK.m.47/V-4; İYDKSY.m.9/I). Yine, satıcı/sağlayıcının TKHK.m.47'de öngörülen yükümlülüklerine aykırı davranması veya tüketicie cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirmemesi durumunda tüketici ondört günlük süre ile bağlı olmadan cayma hakkını kullanabilir. Ne var ki, bu hakkın en geç cayma süresinin bitiminden itibaren bir yıl içinde kullanılması şarttır (TKHK.m.47/VI; İYDKSY.m.9/II)<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> **Kara**, s.499; **Kabaş**, s.80.

<sup>94</sup> **Çabri**, s.737; **Sert Sütçü**, s.56.

<sup>95</sup> Bu konuda İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliğinin (RG. 14.1.2015, S.29236) "Ön Bilgilendirme" başlıklı 5 inci maddesinin birinci fıkrasının "ç" bendinde "Cayma hakkının olduğu durumlarda, cayma hakkının kullanılma şartları" hakkında satıcı/sağlayıcının bilgilendirme yükümlülüğü; "Sözleşmenin Zorunlu İçeriği" başlıklı 7'nci maddesinde "ğ) Cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi ve usulüne ilişkin bilgiler, h) Cayma bildirimini yapılacak açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgileri, ı) 14 üncü madde uyarınca cayma hakkının kullanılmadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi, i) 'Bu sözleşmenin kurulduğu veya malın teslim alındığı tarihten itibaren on dört gün içerisinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin cayma hakkınız bulunmaktadır. Cayma süresi içinde sözleşmeye konu mal veya hizmet karşılığında herhangi bir isim altında ödeme yapmanızı veya borç altına sokan herhangi bir belge vermenizi istemeyeceğimizi ve cayma bildirimini tarafımıza ulaştığı tarihten itibaren en geç on dört gün içerisinde malı geri almayı taahhüt ederiz.' ifadesi"nin sözleşmede yer almasının zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır.

<sup>96</sup> **Çabri**, s.735; **Sert Sütçü**, s.56; **Kabaş**, s.83. eTKHK döneminde de bu takdirde geri alma beyanının kullanılabilmesi süre işlemeye başlamazdı. Ancak, bu hakkın kullanılabilmesi herhangi bir azamî süre öngörülmemiştir. Öğretide, bu hakkın dürüstlük kuralı gereğince mümkün olan en kısa süre içerisinde kullanılması gerektiği ileri sürülmekteydi. Bkz., **Kurt**, s.59.

Satıcı/sağlayıcı, cayma bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on dört gün içinde malı geri almakla yükümlüdür. Bu süre içerisinde malın geri alınmaması durumunda, tüketicinin malı muhafaza etme yükümlülüğü bulunmamaktadır (İYDKSY.m.11/II)<sup>97</sup>. Buna karşılık, “cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmeler” bakımından tüketici cayma hakkını kullanamaz (İYDKSY.m.14/I-d)<sup>98</sup>. Ayrıca, TKHK.m.47/VII’de kapsam dışı sözleşmelerin yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiş ve İYDKSY.m.2/II-ı hükmüyle “elektrik, su ve doğal gaz hizmetlerine ilişkin abonelikler”le ilgili sözleşmeler kapsam dışı bırakılmıştır. Bu nedenle, elektrik, su, doğal gaz aboneliklerinde bu hükme dayanılarak cayma hakkının kullanılması mümkün değildir. İnternet, televizyon vb. aboneliklerde ise cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile hizmetin ifasına başlanmışsa, artık cayma hakkı kullanılamaz.

### **b. Taahhütlü Abonelik Sözleşmesinin Mesafeli Sözleşme Niteliğinde Olması**

Taahhütlü abonelik sözleşmesinin mesafeli sözleşme şeklinde kurulabilmesi de mümkündür. Bunun için taahhütlü abonelik sözleşmesinin “*tarafaların eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın*”, “*satıcı/sağlayıcı tarafından mal/hizmetin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde*” “*uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle*” kurulması gerekir (TKHK.m.48/I)<sup>99</sup>. Taahhütlü abonelik sözleşmesinin bu şekilde kurulması durumunda, tüketici, ondört gün içinde herhangi bir gerekçe

<sup>97</sup> Çetiner, Elektronik, s.98; Çabri, s.739.

<sup>98</sup> Ayrıca bkz., Çabri, s.735-736.

<sup>99</sup> Bu konuda bkz., Bozbel, Savaş, Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler- 97/7 Sayılı AB Yönergesi Düzenlemeleri Işığında Bir Karşılaştırma, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.3-4, 2003, s.783-804; Bozbel, Savaş / Atalı, Murat, Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1-2, 2005, s.451; Yücedağ Göztepe, Nafiye, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.7, S.27, 2016, s.667-690; Çabri, s.749-752; Çetiner, Elektronik, s.97.

göstermeksizin ve cezaî şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir (TKHK.m.48/IV; MSY.m.9/I<sup>100</sup>)<sup>101</sup>. Ondört günlük cayma süresi, hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün; mal teslimine ilişkin sözleşmelerde ise, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlar. Ancak tüketici sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar olan süre içerisinde de cayma hakkını kullanabilir (MSY.m.9/II)<sup>102</sup>. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim on dört günlük cayma süresi içinde satıcı/sağlayıcıya yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile (MSY.m.11/I)<sup>103</sup> yöneltilmesi yeterlidir; ayrıca varması veya onun tarafından öğrenilmesi gerekmez<sup>104</sup>. Tüketicinin cayma hakkının varlığı konusunda bilgilendirildiğini ispat yükü satıcı/sağlayıcıyı aittir (MSY.m.5/VI, 10/I)<sup>105</sup>. Satıcı/sağlayıcının tüketiciyi cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirmemesi durumunda tüketici on dört günlük süre ile bağlı olmadan cayma hakkını kullanabilir. Ne var ki, bu hakkın en geç cayma süresinin bitiminden itibaren bir yıl içinde kullanılması şarttır (MSY.m.10/I)<sup>106</sup>. Bu süre hak düşürücü niteliktedir<sup>107</sup>. Cayma hakkı

<sup>100</sup> 20237 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği, RG. 27.11.2014, S.29188.

<sup>101</sup> **Çetiner**, Elektronik, s.97; **Bozbel / Atalı**, s. 452-453; **Çabri**, s.760; **Oğuz**, s.35; **Sert Sütçü**, s.63; **Yücedağ Göztepe**, s.671.

<sup>102</sup> **Çabri**, s.762; **Oğuz**, s.37.

<sup>103</sup> **Çabri**, s.764; **Sert Sütçü**, s.65; **Yücedağ Göztepe**, s.674. **Çetiner**'in de haklı olarak belirttiği üzere cayma beyanının kullanılmasına ilişkin kanunda yer almamasına rağmen yönetmelikte öngörülen bu şekli bir geçerlilik şekli değil, ispat şekli olarak değerlendirmek yerinde olur (bkz., agm., s.97). Aynı görüşte bkz., **Yücedağ Göztepe**, s.674.

<sup>104</sup> **Çabri**, s.763; **Oğuz**, s.37; **Sert Sütçü**, s.61.

<sup>105</sup> **Sert Sütçü**, s.64. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin (RG. 27.11.2014, S.29188) "Ön Bilgilendirme" başlıklı 5inci maddesinde tüketicinin satıcı/sağlayıcı tarafından "g) Cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler, ğ) Cayma bildirimini yapacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgileri, h) 15 inci madde uyarınca cayma hakkının kullanılmadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin" bilgilendirilmesi zorunludur.

<sup>106</sup> **Çabri**, s.763-764; **Sert Sütçü**, s.62, 64; **Yücedağ Göztepe**, s.673.

konusunda bilgilendirmenin usulüne uygun şekilde bir yıllık süre içinde yapılması halinde, ondört günlük cayma hakkı süresi, bilgilendirmenin yapıldığı günden itibaren işlemeye başlar (MSY.m.10/II). Cayma hakkı süresi içinde malın mutat [işleyişine, teknik özelliklerine ve kullanım talimatlarına uygun (MSY.m.13/II)] kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalar sebebiyle tüketicinin herhangi bir sorumluluğu yoktur<sup>108</sup>.

Satıcı/sağlayıcı, tüketicinin cayma hakkını kullandığına ilişkin bildirimini kendisine ulaştığı tarihten itibaren ondört gün içinde, varsa malın tüketiciye teslim masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri tüketicinin satın alırken kullandığı ödeme aracına uygun bir şekilde ve tüketiciye herhangi bir masraf veya yükümlülük getirilmeden tek seferde iade etmekle yükümlüdür (MSY.m.12/I, II)<sup>109</sup>. Satıcı/sağlayıcı malın bizzat kendisi tarafından geri alacağını teklif etmedikçe, tüketici cayma hakkını kullandığına ilişkin bildirimini yönelttiği tarihten itibaren on gün içinde malı satıcı veya sağlayıcıya ya da yetkilendirmiş olduğu kişiye geri göndermek zorundadır (MSY.m.13/I)<sup>110</sup>.

Buna karşılık, “fiyatı finansal piyasalardaki dalgalanmalara bağlı olarak değişen ve satıcı veya sağlayıcının kontrolünde olmayan mal veya hizmetlere ilişkin sözleşmeler” (MSY.m.15/I-a) ile “cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmeler” (MSY.m.15/I-h) bakımından tüketici cayma hakkını kullanamaz<sup>111</sup>. Bu nedenle, taahhütlü abonelik sözleşmesinin mesafeli olarak kurulması hâlinde de cayma hakkının kullanılması düşük bir ihtimaldir.

<sup>107</sup> Sert Sütçü, s.65.

<sup>108</sup> Çabri, s.768; Sert Sütçü, s.62.

<sup>109</sup> Yücedağ Göztepe, s.677.

<sup>110</sup> Çetiner, Elektronik, s.98; Bozbel, s.802; Sert Sütçü, s.67; Yücedağ Göztepe, s.676.

<sup>111</sup> Çabri, s.768-769. MSY.m.15'teki cayma hakkının bazı sözleşmeler bakımından kullanılamayacağına ilişkin düzenlemenin temelinde satıcı/sağlayıcının belirtilen istisnâ durumlarda mal/hizmetin tekrar başkasına satılması/sunulmasının mümkün olmamasıdır (bkz., Sert Sütçü, s.69-70).

## 2. Kendiliğinden Sona Erme

Taahhütlü abonelik sözleşmesinin herhangi bir hukukî işleme gerek olmaksızın sona ermesine, “*kendiliğinden sona erme*” adı verilir<sup>112</sup>. Taahhütlü abonelik sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiği başlıca hâller, sürenin dolması, ölüm, fiil ehliyetinin kaybı veya sınırlandırılması, aciz hâli ve ifa imkânsızlığı şeklinde sıralanabilir.

### a. Sürenin Dolması

Taahhütlü abonelik sözleşmesi, abonelik sözleşmesine eklenen taahhüt ile hayat bulmaktadır. Alelade abonelik sözleşmesi, belirsiz veya belirli süreli olarak akdedilebilir. Buna karşılık, taahhütlü abonelik sözleşmesinde taahhütnamenin geçerlilik süresinin taraflarca mutlaka kararlaştırılması gerekir<sup>113</sup>. Burada önem taşıyan husus, taahhütnamede belirtilen süre boyunca alelade abonelik sözleşmesinin de geçerliliğini sürdürmesi gerekliliğidir.

Kendisine taahhüt eklenen alelade abonelik sözleşmelerinin çoğu belirli sürelidir. Gerçekten uygulamada akdedilen abonelik sözleşmelerinin çoğunda sözleşmenin belirli bir süre devam edeceği ve taraflardan birinin sözleşme sona ermeden belirli bir müddet önce fesih beyanında bulunmaması hâlinde sözleşmenin aynı koşullarla devam edeceğine uzayacağına ilişkin hükümler bulunmaktadır<sup>114</sup>. Bu tür hükümlere “*otomatik uzama hükümleri*” denilmektedir<sup>115</sup>. TKHK.m.52/III uyarınca belirli süreli abonelik sözleşmelerine sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin hükümler konulamaz. Emredici nitelikte olan bu hüküm nedeniyle

<sup>112</sup> **Seliçi**, s.65, 103; **Çetiner**, Elektronik, s.98; **Açıkgöz**, Mobil, s.519, 533.

<sup>113</sup> Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde ifa süresi, taraflarca kararlaştırılabileceği gibi, kanun tarafından da belirlenebilir. Bkz., **Seliçi**, Özer, Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, s.66; **Açıkgöz**, Mobil, s.534. Hukuk düzeni tarafından sözleşmede taahhüt süresinin mutlaka belirlenmesi aranmasına rağmen, somut bir süre öngörülmemiştir. Taahhüt süresini bizzat taraflar belirleyeceklerdir.

<sup>114</sup> **Seliçi**, s.70; **Çabri**, s.875; **Deryal / Korkmaz**, s.190; **Açıkgöz**, Mobil, s.535.

<sup>115</sup> **Zevkliler / Özel**, s.367; **Aydoğdu**, Tüketici, s.319; **Çabri**, s.875; **Deryal / Korkmaz**, s.190; **Kara**, s.527; **Dalka Okumuş**, s.158; **Sert Sütçü**, s.85-86.

uygulamada sıklıkla görülen otomatik uzama hükümleri geçersiz (kesin hükümsüz) olur<sup>116</sup>. Bu durumda, sözleşmede belirtilen sürenin sona ermesiyle birlikte abonelik sözleşmesi sona erer<sup>117</sup>.

Belirli süreli abonelik sözleşmesinin sürenin bitiminde uzatılabilmesi ancak abonelik sözleşmesinin kurulmasından sona ereceği tarihe kadar tüketicinin talepte bulunması veya onay vermesiyle mümkün olabilir (TKHK.m.52/III)<sup>118</sup>. Buna karşılık, sürenin sona ermesine rağmen satıcı/sağlayıcının tüketicinin talebi veya onayı olmadan sunmaya devam ettiği mal/hizmetten tüketicinin belirli bir süre daha yararlanması, kural olarak abonelik sözleşmesinin uzadığı anlamına gelmez. Tüketicinin yararlanma süresinin hakkın kötüye kullanımı sayılabilecek nitelikte olması durumunda sözleşmenin uzamasına zımnen onay verdiği sonucu çıkarılabilir. Ancak, tüketicinin açık bir talebi veya onayı olmadığından abonelik sözleşmesi belirsiz süreli olarak uzamış sayılmalıdır<sup>119</sup>.

Taahhütlü abonelik sözleşmelerinin çoğunda sözleşme süresi ile taahhüt süresi aynıdır<sup>120</sup>. Bu durumda sürenin sona ermesiyle birlikte, abonenin sürenin uzamasına yönelik talebi veya onayı bulunmuyorsa, sözleşme ve taahhüt birlikte sona erer. Abonenin sadece sözleşme süresinin uzamasına yönelik talebi veya onayı, taahhüdün de aynı sürece uzamasına yönelik bir irade açıklaması olarak değerlendirilemez<sup>121</sup>. Taahhüt süresinin uzamasına yönelik irade açıklamasının ayrıca açık bir şekilde yapılması

<sup>116</sup> Bkz., Akkurt, s.108.

<sup>117</sup> Oğuzman / Öz, s.537, dn.1; Eren, s.1287; Akıncı, s.294; Ormancı Altınok, Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Hakkı Sebeplerle Feshi, İstanbul 2011, s.84-85; Çetiner, Elektronik, s.99; Aydoğdu, Tüketici, s.318; Çabri, s.875; Deryal / Korkmaz, s.189; Açıkgöz, Mobil, s.534; Yıldız, s.113-114.

<sup>118</sup> Zevkliler / Özel, s.367; Çabri, s.875.

<sup>119</sup> Çetiner, Elektronik, s.99.

<sup>120</sup> Çetiner, Elektronik, s.108. Taahhüt süresinin tamamlandıktan sonra başka bir GSM şirketine geçiş yapılması hâlinde satıcı/sağlayıcı belirli bir miktar bedel talep edilemeyeceği hakkında bkz., Y.3.HD. 24.4.2017, E.2015/19954 K.2017/5821, (Lexpera, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 24.11.2018).

<sup>121</sup> Çetiner, Elektronik, s.109.

gerekir. Sözleşme süresi ve taahhüt süresinin bitmesine rağmen, aboneden sadece sözleşme süresi bakımından talep veya onay alınmışsa, alelade abonelik sözleşmesinin varlığından bahsedilir. Buna karşılık, taahhüt sona erer.

Taahhütlü abonelik sözleşmelerinde, alelade abonelik sözleşmesinin belirsiz süreli olması, taahhüt süresinden uzun süreli olması veya sonradan süresinin uzatılması hâlinde, tüketiciler yüksek faturalarla karşılaşabilirler. Zira bu durumda taahhüt verilmesi karşılığı yapılan indirim süresi de sona ermiş olacağından faturalar indirimsiz tarife üzerinden hesaplanır. Bu durumu fırsat bilen bazı mal/hizmet sağlayan kişiler, aboneyi bu durumdan haberdar etmeyerek kesilen yüksek fatura bedellerinin ödenmesini talep edebilirler. Bu nedenle, taahhütlü aboneliğin sona ermeden önce tüketiciye bilgi verilmesi gerekir. Bunu göz önünde bulunduran kanun koyucu, taahhütlü aboneliğin sona ermesinden en az bir fatura dönemi öncesinden satıcı veya sağlayıcının bu durumu ödeme bildirimini yanı sıra yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile ayrıca tüketiciye bildirmesi gerektiğini hüküm altına almıştır (ASY.m.17)<sup>122</sup>.

Alelade bir sözleşme devam ederken taraflar, abone tarafından taahhüt verilmesi karşılığında abonelik bedelinde indirim yapılacağı hususunda anlaşabilirler. Bu ihtimâlde akla tarafların aralarındaki alelade abonelik sözleşmesinin süresinden daha uzun bir taahhüt süresi belirlemeleri hâlinde ne olacağı gelir. Bu durumda, taahhüt süresinin kararlaştırılmasıyla birlikte tarafların önceki sözleşme süresi üzerinde değişiklik yaptığını kabul etmek gerekir. Zira sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak tarafların aralarındaki sözleşme hükümlerinde değişiklik yapabilmeleri mümkündür.

### **b. Ölüm, Fiil Ehliyetinin Kaybı ya da Sınırlandırılması ve Aciz Hâli**

Ölüm kural olarak borcu sona erdiren sebeplerden birisi değildir. Ancak, ölümlerle birlikte borcun istisnaen sona ermesi, bir kanun hükmünden

<sup>122</sup> Çetiner, Elektronik, s.109.



veya ölen kişiye ait olan borcun niteliğinden kaynaklanabilir<sup>123</sup>. Abonenin ölümü hâlinde sözleşmenin sona erip ermeyeceğine ilişkin tüketici hukuku mevzuatında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca borcun ifasında abonenin kişiliğinin önem taşıdığını söylemek de mümkün değildir. Zira abonenin taahhütlü abonelik sözleşmesinden doğan aslî edim yükümlülüğü, belirli bir miktar paranın ifasıdır. Bu nedenle, taahhütlü abonelik sözleşmesi taraflarca aksine bir anlaşma yapılmadıkça abonenin ölümüyle kendiliğinden sona ermez. Abonenin mirasçıları küllî halefiyet ilkesi gereğince taahhütlü abonelik sözleşmesine devam edeceklerdir. Ancak böyle bir durumda abonelik sözleşmesi belirli süreli veya taahhütlü olsa da mirasçıların haklı nedenle sözleşmeyi sona erdirebilmeleri mümkündür<sup>124</sup>.

Kanun koyucu, borcun ifasında ölenin kişisel özelliklerinin önem taşıdığı bazı sözleşmelerde fiil ehliyetinin kaybı veya sınırlandırılması ve aciz hâlini de borcu sona erdiren bir sebep olarak öngörmüştür. Biraz önce belirtildiği üzere, abonelik sözleşmesinde borcun ifasında abonenin kişiliği önem taşımamaktadır. Ayrıca, mevzuatta bu üç hâlde abonelik sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğine dair bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu nedenle, fiil ehliyetinin kaybı veya sınırlandırılması ve aciz hâlinde de taahhütlü abonelik sözleşmesi devam eder. Ancak, fiil ehliyetinin kaybı veya sınırlandırılması hâlinde kanunî temsilci tarafından, aciz hâlinde ise mal/hizmet sunucusu tarafından taahhütlü abonelik sözleşmesine haklı nedenle son verilebilir<sup>125</sup>.

<sup>123</sup> **Seliçi**, s.81; **Eren**, s.1287; **Akıncı**, s.294; **Ayan**, s.409, dn.1; **Yıldırım**, Borçlar, s.325; **Öktem Çevik**, Mobil Telefon, s.83-84; **Ormancı Altınok**, s.86 vd.; **Açıkgöz**, Mobil, s.539.

<sup>124</sup> **Çetiner**, Elektronik, s.100; **Özdemir**, s.8-9; **Açıkgöz**, Mobil, s.540-541; **Öktem Çevik**, Mobil Telefon, s.83-84. Şüphesiz abonenin gaip olması da benzer bir sonuç doğurur. Bu konuda bkz., **Tokat**, Hüseyin, Türk Hukukunda Gaiplik, Ankara 2018, s.187.

<sup>125</sup> **Çetiner**, Elektronik, s.100; **Öktem Çevik**, Mobil Telefon, s.83; **Açıkgöz**, Mobil, s.541; **Yıldız**, s.116; **Ormancı Altınok**, s.88.

### c. Sonraki Objektif İmkânsızlık

Taraflardan birinin edimini kendisine yüklenemeyecek bir sebepten dolayı yerine getirmesi sözleşmenin kurulmasından sonra objektif olarak imkânsız hâle gelmişse taahhütlü abonelik sözleşmesi kendiliğinden sona erer (BK.m.136)<sup>126</sup>. Buna karşılık, ifa borçlunun kusuru ile imkânsız hâle gelmişse borç sona ermez ve borcunu ifa edemeyen borçlu tazminat ödemek zorunda kalır<sup>127</sup>.

Taahhütlü abonelik sözleşmesinde, abonenin aslı edim borcunun konusu belirli bir miktar paranın ifası olduğu için ifa imkânsızlığın meydana gelmesi mümkün değildir<sup>128</sup>. Buna karşılık, mal/hizmet sunucusunun aslı edimi açısından ifa imkânsızlığının gündeme gelmesi olasıdır. Sözleşmenin kendiliğinden sona erebilmesi için, imkânsızlığın sürekli olması şarttır<sup>129</sup>. İfa

<sup>126</sup> Öz, Turgut, Borçların Sona Erme Halleri, TMK m.131-137, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, C.1, Genel Hükümler, İstanbul 2018, s.1077; Oğuzman / Öz, s.557-558; Eren, s.1328-1329; Kılıçoğlu, s.865; Hatemi / Gökyayla, s.321; İnan / Yücel, s.640; Reisoğlu, s.410; Akıncı, s.227; Ayan, s.422; Yıldırım, Borçlar, s.330-331; Öktem Çevik, Mobil Telefon, s.84; Açıkgöz, Mobil, s.542.

<sup>127</sup> Eren, s.1332; Kılıçoğlu, s.865, 867; Hatemi / Gökyayla, s.324; Reisoğlu, s.410; İnan / Yücel, s.640; Ayan, s.422; Akıncı, s.228-229. Borcun sona ermesi bakımından borçlunun ifa imkânsızlığından sorumlu olup olmamasının herhangi bir önem taşımadığı hakkında bkz., Oğuzman / Öz, s.557-558; Öz, TMK 131-137, s.1078; Çetiner, Elektronik, s.101.

<sup>128</sup> Reisoğlu, s.410, dn.2; Öktem Çevik, Mobil Telefon, s.84; Açıkgöz, Mobil, s.542, 543; Çetiner, Elektronik, s.100, dn.1.

<sup>129</sup> Öz, Turgut, Borcun İfa Edilmemesi, TMK m.112, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, C.1, Genel Hükümler, İstanbul 2018, s.890-891; Öz, TMK 131-137, s.1076; Eren, s.1330; Hatemi / Gökyayla, s.322; Oğuzman / Öz, s.557; Kılıçoğlu, s.867; Yıldırım, Borçlar, s.331; Çetiner, Elektronik, s.102; Açıkgöz, Mobil, s.544; Öktem Çevik, Mobil Telefon, s.84. Buna karşılık, geçici imkânsızlık hâlinde taahhütlü abonelik sözleşmesi kendiliğinden sona ermez. Buna örnek olarak, belirli bir bölgedeki baz istasyonunun yıldırım düşmesi sonucu kullanılamaz hâle gelmesi sonucunda o bölgede yaşayan abonelerin telekomünikasyon hizmetinden faydalanamaması verilebilir. Bu durumda, her ne kadar taahhütlü abonelik sözleşmesi sona ererse de aboneler borçlu temerrüdü ya da ayıplı ifa hükümlerine ya da haklı sebebe dayanarak sözleşmeyi feshedebilirler (bkz., Çetiner, Elektronik, s.102; Öktem Çevik, Mobil Telefon, s.85).

imkânsızlığı, maddî veya hukukî bir sebebe dayanabilir<sup>130</sup>. Elektronik haberleşme sektörü bakımından telekomünikasyon hizmeti sunma yetkisinin iptal edilmesi hukukî imkânsızlığa; mobil telefon sistemine yıldırım düşmesi nedeniyle sistemin çalışamaz hâle gelmesi maddî imkânsızlığa örnek verilebilir<sup>131</sup>. İfa imkânsızlığının sonradan<sup>132</sup> ortaya çıkmasından satıcı/sağlayıcı sorumlu tutulabiliyorsa, borç ilişkisi kendiliğinden sona ermez. Bu takdirde, abonenin BK.m.112 vd. gereğince tazminat talep edebilmesi<sup>133</sup> ve sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshedebilmesi mümkündür. Diğer bir deyişle, kusurlu imkânsızlık sözleşmenin feshi için haklı bir sebep teşkil etmektedir<sup>134</sup>.

### 3. Hukukî İşleme Sona Erme

#### a. Tarafların Anlaşması

Taahhütlü abonelik sözleşmesinin diğer borçlar hukuku sözleşmelerinde olduğu gibi tarafların anlaşmasıyla sona erdirilebilmesi mümkündür. Taraflar anlaşarak aralarındaki borç ilişkisini (ikale

<sup>130</sup> **Ergüne**, Mehmet Serkan / **Kurşun**, Ali Suphi, Kesin Hükümsüzlük, TMK m.27, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, C.1, Genel Hükümler, İstanbul 2018, s.130; **Eren**, s.1329; **Oğuzman / Öz**, s.555; **Öz**, TMK m.112, s.890; **Öz**, TMK 131-137, s.1071; **Hatemi / Gökyayla**, s.321; **Reisoğlu**, s.139, 411; **Kılıçoğlu**, s.866; **Akıncı**, s.226; **Ayan**, s.423; **Yıldırım**, Borçlar, s.330; **Öktem Çevik**, Mobil Telefon, s.84; **Açıkgöz**, Mobil, s.543-544.

<sup>131</sup> **Çetiner**, Elektronik, s.101; **Yıldız**, s.118, dn.11; **Öktem Çevik**, Mobil Telefon, s.84; **Açıkgöz**, Mobil, s.544.

<sup>132</sup> Zira sözleşmenin kurulması anında ifanın objektif olarak imkânsız olması hâlinde, taahhütlü abonelik sözleşmesi kesin hükümsüz olur (BK.m.27). Bu konuda bkz., **Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı**, s.578; **Oğuzman / Öz**, s.87 vd.; **Eren**, s.1329; **Hatemi / Gökyayla**, s.80; **Öz**, TMK m.112, s.886; **Öz**, TMK 131-137, s.1071; **Reisoğlu**, s.138-139, 410; **Kılıçoğlu**, s.865; **Antalya**, s.101; **İnan / Yücel**, 231-236; **Ergüne / Kurşun**, s.130-134; **Yıldırım**, Borçlar, s.109-113; **Ayan**, s.422; **Akıncı**, s.227; **Açıkgöz**, Mobil, s.543.

<sup>133</sup> **Oğuzman / Öz**, s.558; **Eren**, s.1332; **İnan / Yücel**, s.640; **Reisoğlu**, s.410; **Kılıçoğlu**, s.867-868; **Hatemi / Gökyayla**, s.324; **Öz**, TMK m.112, s.887; **Öz**, TMK 131-137, s.1079; **Akıncı**, s.228-229; **Ayan**, s.422; **Çetiner**, Elektronik, s.101; **Açıkgöz**, Mobil, s.543.

<sup>134</sup> **Seliçi**, s.93-95; **Açıkgöz**, Mobil, s.543.

sözleşmesiyle) tamamen sona erdirebilecekleri gibi; (ibra sözleşmesiyle) herhangi bir borcu da sona erdirebilirler<sup>135</sup>. Ancak, sürekli edim yerine getirilmeye başlanmışsa, taahhütlü abonelik sözleşmesi ancak ileriye etkili olarak sona erdirilebilir<sup>136</sup>. Buna karşılık, ibranın usulüne uygun şekilde yapılmasıyla birlikte, tam ibrada, asıl borç ve kanunda öngörülen istisnalar dışında fer'î borçlar sona ererken; kısmî ibrada, borcun geriye kalan kısmı varlığını sürdürmeye devam eder<sup>137</sup>.

Taahhütlü abonelik sözleşmesinin yenileme yoluyla sona erdirilmesine uygulamada sıklıkla karşılaşılr. Gerçekten, tarafların anlaşarak aralarındaki mevcut tarifeye son verip, yeni koşullar ve bedel üzerinden başka bir tarifeyi konu edinen yeni bir abonelik sözleşmesi yapması hâlinde borç ilişkisinin yenileme yoluyla sona erdiğinden söz edilebilir<sup>138</sup>.

## b. Fesih Bildirimi

### aa. Olağan Fesih

Taahhütlü abonelik sözleşmesi, bir yıldan daha uzun süreli olarak akdedilmiş olsa dahi taahhüt süresi içerisinde olağan fesih yoluyla sona erdirilemez<sup>139</sup>. Zira taahhütlü abonelik sözleşmesinde tüketici taahhütnamede belirtilen süre kadar abone kalmayı ve bu süre dolmadan

<sup>135</sup> Oğuzman / Öz, s.537, 542; Eren, s.1288-1289, 1300-1303; Hatemi / Gökyayla, s.313-316; Reisoğlu, s.405-406; İnan / Yücel, s.631-632, 654; Öz, TMK m.131-137, s.1042-1050; Ayan, s.410, 412-414; Kılıçoğlu, s.856-859; Akıncı, s.292, 296; Yıldırım, Borçlar, s.323, 327; Öktem Çevik, Mobil Telefon, s.85; Açıkgöz, Mobil, s.520.

<sup>136</sup> Açıkgöz, Mobil, s.520; Öktem Çevik, Mobil Telefon, s.85.

<sup>137</sup> Saymen, Ferit H. / Elbir, Halid K., Türk Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, C.2, İstanbul 1958, s.854-857; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.2, 2. Baskı, İstanbul 1977, s.424-432; von Tuhr, s.646-652; Oğuzman / Öz, s.546; Eren, s.1303; Kılıçoğlu, s.859; Ayan, s.413-414; İnan / Yücel, s.631-632; Akıncı, s.296; Nomer, s.382-385; Yıldırım, Borçlar, s.327-328; Akkurt / Erdoğan / Tokat, s.316.

<sup>138</sup> Çetiner, Elektronik, s.102. Bu konuda bkz., Eren, s.1293-1297; Oğuzman / Öz, s.546-552; Hatemi / Gökyayla, s.316-319; İnan / Yücel, s.632-635; Öz, TMK 131-137, s.1051-1061; Kılıçoğlu, s.859-862; Akıncı, s.295; Reisoğlu, s.407-409; Ayan, s.414-416; Yıldırım, Borçlar, s.328-329.

<sup>139</sup> Çetiner, Elektronik, s.108.

sözleşmeyi feshetmemeyi borçlanmaktadır<sup>140</sup>. Buna karşılık, abone taahhütnamede belirtilen süre boyunca sözleşmeyle bağlı kalmak zorunda da değildir. O isterse, taahhütnamede belirtilen süreden önce fesih hakkını kullanarak sözleşmeyi her zaman sona erdirebilir (ASY.m.16/l)<sup>141</sup>. Sözleşmenin feshedilmesiyle birlikte, taahhütlü abonelik sözleşmesi ileriye etkili olarak sona erer<sup>142</sup>. Ancak, sözleşmenin taahhüt süresi içerisinde haksız feshinden dolayı ASY.m.16 ve 17 hükümleri gereğince satıcı/sağlayıcı belirli bir miktar bedel talep edebilir<sup>143</sup>.

Taahhütlü abonelik sözleşmesi, aslında abonelik sözleşmesinin bir türüdür. Bu nedenle, taahhütlü abonelik sözleşmesi hakkında hüküm bulunmayan hâllerde niteliğine uyduğu ölçüde alelade abonelik sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Hâl böyle olunca, taahhütlü abonelik sözleşmesine ilişkin fesih bildirimini kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir (TKHK.m.52/IV; ASY.m.23/l). Ayrıca, gerekli güvenlik önlemlerinin alınması koşuluyla kaydı tutulan telefon yoluyla da sözleşmenin feshedilebilmesi mümkündür<sup>144</sup>. Sözleşmenin feshi konusunda,

<sup>140</sup> Çabri, s.877.

<sup>141</sup> Ceylan, Elektronik Haberleşme, s.870.

<sup>142</sup> Eren, s.1290; Oğuzman / Öz, s.527; İnan / Yücel, s.655; Ayan, s.411; Kılıçoğlu, s.853; Akıncı, s.292; Zevkililer / Özel, s.365; Yıldırım, Borçlar, s.324; Kara, s.527; Aslan, s.287; Dalka Okumuş, s.157.

<sup>143</sup> Çetiner, Elektronik, s.108. Y.3.HD. 23.3.2016, E.2015/6719 K.2016/4423 künyeli Yargıtay kararında yerel mahkemenin “*tarafklar arasında 09/05/2011 tarihinde imzalanan GSM Abonelik sözleşmesine ek olarak 24 ay taahhütlü faturanla kazan kampanyası sözleşmesi olduğu davalının abonelik sözleşmesi ve ek 24 ay taahhütlü sözleşmeye göre taahhütlerini yerine getirmediği bu taahhütleri sebebiyle kampanya kapsamında 75 adet Nokia cep telefonu aldığı, gerek telefonların bedellerinin gerekse ödenmeyen fatura bedellerinin ödenmesi gerektiği*” yönünde karar verdiği görülmektedir (Lexpera, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi:24.11.2018).

<sup>144</sup> Telekomünikasyon sektörü bakımından EHSTHY.m.23/l’de benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, “*Aboneler abonelik sözleşmelerini her zaman ücretsiz olarak sona erdirebilir. Aboneler, abonelik sözleşmelerini feshetmek istedikleri takdirde bu taleplerini; a) İşletmeci ya da adına abonelik sözleşmesi*

satıcı/sağlayıcı tarafından sözleşmenin kurulmasından daha ağır koşullar içeren ve tüketicinin sözleşmeyi feshetmesini güçleştirecek yöntemler belirlenemez (TKHK.m.52/IV; ASY.m.23/III). Burada abonelik sözleşmesinin kurulabilmesi için taraflara sağlanan kolaylıklardan, sözleşmenin sona ermesi hâlinde de yararlanılabilmesi hüküm altına alınmıştır. Böylece, abone ile kolayca sözleşme akdeden mal ve/veya hizmet sunan tarafın, fesih bakımından onları merkez ofise ya da abonelik merkezlerine çağırması gibi uygulamada sıklıkla görülen haksız uygulamalara engel olunmak istenmiştir<sup>145</sup>.

Öte yandan, TKHK.m.52/IV hükmünde, satıcı ve sağlayıcının abonelik sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin abonelerin taleplerini yerine getirmek üzere gerekli tedbirleri alma ve uygun bir sistem kurup kesintisiz olarak açık tutma yükümlü olduğu düzenlenmiştir<sup>146</sup>. Her ne kadar kanunda açıkça belirtilmemiş olsa bile kurulan sistemden tüketicinin ücretsiz ya da uygun ücretlerle yararlanması gerekir. Bu sistemi kullanması nedeniyle tüketiciden fazla miktarda alınan ücretin dürüstlük ilkesi ve kanunun amacına aykırılık gereğince iadesi gerekir<sup>147</sup>. Bu düzenlemenin içeriği Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliğinde somutlaştırılmıştır<sup>148</sup>.

---

*yapmaya/işlemlerini yürütmeye yetkili temsilcisine yazılı olarak yapmak, b) Teyit edilmiş olmak kaydıyla işletmecinin faks numarasına imzalı olarak göndermek, c) Güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler kullanmak, ç) Kurum tarafından belirlenebilecek diğer yöntemleri kullanmak, suretiyle işletmecilerine iletirler". Buna ek olarak, EHSTHY.m.23/II'ye göre, "İşletmeci fesih bildirimlerinde, fesih talebine ilişkin bildirim yapıldığı andan itibaren yirmi dört saat içinde fesih talebinin alındığı bilgisini aboneye iletir/verir ve ücretlendirmeyi durdurur. Ücretlendirmenin durdurulması ile birlikte hizmet kısıtlanabilir veya durdurulabilir". Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., **Açıkgöz**, Mobil, s.522-528; **Kara**, s.531, 559.*

<sup>145</sup> **Zevkliler / Özel**, s.369; **Aydoğdu**, Tüketici, s.319; **Sert Sütçü**, s.86, 88; **Ceylan**, s.867; **Deryal / Korkmaz**, s.190-191; **Kara**, s.561-562; **Aslan**, s.287.

<sup>146</sup> Bkz., **Zevkliler / Özel**, s.369; **Aydoğdu**, Tüketici, s.320-321; **Ceylan**, s.867; **Karakocalı / Kurşun**, s.201; **Dalka Okumuş**, s.101.

<sup>147</sup> **Aydoğdu**, Tüketici, s.321.

<sup>148</sup> **Karakocalı / Kurşun**, s.201.

Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin aboneliğe son verme talebini, yönetmelikte belirtilen süreler içerisinde gerçekleştirmesi gerekmektedir (TKHK.m.54/V). Buna göre, kendisine fesih bildirimini ulaşan satıcı/sağlayıcı, diğer mevzuatta tüketici lehine olan süreler saklı kalmak kaydıyla, tüketicinin fesih talebini, bildirimden kendisine ulaştığı tarihten itibaren en geç yedi gün içerisinde yerine getirmekle yükümlüdür (ASY.m.24/I). Süreli yayınlarda, bu süre yayın sıklığına göre farklı şekillerde belirlenmiştir (ASY.m.24/II). Buna göre, bu süre günlük süreli yayınlarda onbeş gün; haftalık süreli yayınlarda bir ay; aylık süreli yayınlarda ise üç aydır. Yayın sıklığının bir aydan daha uzun olması durumunda, bildirimden sonraki ilk yayından sonra fesih bildirimini hüküm ifade eder<sup>149</sup>. Yönetmelikte belirtilen süreler içerisinde aboneliğin sona erdirilmemesi hâlinde, bu sürenin bitiminden itibaren tüketici mal veya hizmetten yararlanmış olsa bile ondan herhangi bir bedel talep edilemez (TKHK.m.52/V; ASY.m.25/II)<sup>150</sup>.

### bb. Olağanüstü Fesih

Taahhütlü abonelik sözleşmesi, taahhüt süresi içerisinde haklı sebeple olağan fesih yöntemiyle sona erdirilemese de bu süre içerisinde olağanüstü fesih yöntemine başvurmak mümkündür. Diğer bir ifadeyle, olağanüstü fesih yöntemine başvurabilmek için tarafların sözleşmeyle kararlaştırdıkları taahhüt ve bu konuda kanunda yer alan hükümler herhangi bir engel teşkil etmezler<sup>151</sup>.

Tarafların belirli süreli veya belirsiz süreli borç ilişkisini akdî veya kanunî haklı bir sebebe dayanarak<sup>152</sup> vaktinden önce ileriye etkili olarak sona

<sup>149</sup> Zevkliler / Özel, s.365; Sert Sütçü, s.88; Öktem Çevik, Mobil Telefon, s.87; Aslan, s.286-287; Kara, s.528-529, 531; İlhan, s.231. EHSTHY.m.23/III'e göre de "İşletmeci, abonenin fesih talebinin kendisine ulaştığı tarihten itibaren yedi gün içinde fesih işlemi gerçekleştirmekle ... yükümlüdür".

<sup>150</sup> Bkz., Zevkliler / Özel, s.369; Aydoğdu, Tüketici, s.320; Karakocalı / Kurşun, s.202; Ceylan, s.867-868.

<sup>151</sup> Çetiner, Elektronik, s.108; Çabri, s.878; Açıkgöz, Mobil, s.529.

<sup>152</sup> Eren, s.1289; İnan / Yücel, s.655; Ayan, s.411; Akıncı, s.292. Olağan fesihten farklı olarak, olağanüstü fesih kanunî veya akdî bir sebebe dayanması zorunludur. Bkz., Ormancı Altınok, s.93-94; Açıkgöz, Mobil, s.529; Yıldız, s.123.

erdirebilmelerine “olağanüstü fesih” adı verilir<sup>153</sup>. Olağanüstü fesih ile ilgili genel bir kanun hükmü olmamakla birlikte<sup>154</sup>, bazı sürekli borç ilişkileri bakımından kanun koyucu özel nitelikte hükümler öngörmüştür<sup>155</sup>. Olağanüstü feshe imkân tanıyan haklı sebep kavramı, kanunda tanımlanmamıştır<sup>156</sup>. O hâlde, taahhütlü abonelik sözleşmesi kapsamında ortaya çıkan durumlardan hangilerinin, olağanüstü fesih hakkının kullanılabilmesi bakımından haklı bir sebep sayılabileceği somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından (MK.m.4) takdir edilir<sup>157</sup>.

Öğretiye göre<sup>158</sup>, fesih beyanında bulunan kişi için sözleşme ilişkisinin dürüstlük kuralı gereğince artık çekilmez bir hâl almasına yol açan durumlar haklı sebep olarak değerlendirilebilir. Sözleşme ilişkisinin çekilmez hâl gelmesine yol açan en önemli sebep, tarafların sözleşmeye aykırı davranışlarıdır. Bu açıdan, taraflardan birinin kötü ifada bulunması, borçlu temerrüdüne düşmesi, sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmesi gibi durumlarda haklı sebebin varlığı kabul edilebilir<sup>159</sup>. Meselâ, belirli bir bölgede arızalanan

<sup>153</sup> **Oğuzman / Öz**, s.527; **Eren**, s.1290; **İnan / Yücel**, s.655; **Ayan**, s.411; **Akıncı**, s.292; **Açıkgöz**, Mobil, s.523, 529; **Seliçi**, s.112-113.

<sup>154</sup> **Seliçi**, s.188, 200; **Oğuzman / Öz**, s.527; **Eren**, s.1289; **Açıkgöz**, Mobil, s.529.

<sup>155</sup> **İnan / Yücel**, s.655; **Ayan**, s.411; **Yıldırım**, Borçlar, s.324. Olağanüstü feshe ilişkin kanunda yer alan hükümlerinin ruhu gereği, hakkında özel hüküm bulunmayan sürekli borç ilişkilerinde de taraflara fesih hakkı tanınması gerekir. Bkz., **Oğuzman / Öz**, s.527, dn.719.

<sup>156</sup> **Çetiner**, Elektronik, s.106; **Öktem Çevik**, Mobil Telefon, s.88-89; **Açıkgöz**, Mobil, s.529.

<sup>157</sup> **Öktem Çevik**, Mobil Telefon, s.88-89; **Açıkgöz**, Mobil, s.530; **Seliçi**, s.186-188; **Çetiner**, Elektronik, s.106; **Yıldız**, s.124.

<sup>158</sup> **Çetiner**, Elektronik, s.106; **Ormancı Altınok**, s.133; **Seliçi**, s.192-193; **Açıkgöz**, Mobil, s.529, 531.

<sup>159</sup> **Açıkgöz**, Mobil, s.531; **Yıldız**, s.124; **Seliçi**, s.193-194; **Çetiner**, Elektronik, s.106. Ankara 4. Tüketici Mahkemesi, 2.10.2013, E.2011/523 K.2013/2920, “Tüm dosya kapsamından davacının davalı ... San. Tic. Ltd. Şti. hasım göstererek ... İmei nolu modemin iadesini talep ettiği, hakem heyetince düzenlenen 530,00 TL bedelli faturanın iptaline karar verildiği, davacı vekilinin bu talebinin bu davada da yenilediği, davacı dava dilekçesinde ayrıca 144.40 TL modem bedelini talep ettiği, Hakem Heyeti kararında faturanın iptaline karar verildiği, ancak modem bedeline



baz istasyonunun uzun süre tamir edilmemesi sebebiyle zarara uğrayan aboneler, taahhütlü abonelik sözleşmesini feshedebilecekleri gibi uğradıkları zarar için tazminat da isteyebilirler. Aynı şekilde, işletmecinin taahhütlü abonelik sözleşmesi çerçevesinde öğrendiği kişisel bilgileri üçüncü kişilerle paylaşarak sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmesi de bu açıdan haklı bir sebep teşkil eder<sup>160</sup>. Bununla birlikte, tarafların davranışları dışında sözleşmenin kurulması anındaki şartların sonradan değişmesi de borç ilişkisini çekilmez hâle getiren ve olağanüstü feshe yol açan bir olgu olarak kabul edilebilir<sup>161</sup>.

Haklı sebeple fesih hâlinde aboneler olağan fesih yönteminde bulunan prosedür ve sürelerle tâbi olmadan her zaman sözleşmeyi feshetme imkânına sahip olurlar<sup>162</sup>. Bu nedenle de tarafların sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ifada temerrüde düştüğü veya kötü ifa ettiği her durum sözleşmenin feshine imkân tanıyan haklı bir sebep olarak kabul

---

*hükmedilmediği, teknik servis raporları ve bilirkişi raporu ile modemin arızalı olduğunun anlaşıldığı, davacı dava dilekçesinde ve verdiği dilekçelerde ayrıca modem ihtilaflı nedeniyle davacının kargo, noter ve de Hakem Heyetine vs. geliş gidişlerde vasıta kullandığından 1.174,00 TL maddi tazminat talep etmiş ise de bu zararlarını belgelendirmediği anlaşıldığından aşağıdaki şekilde karar verilmiştir. ... 1. Davacının ödenen toplam fatura bedeli ( 530,00 TL ye ) ilişkin talebi hakem heyetince karara bağlandığından bu konuda karar verilmesine yer olmadığına, 2. Ayıplı modem bedeli olarak 144,40 TL nin dava tarihinden itibaren değişen oranlarda yasal faizi ile birlikte davalıdan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine, ...” (UYAP Hâkim-Savcı Portalı, Erişim Tarihi: 24.11.2018). Tüketici Mahkemesi, kararda modemin arızalı olması sebebiyle tüketicinin yaptığı olağanüstü fesih talebini yerinde görerek Tüketici Hakem Heyeti tarafından karara bağlanan faturanın iptali konusunda karar verilmesine yer olmadığına ve ayıplı modem bedelinin tamamının davacıya iadesine hükmetmiştir. Bu da taahhütlü abonelik sözleşmesinin haklı bir sebeple taahhütnamede belirtilen süresinden önce feshedilmesi hâlinde, tüketicinin herhangi bir ücret veya ceza koşulu ödeme yükümlülüğünün olmamasından kaynaklanmaktadır.*

<sup>160</sup> **Çetiner**, Elektronik, s.106-107. Elektronik haberleşme sektöründe abonelik sözleşmesinin haklı sebeple feshine neden olan örnekler için bkz., **Açıkgöz**, Mobil, s.532.

<sup>161</sup> **Seliçi**, s.194-197; **Açıkgöz**, Mobil, s.531.

<sup>162</sup> **Ormancı Altınok**, s.93, 96; **Seliçi**, s.112; **Açıkgöz**, Mobil, s.523.

edilmemelidir<sup>163</sup>. Fesih sebebinin yokluğu veya yetersizliği, yapılan olağanüstü feshin geçersizliğine yol açar<sup>164</sup>. Taahhütlü abonelik sözleşmesine ilişkin fesih bildirimini kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir (TKHK.m.52/IV; ASY.m.23/l).

ASY.m.16/II'de abonenin taahhüde rağmen sözleşmeyi feshedebileceği haklı bir sebep düzenlenmiştir. Buna göre, taahhütlü aboneliklerde tüketicinin yerleşim yerinin değişmesi ve taahhüt konusu hizmetin tüketiciye yeni yerleşim yerinde aynı nitelikte sunulmasının fiilen imkânsız olması durumunda taahhütlü abonelik sözleşmesinin herhangi bir fazladan ödeme yapılmasına gerek olmadan feshedilebilir. Görüldüğü üzere, taahhütlü abonelik sözleşmesinin haklı bir sebeple taahhütnamede belirtilen süresinden önce feshedilmesi hâlinde, tüketicinin herhangi bir ücret veya ceza koşulu ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>165</sup>.

### cc. Temerrüt Sebebiyle Fesih

Taahhütlü abonelik sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, satıcı/sağlayıcı taraf mal veya hizmet sağlama borcu altına girerken; abone sözleşmede belirtilen abonelik bedelini ödeme borcu altına girer. Tarafların borçlarını ifade temerrüde düşmesi hâlinde, karşı tarafın sözleşmeyi fesih hakkı bulunmaktadır. Bu konuda BK.m.112 vd. hükümleri uygulama alanı bulur<sup>166</sup>. Olağanüstü feshin şartları oluşmuşsa ayrıca temerrüt sebebiyle feshin şartlarının oluşup oluşmadığı dikkate alınmayacaktır<sup>167</sup>.

### dd. Telekomünikasyon Sektöründe Numara Taşıma Hâli

Numara Taşınabilirliği Yönetmeliği'nin (NTY)<sup>168</sup> 7 inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, *"abonenin numarasını taşıma talebi, aynı zamanda abone için, verici işletmeci ile olan abonelik sözleşmesini fesih talebi anlamını*

<sup>163</sup> Açıköz, Mobil, s.532; Yıldız, s.124-125; Seliçi, s.219.

<sup>164</sup> Seliçi, s.156-159, 163; Açıköz, Mobil, s.529, 548.

<sup>165</sup> Çetiner, Elektronik, s.109; Çabri, s.878.

<sup>166</sup> Zevkliler / Özel, s.363; Aslan, s.282; Öktem Çevik, Mobil Telefon, s.87-88; Açıköz, Mobil, s.390.

<sup>167</sup> Oğuzman / Öz, s.527.

<sup>168</sup> RG. 2.7.2009, S.27276.

taşır. Abonenin alıcı işletmeci ile olan abonelik sözleşmesi numaranın fiilen taşınması ile yürürlüğe girer ve bu tarih itibarı ile hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Söz konusu abonenin verici işletmeci ile olan abonelik sözleşmesi de aynı tarih itibarı ile fesholunmuş sayılır". Hükümden anlaşılacağı üzere, abonenin alıcı işletmeye numara taşıma talebiyle başvurması, verici işletmeciyile olan abonelik sözleşmesini fesih talebi anlamına gelir.

Burada ilk olarak akla taahhütlü abonelik sözleşmesinde taahhüt süresi içerisinde numara taşıma talebinde bulunulup bulunulmayacağı gelir. NTY.m.10/I'de verici işletmecinin bazı durumlarda, numaranın taşınmasına ilişkin talebi reddedeceği ve bu durumu gerekçeleriyle birlikte alıcı işletmeciye bildireceği düzenlenmiştir. Ancak, fıkrada sayılan hâller arasında verici işletme ile abone arasında taahhütlü abonelik sözleşmesinin bulunması yer almamaktadır. O hâlde, taahhütlü abonelik sözleşmesinin numara taşıma talebinde bulunmaya engel teşkil etmediği; ancak bu yola gidilmesi hâlinde taahhütlü abonelik sözleşmesinin süresinden önce feshedilmesi hâlinde uygulanacak olan ASY.m.16 ve 17 hükümlerinin uygulama alanı bulacağı söylenebilir.

### III. TAAHHÜTLÜ ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

#### 1. Genel Sonuçlar

Kendisine taahhütlü abonelik sözleşmesinin feshine ilişkin bildirim yapılan satıcı/sağlayıcı, abonelik sözleşmesinin feshedildiği bilgisini yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye bildirmek zorundadır (ASY.m.25)<sup>169</sup>. Sözleşmenin feshedildiği tarihe kadar işleyen süreç bakımından mal ve/veya hizmet sunan taraf ücrete hak kazanır. Mal ve/veya hizmet sunan taraf, tüketiciye bu döneme ilişkin alacağı hakkında ödeme

<sup>169</sup> EHSTHY.m.23/III'e göre de "işletmeci, abonenin fesih talebinin kendisine ulaştığı tarihten itibaren yedi gün içinde ... posta, kısa mesaj, elektronik posta veya arama yöntemlerinden birini kullanarak abonelik sözleşmesinin feshedildiğini ve varsa mülkiyeti işletmeciye ait cihaz/donanım/modem/kart ve benzeri ekipmanların iade edilmesi gerektiği bilgisini aboneye iletmekle yükümlüdür".

bildirimi göndermesi gerekir. Bu bildirim gönderilme süresi, fesih bildiriminden itibaren on gündür<sup>170</sup>.

Satıcı ve/veya sağlayıcı, tüketici tarafından ödenen bedelin geri kalan kısmı ile teminat, güvence, depozito vb. şekilde isimlendirilen kalemler adı altında alınan ücreti herhangi bir kesinti yapmadan iade etmelidir. Tüketicinin ödediği bedelin geri kalan kısmını iade süresi, fesih bildiriminden itibaren onbeş gündür<sup>171</sup>.

## 2. Taahhütlü Abonelik Sözleşmesine Özgü Sonuçlar

Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği yürürlüğe girmeden önce satıcı ve sağlayıcılar, abonenin süresinden önce sözleşmeyi feshetmesi hâlinde taahhütname süresinin bitimine kadar işleyecek olan abonelik bedelinin tamamını talep ediyorlardı. Böylece, tüketiciler ağır maddî sonuçlarla karşılaşmaktaydılar. Bu hususu dikkate alan kanun koyucu, taahhütlü abonelik sözleşmelerinin süresinden önce feshedilmesinin sonuçlarını taraflar arasındaki menfaat dengesini göz önüne alarak hüküm altına almıştır<sup>172</sup>.

Taahhütlü abonelik sözleşmesinin süresinden önce haklı bir neden olmaksızın feshedilmesi hâlinde, satıcı ve/veya sağlayıcı kendisine bir miktar bedel ödenmesini isteyebilir. Taahhüdün süresinden önce sonlandırılması durumunda tüketicinin elde edeceği faydalara ilişkin geri ödeyeceği bedelin hesaplanma yöntemi, yönetmelikte belirtilmiştir. Buna göre, öncelikle geri ödenecek bedel miktarı en fazla taahhüdün sona erdiği tarihe kadar tüketicisiye sağlanan indirim, cihaz veya diğer faydaların bedellerinin tahsil edilmemiş kısmının toplamı kadar olabilir. Ancak, taahhütnamede tahsil edileceği belirlenen ancak henüz vadesi gelmemiş kısmın toplamının, bu

<sup>170</sup> **Ceylan**, s.868. EHSTHY.m.23/V'e göreyse, "Fesih işleminden sonra işletmeci geri kalan alacakları için borcu olan abonelere abonenin fesih talep tarihinden sonra en geç dört ay içinde son fatura gönderir. Bu süre sınırı, son faturaya uygulanan gecikme faizi ve yasal takipten doğan faturalar için geçerli değildir".

<sup>171</sup> **Zevkililer / Özel**, s.365, 369; **Aydoğdu**, Tüketici, s.320; **Ceylan**, s.868; **Dalka Okumuş**, s.101; **Aslan**, s.287; **Kara**, s.529, 531, 562; **İlhan**, s.231. EHSTHY.m.23/VI da aynı yöndedir.

<sup>172</sup> **Çabri**, s.877.

tutardan düşük olması halinde sınır değeri olarak tüketici lehine olan tutarın esas alınması zorunludur (ASY.m.16/l)<sup>173</sup>.

Konunun anlaşılması bakımından, bu durum bir örnekle şu şekilde açıklanabilir<sup>174</sup>. Evine internet bağlatmak isteyen (A), (X) şirketi ile iki yıl süreli taahhütlü abonelik sözleşmesi yapar. Sözleşmede taraflar, (A)'nın evine fiber internet bağlanacağını, taahhütnamenin geçerlilik süresinin iki yıl olacağını, tüm vergiler dâhil iki yıl boyunca toplam 1.200 TL ödeneceğini, tarifenin indirim yapılamadan önceki fiyatının toplam 1.680 TL olduğunu, aylık 20 TL indirim yapılacağını belirtmişlerdir. (A) on ay sonra sözleşmeyi feshederse, (X) şirketi ondan bir bedel isteyebilir. Geri ödenecek bedeli belirleyebilmek için, taahhüdün sona erdiği tarihe kadar tüketiciye sağlanan indirim, cihaz veya diğer faydaların bedellerinin tahsil edilmemiş kısmının toplamı ile henüz vadesi gelmemiş kısmın toplamı hesaplanmalıdır. Somut olayda, (A)'ya her ay 20 TL indirim yapılmış, başkaca herhangi bir fayda sağlanmamıştır. On ay sonra sözleşme feshedildiğinden  $20 \times 10 = 200$  TL ve geriye 14 ay kaldığından  $14 \times 70 = 980$  TL bulunur. Bu durumda, 200 TL daha düşük olduğundan, (X) şirketi (A)'dan en fazla bu miktarı talep edebilir. Buna karşılık, sözleşme yirmi ay sonra feshedilseydi,  $20 \times 20 = 400$  TL ve geriye dört ay kaldığından  $4 \times 70 = 280$  TL olacağından, (X) şirketi en çok 280 TL isteyebilecekti.

Yukarıdaki olaya ek olarak, tüketiciye 240 TL değerinde bir modem teslim edilmesi ihtimalinde aboneye bir cihaz sağlanmış olmaktadır. Bu durumda hesaplanan indirim bedeline cihaz bedelinin tahsil edilmemiş kısmı eklenir. Cihazın aylık bedeli 10 TL'dir (240 TL / 24 ay). On ay sonra sözleşmenin feshedilmesi durumunda cihazın ödenmeyen kalan 14 aylık bedeli olan 140 TL (14 ay x 10 TL) indirim fiyatına eklenerek tüketiciden talep edilebilir<sup>175</sup>.

<sup>173</sup> Bkz., Çetiner, Elektronik, s.108; Ceylan, s.868.

<sup>174</sup> Benzer örnekler için bkz., Çabri, s.877-878.

<sup>175</sup> Taraflar, cihaz veya diğer faydaların bedellerinin aylık olarak ne miktarda ödeneceğini kararlaştırabilirler. Bu durumda, bedel aylara eşit oranda değil; taraflarca kararlaştırılan oranda dağıtılmalı ve sözleşmede belirtilen ödeme planına göre bir hesap yapılmalıdır.

Taahhütlü aboneliklerde, tüketicinin yerleşim yerinin değişmesi sonucunda taahhütnamede nitelikleri belirtilen hizmetin yeni yerleşim yerinde aynı şekilde sunulması fiilen imkânsız olabilir. Buna bir önceki olayda (A)'nın evini fiber ağ olmayan başka bir semte taşınması örnek verilebilir. Abonenin yeni yerleşim yerinde aynı nitelikte hizmet sağlayamayan tarafın taahhütnamenin süresinden önce sona ermesi nedeniyle aboneden bedel talep etmesi haklı görülmez. Bunu göz önüne alan kanun koyucu, bu durumda tüketicinin birinci fıkrada belirtilen tutarları veya herhangi bir bedeli ödemeksizin taahhütlü aboneliğini feshedebileceğini hüküm altına almıştır (ASY.m.16/II)<sup>176</sup>.

### SONUÇ

Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği ve Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği'nde taahhütlü abonelik sözleşmesine ilişkin birtakım hükümler bulunmaktadır. Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde bulunan taahhütlü aboneliğe ilişkin hükümler elektrik, su, doğal gaz ve elektronik haberleşme sektörleri bakımından; Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği ise sadece elektronik haberleşme sektörü bakımından uygulama alanı bulabilir. Ne var ki, elektrik, su, doğal gaz ve elektronik haberleşme sektörleri dışında da taahhütlü abonelik sözleşmeleriyle karşılaşılabilir. Kanaatimizce, her iki yönetmelikte de taahhütlü abonelik sözleşmesi hakkında öngörülen hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde diğer sektörlerde yapılan taahhütlü abonelik sözleşmelerine kıyasen uygulanması gerekir.

Taahhütlü abonelik sözleşmesi, *“satıcı/sağlayıcı ile abone arasında akdedilen ve satıcı/sağlayıcının taahhüt süresince bir mal veya hizmeti indirimli olarak tekrarlanan edalar hâlinde karşı tarafa temin etme; buna karşılık, abonenin de kararlaştırılan bedeli peşin ya da dönemler hâlinde ödeme yükümlülüğü altına girdiği, tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı bir sözleşmedir”* şeklinde tanımlanabilir. Konunun verimli bir şekilde ele alınabilmesi için taahhütlü abonelik sözleşmesinin unsurları net bir şekilde ortaya konulmalıdır. Bu bakımından taahhütlü abonelik sözleşmesinin

<sup>176</sup> Bkz., Çabri, s.878; Ceylan, s.870.

“dönemsel veya sürekli olarak belirli bir mal veya hizmet sağlama”, “abonelik bedeli”, “belirli bir süre abone kalma taahhüdü” ve “ tarafların anlaşması” şeklinde dört unsura sahip olduğu ifade edilebilir.

Taahhütlü abonelik sözleşmesine uygulamada sıklıkla internet, telefon ve televizyon hizmetlerinin sağlandığı elektronik haberleşme sektöründe rastlanmaktadır. Bununla birlikte süreli yayın, elektrik ve doğal gaz sektörlerinde de taahhütlü abonelik sözleşmesinin akdedilebilmesi mümkündür. Zira elektrik ve doğal gaz sektörlerinde serbest tüketiciler, tedarikçisini bizzat kendileri seçebilmektedirler. Buna karşılık, su tedarikçisinin tek olması sebebiyle, bu sektörde taahhütlü abonelik sözleşmesi görülmesi kanımızca pek mümkün değildir.

Taahhütlü abonelik sözleşmesinin zorunlu içeriğinden bir hususun sözleşmede yer almaması, doğrudan sözleşmenin geçersizliğine yol açmaz. Bu gibi eksikliklerin tüketiciden ilave bir ödemede bulunması istenmeksizin satıcı/sağlayıcı tarafından derhal giderilmesi gerekir. Aksi takdirde, tüketici cezaî şart, tazminat ve benzeri adlarla herhangi bir ödemede bulunmaksızın ASY.m.7 hükmüne uyarınca sözleşmeyi feshedebilir. Kanımızca taahhütlü abonelik sözleşmesinin bu sebeple süresinden önce feshi hâlinde abonelerin tazminat ödeme yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

Taahhütlü abonelik sözleşmesine taraf olan ve yeterince bilgi sahibi olmayan abone, taahhüt süresince ne koşulda olursa olsun sözleşmeyi feshedemeyeceğini düşünebilir. Ancak taahhütlü abonelik sözleşmesinin sona erdiği birçok hâl vardır. Bunlar, “sözleşmeden cayma”, “sürenin dolması, ölüm, fiil ehliyetinin kaybı ya da sınırlandırılması, aciz hâli, sonraki objektif ifa imkânsızlığı gibi sebeplerle kendiliğinden sona erme”, “ tarafların anlaşması ile sona erme” ve “fesih bildiri ile sona erme” şeklinde sıralanabilir.

Taahhütlü abonelik sözleşmesinden abonenin cayabilmesi için, öncelikle sözleşmenin “tüketici sözleşmesi olması” şarttır. Bu şarta ek olarak, taahhütlü abonelik sözleşmesinin “iş yeri dışında kurulması” veya “mesafeli sözleşme niteliğinde olması” gerekmektedir. Ancak gerek İYDKSM.m.11/II gerek MSY.m.15/I-h hükmüne göre, “cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmeler”

bakımından tüketici cayma hakkını kullanamaz. Bu nedenle, kanımızca taahhütlü abonelik sözleşmesinde cayma hakkının kullanılması düşük bir ihtimaldir.

Taahhüdün geçerlilik süresi, taahhütnamenin zorunlu içeriklerinden birisi olması nedeniyle kanımızca taahhütlü abonelik sözleşmesi ancak belirli süreli olarak kurulabilir. Taahhütlü abonelik sözleşmesinin kurulmasından sonra, sözleşmenin sona ereceği tarihe kadar tüketicinin talepte bulunması veya onay vermesi hâlinde sözleşme süresi uzatılabilmesi mümkündür (TKHK.m.52/III). Abonenin kendiliğinden talepte bulunması veya kendisine sunulan talebe onay vermesi durumunda yeni kurulacak olan sözleşmenin taahhütlü olup olmayacağı tereddüde mahal verebilir. Kanımızca, bu durumda yeni kurulan sözleşmenin taahhütlü abonelik sözleşmesi olarak değerlendirilebilmesi için, abonenin sözleşmenin uzamasının yanı sıra gerekli şartlara uyularak taahhütname konusunda da aydınlatılması ve rızasının alınması gerekir. Aksi takdirde, sözleşme süresi ve taahhüt süresinin bitmesine rağmen, aboneden sadece sözleşme süresi bakımından talep veya onay alınmışsa, alelade abonelik sözleşmesinin varlığından bahsedilir. Buna karşılık, taahhüt sona erer.

Aralarında alelade bir abonelik sözleşmesi geçerliyen taraflar, abone tarafından taahhüt verilmesi karşılığında abonelik bedelinde indirim yapılacağı hususunda anlaşabilirler. Kanımızca kararlaştırılan taahhüt süresinin alelade abonelik sözleşmesinin süresinden daha uzun olması ihtimalinde, tarafların önceki (alelade) sözleşme süresi üzerinde değişiklik yaptıkları kabul edilmelidir.

Taahhütlü abonelik sözleşmesi, belirsiz süreli veya süresi bir yıldan daha uzun süreli olarak akdedilmiş olsa dahi taahhüt süresi içerisinde olağan fesih yoluyla sona erdirilemez. Buna karşılık, abone taahhütnamede belirtilen süre boyunca sözleşmeyle bağlı kalmak zorunda da değildir. O isterse, taahhütnamede belirtilen süreden önce fesih hakkını kullanarak sözleşmeyi her zaman sona erdirebilir (ASY.m.16/I). Sözleşmenin feshedilmesiyle birlikte, taahhütlü abonelik sözleşmesi ileriye etkili olarak sona erer. Ancak, sözleşmenin taahhüt süresi içerisinde haksız feshinden



dolayı ASY.m.16 ve 17 hükümleri gereğince satıcı/sağlayıcı belirli bir miktar bedel talep edebilir.

Tarafların sözleşmeyle kararlaştırdıkları taahhüt ve bu konuda kanunda yer alan hükümler olağanüstü fesih yöntemine başvurabilmek için herhangi bir engel teşkil etmez. Diğer bir deyişle, taahhütlü abonelik sözleşmesi, taahhüt süresi içerisinde haklı sebeple olağanüstü fesih yöntemine başvurularak sona erdirilebilir. Bu durumda, taahhüt süresi içinde sözleşmeyi fesheden tüketicinin herhangi bir ücret veya ceza koşulu ödeme yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

Telekomünikasyon sektöründe numara taşıma taleplerinin hangi durumlarda verici işletmeci tarafından reddedileceği ve durumun gerekçeleriyle birlikte alıcı işletmeciye bildirileceği NTY.m.10/I'de düzenlenmiştir. Fıkıradaki sayılan hâller arasında verici işletme ile abone arasında taahhütlü abonelik sözleşmesinin bulunması yer almamaktadır. O hâlde, kanımızca taahhütlü abonelik sözleşmesinin numara taşıma talebinde bulunmaya engel teşkil etmediği; ancak bu yola gidilmesi hâlinde taahhütlü abonelik sözleşmesinin süresinden önce feshedilmesi hâlinde uygulanacak olan ASY.m.16 ve 17 hükümlerinin uygulama alanı bulacağı söylenebilir.

## KAYNAKLAR\*\*\*

- AÇIKGÖZ**, Osman: Elektronik Haberleşme Sektöründe Genel İşlem Koşulları, Telekomünikasyon Hukuku, Editör: Prof. Dr. Halil Akkanat, İstanbul 2017, s.1-53 (Açıköz, Elektronik).
- AÇIKGÖZ**, Osman: Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul 2013 (Açıköz, Mobil).
- AKINCI**, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, 10. Baskı, Konya 2017.
- AKKURT**, Sinan Sami / **ERDOĞAN**, Kemal / **TOKAT**, Hüseyin: Borçlar Hukuku, Ankara 2018.
- AKKURT**, Sinan Sami: Hukukî İşlemlerde Geçersizlik Olgusuna Genel Bir Bakış, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1, 2014, s.99-131.
- ALTAŞ**, Hüseyin: Telekomünikasyon Alanında Abonelik Sözleşmeleri, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s.157-167 (Altaş, Abonelik).
- ALTAŞ**, Hüseyin: Tüketici Haklarının Korunması Açısından Telekomünikasyon Sektöründe Tarife Seçimi, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.1, Ankara 2010, s.211-222 (Altaş, Tarife).
- ANTALYA**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- ARSEBÜK**, Esat: Borçlar Hukuku, C.1, 2. Baskı, İstanbul 1943.
- ASLAN**, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Bursa 2010.
- ATAAY**, Aytekin: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, C.1, 4. Baskı, İstanbul 1986.
- AYAN**, Mehmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016.
- AYBAY**, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, İstanbul 1975.
- AYDOĞDU**, Murat: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa

\*\*\* Aynı yazarın birden fazla eserine ve aynı soyadı taşıyan farklı yazarlara yapılan atıfları ayırmak için belirlenen kısaltmalar, ilgili eserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, 2013, s.1-62 (Aydoğdu, Yenilikler).

**AYDOĞDU**, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015 (Aydoğdu, Tüketici).

**AYRANCI**, Hasan: Enerji Sözleşmeleri, Ankara 2010.

**BOZBEL**, Savaş / **ATALI**, Murat: Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar, Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1-2, 2005, s.451-474.

**BOZBEL**, Savaş: Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler- 97/7 Sayılı AB Yönergesi Düzenlemeleri Işığında Bir Karşılaştırma, Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.3-4, 2003, s.783-804.

**BOZGEYİK**, Hayri: Telefonda Sabit Ücret Uygulaması ve Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.1, İstanbul 2009, s.457-473.

**BROX**, Hans / **WALKER**, Wolf-Dietrich: Allgemeines Schuldrecht, 32. Auflage, München 2007.

**CEYLAN**, Ebru: Abonelik Sözleşmeleri, Milli Şerh (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi), Ed. Hakan Tokbaş / Özlem Tüzüner, İstanbul 2016, s.849-880.

**ÇABRİ**, Sezer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016.

**ÇETİN**, Görkem: Türk Hukuku Bakımından Mobil Telefon Abonelik Sözleşmeleri, İstanbul Barosu Dergisi, C.89, S.1, 2015, s.65-94.

**ÇETİNER**, Bilgehan: Elektronik Haberleşme Sektöründe Abonelik Sözleşmesinin Sona Ermesi, Telekomünikasyon Hukuku, Editör: Prof. Dr. Halil Akkanat, İstanbul 2017, s.96-110 (Çetiner, Elektronik).

**ÇETİNER**, Bilgehan: Telefon Aboneliği Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları ve Tüketicinin Korunması, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.63-64, 2009, s.70-90 (Çetiner, Telefon).

- DALKA OKUMUŞ**, Şüheda: Elektrik – Doğal Gaz Piyasaları Abonelik Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerde Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Denetimi, Ankara 2018.
- DEMİR**, Mehmet: 4822 Sayılı Kanun ile Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler, *BATİDER*, C.22, S.1, 2003, s.203-231 (Demir, Yenilikler).
- DEMİR**, Mehmet: Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 2003 (Demir, Kapıdan).
- DEMİR**, Mehmet: Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1-2, 2003, s. 61-90 (Demir, AB Yönergesi).
- DEMİR**, Mehmet: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Tüketim Sözleşmeleri ile İlgili Hükümlerinin Eleştirisi ve Çözüm Önerileri, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006 (Demir, Tüketim Sözleşmeleri).
- DERYAL**, Yahya / **KORKMAZ**, Yakup: Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2015.
- DERYAL**, Yahya: Telekomünikasyon Piyasasında Uygulanan Sabit Ücretin Hukuka Aykırılığı, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, S.36, 2009, s.137-146.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2018.
- ERGÜNE**, Mehmet Serkan / **KURŞUN**, Ali Suphi: Kesin Hükümsüzlük, TMK m.27, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, C.1, Genel Hükümler, İstanbul 2018, s.109-156.
- ERTAŞ**, Şeref: Yeni Tüketiciyi Koruma Kanununda Abonman Sözleşmeleri, *Terazi Hukuk Dergisi*, S.99, Kasım 2014, s.104-106.
- ESENER**, Turhan: Borçlar Hukuku, C.1, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK.m.1-40), Ankara 1969.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.2, 2. Baskı, İstanbul 1977.
- GÖNENSAY**, A. Samim: Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 1948.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, İstanbul 2014.

- HATEMİ**, Hüseyin / **GÖKYAYLA**, Emre: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 3. Baskı, İstanbul 2015.
- İKİZLER**, Metin: 4822 sayılı Kanun’la Değişik Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Işığında Kapıdan Satışların Unsurları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.2, 2003, s.77-108.
- İLHAN**, Cengiz: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerh, Ankara 2006.
- İNAN**, Ali Naim / **YÜCEL**, Özge: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014.
- KABAŞ**, Esen: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.3, 2015, s.73-100.
- KARA**, İlhan: Tüketici Hukuku, Ankara 2012.
- KARAKOCALI**, Ahmet / **KURŞUN**, Ali Suphi: Tüketici Hukuku, İstanbul 2015.
- KEPKER**, Burak: Doğal Gaz Tedarik Sözleşmeleri, Toptan Satış – Spot LNG İthalat – Abonelik, İstanbul 2013.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015.
- KOCA**, Güneş: Telekomünikasyon Sektöründe Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri, Mevzuat Dergisi, Y.8, S.93, 2005, <https://www.mevzuatdergisi.com/>, Erişim Tarihi: 05.04.2018 (Koca, Telekomünikasyon).
- KOCA**, Güneş: Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2004, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (Koca, Tüketici).
- KOCAYUSUPFAŞAOĞLU**, Necip / **HATEMİ**, Hüseyin / **SEROZAN**, Rona / **ARPACI**, Abdülkadir: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, C.1, 6. Baskı, İstanbul 2014.
- KÖSTEKÇİ**, Yaşar / **KÖSTEKÇİ**, Özge: Hukuk ve Ceza Davaları Boyutuyla Elektrik Enerjisi Hukuku, İstanbul 2012.
- KURT**, Leyla Müjde: TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, S.2, 2011, s.43-68.

- MEMİŞ**, Yusuf: Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Hukukî Uyuşmazlıklarda “Görevli Mahkeme”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C.11, S.113, 2016, s.57-102.
- MERZ**, Hans: Vertrag und Vertragschluss, 2. Auflage, Freiburg 1992.
- NOMER**, Halûk N.. Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2015.
- OĞUZ**, Cemal: Kapıdan Satışlarda Tüketicie Tanınan Cayma Hakkının Kullanılmasının Şartları ve Caymanın Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1-2, 2004, s.33-47.
- OĞUZMAN**, M. Kemal / **ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, 16. Baskı, İstanbul 2018.
- ORMANCI ALTINOK**, Pınar: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeplerle Feshi, İstanbul 2011.
- OZANOĞLU**, Hasan Seçkin: Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S.1, 2011, s.55-90 (Ozanoğlu, Tüketici).
- OZANOĞLU**, Hasan Seçkin: Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999 (Ozanoğlu, Taksitle Satım).
- ÖKTEM ÇEVİK**, Seda: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Abonelik Sözleşmesi, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı Makaleler Tartışmalar, Derleyen M. Murat İNCEOĞLU, İstanbul 2015, 343-368 (Öktem Çevik, Abonelik).
- ÖKTEM ÇEVİK**, Seda: Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi, İstanbul 2008 (Öktem Çevik, Mobil Telefon).
- ÖZ**, Turgut: Borcun İfa Edilmemesi, TMK m.112, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, C.1, Genel Hükümler, İstanbul 2018, s.867-903 (Öz, TMK m.112).
- ÖZ**, Turgut: Borçların Sona Erme Halleri, TMK m.131-137, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, C.1, Genel Hükümler, İstanbul 2018, s.1037-1090 (Öz, TMK 131-137).
- ÖZDEMİR**, Hayrunnisa: Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Ankara 2009.

- ÖZEL**, Çağlar: Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999.
- REİSOĞLU**, Safa: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul 2014.
- SAYMEN**, Ferit H. / **ELBİR**, Halid K.: Türk Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, C.2, İstanbul 1958.
- SAYMEN**, Ferit H.: Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, Umumî Hükümler, İstanbul 1950.
- SELİÇİ**, Özer: Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.
- SERT SÜTÇÜ**, Selin: Tüketicinin Cayma Hakkı, Ankara 2016.
- TANDOĞAN**, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/2, Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri, 4. Baskı, İstanbul 2008 (Tandoğan, Özel).
- TANDOĞAN**, Halûk: Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara 1977 (Tandoğan, Tüketici).
- TOKAT**, Hüseyin: Türk Hukukunda Gaiplik, Ankara 2018.
- ULUSOY**, Ali: Telekomünikasyon Hukuku, Ankara 2002.
- von TUHR**, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2 (Çev. Cevat Edege), Ankara 1983.
- YILDIRIM**, Abdulkerim: "Mesafe Satımı" ile "Mesafeli Satım" Kavramları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1-2, 2004, s.127-152 (Yıldırım, Mesafe).
- YILDIRIM**, Abdulkerim: Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, Ankara 2009 (Yıldırım, Tüketici).
- YILDIRIM**, Abdulkerim: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2015 (Yıldırım, Borçlar).
- YILDIZ**, Mustafa Göktürk: Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi, İstanbul 2012.
- YÜCEDAĞ GÖZTEPE**, Nafiye: Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.7, S.27, 2016, s.667-690.

ZEVKLİLER, Aydın / ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.



## KISALTMALAR CETVELİ

AATUHK.	: 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun
agm.	: adı geçen makale
ASY.	: Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği
BelK.	: 5393 sayılı Belediye Kanunu
BK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
BTK.	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
C.	: Cilt
c.	: cümle
Çev.	: Çeviren
dn.	: dipnot
DPDMHY.	: Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği
DPK.	: 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu
E.	: Esas
EHK.	: 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu
EHSTHY.	: Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği
EPDK.	: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
EPK.	: 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu
EPHY.	: Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği
eTKHK.	: 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
f.	: fıkra
GSM.	: Global System for Mobile Communication
HD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
İSKİ	: İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi
İYKSY.	: İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği

---

K.	: Karar, Kanun
KVKK.	: 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
m.	: madde
MK.	: 4721 sayılı Medenî Kanun
MSY.	: Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği
NTY.	: Numara Taşınabilirliği Yönetmeliği
RG.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı, Sayı
TKHK.	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
vd.	: ve devamı

## **TÜRK VE RUS HUKUKUNDA ÇOCUĞUN VELÂYETİ\***

**Gulden ABUGALI\*\***

### **GUARDIANSHIP OF CHILDREN IN TURKISH AND RUSSIAN LAW**

#### **Makaleye Atıf**

**Klasik Usul:** Abugalı, Gulden: Türk ve Rus Hukukunda Çocuğun Velâyeti, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 2018, s. 331-392.

**APA:** ABUGALI, G. (2018). Türk ve Rus Hukukunda Çocuğun Velayeti. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26 (3), 331-392. DOI: 10.15337/suhfd.442913.

---

\* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 13.07.2018

**Kabul Edildiği Tarih:** 28.11.2018

**DOI Numarası:** [10.15337/suhfd.442913](https://doi.org/10.15337/suhfd.442913)

\*\* Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Öğrencisi

**E-mail Adresi:** gulden.abugali@mail.ru

**ORCID ID:** [0000-0003-2338-1793](https://orcid.org/0000-0003-2338-1793)

**ÖZ**

*Sağlıklı toplumun temeli çocuk ve çocuğun aile ile ilişkidir. Çocuğun korunması, yetiştirilmesi ve sağlıklı gelişimi direkt veliye bağlıdır. Anne ve babanın boşanması, anne ve babadan birisi veya ikisinin ölümü, gaiplik, çocuğa yeterli ilgi gösterilmemesi gibi durumlarda, velâyetin kime bırakılacağı söz konusudur.*

*Bu çalışmada Türk ve Rus hukukundaki çocuğun velâyeti kıyaslanmaya çalışılacaktır. Çocuğun velâyeti ile ilgili kurallar iki hukuk sisteminde benzerlik gösterse de, bir takım farklılıklar vardır. Türk ve Rus hukukuna göre velâyetin tanımı, hukuki niteliği, velâyete sahip olanlar ve velâyete tabi olanlar, velâyetin kapsamı ve kullanımı, çocuğun mallarının yönetimi ve kullanımı, velâyetin sona ermesi ve kaldırılma koşulları incelenmeye çalışılmıştır. Çalışmada boşanma sonucunda ortak velâyet, velâyeti anneye bırakılan çocuğa anne soyadı verilmesi gibi güncel konulara değinilmiştir.*

**ANAHTAR KELİMELER:** *Türk Hukukunda Çocuğun Velâyeti, Rus Hukukunda Çocuğun Velâyeti, Ortak Velâyet, Velâyetin Kapsamı, Velâyetin Sona Ermesi.*

**ABSTRACT**

*Healthy society is related to the base child and the child's relationship with his/her family. The child's protection, upbringing and healthy development depend directly on the parents. The divorce of the mother and the father, the death of one or both of the parents, the disappearance, the lack of interest in the child are reason of question who will having guardianship.*

*In this study, it will be tried to compare the children 's rights in Turkish and Russian law. Although the guardianship of children are similar in the two legal systems, there are some differences. According to the Turkish and Russian law, the definition and legal nature of guardianship of children, having guardianship, the children who belong to the guardianship, scope and the usage of guardianship, the management and the use of child's property, and the ending of guardianship and the conditions of lifting the guardianship are examined. As a result of the divorce in the study, common guardianship and giving a mother's surname to a child who has been given a guardianship leave as a divorced mother has been addressed.*

**KEY WORDS:** *Guardianship of Children in Turkish Law, Guardianship of Children in Russian Law, Joint Child Custody, Scope of Guardianship, Ending of Guardianship.*

## I. GİRİŞ

Çocuklar belli bir yaşa gelene kadar büyüklere bağılırlar ve yardımlarına ihtiyaçları vardır. Çocuğun yetiştirilmesi ve korunması çocuğun doğal haklarından. Çocuk doğduğundan itibaren onun bakımı, korunması ve temsil edilmesi velinin görevidir. Çocuk ve veli arasındaki ilişki ve bu ilişkinin sağlıklı yürümesi toplum için her zaman büyük önem arz etmektedir. Çocuk dürüst ve mutlu olarak yetişirse, gelecekte topluma da katkısı olur.

Anne ve babanın boşanması, anne ve babadan birisi veya her ikisinin ölümü, anne ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi, gaiplik gibi durumlar ortaya çıkabilir. Böyle durumlarda, çocuğun velâyetinin kime bırakılacağı söz konusudur. Çocuğun velâyeti ile ilgili karar alınırken, öncelik olarak, çocuğun psikolojik ve sosyolojik gelişimi göz önünde tutularak çocuğun menfaati ön planda tutulur. Bu bakımdan velâyet çocuğu korumak için kurulan bir sistem olarak da nitelendirilebilir.

Bu çalışmanın konusu, Türk ve Rus Hukukunda çocuğun velâyetidir. Çalışmanın amacı Türk ve Rus Hukukunda çocuğun velâyeti ile ilgili hükümleri kıyaslamak, eksiklikleri tespit ederek önerilerde bulunmaktır. Bu çalışmada, iki hukuk hukuk sistemine ait kanunlar, aile hukuku ile ilgili kitaplar, araştırma tezleri ve iki ülkenin yüksek mahkeme kararları incelenmiştir.

Türk Hukukunda velâyet direkt anne ve babaya bağılı iken, Rus Hukukunda velâyet sadece anne ve baba değil, akraba veya üçüncü kişilerle de ilgili olabilmektedir. Araştırma altı ana başlıktan oluşmaktadır. Ana başlıklar kendi içinde alt başlıklara bölünmüştür. Çalışma iki hukuk sistemindeki velâyetin tanımı ve hukukî nitelikleri üzerinde değerlendirme yapılmıştır. Türk Hukukunda velâyetin kavramı, Rus Hukukundan çok farklıdır, ancak, birçok benzer noktaları da bulunmaktadır.

Velâyete tâbi olanlar ve velâyet hakkına sahip olanlar, üçüncü başlıkta ayrıca incelenmiştir. Türk ve Rus Hukukunda kimler velâyete sahip olabilir ve kimler sahip olamazlar, velâyete tâbi olan çocuklar ve velâyet yaşı da açıklanmıştır. Dördüncü başlıkta Türk ve Rus Hukukuna göre, velâyete ait temel ilkelere yer verilmiştir.

Beşinci başlıkta iki hukuktaki velâyetin kullanımı ve kapsamı konusu ele alınmıştır. Her ne kadar iki hukukta da velâyetin kullanımı benzerlik gösterse de, velilerin hak ve yetkilerinde farklılıklar vardır. Altıncı başlıkta ise çocuğun korunması ve velâyetin sona ermesine yer verilmiştir. Her iki hukukta da çocuğun korunması, velâyetin sona erme nedenleri ve velâyetin kaldırılması incelenmiştir. Çocuğun yüksek yararına önem veren iki hukukta da, çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi için gerekli özen gösterilmediği hâllerde yapılması gereken işlemler izah edilmeye çalışılmıştır.

## II. VELÂYETİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

### A. VELÂYETİN TANIMI

#### 1. Türk Hukukuna Göre Velâyetin Tanımı

Türk Hukuku'nda Velâyet ile ilgili kurallar 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m.335-363 düzenlenmiştir. Velâyet küçüklerin ve istisnai durumlarda ergin kısıtlıların şahıs varlıklarının korunması, bakımı, geliştirilmesi, yetiştirilmesi, mallarına özen gösterilmesi ve korunması, aynı zamanda onların temsil edilmesi konularında kanun koyucunun anne ve babaya verdiği yetki ve haktır<sup>1</sup>. Bu yetki ve hak çocuğun menfaatini ön planda tutarak çocuğun ergin olduğu âna kadar ve istisnai hâllerde ergin

<sup>1</sup> **Akintürk**, Turgut/ **Ateş Karaman**, Derya, Aile Hukuku, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'na Uyarlanmış, C.2, 15.Baskı, İstanbul 2013, s. 406; **Kılıçoğlu**, Ahmet, Medenî Hukuk, Temel Bilgiler, 3.Bası, Ankara 2013, s. 324; **Helvacı**, Serap/ **Erlüle**, Fulya, Medeni Hukuk, 2.Bası, İstanbul 2011, s. 196; **Zevkililer**, Aydın/ **Havutçu**, Ayşe, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 2.Baskı, Ankara 2002, s.314; **Karaca**, Hilal, Türk Hukukunda Velâyetin Kapsamı Ve Hükümleri, YL Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul 2014, s.6., **Zeybek**, Elvan, Velâyet Hakkının Kullanımı, YL Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara 2009, s.4; **Birinci Uzun**, Tuba, Türk Medenî Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli, Hacettepe HFD, 6(1) 2016, 135–166, s.137., **Serdar**, İlnur, Birlikte Velâyet, DEÜHFD Cilt: 10, Sayı 1, 2008, s. 155-197, s.159; **Karakayalı**, Gökhan, Velâyet Hakkının Kullanılmasına İlişkin Hukukî Sorunlar Ve Özellikle Koruyucu Aile Uygulaması, YL Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2009, s.5; **Öztürk**, Mehmet Atıf, Velâyetin kaldırılması, YL Tezi, Akdeniz Üniversitesi, Antalya 2009, s.3; **Zeytin**, Zafer/ **Ergün**, Öner, Türk Medeni Kanunu, 2.Baskı, Ankara 2013, s. 209; **Akintürk**, Turgut/ **Ateş Karaman**, Derya, Medeni Hukuk, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'na Uyarlanmış, 19.Baskıdan Tıpkı 27.Baskı, İstanbul 2013, s. 301; **Ruhi**, Ahmet Cemal, Boşanma İle İlgili Mahkeme İlamlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, 1.Basım, Ankara 2003, s.67.

olduktan sonra da devam edecektir<sup>2</sup>. Velâyet hakkı anne veya babaya, istisnai durumlarda çocuk evlat edinilmiş ise evlat edinene tanınmıştır<sup>3</sup>.

Velâyet hakkı iki yolla kazanılmaktadır. Bunlar: çocuğun doğumu ve mahkeme kararından oluşur. Çocuğun doğumu ve hatta anne rahimine düşmesi ile ortaya çıkan velâyet hakkı, çocuğun evlilik içinde veya evlilik dışında doğmuş olmasına göre kime veya kimlere verileceği konusunda değişiklik göstermektedir<sup>4</sup>.

Evlilik içinde doğan çocuk velâyeti anne ve baba tarafından birlikte kullanılmaktadır<sup>5</sup>. Buna karşın, evlilik dışı doğan çocuk velâyeti yalnızca anneye aittir<sup>6</sup>. Daha sonra evlenmeleri durumunda ise çocuk velâyeti anne ve babaya ait olmaktadır. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâlinde ise velâyet ikisinden birisine aittir<sup>7</sup> (TMK m.336). Boşanan anne ve babanın, birbirleri ile tekrar evlenmesi durumunda, boşanma nedeniyle velâyet hakkı sona eren taraf, evlenme ile tekrar velâyet hakkına sahip olacaktır<sup>8</sup>.

Evlilik dışı doğan çocuğun annesinin ergin olmaması durumunda veya farklı sebeplerden dolayı mahkeme kararı ile velâyet babaya verilebilir veya kaldırılabilir. Sonrasında kaldırılma sebepleri ortadan kalkarsa, velâyet tekrar

<sup>2</sup> **Görgeç**, Başak, Türk Medeni Kanunu'nda Velâyet Hükümleri ve Özellikle Çocuğun Korunması, YL Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2011, s.15; **Akkurt**, Sinan Sami, Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velâyetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.1, İstanbul 2010, s. 91-120, s. 93.

<sup>3</sup> **Serdar**, s.159.

<sup>4</sup> **Hatemi**, Hüseyin/ **Kalkan** Oğuztürk, Burcu, Aile Hukuku, 4.Bası, İstanbul 2004, s. 185; **Görgeç**, s.17.

<sup>5</sup> **Görgeç**, s.17, **Karakayalı**, s.5; **Serozan**, Rona, Çocuk Hukuku, 2.Baskı, İstanbul 2017, s.253; **Doğan**, İzzet, Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku, 1.Baskı, Ankara 2010, s.579.

<sup>6</sup> **Serozan**, s.253; **Helvacı/ Erlüle**, s.196; **Görgeç**, s.17; İsviçre Medeni Kanunu'nu m.298 alınmıştır, (**Arpacı**, Abdülkadir, Gereğçeleri ve En Son Değişiklikleri ile Yeni Türk Medeni Kanunu, İstanbul 2008, s. 271); **Uyumaz**, Alper, Türk Medeni Kanununa Göre Çocuğun İhmâli ve Anne Babaya Karşı Korunması, Legal Hukuk Dergisi, C.14, S.160, 2016, s.1973-2005, s.1974.

<sup>7</sup> Fakat 6684 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile çocuğun menfaatine uygun olması durumunda, boşanan eşler velâyeti birlikte kullanabilirler. Bkz. VI başlık, B/1/c/bb.

<sup>8</sup> **Görgeç**, s.18.

iade edilir. Evlat edinene kişi, mahkemece verilen evlat edinme kararı ile kendiliğinden velâyet hakkına sahip olacaktır<sup>9</sup>.

## 2. Rus Hukukuna Göre Velâyetin Tanımı

Rus Hukukunda öksüz kalan veya anne ve baba gözetimi dışında kalan çocukları yerleştirmenin dört şekli vardır. Bunlar; velâyet ve vesayet, evlat edinme, aileye yerleştirme, devlet kurumlarına yerleştirmedir<sup>10</sup>. Yerleştirmenin en yaygın şekli velâyet ve vesayettir. Rus Federasyonunda öksüz veya anne ve baba gözetimsiz kalan çocukların %50'si velâyet ve vesayet altındadırlar<sup>11</sup>.

Rus Hukukunda velâyet hükümleri, Rus Medeni Kanunu'nda m.31-40 arası, Rus Aile Kanunu'nda m.145-148.1 arasında ve ayrıca Rus Velâyet ve Vesayet Federal Kanunu'nda da düzenlenmiştir. Rus Hukuku'nda velâyetin tanımı ve hukukî nitelikleri Türk Hukukundan farklıdır. Velâyet; anne ve baba gözetimi dışında kalan on dört yaşını doldurmamış çocukların, yetimlerin ve ehliyetsizlerin yetiştirilmesi, eğitilmesi, mülkiyet hakları ile gayri mülkiyet haklarının ve menfaatlerinin korunmasıdır<sup>12</sup>. Rus Hukukunda velâyet, küçükler ve psikolojik bozukluklar nedeniyle ehliyetsizlere karşı kullanılmaktadır (RMK m.32/1). Ön dört yaşını doldurmamış çocuklar ve ehliyetsizlerin tüm hak ve görevleri velâyeti kendisine bırakılan kişi tarafından gerçekleştirilmektedir<sup>13</sup>. Velâyetin asıl amacı anne ve baba gözetiminden mahrum kalan çocuğa ailede yaşama ve yetişme imkânı

<sup>9</sup> Görgeç, s.19.

<sup>10</sup> Кузнецова Е.М., Организация Опек и Попечительства Над Несовершеннолетними На Муниципальном Уровне, УДК 352, 364, г.Омск 2010, s.140.

<sup>11</sup> Кузнецова, s.58.

<sup>12</sup> Мартынова Е.В., Опек и Попечительство, Учебное Пособие, г.Ростов На Дону 2014, s.6; Сумбаа Ш.А., Опек и попечительство как форма социальной защиты детей, оставшихся без попечения родителей, Выпускная Квалификационная Работа, Кызылский Педагогический Институт, Кызыл 2015, s.18; Пулатов Т.А., Правовое регулирование опеки и попечительства в Российской Федерации, Магистерская Диссертация, Тольяттинский государственный университет, г.Тольятти 2017. <https://dspace.tltsu.ru/handle/123456789/3239> (Erişim tarihi: 5.01.2018), s.7; Рузакова, О.А., Семейное Право, Учебник, г.Москва 2010, s.147; Войтович Е.П., Семейное Право, Учебное Пособие, Новосибирск 2014, s.134-135; Крашеников, П.В., Семейное Право, Учебник, г.Москва 2008. s.116.

<sup>13</sup> Сумбаа, s.18; Пулатов, s.8.



sağlamaktır. Velâyetten doğan görevler söz konusu kanunda açıkça düzenlenmedikçe maddî karşılığı yoktur<sup>14</sup>.

Rus Hukukunda velâyet ve vesayet birbiri ile benzerlik göstermektedir, ancak, bazı farklılıklar da mevcuttur. Velâyette veli, velâyet altındaki küçüğün adına tüm hukukî işlemleri gerçekleştirebilir. Vesayette ise, vasi çocuğun sadece bir yardımcısıdır ve işlemlerde çocuğa yalnızca tavsiye verebilir veya izin vermemekle çocuğu koruyabilir. Yukarıda bahsedildiği gibi velâyet, on dört yaşını doldurmamış çocuklar için geçerlidir. Vesayet ise on dört yaşından on sekiz yaşına kadar çocuklar için söz konusudur<sup>15</sup>.

Anne ve baba gözetiminden mahrum kalan çocuğa bir ay içinde veli atanmazsa, velâyet atanana kadarki sürede Velâyet ve Vesayet Kurumu<sup>16</sup> çocuğun bakımını üstlenecektir<sup>17</sup>. Velâyet belirlenirken çocuğun görüşü alınması gerekir. On yaşını doldurmuş çocuk velâyetle ilgili mahkemede kendi görüşünü bildirebilir ve velâyeti onun rızası ile belirlenir<sup>18</sup>. Velâyete sahip olan kişi velâyet altındakilerin mallarını yönetir, onların adına ve onların menfaatine göre hukukî işlemler yapar, kanunun verdiği yetki ile hâkimin iznini almadan üçüncü kişilere karşı ve mahkemede çocuğu temsil eder<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Сумбаа, s.20.

<sup>15</sup> Максимов И.Н., Опекa и Попичителство Как Вид Социальной Зaботы Государства, Издание Наука Вестник, г.Шадринск 2013, s.3; Сумбаа, s.18.

<sup>16</sup> Velâyetele ilgili işlemleri: velâyeti belirleme, kaldırma, takip etme vb. kararları Velâyet ve Vesayet Kurumu gerçekleştirir. Velâyete ve Vesayet Kurumu bölgesel yönetme ve yerleştirme devlet kurumlarıdır. Velâyete ve Vesayet Kurumu erginliğe erişmemiş çocuklar, engelliler, tam ve sınırlı ehliyetsizler ile ilgili işlemleri yapar. Velâyete ve Vesayet Kurumunun en önemli görevleri; anne ve babadan uzak kalan çocukları tespit etmek, onları yerleştirmek, maddî ve manevi yardım etmek, çocuklara veli atamak, onları korumak. (Войтович, s.135-137).

<sup>17</sup> Попова Т.А., Проблемы Правового Регулирования Отношений, Связанных С Установлением Над Несовершеннолетним (Опеки и Попечительства), Выпускная Квалификационная Работа, Томский Государственный Университет, г.Томск 2016, s.44-45.

<sup>18</sup> Гомола А.И. / Гомола И.А., Семейное право, Учебник, Москва 2014, s.134.

<sup>19</sup> Сумбаа, s.18.

## B. VELÂYETİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

### 1. Türk Hukukuna Göre Velâyetin Hukukî Niteliği

Öğretide, bir görüşe göre velâyet, başkaları üzerinde mutlak hak olarak sınıflandırılmaktadır ve anne baba velâyet hakkını bu hakkı ihlâl eden herkese karşı ileri sürebilmektedir<sup>20</sup>. Bu görüşe göre, şahıslar hakkın konusu olamazlar, fakat kendini koruyamayan ve aciz kişiler istisnâ olarak değerlendirilmiş ve bu şahıslar üzerinde mutlak hakkın olduğu kabul edilmiştir<sup>21</sup>. Bu görüş sahipleri, velâyetin anne ve babanın yararından ziyade, çocuk yararına tanınan ve çocuğu korumayı amaçlayan bir hak olduğunu ileri sürmektedir<sup>22</sup>.

Diğer bir görüşe göre, velâyet, anne ve babaya yalnızca haklar tanımaz, hakla birlikte bazı yükümlülükler de yükler<sup>23</sup>. Bu görüşe göre, anne ve babaya, çocuğun kişisel gelişimi ve malvarlığına ilişkin birtakım görevler yüklenmiştir<sup>24</sup>. Buna neden olan, velâyetin kaldırılması durumunda anne ve babanın görevinin devam etmesidir. Mesela; boşanmada çocuk velâyeti kendisinde olmayan tarafın çocuğa karşı nafaka yükümlülüğünün devam etmesi gibi<sup>25</sup>. Bunun yanı sıra anne veya babanın, velâyetin kullanılması esnasında çocuğa bir vasi tayini isteyerek velâyetten kurtulamayacağı veya velâyetin başka birisine devir edilemeyeceği öne sürülmektedir<sup>26</sup>. Fakat, anne ve baba, kendilerini yetersiz görükleri durumda, velâyetin kaldırılması veya değiştirilmesi konusunda hâkime başvurabilirler. Bu durumda hâkim gerekli araştırmaları yaparak, velâyetin kaldırılması veya diğer önlemlerin

<sup>20</sup> **Bozkurt**, İkbâl, Velinin Velâyetten Doğan Hak Görev Ve Yetkileri, YL Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2010 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 7.09.18), s.16.

<sup>21</sup> **Karaca**, s.8; **Uyumaz**, Alper, Türk Medeni Kanununa Göre Çocuğun İhmâli ve Anne Babaya Karşı Korunması, Legal Hukuk Dergisi, C.14, S.160, 2016, s.1973-2005 (**Uyumaz**, Çocuğun Korunması), s.1973.

<sup>22</sup> **Karaca**, s.8; **Bozkurt**, s.16

<sup>23</sup> **Zevkliler/ Havutçu**, s. 314; **Akıntürk/ Ateş Karaman**, Aile, s. 407; **Zeybek**, s.5, **Görgeç**, s.5; **Zeytin/ Ergün**, s. 209; **Akıncı, Ziya/ Demir Gökyayla, Cemile**, Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010, s. 146; **Akyüz**, Emine, Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, 5.Baskı, Ankara 2016, s.224.

<sup>24</sup> **Akyüz**, s.223.

<sup>25</sup> **Zeybek**, s.5.

<sup>26</sup> **Zeybek**, s.5.

alınması için karar verebilir<sup>27</sup>. Bu nedenle, velâyetin bir hak olduğu görüşü daha tutarlıdır.

## 2. Rus Hukukuna Göre Velâyetin Hukukî Niteliği

RVVFK m.11/2'ye göre velâyet belirlenirken veli olacak kişinin rızası şarttır. Kendi isteği ile veli olmak isteyen şahısların ise Velâyet ve Vesayet kurumuna dilekçe ile başvurmaları gerekmektedir. RVVFK m.5'de velâyetin ilkeleri düzenlemiştir. Bu maddeye göre, veli velâyeti kendi isteği ile üstlenir ve kendi isteği ile velâyetten vazgeçebilir. Veli kendi isteği ile velâyetten doğan hak ve görevlerinden vazgeçtiği durumda, velâyet sona erecektir. Bu nedenle velâyetten vazgeçmek velinin hakkıdır<sup>28</sup>. Görüldüğü üzere, Rus hukukuna göre velâyet tartışmasız bir haktır.

### III. VELÂYET HAKKINA SAHİP OLANLAR VE VELÂYETE TÂBİ OLANLAR

#### A. VELÂYET HAKKINA SAHİP OLANLAR

##### 1. Türk Hukukuna Göre Velâyet Hakkına Sahip Olanlar

Türk Hukukunda velâyet hakkı, sadece anne ve babaya aittir<sup>29</sup>. TMK m.335/1 uyarınca, yasal sebep olmadıkça velâyet anne ve babadan alınmaz. Evlat edinen de ergin olmayan evlatlık üzerinde velâyet hakkında sahiptir<sup>30</sup>. Anne ve baba evliyse çocuk dünyaya geldiği anda velâyet kanundan doğar<sup>31</sup>. TMK m.337'ye göre, anne ve baba evli değilse velâyet anneye aittir. Çocuğun menfaati açısından küçüğün anne yanında kalmasının onun için daha iyi olduğu kabul edilmektedir<sup>32</sup>. Anne erginliğe ermemiş, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmışsa çocuğun menfaatine göre çocuğa vasi atanır

<sup>27</sup> Karaca, s.8

<sup>28</sup> Войтович, s.142; Рузакова, s.149; Попова, s.61.

<sup>29</sup> Gökçe, Ümit, Medeni Hukuk, Prestij Kitapları III, Ankara 2004, s. 61; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile. S.407, Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 185; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 146; Helvacı/ Erlüle, s. 196; Akıntürk/ Ateş Karaman, Medeni, s. 301.

<sup>30</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile. S.407.

<sup>31</sup> Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 146; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 185.

<sup>32</sup> Y. 2.HD, 24.02.2003, E.2003/1375, K.2003/2372: "Anne yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlâki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde anne bakım, şefkatine muhtaç ..... TMK m.182, 336/2 uyarınca, babanın velyetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır" (<http://www.kazanci.com.tr/>) Erişim tarihi 05.06.2018, Akkurt, Makele, s. 114.

veya velâyet babaya verilir<sup>33</sup>. Evlat edinmede, evlat edinen tarafından evlat edinme işlemleri tamamlanıp, hâkimin kararının kesinleşmesi ile velâyet kazanılır<sup>34</sup>.

Evlilik devam ettiği sürece anne ve baba velâyeti birlikte kullanırlar<sup>35</sup>. Anne ve babadan birinin ölümü hâlinde ise velâyet sağ kalana ait olacaktır<sup>36</sup>. Anne baba ve evlat edinenler haricinde üçüncü kişiler, yakın hısım dahi olsalar velâyet hakkına sahip olamazlar<sup>37</sup>. Büyük anne ve büyük baba<sup>38</sup>, üvey anne veya üvey babanın velâyet hakkı yoktur. Üçüncü kişiler sadece vasi olabilirler<sup>39</sup>. Ancak, TMK m.338 gereğince, üvey anne ve üvey baba velâyete sahip olan eşlerine yardım etmekle ve ergin olmayan üvey çocuklarına özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler<sup>40</sup>.

## 2. Rus Hukukuna Göre Velâyet Hakkına Sahip Olanlar

Rus Hukukunda erginliğe erişmiş, fiili ehliyeti olan herhangi bir kişi velâyete sahip olabilir<sup>41</sup>. Velâyete ilgili işlemleri Velâyet ve Vesayet Kurumu gerçekleştirir ve takip eder<sup>42</sup>.

<sup>33</sup> Serozan, s.254; Bu madde, İsviçre Medeni Kanunu m.298'den alınmıştır. (Arpacı, s. 371); Doğan, s.579.

<sup>34</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, S.407.

<sup>35</sup> Kılıçoğlu, Medenî, s. 324; Zeytin/ Ergün, s. 210, Tutumlu, Mehmet Akif, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılama Hukuku, C.2, 2.Baskı, Ankara 2009, s. 1351; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 146; Helvacı/ Erlüle, s. 196.

<sup>36</sup> Zeytin/ Ergün, s. 210; Helvacı/ Erlüle, s. 196; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 185; Öztürkmén İcan, Yeşim, Hâkimin Takdir Yetkisinin Velâyete İlişkin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi, YL Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Samsun 2015 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 7.09.18), s.69.

<sup>37</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.407, Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 185; Gökçe, s.61; Akıntürk/ Ateş Karaman, Medeni, s. 301; Serozan, s.254.

<sup>38</sup> Y. 2.HD, 08.06.2008, E.2008/3782, K.2008/8892: "...yasal düzenlemelere göre, velâyet hakkı, münhasıran anne ve babaya tanınan bir hak olup, evlat edinme hâli hariç, anne ve baba dışında hiç kimseye tevdi olunamayacağından, mahkemece velâyetin küçüklerin dedesi olan davacıya verilmesi şeklinde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır" (Tutumlu, s.1369.)

<sup>39</sup> Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 146; Serozan, s.254.

<sup>40</sup> Serozan, s.254; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 185.

<sup>41</sup> Сумбаа, s.19; Попова, s.27; Рузакова, s.147; Войтович, s.138.

<sup>42</sup> Войтович, s.135.

RAK m.146/1 göre, aşağıdaki kişilere velâyet verilemez:

- Daha önce velâyet hakkı kaldırılmış kişilere: söz konusu hak ne zaman kaldırılmış olmasına bakılmaksızın velâyet hakkı verilmemektedir<sup>43</sup>.
- İnsan hayatına ve sağlığına, kişinin ar namusuna, insanlığa, barışa, aileye, küçüklere ve cinsel özgürlüğe karşı suçlardan dolayı sabıka kaydı olanlar<sup>44</sup>.
- Ağır ceza suçlarından sabıka kaydı silinmeyenler<sup>45</sup>.
- Ön hazırlıktan<sup>46</sup> geçmeyen kişiler, çocuğun yakın hısımları, daha önce evlat edinmiş ve evlatlık hakkı kaldırılmamış, daha önce velâyete sahip olan ve görevini gereği gibi yerine getirmemesinden dolayı velâyeti kaldırılmamış kişiler istisnadır<sup>47</sup>.
- Eşcinsel evliliği olanlar ve eşcinsel ailelerin evliliklerini kanunlaştıran bir ülkede evliliklerini resmileştirenler, eşcinsel ailelerin evliliklerini kanunlaştıran ülkenin bekâr vatandaşları<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> **Войтович**, s.138; **Низамиева О.Н.**, Семейное Право, учебно-методический комплекс дисциплины, Казанский (Приволжский) федеральный университет, Казань 2014s, 103; **Рузакова**, s.147; **Сумбаа**, s.19; **Попова**, s.27; **Гомола А.И./Гомола И.А.**, s.133.

<sup>44</sup> **Войтович**, s.139.

<sup>45</sup> Daha önce iki kez ceza almış, ancak, sabıka kaydı silinen kişiler veli olabilirler. Ceza almış olması çocuğa terbiye vermekte yan etkisi bulunmamaktadır ve velâyeti kaldırmaya sebep değildir. Решение ВС № 33а-15216/2017 А-019а 11.12.2017 (Решение ВС РФ: <https://rospravosudie.com/court-krasnoyarskiy-kraevoy-sud-krasnoyarskiy-kraj-s/act-561047667/>) Erişim tarihi: 1.03.2018.

<sup>46</sup> RAK m.127/6'ya göre, kişi velâyete sahip olabilmesi için psikolojik pedagojik ve hukukî taraftan hazır olmalıdır. Velâyete sahip olmak isteyen kişinin öz hazırlık eğitimini aldığı sertifikası bulunması zorunludur. Ön hazırlık sertifikası Velâyet ve Vesayet Kurumu tarafından organize edilen eğitimden sonra verilecektir. Yabancı uyruklu ve yurtdışında ikamet eden kişiler RF vatandaşı olan çocuğun velâyetini almak için, RF yasalarına uygun ön hazırlık sertifikasını almışsa RF'da geçerlidir, almamışsa RF sınırları için öz hazırlıktan geçmesi zorunludur; **Войтович**, s.139.

<sup>47</sup> **Попова**, s.27.

<sup>48</sup> **Войтович**, s.139; RF devleti eşcinsel evlilikleri kabul etmiyor ve dolayısıyla eşcinsel evliliklerini başka ülkede resmileştiren kişiler RF'da velâyete sahip olamazlar. Fakat eşcinsel evliliği kabul eden ülke vatandaşlarının normal evliliği (kadın ve erkek evliliği) mevcut ise, RF'da velâyete sahip olabilirler. Eşcinsel evliliği kabul eden ülkenin henüz bir evlilik yapmamış olan bekâr vatandaşlarının RF'da velâyete sahip

- Kronik alkol ve uyuşturucu madde bağımlıları<sup>49</sup>.
- Kanunda belirtilen özelliğe sahip olanlar velâyete sahip olamazlar. Velâyet atanırken hâkim veli olacak kişinin ruhanî ve fiziksel özelliklerini de dikkate alır.

Psikolojik hastalar ve velâyet görevini yerine getirmeye engel bedensel hastalıkları olanlar da velâyete sahip olamazlar<sup>50</sup>. Velâyete ilgili karar aşamasında hâkim, hastanenin psikiyatr bölümü kayıtlarından kişi hakkında bilgi edinebilir ve kendi takdir yetkisine göre karar verebilir<sup>51</sup>.

## B. VELÂYETE TÂBİ OLANLAR

### 1. Türk Hukukuna Göre Velâyete Tâbi Olanlar

TMK m.335'e göre, ergin olmayan çocuklar, yani on sekiz yaşından küçük çocuklar velâyete tâbidirler<sup>52</sup>. Kural olarak erginliğe ulaşan çocuklar velâyete tâbi olamazlar<sup>53</sup>. Erginliğe kavuşmayan küçükler, evlenme ve bunun gibi başka istisnai durumlarda on sekiz yaşını doldurmamış olsalar bile velâyet altında değildirler<sup>54</sup>. Zira evlenme kişiyi reşit kılar (TMK m.11). Evlatlıkta da çocuklar erginliğe ulaşana kadar evlat edinenin velâyetindedirler<sup>55</sup>. Evlat edinen ölürse, velâyet kendiliğinden doğal anne ve babasına geçmez, çocuğa vasi atanır. Ancak, çocuğun doğal anne ve babası da vasi olarak atanabilir<sup>56</sup>. Mahkeme kararı ile ergin olmuş fakat kısıtlanmış

---

olamama sebebi ise, daha sonra kendi ülkelerinde eşcinsel evlilik yapabilme ihtimali olduğundandır. Yani kanun koyucu çocuğun sadece maddi değil manevi açıdan da sağlıklı ailede büyümesi için böyle bir kural oluşturmuştur (Семейный кодекс РФ 2018, Актуальная редакция с Комментариями по состоянию на 17.09.2018 <http://skodeksrf.ru/rzd-6/gl-19/st-127-sk-rf>) Erişim tarihi: 12.10.2018.

<sup>49</sup> Рузакова, s.147; Попова, s.27; Низамиева, s.103; Войтович, s.139; Гомола А.И./ Гомола И.А., s.133.

<sup>50</sup> Гомола А.И./ Гомола И.А., s.133; Попова, s.28-29.

<sup>51</sup> Попова, s.28-29.

<sup>52</sup> Helvacı/ Erlüle, s. 196; Zevkliler/ Havutçu, s. 315; Zeytin/ Ergün, s. 210; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile. S.408.

<sup>53</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.408; Zevkliler/ Havutçu, s. 315.

<sup>54</sup> Zevkliler/ Havutçu, s. 315.

<sup>55</sup> Zevkliler/ Havutçu, s. 315.

<sup>56</sup> Arat, Ayşe, Medenî Kanun'da Velâyetin Kaldırılması Tedbiri ve Bu Tedbirin Uygulanması, MÜHFD, C.2, S.2, Aralık 2012, 275-296, s.277.

çocuğa vasi atanmasını gerek görülmediği durumlarda da ergin çocuklar, anne ve babanın velâyeti altında kalırlar<sup>57</sup>.

## 2. Rus Hukukuna Göre Velâyete Tâbi Olanlar

RMK m.31'e göre, anne ve babası veya evlat edineni olmayanlar, anne ve babasından velâyet kaldırılmış ve anne ve baba gözetimi dışında kalan erginliğe erişmemiş çocuklar da velâyete tâbidirler<sup>58</sup>. On dört yaşını doldurmayan çocuklar velâyete tâbi olup, on dört yaşından on sekiz yaşına kadar olan çocuklar ise velâyete değil, vesayete tâbi olmaktadır<sup>59</sup>. RMK m.35/4'e göre, çocuk esirgeme kurumlarına, eğitim ve sağlık kurumlarına, sosyal yardımlar yapılan kurumlara yerleştirilmiş tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsizler velâyete tâbi olamazlar.

## IV. VELÂYETE HÂKİM OLAN İLKELER

### A. TÜRK HUKUKUNA GÖRE VELÂYETE HÂKİM OLAN İLKELER

#### 1. Çocuğun Menfaati İlkesi

Velâyetin asıl işlevi çocuğun menfaatinin korunmasıdır<sup>60</sup>. Çocuğun menfaati kavramı Türk Medeni Kanununda veya Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede de açıkça tanımlanmamıştır, fakat hem öğretilerde<sup>61</sup> hem uygulamada<sup>62</sup> çocuğun menfaatinin ön planda tutulması amaçlanmıştır. Anne ve babanın ortak hayata son vermesi veya ayrılık hâlinde, velâyet hakkı anne ve babadan birisine ya da her ikisine bırakılır<sup>63</sup>. Velâyetin hangi tarafa bırakılacağı konusunda hâkime geniş takdir yetkisi verilmiştir. Hâkim

<sup>57</sup> Serozan, s.251; Akıntürk/ Ateş Karaman, Medeni, s.301; Helvacı/ Erlüle, s. 196; Zevkililer/ Havutçu, s. 315; Arpacı, s. 370; Zeytin/ Ergün, s. 210; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s..408.

<sup>58</sup> Низамиева, s.102.

<sup>59</sup> Низамиева, s.102.

<sup>60</sup> Görgeç, s.20; Partalçı, Rumeysa, Yabancı Devletlerden Alınan Velâyet Kararlarının Tenfizi, YL Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2014 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 7.09.18), s.56.

<sup>61</sup> BMÇHDS m.3: "Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir".

<sup>62</sup> Y. 2.HD, 22.11.2001, E.2001/14060, K.2001/16341: "...Velâyetin düzenlenmesinde asıl olan küçüğün yararı olup bu hususun kamu düzeni gereğince davaya bakan hâkim tarafından kendiliğinden gözetilmesi gerekir. ..." (Ruhi, s.69).

<sup>63</sup> Akyüz, s.233.

velâyetin hangi tarafa bırakılacağına karar verirken çocuğun menfaatini gözetmesi gerekir. Çocuğun menfaati tespitinde kullanılacak ölçütler, her ne kadar kanunda açıkça belirtilmiş olmasa da, olayın özelliklerine göre ayrı ayrı takdir edilmelidir<sup>64</sup>.

Doktrinde “The Tender Years Doctrine” adında bir görüş, çocuğun menfaatini tespit etme konusunda çocuğun yaşını nazara almaktadır. Bu görüş, çocuğun menfaati doğrultusunda, belirli yaşın altındaki çocukların velâyetini anneye verilmesi gerektiğini savunmaktadır. “The Tender Years Doctrine” görüşüne göre, “hassas yaşlar” olarak adlandırılan dönemdeki çocukların refahı ve mutluluğu, ancak anneye verilmesi ile sağlanabilir. Yani, velâyetin anneye verilmesinde, annenin sosyal ve ekonomik durumu önem arz atmamaktadır. Türk Hukuk doktrininde ise, velâyetin anne ve babadan hangisine verileceğine karar verilirken, çocuğun menfaatinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir<sup>65</sup>.

Velâyet ilişkisi çift taraflıdır<sup>66</sup>. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi velâyet anne ve babaya çocuğun şahsı ve malları üzerine sadece haklar değil, aynı zamanda onlara birtakım yükümlülükler de yükler. Genelde anne ve baba ve çocuğun menfaatleri aynı yödedir. Ancak, anne ve baba ve çocuğun çıkarları çatıştığı durumlarda kanun bu hakkın kullanılmasında çocuğun menfaatini ön planda tutmuştur<sup>67</sup>. TMK m.339’da çocuğun bakımı ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde bulundurarak gerekli kararları almaları ve uygulamaları gerektiği belirtilmiştir.

Çocuğun menfaati ilkesi gereği, çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâki ve toplumsal taraftan gelişimi için gerekli tüm şartlar sağlanmalıdır<sup>68</sup>. Çocuğun menfaati, genel olarak kendi ayaklarında durabilme, sorumluluk alabilme, toplum içinde sorun yaşamadan hayatını sürdürebilir hâle gelmesi için doğru yetiştirilmesi şeklinde tanımlanabilir<sup>69</sup>. Mesela; çocuk ergin olduktan sonra kendi başına karar verebilmesi için, büyüme aşamasında

<sup>64</sup> Akkurt, Makale, s. 115.

<sup>65</sup> Akkurt, Makale, s. 114.

<sup>66</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.407; Zeybek, s.6; Karakayalı, s.19; Öztürk, s.6.

<sup>67</sup> Karakayalı, s.19; Öztürk, s.6; Öztekin Gelgel, Günseli, Devletler Özel Hukukunda Velâyet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 S.8 Güz 2005/2 s.119-148, s.128.

<sup>68</sup> Akkurt, Makale, s.111; Serdar, s.163.

<sup>69</sup> Görgeç, s.20.



kendisi ile ilgili bazı kararlara katılması gerekmektedir. Ergin olana kadar fikri sorulmamış çocuk, ergin olduktan sonra karar alma konusunda yetersiz kalacaktır. Görüldüğü üzere bu çocuğun menfaatine aykırı bir durumdur<sup>70</sup>. Velâyet hakkının kullanımına ilişkin kararlarında, Yargıtay, öncelikle çocuğun çıkarlarının ön plana koyulması gerektiğini, daha sonra anne ve baba durumuna bakılması gerektiğini belirtmiştir<sup>71</sup>.

## 2. Süreli Olma İlkesi

Velâyet ilişkisi sürelidir<sup>72</sup>. Yukarıda bahsettiğimiz gibi, velâyet ilişkisi kural olarak çocuğun doğumu ve hatta anne rahmine düşme anı ile başlar. Velâyet ilişkisi çocuğun büyümesi ile daralır ve ergin olmasıyla son bulur<sup>73</sup>. BMÇHDS m.1'e uyarınca velâyet süresi çocuğun on sekiz yaşına kadar devam edecektir<sup>74</sup>. Ancak, mahkeme kararı ile on sekiz yaşını doldurmayan çocuk ergin kılınırsa veya evlenirse velâyet sona erecektir<sup>75</sup>. TMK m.419/2'e göre, gerek duyulduğunda ergin çocuk mahkeme kararı ile kısıtlanabilir, ancak, kısıtlama kararı ergin olduktan sonra sonuç doğurur. Böyle durumlarda velâyet devam edilecektir<sup>76</sup>. Gördüğümüz üzere, velâyet ilişkisi anne ve babanın isteği ile sona eremez ve sona ermesi için anne ve babanın izni de aranmaz.

## 3. Bölünmezlik İlkesi

Evlilik devam ettiği ve tarafların birinden alınmadığı sürece velâyetin verdiği yetki ve yükümlülükler anne ve baba arasında bölünmez ve

<sup>70</sup> Görgeç, s.21.

<sup>71</sup> Y. 2.HD, 20.09.2004, E.2004/9116, K.2004/10227: "... Velâyet düzenlenirken analık, babalık duygularından önce çocuğun geleceği, ihtiyaçları, bedeni ve fikri gelişimi öncelikle dikkate alınır" (Karakayalı s.19); Y. 2.HD, 02.03.2001, E.2001/1902, K.2001/3529: "Ortak çocuk annemin yanında daha rahatım, annemin yanında kalmak istiyorum" demiş.... Velâyetin düzenlenmesinde çocuğun ruhsal yönden rahat olacağı ortamı esas alınır.... Velâyetin düzenlenmesinde çocuğun bu arzusunun dikkate alınması gerekir" (http://www.kazanci.com.tr/) Erişim tarihi 05.06.2018.

<sup>72</sup> Serozan, s.251; Zeybek, s.8; Bozkurt, s.29.

<sup>73</sup> Serozan, s.251; Zeybek s.6; Bozkurt, s.29; Görgeç, s.22.

<sup>74</sup> Karakayalı, s.24; Görgeç, s.22; Bozkurt, s.29.

<sup>75</sup> Bozkurt, s.29; Görgeç, s.22; Karakayalı, s.24.

<sup>76</sup> Görgeç, s.22; Zeybek, s.6; Bozkurt, s.29; Serozan, s.251.

paylaşılamaz<sup>77</sup>. Anne ve baba velâyetin verdiği tüm yetki ve yükümlülükleri birlikte yerine getirmeleri gerekmektedir. Mesela; anne çocuğun bakımını yapacak, baba da eğitime bakacak şekilde paylaşılammaktadır.

Çocuğun menfaatine ve mallarına özen gösterilmesini amaçlayan hak ve yükümlülükler bölünmediği gibi zaman bakımından da velâyet bölünmez<sup>78</sup>. Çocuğun menfaati açısından özellikle küçük çocukların sağlıklı gelişimi için düzenli hayat geçirmeleri gerekmektedir. Fakat, anne ve babanın ayrı kalma veya boşanma hâlinde çocukların bir süre annede bir sürü babada kalması çocuğun menfaati aleyhine olduğu gibi lehine de olabilir.

#### 4. Birlikte Velâyet İlkesi

Evlilik devam ettikçe ve velâyetin kaldırılmasını gerektiren bir sebep olmadıkça anne ve baba velâyeti birlikte kullanırlar<sup>79</sup>. Anne ve baba velâyeti bir bütündür ve eşit kabul edilir. EMK m.263'te çocukla ilgili anne ve baba arasında anlaşmazlık doğduğu zaman babanın görüşü geçerli sayılmıştır, fakat yürürlükteki Türk Medeni Kanunu de bu hükme yer verilmemiştir<sup>80</sup>. Kanun koyucu kadın erkek eşitliğine uygun olarak anne ve babaya eşit söz hakkı tanımıştır. Böylece çocuğun yetiştirilmesi, bakımı, eğitimi ve bunun gibi önemli konularda iki tarafın ortak aldığı bir karar çocuğun menfaatine en uygun karar olarak görülmüştür.

Anne veya babadan her ikisinin de rızası alınmadan velâyetin kullanılmasına ilişkin hukukî işlem yapılamaz. Yapıldığı takdirde diğer tarafın rızası alınana kadar "askıda hükümsüzlük" söz konusu olur. Görüşü alınmayan tarafın rızasına göre askıda olan hüküm icazet ile ortadan kalkar veya kesin hükümsüz hale gelir<sup>81</sup>.

Bazı durumlarda anne veya babadan birinin velâyeti fiilen kullanması imkânsız olabilir. Örneğin; babanın askere gitmesi, tutuklanması, iş nedeniyle

<sup>77</sup> **Çetinkaya**, Volkan, İnsan Hakları Hukuku Açısından Velâyet Hakkı, YL Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2009, s. 55; **Görgeç**, s.22; **Zeybek**, s. 9; **Karakayalı**, s. 25;

<sup>78</sup> **Karakayalı**, s. 25; **Özer Taşkın**, Özden, Velâyet Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi, YL Tezi, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2006, s. 34.

<sup>79</sup> **Hatemi/ Kalkan Oğuztürk**, s.183; **Zeybek**, s.7; **Görgeç**, s. 24; **Öztürk**, s. 7; **Öztürkmen İcan**, s.69; **Polat**, Oğuz/ **Güldoğan**, Evin, Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velâyetin Saptanmasındaki Önemi, TBB Dergisi 2015 (118), s.245.

<sup>80</sup> **Zeybek**, s.7; **Görgeç**, s. 24; **Öztürk**, s. 7; **Hatemi/ Kalkan Oğuztürk**, s.184; **Serozan**, s.254.

<sup>81</sup> **Hatemi/ Kalkan Oğuztürk**, s.184.

yurtdışında olması, hastalık vb. durumlarda velâyet eşlerden biri tarafından kullanılabilir. Ancak, önemli hususlarda karşı tarafla iletişime geçme imkânı mevcut ise, karşı tarafın da fikrinin alınması gerektiği öne sürülmektedir<sup>82</sup>.

Anne ve babadan birisinin hastalığı, akıl zayıflığı, kötü hâli veya aileden uzak kalması velâyetin kullanılmasını önemli ölçüde aksatıyorsa, bir taraf velâyeti tek başına kullanır ve böylece karşı tarafın velâyeti kullanma hakkı ortadan kalkacaktır. Anne ve baba velâyeti kullanırken gerekli özeni ve titizliği göstermekle yükümlüdürler. Bu özen ve titizliğin çocuğun menfaatine uygun olması gerekmektedir. Aksi halde velâyet kötüye kullanmış sayılacaktır<sup>83</sup>.

Anne ve baba çocuğun ruhsal ve fiziksel gelişimini sağlamakla yükümlüdür. Yukarıda da bahsedildiği gibi çocuğun kişiliği, sağlıklı gelişmesi sadece çocuk için değil, toplum için de büyük önem arz etmektedir<sup>84</sup>.

##### 5. Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlılık İlkesi

Velâyet kişiyeye sıkı sıkıya bağlıdır ve başkasına devredilemez, mirasçılara geçmez, çocuğun rızası olsa dahi kısmen veya tamamen bundan feragat edilemez<sup>85</sup>. Yani anne ve baba velâyetle ilgili bir anlaşma veya bu hakkı kullanmayacaklarına dair bir sözleşme yapamazlar. Çünkü velâyet anne ve baba çıkarlarını değil, çocuğun menfaati için tanınmıştır<sup>86</sup>.

Öğretide bir görüşe göre, velâyetin kullanımı anne ve baba dışında birilerine bırakılabilmektedir<sup>87</sup>. Ancak, velâyetin tamamı değil, sadece kullanımı devredilebilmekte ve anne ve baba istediği zaman geri alabilmektedir. Örneğin; çocuk eğitimi ve terbiyesi okulun öğretmenlerine bırakılması durumlarında, velâyet hakkının kullanılmasının devredildiği ifade edilmektedir.

<sup>82</sup> Zeybek, s.7; Görgeç, s. 24; Öztürk, s. 7.

<sup>83</sup> Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s.184.

<sup>84</sup> Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s.184.

<sup>85</sup> Serozan, s.251; Görgeç, s.29; Zeybek, s.9; Özer Taşkın, s.35; Çetinkaya s.12-13; Karaca, s.8; Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C.3, 13.Baskı, İstanbul 2018, s.352.

<sup>86</sup> Serozan, s.250; Görgeç, s.29; Zeybek, s.9.

<sup>87</sup> Görgeç, s.29; Zeybek, s.9.

## B. RUS HUKUKUNA GÖRE VELÂYETE HÂKİM OLAN İLKELER

### 1. Velâyet Altındakilerin Hak ve Menfaatlerinin Korunması İlkesi

RVVFK 5inci maddesinde Rus Hukukunda velâyete ilişkin temel ilkeler verilmiştir. Bunlar; velâyet altındakilerin hak ve menfaatlerinin korunması, velâyeti üstlenme ve velâyetten vazgeçme özgürlüğü ilkesi ve velâyetin kontrolü ilkesidir. Velâyetin en temel ilkelerinden birisi de velâyet altındaki çocuğun hak ve menfaatlerinin korunmasıdır<sup>88</sup>.

Çocukla ilgili herhangi bir işlemde çocuğun menfaati ön planda tutulmalıdır. Çocuğun menfaati doğrultusunda Rus hukukunda ayrı bir düzenleme yoktur. Ancak, kanundaki farklı düzenlemelerden çocuğun menfaatine önem verildiği görülebilir.

Velâyet altındaki çocuk veli ile birlikte yaşamalıdır. Ancak, çocuğun menfaatine uygun olduğu durumda, Velâyet ve Vesayet Kurumunun izni ile, çocuk, veliden ayrı yaşayabilir<sup>89</sup>.

RAK m.148.1/5'e göre, çocuğun menfaatine aykırı olmadığı sürece veli, çocuğun kendi anne ve babası ile veya akrabaları ile görüşmesini engelleyemez. Görüldüğü gibi söz konusu kanunda tüm kurallar çocuğun menfaati doğrultusunda düzenlenmiştir.

### 2. Velâyeti Üstlenme ve Velâyetten Vazgeçme Özgürlüğü İlkesi

Veli, velâyeti kendi isteği ile üstlenir ve kendi isteği ile velâyetten vazgeçebilir. Veli kendi isteği ile velâyetten doğan hak ve görevlerinden vazgeçtiği durumda, velâyet sona erecektir. Bu nedenle velâyetten vazgeçmek velinin hakkıdır<sup>90</sup>.

### 3. Velâyetin Kontrolü İlkesi

Rus Hukukuna göre, velâyetin hâkim olduğu bir başka ilke velâyetin kontrolüdür. RVVFK m.24 gereği, velâyet kendisine bırakılan kişi, Velâyet ve Vesayet Kurumunun sürekli kontrolü altındadır. Velâyet ve Vesayet Kurumu düzenli ve devamlı olarak velâyet altındaki çocuğun yaşamını, velinin görevlerini yerine getirip getirmediğini, mallarının harcanıp harcanmadığını kontrol eder.

<sup>88</sup> Рузакова, s.147; Войтович, s.140.

<sup>89</sup> Попова, s.36; Крашеников, s.117.

<sup>90</sup> Войтович, s.142; Рузакова, s.149; Попова, s.61.

## V. VELÂYETİN KAPSAMI VE KULLANIMI

### A. TÜRK HUKUKUNA GÖRE VELÂYETİN KAPSAMI VE KULLANIMI

Velâyet kapsamının sınırları yasa ile belirlenmiştir (TMK m.339-345). Velâyetin kapsamına, çocuğun şahısvarlığı ve çocuğun malvarlığı ile ilgili hak ve yükümlülükler girmektedir<sup>91</sup>. Çocuğun menfaatini göz önünde tutarak, velâyet; egemenlik, çocuğun adını koyma, çocuğun yerleşim yerini belirleme, çocuğu yetiştirme, eğitime, dinî eğitim, mallarını koruma, üçüncü kişilere karşı temsil etme gibi önemli konuları kapsamaktadır<sup>92</sup>.

#### 1. Çocuğun Şahısvarlığı Bakımından Velâyetin Kapsamı

##### a. Egemenlik Hakkı

Anne ve babanın çocuğun üzerinde egemenlik hakkı vardır. Bu hak mutlak haklardandır ve zamanaşımına tâbi değildir<sup>93</sup>. Ancak, bu egemenlik hakkı anne ve babaya çocuğa yönelik bir uslandırma hakkı vermez<sup>94</sup>. Velâyet sadece anne ve babaya tanınmış bir iktidardır<sup>95</sup>. Haksız yere çocuğu, anne ve babadan kimse alamaz. Haksız yere kendilerinden çocuğu alınan anne ve baba, çocuğu kendilerine geri almak için herhangi bir zamanaşımı söz konusu olmadan dava açabilirler<sup>96</sup>. Yani aradan ne kadar zaman geçerse geçsin, velâyet hakları devam ettiği müddetçe anne ve baba çocuğun velâyetini talep etme hakkına sahiptir. Üçüncü bir kişi, mahkeme kararı veya idarî

<sup>91</sup> Helvacı/ Erlüle, s.196; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile s.410; Gökçe, s.61; Zeybek, s.17.

<sup>92</sup> Kılıçoğlu, Medenî, s.324; Akıncı/ Demir Gökyayala, s.147; Zeybek, s.17.

<sup>93</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.410; Gökçe, s.61; Zevkliler/ Havutçu, s.316; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s.189.

<sup>94</sup> Arat, s.277.

<sup>95</sup> 2.HD, 08.05.1997, E.1997/4971, K.1997/4953: "...Medeni Kanunu'muzun hükümlerine göre, küçüklerin ve mal varlıklarının bakım ve korunmalarını sağlamak için onların malları ve şahısları üzerinde anne ve babanın sahip oldukları görevlerin ve hakların hepsine birden velâyet denmektedir. Velâyet sadece anne ve babaya tanınmış bir iktidardır..." (Çelik, Cemil, Velâyetin Kaldırılması, AÜHFD, C.54, S.1, 2005, s.261).

<sup>96</sup> Zevkliler/ Havutçu, s.316; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.410; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 189.

tedbir kararı gibi haklı bir sebep olmaksızın, çocuğu yanında bulunuduruyorsa, çocuğu anne ve babaya geri vermekle yükümlüdür<sup>97</sup>.

Çocuk anne ve babanın sözünü dinlemelidir. Anne ve babanın rızası olmadan evi terk edemez ve yasal neden olmadıkça anne ve babadan velâyet alınamaz<sup>98</sup>. Anne ve baba; çocuğun, anne ve babasının rızası olmadan evi terk etmesini engelleyebilir. Çünkü çocuğun ergin olmadan tek başına yaşaması çocuğun menfaatine aykırıdır.

### b. Çocuğun Adı ve Soyadı

TMK m.339/5'e göre, çocuğun adını anne ve baba koyar. Burada söz konusu çocuğun ön adıdır. Çocuğun adını koymak hem haktır hem de yükümlülüktür. Hiçbir çocuk isimsiz kalmaz<sup>99</sup>. Velâyet hakkına kim sahip ise çocuğun adını o kişi koyar<sup>100</sup>. Çocuğun menfaatine aykırı olmadığı ve hayatını olumsuz etkilemeyeceği sürece anne ve baba çocuğa diledikleri ismi koyabilirler<sup>101</sup>.

Anne ve baba çocukla ilgili bazı konularda anlaşamıyorlar ise EMK m.263'e göre, babanın görüşü üstün kabul edilmekteydi. Fakat 4721 sayılı Medeni Kanun kadın-erkek eşitliğini zedeleyen bu kuralı kaldırmıştır<sup>102</sup>. Anne ve babaya çocuğun adını koyma konusunda anlaşmak zorunlu kılınmıştır. Anne ve baba, çocuğun adını koymakta anlaşamıyorlarsa her ikisi de istediği ismi koyma haklarına sahiptirler. Anne ve baba birbirlerinin seçtiği ismi koymak istemiyorlarsa, hâkime başvurabilirler<sup>103</sup>. Hâkim kararı ile iki taraftan birinin görüşü kabul edilir veya hâkim kendisi bir çözüm bulur. TMK m.195/2 gereği hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir.

<sup>97</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.410, Zeybek, s.19.

<sup>98</sup> Zeytin/ Ergün, s.210; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 189; Görgeç, s.31.

<sup>99</sup> Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 189.

<sup>100</sup> Dural/ Öğüz/ Gümüş, s.355; Helvacu/ Erlüle, s.196; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.410.

<sup>101</sup> Grassinger, Gülçin Elçin, Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velâyet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, 1.Baskı, İstanbul 2009, s.39.

<sup>102</sup> Arat, s.278; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.410; Zeybek, s.22.

<sup>103</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.410; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 189; Zeytin/ Ergün, s.210; Görgeç, s.31.

Bazı görüşlere<sup>104</sup> göre, çocuğun adının koyulmasının velâyetle bir ilgisi yoktur ve anne ve baba velâyete sahip değilse de çocuğun adını koyma hakkına sahiptirler. Diğer bir görüş ise bu görüşe katılmamaktadır<sup>105</sup>. Bu yazarlar, şayet böyle olsaydı çocuğun adı ile ilgili düzenlemelerin Türk Medeni Kanunu'nun altıncı ayırımında değil beşinci ayırımında yer almaları gerektiğini savunmaktadırlar<sup>106</sup>.

TMK m.321 gereği anne ve baba evliyse çocuk ailenin soyadını alır. Bu da babanın soyadıdır. Maddenin devamında anne ve baba evli değilse çocuk annesinin soyadını taşır diye düzenlenmiştir. Fakat Anayasa Mahkemesi 02.07.2009 tarihli kararıyla “..evli değilse anne soyadını taşır” hükmünü Anayasa'nın 10,11 ve 41 maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir<sup>107</sup>. Anayasa Mahkemesinin bu kararından çok önce yürürlüğe giren Nüfus Hizmetleri Kanunu m.28/4 ve geçici m.5 gereği, evlilik dışı doğan fakat baba ile hukuken soybağı ilişkisi kurulan veya baba tarafından tanınan çocuk, babasının soyadını alma hakkına sahiptir. Baba tarafından tanınmamış veya soybağı ilişkisi kurulmamış çocuk ise ana soyadını taşıyacaktır<sup>108</sup>. Güncel Yargıtay kararına göre, boşanmış kadın; velâyeti kendisine verilmiş olan çocuğuna “kendi soyadını” verilmesini velâyet hakkına dayanarak Aile Mahkemesinden isteyebilir<sup>109</sup>.

<sup>104</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.410; Zeybek, s.22.

<sup>105</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.410;

<sup>106</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.410.

<sup>107</sup> RG. 07.10.2009-27396.

<sup>108</sup> Akyüz, s.120-121; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s341.

<sup>109</sup> Y. 2.HD, 9.04.2018, E.2018/1306, K.2018/4719: “..velâyet hakkına sahip davacı anne, soyadlarının farklı olmasından çocuğun rahatsız olduğunu ve anne ile aynı soyadını taşımak istediğini ileri sürmüş olup, davacı tanıkları da davalı babanın çocuğuna ilgisiz olduğunu, yaklaşık üç yıldır babanın çocuğunu görmeye gelmediğini, çocuğun birlikte yaşadığı anne ile aynı soyadını taşımamaktan rahatsız olduğunu, anne ile aynı soyadını taşımak isteğini sürekli dile getirdiğini, kendisini tanıtırken soyadını annenin soyadı olan “...” olarak ifade ettiğini beyan etmişlerdir. Çocuğun soyadının annenin soyadı ile değiştirilmesi halinde çocuğun üstün yararı bakımından ruhsal gelişiminin olumsuz etkileneceği ileri sürülmediği gibi, az önce açıklanan tanık beyanlarından çocuğun soyadının annenin soyadı olarak değiştirilmesinin çocuğun üstün yararına olabileceği anlaşılmaktadır (<http://www.kazanci.com.tr/>) Erişim tarihi 14.10.2018.

### c. Çocuğun Yerleşim Yeri

TMK m.21/1'e göre, çocuğun oturma yeri onun yerleşim yeridir. Velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri anne ve babanın yerleşim yeridir<sup>110</sup>. Anne ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa çocuğun kendisine bırakılan tarafın yerleşim yeri çocuğun yerleşim yeridir<sup>111</sup>. Erginliğe erişmemiş çocuk, anne ve baba rızası ile onların yerleşim yeri dışında bir yerde yaşıyorsa veya çalışıyorsa, çocuğun kendi seçtiği yerin, çocuğun yerleşim yeri olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>112</sup>. Bu konuda, ana unsur çocuğun menfaatidir. Eğer çocuğun anne ve babadan ayrı yaşaması, çocuk için daha yararlı olursa, anne ve baba çocuğun ayrı yaşamasına karşı olmamaları gerekmektedir.

### d. Çocuğun Yetiştirilmesi ve Eğitimi

Anne ve baba çocuğun yetiştirilmesi ve eğitilmesi konusunda hak ve yükümlülüklerle sahiptir<sup>113</sup>. Türk Medeni Kanunu çocuğun eğitimi ve dinî eğitimi konusunda anne ve babanın hak ve yükümlülüklerini belirtmiştir. TMK m.339/1'e göre, anne ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda çocuğun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar.

Eşler ergin olmayan üvey çocuklarına özen ve ilgi göstermekle yükümlü olduklarından, çocuğun eğitimi ve yetiştirilmesinde de özen göstermeleri ve eşlerine yardım etmeleri gerekmektedir<sup>114</sup>. Yetiştirme ve eğitme hakkı velâyet kapsamında yer alan hak ve yükümlülük olduğundan, velâyetin sona ermesi, çocuğun erginliğe erişmesi ile birlikte bu hak da kendiliğinden sona erecektir<sup>115</sup>. Erginliğe erişmiş çocuğun eğitimi devam ediyorsa, eğitim süresi bitinceye kadar anne ve baba çocuğa bakmakla

<sup>110</sup> Helvacı/ Erlüle, s.196; Görgeç, s.34; Zevkliler/ Havutçu, s. 316; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.410.

<sup>111</sup> Zevkliler/ Havutçu, s. 316; Helvacı/ Erlüle, s.196; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.410; Görgeç, s.34.

<sup>112</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.410; Görgeç, s.34; Zeybek, s.23.

<sup>113</sup> Kılıçoğlu, Medenî, s.324; Zevkliler/ Havutçu, s. 316; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 189; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.412.

<sup>114</sup> Zevkliler/ Havutçu, s. 316; Zeybek, s.13.

<sup>115</sup> Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 190; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.412.



yükümlüdür<sup>116</sup>. Kanunda belirtildiği gibi çocuğun eğitimi, genel eğitimle birlikte meslekî ve dinî eğitimi de kapsamaktadır.

#### aa. Genel Eğitim ve Meslekî Eğitim

Çocuğun eğitimi öncelikle ailede başlar. Çocuğun genel eğitimi ilk olarak çocuğun erdemli, onurlu, vatani ve milletini seven, dürüst ve namuslu bir insan olarak yetiştirilmesidir. Çocuk eğitimi; çocuğun sosyal ve ahlâki açıdan iyi şeyler öğrenmesi için ve kötü yollara düşmesini engellemek için olmalıdır<sup>117</sup>.

Çocuğun genel eğitimi tamamladıktan sonra, anne ve baba çocuğu anayasa ve kanunlar gereği okulda eğitim almasını sağlamaları gerekmektedir. AY m.42'ye göre, kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Anne ve baba çocuğun ilk ve orta eğitim almasını sağlamakla yükümlüdür<sup>118</sup>.

TMK m.340 gereği, anne ve baba çocuğu olanaklarına göre, eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâki ve toplumsal gelişimini sağlamak ve korumakla yükümlüdürler. Anne ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel özürlü olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve meslekî eğitim sağlamaları gerekmektedir. Anne ve baba çocuğu yetiştirme ve eğitme konusunda çocuğun menfaatini göz önünde bulundurarak, olgunluğu ölçüsünde hayatını düzenlemeye fırsat tanınmaları lâzımdır<sup>119</sup>.

Anne ve baba çocuğa meslekî eğitim vermekte yükümlüdür. Eski Medeni Kanun meslekî eğitimi konusunu ayrı bir maddede düzenlemişken yürürlükteki Türk Medeni Kanunu genel eğitim ve meslekî eğitimi aynı madde altında düzenleyip, dinî eğitimi ayrı madde olarak düzenlemiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi TMK m.340/2'de anne ve baba çocuğa genel eğitimle birlikte meslekî eğitim vermekte yükümlü olduğunu göstermiştir. Meslekî eğitim konusunda da anne ve babanın çocuğa uygun bir meslek seçmekte gayret göstermeleri gerekmektedir. Fakat çocuğun isteğini de dikkate almaları gerekmektedir. Eğer çocuğun ressam veya heykeltıraş olma

<sup>116</sup> Kılıçoğlu, Ahmet, Medenî Kanun'umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2.Bası, Ankara 2004, s.137.

<sup>117</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.412; Zeybek, s.27.

<sup>118</sup> Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 190.

<sup>119</sup> Zevkliler/ Havutçu, s. 316; Zeybek, s.27.

isteği ve yeteneği varsa, ancak, anne ve baba çocuğa kendi mesleklerini kabul ettirmeye zorlarsa, çocuk hâkime başvurarak, gerekli önlemleri alınmasını isteyebilir<sup>120</sup>.

### bb. Dinî Eğitim

Çocuğun dinî eğitimini belirlemek de anne ve babaya aittir<sup>121</sup>. Anne ve babanın bu hakkını sınırlayan veya kaldıran kendi aralarında yapılan veya üçüncü kişilerle yapılan her türlü sözleşmeler geçersizdir. Anne ve babanın çocuğun eğitimini belirlemesi, çocuk ergin olana kadar devam eder<sup>122</sup>. Çocuk erginliğe ulaştıktan sonra dinîni seçmekte özgürdür<sup>123</sup>.

Anne ve babanın çocuk eğitimi konusunda anlaşmaları gerekmektedir. Örneğin; anne hristiyan, baba da müslüman olup, çocuğun eğitimi konusunda anlaşmazlığa düşüyorlarsa, anne ve baba hâkime başvuru yapacaklardır. TMK m.346 gereği, hâkim uygun önlemleri alacaktır<sup>124</sup>.

Çocuk anne veya babadan birinin velâyeti altında bulunuyorsa, çocuğun dini eğitimini velâyete sahip olan taraf belirleyecektir. Çocuğun velâyeti kendine bırakılmayan taraf ise çocuğun dini eğitimini belirlemede müdahale hakkı yoktur<sup>125</sup>.

## 2. Çocuğun Malvarlığı Bakımından Velâyetin Kapsamı

Çocuğun malları velâyete sıkı sıkıya bağlı bir konu olsa da, Türk Medeni Kanununda velâyetten ayrı başlık altında 352-363 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanun, çocuğun mallarının yönetilmesi, kullanılması, sarf edilmesi ve kısmen sarf edilmesi, korunması, çocuğun serbest malları konularını ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir.

<sup>120</sup> Zeybek, s.28; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.413.

<sup>121</sup> Zeytin/ Ergün, s.210; Zevkililer/ Havutçu, s.316; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s.190; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.413; Grassinger, s.36; Yavuz, Cevdet, Türk Medeni Kanunu, 11.Baskı, İstanbul 2014, s.313.

<sup>122</sup> Dural/ Öğüz/ Gümüş, s.356; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.414; Zeybek, s.30;

<sup>123</sup> Kılıçoğlu, Medenî, s.325; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 190; Zeytin/ Ergün, s.210; Zeybek, s.30.

<sup>124</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.413.

<sup>125</sup> Zeybek, s.29; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.413.

## a. Çocuğun Mallarının Yönetilmesi

### aa. Yönetim Hakkı ve Yükümlülüğü

Çocuğun mallarının yönetimi TMK m.352'ye göre, velâyet devam ettiği sürece anne ve babaya aittir. Velâyete sıkı sıkıya bağlı olan çocuğun mallarının yönetimi bir hak ve yükümlülüktür. Anne ve baba çocuk mallarını yönetim esnasında kural olarak hesap ve güvence vermezler<sup>126</sup>. Ancak, yükümlülüklerini yerine getirmediikleri durumlarda hâkimin müdahale yetkisi vardır. Anne ve baba bu haktan feragat edemezler veya bu hakkı başka birisine devredemezler. Anne ve baba, bu hakkı birlikte kullanırlar<sup>127</sup>.

Yönetim hakkı, çocuğun serbest malları dışında kalan tüm mallarını kapsamaktadır. Yönetim hakkının kullanılması, yönetim kapsamına giren bu mallar üzerinde fiili egemenliği de gerektirdiği içindir ki, anne ve baba çocuğun mallarının zilyedidirlir<sup>128</sup>.

Anne ve baba çocuğun mallarını kiraya verebilir, kira bedelini alabilir, gerekli onarımları yapabilir ve faizleri tahsil edebilir, gerektiğinde malları satabilir, üzerinde aynî hak kurabilir<sup>129</sup>. Anne ve baba çocuk mallarını yönetmek suretiyle çocuk yararına kullanmak ve basiretli bir yönetici gibi davranmak zorundadırlar<sup>130</sup>.

### bb. Yönetim Hakkının Sona Ermesi

Çocuk mallarının yönetim hakkı sona ermesinin iki nedeni vardır. Bunlar, velâyetin sona ermesi ve yönetimin anne ve babadan alınmasıdır<sup>131</sup>.

TMK m.348-349'da öngörülen durumlarda, velâyetin sona ermesi ile hâkim tarafından çocuk mallarının yönetimini her ikisinden de kaldırılabilir. Evliliğin ölüm, fesih, iptal veya boşanma sebepleri ile sona ermesi durumunda velâyet anne ve babanın ikisinden de alınmaz. Ölüm veya gaipliğe karar verilmiş olan taraf için velâyet sona ermiş olduğunda, sağ kalan taraf velâyeti kullanmaya devam edecektir. Evliliğin iptali veya boşanma

<sup>126</sup> **Görgeç**, s.44; **Akıntürk/ Ateş Karaman**, Aile, s.422; **Zeybek**, s.31; Y. 2.HD, 22.04.2010, E.2010/3578, K.2010/8083 (**Gençcan**, Ömer Uğur, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, Ankara 2015, 1.Baskı, s.1714).

<sup>127</sup> **Zeybek**, 34; **Akıntürk/ Ateş Karaman**, Aile, s.421; **Görgeç**, s.50.

<sup>128</sup> **Dural/ Öğüz/ Gümüş**, s.358; **Akıntürk/ Ateş Karaman**, Aile, s.421.

<sup>129</sup> **Zeybek**, 35; **Akıntürk/ Ateş Karaman**, Aile, s.421.

<sup>130</sup> **Akıntürk/ Ateş Karaman**, Aile, s.422; **Zeybek**, 36.

<sup>131</sup> **Görgeç**, s.57-58; **Akıntürk/ Ateş Karaman**, Aile, s.422; **Zeybek**, 37.

durumlarında, velâyet hangi tarafa bırakılırsa onun hakkı devam edecektir, diğer tarafın hakkı ise sona ermiş olacaktır<sup>132</sup>. TMK m.353 gereği, evlilik sona erince velâyet kendisinde kalan eş, hâkime çocuğun malvarlığının dökümünü gösteren bir defter vermek ve bu malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirmek zorundadır.

TMK m.361/1 gereği, çocuğun mallarının tehlikeye düşmesi başka bir şekilde önlenemiyorsa hâkim, yönetimin bir kayyımaya devredilmesine karar verebilir. Bu hüküm çocuğun mallarının korunması için alınan bir önlemdir. Maddede belirtildiği gibi öncelikle hâkim tehlikeyi önlemeye ilişkin karar verebilir, mesela anne ve babadan bu konuda güvence vermelerini isteyebilir<sup>133</sup>. TMK m.351/1, bu hükme engel olamaz. Anne ve baba yönetim hakkını iyi kullanamamaları veya hakkını yerine getiremedikleri takdirde, hâkim müdahale edip, yönetimi onlardan alarak bir kayyımaya devredebilir<sup>134</sup>. TMK m.361/2 gereği, yönetimi ana ve babaya ait olmayan çocuk mallarının tehlikeye düştüğü durumda, hâkim, aynı önlemlerin alınmasını kararlaştırabilir, yani, yönetimin bir kayyımaya devredilmesine karar verebilir.

### b. Çocuk Mallarının Kullanımı

Çocuk mallarını, anne ve baba birlikte kullanırlar. Anne ve baba çocuğa bir ücret ödemeksizin evinde oturabilir, aracını ve eşyalarını kullanabilirler. Ama kıymetli eşyalardan herhangi birine zarar verirler ise, yapılan zararı telafi etmeleri gerekmektedir<sup>135</sup>.

TMK m.354'e göre, çocuk mallarının yönetim hakkı anne ve babadan alınması veya velâyetin sona ermesi ile durdurulduğu hâllerde, velâyet anne ve babadan kusurları nedeniyle kaldırılmış olmadıkça anne ve baba çocuk mallarını kullanmaya devam edecektir<sup>136</sup>. Örneğin, velâyet anne ve babadan hastalık veya özürlüğünden dolayı alınmış olsa anne ve baba çocuk mallarını kullanmaya devam edebilirler. Anne ve baba, çocuk erginliğe erişene kadar çocuğun mallarını birlikte kullanırlar<sup>137</sup>.

<sup>132</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.422.

<sup>133</sup> Zeybek, 38; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.422.

<sup>134</sup> Görgeç, s.58; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.422; Zeybek, 38.

<sup>135</sup> Şener, Esat, Vesayet ve Velâyet Hukuku, Ankara 1996, s.295; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.427.

<sup>136</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.427; Zeybek, 41.

<sup>137</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.427;

### c. Çocuk Mallarının Harcanması

#### aa. Çocuk Mallarının Gelirlerinin Sarf Edilmesi

TMK m.355/1'de kanun koyucu çocuk mallarından elde edilen gelirlerin öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için sarfedilmesi gerektiğini düzenlemiştir<sup>138</sup>. Anne ve baba velâyeti altındaki çocukların bakımı, yetiştirilmesi ve eğitiminden sorumludurlar ve bu harcamaları bizzat kendi gelirlerinden karşılamakla yükümlüdürler<sup>139</sup>.

Anne ve baba çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi karşılamakta zorlanıyorsa çocuk mallarından harcama yapabilirler. Anne ve baba çocuk mallarını hakkaniyete uygun ölçüde ailenin ihtiyaçları için de harcama yapabilirler. Ancak, ailenin sosyal ve ekonomik durumuna karşı çocuğun getirdiği ekonomik yükler ölçüsünde harcamaları gerekmektedir<sup>140</sup>. Örneğin; çocuk mallarının büyük bir kısmı aile ihtiyaçlarına harcanarak, çocuğun bakımı veya eğitimine para yetersiz kalırsa anne ve baba hakkaniyet sınırlarını aşmış sayılır. Çocuğun mallarından elde edilen gelirlerden çocuğun bakımı, yetiştirilmesi, eğitimi ve aile ihtiyaçlarına harcanan kısmından artanı, çocuk mallarına katılır<sup>141</sup>. Anne ve baba çocuk mallarını hakkaniyete uygun olmayan ölçüde kullanırlarsa, bu durumda hâkim olaya müdahale edebilir.

#### bb. Çocuk Mallarının Kısmen Sarf Edilmesi

TMK m.356/1'e göre, olağan ihtiyaçların gerektirdiği ölçüde sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler, çocuğun bakımı için kısmen kullanılabilir. Bu kuralda görüldüğü gibi, kanun koyucu, çocuk mallarının hepsinin değil, nitelikleri itibariyle özellik arz edenleri dikkate almış ve bunları "sermaye biçiminde ödemeler", "tazminatlar" ve "benzeri edimler" şeklinde açıkça belirtmiştir<sup>142</sup>. Ancak, bu ihtiyaçların olağan olmaları gerekmektedir. Örneğin; çocuk bir hastalığa yakalanırsa ve gerekli tedaviler için anne ve babanın gelirleri yetmiyorsa, hâkimin izni alınmadan çocuğun malları kullanılabilir.

<sup>138</sup> Dural/ Öğüz/ Gümüş, s.359; Zeybek, 42; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.428; Akıntürk, Turgut: Aile hukuku: Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, İstanbul 2004, s.415.

<sup>139</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.428; Zeybek, 42.

<sup>140</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.428; Zeybek, 42

<sup>141</sup> Zeybek, 43; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.428; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s.359.

<sup>142</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.429; Zeybek, 43.

TMK m.356/2'ye göre, çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa, hâkim, anne ve babaya belirlediği miktar için çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisini tanıyabilir. Örneğin; çocuğu özel yeteneklerinden dolayı özel okula göndermek isterlerse, bu harcamalar için anne ve baba çocuğun diğer mallarından faydalanabilirler<sup>143</sup>.

### 3. Çocuğun Temsili Bakımından Velâyetin Kapsamı

TMK m.342/1 gereği, anne ve baba, velâyeti yürütme hakkına sahip buldukları sürece ve velâyet çerçevesinde kalmak üzere üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. Anne ve babanın, hâkimin iznine gerek olmadan çocuğu temsil etme, onun adına hareket etme hakları vardır<sup>144</sup>. Üçüncü kişilerle yapılacak hukukî işlemlerde kural olarak anne ve babanın her ikisinin rızası şarttır<sup>145</sup>.

Vesayet sorumluları bazı hukuki işlemlerin yapılması için vesayet ve denetim makamlarından izin alması gerekirken, veliler mahkemeye başvuru yapmadan hukukî işlemleri yapabilmektedir<sup>146</sup>. Bununla birlikte, TMK m.342/2 gereği, iyiniyetli üçüncü kişilere anne ve babadan birisinin rızası ile işlem yapabilmektedir. Örneğin; anne ve babanın rızası ile yatılı okula yerleştirilen çocuğun işlemlerini okul veya yurt sorumlusu gerçekleştirecektir.

Çocuk ayırt etme gücüne sahip değilse, onun yerine bütün hukukî işlemleri velâyete sahip anne ve baba yapar. Ayırt etme gücüne sahip olan çocuklar kendilerini borç altına sokmayan işlemleri yasal temsilcileri olmadan yapabilirler. Fakat çocuk, anne ve baba izni ile veya sonradan vereceği onay ile borç altına girebilir<sup>147</sup>.

Anne ve baba çocuk adına tasarruf işlemi yapabilir ya da onu borç altına sokan işlemler yapabilirler. Ancak, ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun görüşü ve düşünceleri göz önüne alınmalıdır<sup>148</sup>.

TMK m.345/3'e göre, vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velâyetteki temsilde de

<sup>143</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.428.

<sup>144</sup> Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.357; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.428; Zeybek, 56.

<sup>145</sup> Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 192; Zeybek, 43.

<sup>146</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Medeni, s.302; Zeybek, s.57.

<sup>147</sup> Helvacı/ Erlüle, s.197; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 192.

<sup>148</sup> Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 192; Zeybek, s.56.

uygulanır. Bu kuraldan gördüğü gibi erginliğe erişen kısıtlı çocuklar vasi atanmadan velâyetin anne ve babaya verildiği durumlarda da, anne ve baba vesayet makamlarından izin almaksızın çocuk adına işlemler yapabilmektedir<sup>149</sup>.

### a. Çocuk ile Anne ve Baba Arasında Yapılan veya Çocuk ile Üçüncü Kişi Arasında Anne ve Baba Yararına Yapılan Hukukî İşlemler

Çocuk ile anne ve baba arasında hukukî işlemler düzenlenebilir. Gerek çocuk anne ve babası ile gerekse üçüncü kişilerle anne ve babanın yararına hukukî geçerli işlemler yapılabilir<sup>150</sup>. TMK m.345 uyarınca, çocuk ile anne ve baba arasında, ya da anne ve babanın menfaatine uygun olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukukî işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır. Bu durumlarda, çocuk menfaatini göz önüne alarak, çocuk ile anne ve baba arasında ya da onların lehine üçüncü kişiler arasında menfaat çatışması ortaya çıkarsa, çocuğa bir kayyım atanması ya da hâkimin onayı gerekir<sup>151</sup>. Onayı aile mahkemesi hâkiminin vermesi gerekmektedir<sup>152</sup>. Örneğin, çocuk mallarının anne ve babaya satılması, anne ve babanın borcu için çocuk mallarının rehin göstermesi olması gibi durumlar söz konusu olur.

### b. Çocuğun Fiil Ehliyeti

Fiil ehliyeti kişinin kendi fiilleri ile hak sahibi olabilmesi ve borç altına girmesi gibi durumlarda kendi adına karar verebilmesi demektir. TMK m.342/1'e göre, velâyet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir, yani sınırsız ehliyetsizdir. Çocuk, borçlarından kendi malvarlığı ile sorumludur. Anne ve baba üçüncü kişilere karşı çocuğun, yasal temsilcisi olmakla birlikte, onların temsil yetkileri, sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizlerin temsiline ilişkin hükümlere tâbidir<sup>153</sup>. Sınırlı ehliyetsiz konumunda olan çocuk adına yapılacak işlemlerde çocuğun temsili açısından, kural olarak, vasinin kısıtlıyı temsil etmesine ilişkin hükümler uygulanır<sup>154</sup>. Ancak TMK m.462 ve m.463'te belirtilen işlemler için vasi

<sup>149</sup> Zeybek, s.57.

<sup>150</sup> Kılıçoğlu, Medenî, s.325.

<sup>151</sup> Zeytin/ Ergün, s.211; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 193; Kılıçoğlu, Medenî, s.325.

<sup>152</sup> Tutumlu, s.1382; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.438; Zeybek, s.83.

<sup>153</sup> Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 191; Zeybek, s.52.

<sup>154</sup> Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.356; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 190.

vesayet veya denetim makamından izin almak zorundadır, veli ise bu işlemleri izinsiz yapabilir.

Ayırt etme gücüne sahip çocuk sınırlı ehliyetsiz, ayırt etme gücüne sahip olamayan çocuk tam ehliyetsizdir<sup>155</sup>. Tam ehliyetsiz çocukların yaptıkları hukukî işlemler hukukî sonuç doğurmaz ve yaptığı haksız fiiller, kural olarak borca aykırı davranışlardan dolayı sorumlu tutulmazlar<sup>156</sup>. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun meydana getirdiği zararlardan, hakkaniyet gerektirdiği takdirde, veli sorunlu tutulabilir. Örneğin, zengin çocuk oynarken yoksul işçinin evini yakarsa, çocuğu gözetmekle gerekli özeni göstermediği için veli sorumlu tutulacaktır<sup>157</sup>.

Çocuklar adına hukukî işlemleri yasal temsilcileri yapar<sup>158</sup>. Sınırlı ehliyetsiz çocuklar, hukukî işlemleri yasal temsilcilerinin rızası ile yaparlar veya tek başlarına hareket edebilirler. Borç altına girmeleri durumunda ise çocuğun anne ve babası yasal temsilci olarak sorumlu tutulur<sup>159</sup>.

### c. Anne ve Babanın Temsil Yetkisinin Kaldırıldığı Hâller

Anne ve baba, çocuk yararına uygun olup olmadığına bakmaksızın kanun tarafından açıkça yasaklanmış hukukî işlemleri çocuk adına temsil yetkisini kullanarak yapamazlar, ne çocuğun yaptığı bu işlemlere onay vererek işlemi geçerli hale getiremezler<sup>160</sup>. TMK m.449'da belirtilen işlemler velâyet için de geçerlidir. Anne ve baba çocuk adına ve hesabına kefalet sözleşmesi yapamaz, vakıf kuramaz ve önemli bağışlarda bulunamaz<sup>161</sup>.

Evlenme, nişanlanma, erken erginlik için mahkemeye başvurma, derneğe üye olma gibi işlemler kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için, çocuk adına bu işlemleri anne ve baba gerçekleştiremez<sup>162</sup>. Ama bu hakların niteliği gereği çocuk da kendi başına gerçekleştirir<sup>163</sup>.

<sup>155</sup> Zevkliler/ Havutçu, s.319; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 191; Zeybek, s.52.

<sup>156</sup> Akyüz, s.108; Zeybek, s.54.

<sup>157</sup> Akyüz, s.114.

<sup>158</sup> Kılıçoğlu, Medenî, s.325; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 192.

<sup>159</sup> Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 192; Kılıçoğlu, Medenî, s.325; Zeytin/ Ergün, s.211.

<sup>160</sup> Görgeç, s.79-80.

<sup>161</sup> Zeybek, s.31; Görgeç, s.80.

<sup>162</sup> Akyüz, s.267; Görgeç, s.80; Zeybek, s.62.

<sup>163</sup> Görgeç, s.80.



Evlilik dışı doğan çocuğu tanıma kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır ve bu işlemi çocuk adına anne ve baba tek başına yapamazlar<sup>164</sup>. Tanıma hakkı sadece biyolojik babaya verilmiştir<sup>165</sup>. TMK m.295/2 gereği tanıma beyanında bulunan kimse küçük veya kısıtlı ise, veli veya vasisinin de rızası gereklidir. Ancak, evlilik dışı doğan çocuğu vasîyet yolu ile tanımak için, baba 15 yaşını doldurmuş olması gerekmektedir (TMK m.502).

Ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsiz çocuk, serbest mallarla ilgili hukuki işlemleri ve karşılıksız kazanmaları tek başına yapabilir. Anne ve babanın çocuğun serbest malları üzerinde yönetim hakkı bulunmadığı için temsil yetkileri de yoktur. Bu yüzden, anne ve baba çocuğun serbest malları üzerinde herhangi bir hukukî işlem yapamaz<sup>166</sup>.

## B. RUS HUKUKUNA GÖRE VELÂYETİN KAPSAMI VE KULLANIMI

### 1. Çocuğun Şahısvarlığı Bakımından Velâyetin Kapsamı

#### a. Egemenlik Hakkı

Velâyet altında bulunan çocuğu yasal neden olmadıkça veliden kimse alamaz. Yani haksız yere çocuğu, veliden kimsenin almaya hakkı yoktur. Daha önce de belirttiğimiz gibi Rus hukukunda üçüncü kişiler de veli olabilmektedir. Çocuğa anne ve babası dışında üçüncü kişi veli olarak atandığı durumlarda, çocuğun kendi anne babası veliden çocuğu geri vermesini talep edemez. Aynı şekilde, çocuk daha önce evlat edinilmişse, evlat edinene de yasal bir neden olmadıkça çocuğu veliden alamaz<sup>167</sup>.

#### b. Birlikte Yaşama Hakkı

RMK m.36'ya göre, velâyet altındakiler veli ile yaşamak zorundadırlar<sup>168</sup>. Veliler, ikametgâhlarının değiştiği takdirde Velâyet ve Vesayet Kurumuna haber etmek zorundadırlar. Velâyetin doğru şekilde yerine getirilmesi veli ve çocuğun beraber yaşadığı durumda mümkündür. Çünkü beraber yaşamak, sürekli irtibatı ve sağlam iletişimi sağlayacaktır<sup>169</sup>.

<sup>164</sup> Kılıçoğlu, Yenilikler, s.106; Akyüz, s.154; Zeybek, s.52.

<sup>165</sup> Akyüz, s.154;

<sup>166</sup> Zeybek, s.63; Görgeç, s.80; Akyüz, s.267.

<sup>167</sup> Рузакова, s.147.

<sup>168</sup> Рузакова, s.147; Попова, s.3; Войтович, s.140; Крашеников, s.117; Гомола А.И./ Гомола И.А., s.134.

<sup>169</sup> Попова, s.36; Крашеников, s.117.

Çocuğun menfaatine aykırı değilse kendi işlerini kendisi yapabilen çocuk Velâyet ve Vesayet Kurumunun izni ile veliden ayrı yaşayabilir. Kanunda net olarak hangi durumlarda çocuk veliden ayrı yaşayabileceği düzenlenmemiştir. Genelde başka şehirde yatılı okula kayıt olan çocukların veliden ayrı yaşamasına izin verilmektedir. Çocuğun veliden uzun süre ayrı kalması velâyetin kaldırılmasına sebep olabilir<sup>170</sup>.

### c. Çocuğun Bakım, Tedavi ve Geçinme Hakkı

Veli, kendi velâyeti altındaki küçüklerin bakımı, tedavisi, geçinmesi ve onların hak ve menfaatlerinin korunmasından sorumludur<sup>171</sup>. Veli, velâyeti altında bulunan çocuğa kendi çocuğu gibi bakım yapmalıdır ve onun için hayatın doğal ve temel ihtiyaçlarını sağlamakla yükümlüdür<sup>172</sup>. Örneğin, yeme içme, giyim, tıbbî yardım, kitaplar, oyuncaklar vb. Bununla birlikte, kanun koyucu, veliyi, çocuğun sağlık ihtiyaçlarını da karşılamakla yükümlü tutmuştur. Ancak, bu ihtiyaçların neler olduğu kanunda açıkça belirtilmemiştir. Çocuğa gerekli tedaviler yapılmadığı veya gerekli yardımlar verilmediği için ortaya çıkan zararlardan veli sorumlu tutulacaktır<sup>173</sup>.

Veli çocuğu gerektiği gibi geçindirmekle yükümlüdür. Bunun için velinin Velâyet ve Vesayet Kurumundan izin almadan çocuğa ait gelirlerden harcama yapma hakkı vardır<sup>174</sup>. Devlet, velâyet altındaki çocuğu geçindirilmesi için veliyi maddî olarak desteklemektedir. Örneğin, çocukları velâyet altına alanlar için Rusya Federasyonu tarafından verilen aylık miktar, çocuğu olan kişilere ödenecek aylık ödenekler, çocuğun kendi anne ve babasından nafaka gibi gelirleri vardır<sup>175</sup>. Yani veli, çocuk mallarını ve çocuk mallarından doğan gelirleri doğru amaçla, yani çocuğun ihtiyaçları doğrultusunda harcama yetkisi vardır.

### d. Çocuğa Terbiye Verme, Çocuğu Eğitim ve Yetiştirme Hakkı

Veliler çocukların terbiyesini, eğitimini ve iyi şekilde yetişmesini sağlamakla yükümlüdürler<sup>176</sup>. Çocuğa terbiye verilirken, çocuğun şahsına ve

<sup>170</sup> Крашеников, s.117.

<sup>171</sup> Рузакова, s.147; Войтович, s.140.

<sup>172</sup> Попова, s.37.

<sup>173</sup> Крашеников, s.117.

<sup>174</sup> Крашеников, s.117; Попова, s.38.

<sup>175</sup> Попова, s.38.

<sup>176</sup> Войтович, s.141; Крашеников, s.117.

namusuna saygı ilkesini göz önünde bulundurulmalı ve asla sert ve kaba davranışlarda bulunmamalıdır<sup>177</sup>.

RA m.43/4 ve REK m.19'a göre, her çocuk bedava temel eğitimi almakla yükümlüdür. Veli, çocuğun genel ve meslekî eğitimini nerde ve ne şekilde alacağını seçme hakkına sahiptir<sup>178</sup>. Ancak, seçim yaparken on yaşını dolduran çocuğun isteklerini de göz önünde tutmalıdır<sup>179</sup>.

RAK m.148.1/6'ya göre, velinin, çocuğu yetiştirirken çocuğun da görüşünü ve Velâyet ve Vesayet Kurumunun tavsiyelerini alarak kendi yöntemleri ile yetiştirmeye hakkı vardır. Bu tavsiyeler resmi bir şekilde yazılı veya sözlü olarak verilebilir<sup>180</sup>. Veli, çocuğa terbiye verirken sağlığına bakmak, çocuğun psikolojik, fizikî, ruhanî ve ahlâki gelişmesini sağlamakla yükümlüdür.

#### e. Çocuğun Kendi Görüşünü Bildirme Hakkı

RMK m.36/3'e göre, veliler çocukla ilgili işlemleri yaparken çocuğun görüşünü almaları gerekmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi on yaşını dolduran<sup>181</sup> çocuk mahkemede kendi görüşünü bildirmeye hakkı vardır. RAK m.57 gereği, velâyet belirlenirken, çocuğun menfaatine aykırı olmadığı durumlarda, on yaşını doldurmuş çocuğun görüşü dikkate alınması gerekir. RAK m.72/4 uyarınca, velâyet hakkı elinden alınmış anne ve baba çocuğun velâyetini geri istemeleri durumunda, velâyet hakkı geri verilmesi için, on yaşını dolduran çocuğun görüşü dikkate alınacaktır.

#### f. Çocuğun Adı, Soyadı ve Baba İsmi Alma Hakkı

RAK m.58/1'e göre, her çocuk adını, soyadını ve baba ismini almaya hakkı vardır. Çocuğun adı anne ve babası tarafından ortaklaşa koyulacaktır. Baba adı olarak çocuğun evrakta babası olarak belirtilen kişinin adı verilecektir. Çocuğun babası belli değilse baba adı olarak annesinin verdiği isim yazılacaktır (RAK m.58/5).

<sup>177</sup> Крашеников, s.117; Попова, s.37.

<sup>178</sup> Попова, s.3; Войтович, s.141; Крашеников, s.117.

<sup>179</sup> Крашеников, s.117.

<sup>180</sup> Крашеников, s.117.

<sup>181</sup> Rus Aile Kanunu bazı işlemler için belirli yaş sınırlamaları belirlenmiştir. RAK m.57 gereği 59, 72, 132, 134, 136, 143, 145 maddelerinde farklı durumlarda farklı yaş sınırları koyulmuştur. Bu yaş sınırları, çocuğun ayırt etme gücüne sahip olduğu ve kendi tercihini yapmak için uygun görülen yaş sınırları olarak kabul edilmektedir.

RAK m.58/gereği, anne ve baba evli ise, çocuğa aile soyadı verilecektir. Anne ve babasının soyadlarının farklı olduğu durumlarda ise anne ve babanın anlaşması ile çocuğa ikisinden birinin ya da her ikisinin de soyadı verilecektir<sup>182</sup>. RAK m.58/4 gereği, anne ve baba çocuğun adı ve soyadı ile ilgili ortak karar alamadığı hâllerde Velâyet ve Vesayet Kurumuna başvuru yapmaları gerekmektedir.

### **g. Anne-baba ve Akrabaları ile Görüşme Hakkı**

RAK m.148.1/5'e göre, çocuğun menfaatine aykırı olmadığı sürece veli çocuğun kendi anne ve babası ile veya akrabaları ile görüşmesine engel koyamaz. Velâyet altındaki çocuğun anne ve babası, ninesi, dedesi, kardeşleri dâhil tüm akrabaları ile görüşmeye hakkı vardır<sup>183</sup>. Çocuk farklı bir ülkede yaşıyorsa bile bu hak yerine getirilmelidir. Çocuğun anne-babası ve akrabaları çocuktan ayrı yaşadıkları durumlarda bile çocuk terbiyesi sırasında katılım sağlamaya hakları vardır. Fakat, çocuğun menfaatine uygun olmadığı durumlarda anne ve baba ile görüşmek yasaklanabilir<sup>184</sup>.

## **2. Çocuğun Malvarlığı Bakımından Velâyetin Kapsamı**

### **a. Çocuğun Mallarının Yönetilmesi**

Rus Hukukunda, çocuk malları ile ilgili temel kural çocuk velinin mallarına, veli de çocuğun mallarına sahip olamaz. Veli ile velâyet altındaki çocuğun malları ayrı olmalıdır. Velâyet altındaki çocuğa ait olan mallar, mallarından gelen gelirler, nafakalar, sosyal yardımlar çocuğun şahsî malvarlığını oluşturur<sup>185</sup>.

RMK m.37'ye göre, velinin velâyet altındaki çocuğun mallarını, mallarından gelen gelirleri yönetmeye hakkı vardır. Veli, çocuğun kendi serbest malları hariç başka mallarını çocuğun menfaatinin göz önünde tutarak, Velâyet ve Vesayet Kurumu'nun izni ile yönetir. Nafaka, emeklilik

<sup>182</sup> RAK m.58/3 gereği, çocuğun soyadı iki kelimedenden fazla olmaması ve soyadı tire ile yazılması gerekir. RAK m.32 göre, eşler evlendiği zaman soyadlarını değiştirmekte özgürdür. İki taraf birbirinin soyadını taşıyabileceği gibi, kendi bekârlık soyadlarında da kalabilirler. Eşler kendi isteği ile bir birinin soyadlarını kendi soyadları ile birlikte de taşıyabilirler. Kendi soyadı ile birlikte eşinin soyadını taşıyabilmesi için, bekârlık soyadı bir kelimedenden fazla olmaması gerekmektedir. Kişinin soyadı en fazla iki kelimedenden oluşabilir.

<sup>183</sup> Мартынова, s.52; Крашеников, s.117; Попова, s.42.

<sup>184</sup> Крашеников, s.118; Попова, s.42.

<sup>185</sup> Пулатов, s.36.

aylığı, yardım ödeneği, sağlığına verilen zarara karşı alınan maddî tazminat için veli ayrı nominal hesap<sup>186</sup> açar ve Velâyet ve Vesayet Kurumunun iznini almadan harcaabilir. Ancak, nominal hesaptaki paraların harcanması ile ilgili hesap vermek zorundadır<sup>187</sup>. Böylece, kanun koyucu, çocuğun mallarının sadece çocuğa ait olduğunu ve sadece çocuğun ihtiyaçları için harcanması gerektiğini vurgulamıştır.

Veli, velâyet altındaki çocuğun, malları üzerindeki hakkını zedeleyecek herhangi bir işlem yapmaya hakkı yoktur. Örneğin, çocuk mallarını kiraya verme, rehin verme, değiştirme, hediye etme, malları bölme, parçalama veya malları azaltma gibi işlemler yapamaz<sup>188</sup>. Veli, ne velinin eşi veya akrabaları velâyet altındaki çocukla herhangi bir hukukî işlem yapamaz. Ancak, velâyet altındaki çocuğa miras, hediye veya karşılıksız kullanmak için malvarlığı verilebilir (RMK m.37/3). Görüldüğü gibi kanunî düzenlemeler, çocuk mallarının harcanmamasını esas alarak, bunların çoğalmasını sağlamak üzere kaleme alınmıştır.

### **b. Malların Yönetiminin Güvenceli Kuruma Verilmesi**

RMK m.38/1'e göre, Velâyet ve Vesayet Kurumu gerektiğinde çocuğun mallarının ve kıymetli evraklarının yönetimini sözleşme<sup>189</sup> ile bir güvenceli kuruma verebilir. Bu durumda, velinin çocuğun güvenceli kuruma verilmeyen mallarını yönetme hakkı devam edecektir.

Çocuk mallarının yönetiminde veli için geçerli olan kurallar güvenceli kurum için de geçerlidir. Güvenceli kurumun çocuk mallarını yönetim hakkı

<sup>186</sup> Nominal hesap – bir kişinin adına açılan, ancak hesap sahibinin izni ile ikinci kişilerin de kullanabildiği bir hesap türüdür. Çocuğun bakımı için ödenecek olan sosyal yardımlar, nafaka, emeklilik aylığı veya tazminat gibi gelirler için açılan hesap ta bu hesap türündendir. Nominal hesap açmak için, veli kendi kimliği, velâyeti altındaki çocuğun kimliği ve çocuğun velâyeti kendisine bırakıldığını gösteren belge ile bankaya başvurması yeterlidir ([http://www.banki.ru/blog/artm\\_eykov/6144.php](http://www.banki.ru/blog/artm_eykov/6144.php)) Erişim tarihi: 28.05.2018.

<sup>187</sup> Рузакова, s.147;

<sup>188</sup> Пулатов, s.42.

<sup>189</sup> RMK m.38 uyarınca, çocuğun mallarının yönetimi sözleşme ile güvenceli kuruma devredebilir. Sözleşme Velâyet ve Vesayet Kurumu ile güvenceli kurum arasında süreli olarak imzalanır. RMK m.37/2 ve m.37/3'te belirtilen çocuk mallarını koruma ile ilgili kurallar, güvenceli kurum için de geçerlidir.

sözleşme süresinin dolması ile veya velâyetin sona ermesi ile sona erecektir (RMK m.38/2).

### 3. Çocuğun Temsili Bakımından Velâyetin Kapsamı

RMK m.32/2'ye göre, veliler velâyet altındakilerin yasal temsilcileridirler ve kanuna uygun olarak onların adına ve menfaatine uygun olarak gerekli işlemleri yaparlar<sup>190</sup>. Velilerin üçüncü kişilere karşı veya mahkemede, velâyeti altındakilerin hak ve menfaatlerini korumak için herhangi bir kurum veya kişiden izin almaları gerekmemektedir (RMK m.31). Çocuğun üçüncü kişilerle yaptığı hukukî işlemler çocuğun zararına yapılmışsa, işlemi geçersiz saymak için velinin itiraz etme hakkı vardır. Veli anne ve babanın sahip olduğu haklara sahip değildir ve çocuğun adını ve ikamet adresini değiştirmeye hakkı yoktur<sup>191</sup>. Çocuğun sebep olduğu durumlardan oluşan maddî veya manevî zararlardan veli sorumludur<sup>192</sup>.

## VI. ÇOCUĞUN KORUNMASI VE VELÂYETİN SONA ERMESİ

### A. ÇOCUĞUN KORUNMASI

#### 1. Türk Hukukuna Göre Çocuğun Korunması

Kanun koyucu çocuğun korunması için velâyete sahip olan anne ve babaya geniş yetki vermiştir. Bu yetki, anne ve baba tarafından çocuğun menfaatini göz önüne alarak kullanılmalıdır. Vesâyetten farklı olarak velâyette anne ve babayı denetleyen mekanizma kurulmamıştır. Bu nedenle anne veya baba çocuk üzerindeki görevlerini tam ve uygun şekilde yerine getirmeyebilirler<sup>193</sup>. Bu durumlarda, çocuk önemli zarar görebilir. Anne ve babanın velâyet hakkından doğan sorumluluklarını yerine getirmemesi ya da çocuğa karşı olan yükümlülüklerini savsaklaması durumunda, hâkim çocuğu korumak için gerekli önlemleri alır<sup>194</sup>. Çocuğun korunması için sadece çocuğun şahsına ilişkin değil, malvarlığına da ilişkin gerekli önlemler alınabilir.

<sup>190</sup> Рузакова, s.147.

<sup>191</sup> Крашеников, s.117.

<sup>192</sup> Сумбаа, s.24.

<sup>193</sup> Kılıçoğlu, Medenî, s.326.

<sup>194</sup> Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 196; Zeybek, s.64; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s.361.

## a. Çocuğun Şahsına İlişkin Önlemler

### aa. Genel Olarak

TMK m.346 uyarınca, çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, anne ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse, hâkim çocuğun korunması için uygun önlemleri alır. Görüldüğü üzere, çocuğun menfaati ve gelişimi tehlikeye düşmesi durumunda gerekli önlemlerin alınması gerektiği kanun koyucu tarafından belirtilmiştir, fakat hangi önlemlerin alınması gerektiği açıkça düzenlenmemiştir. Bu kapsamda, “uygun” önlemlerin alınması için hâkime takdir yetkisi verilmiştir<sup>195</sup>. Koruma önlemlerinin alınabilmesi için, öncelikle çocuğun menfaati ve gelişimi tehlikede olması ve anne ve babanın buna çare bulamamaları veya güçlerinin yetmemesi gibi şartların oluşması gerekmektedir. Çocuğun menfaatinin ve gelişiminin tehlikeye düşmesinde anne ve babanın kusurunun olmaması koruma önlemlerinin alınmayacağı anlamına gelmez. Anne ve babanın kusurlu olup olmaması, ancak alınacak tedbirler açısından etkili olur<sup>196</sup>. Bu kurala uygun olarak anne ve babaya yardımcı olmak için birini görevlendirmek<sup>197</sup>, anne ve babaya belirli yönde davranışta bulunma veya belirli davranışlardan kaçınma gibi şartlar koyularak önlemler alınabilir<sup>198</sup>. Hâkim, çocukla anne ve baba arasındaki meseleleri çözmek için, anne ve babaya yol gösterecek eğitimci, psikolog, sosyal hizmet uzmanı, psikiyatrist gibi uzmanların yardımını almaları için de zorlayabilir<sup>199</sup>.

Çocuğun menfaatinin ve gelişiminin tehlikede olduğunu öğrenen herhangi bir ilgili, çocuğu koruma önlemlerinin alınması için başvuruda bulunabilir. Bu ilgililer çocuğu kendisi, komşusu, arkadaşı, öğretmeni, doktor ve başka kişiler de olabilir<sup>200</sup>. Hâkim gerektiğinde re’sen hareket ederek gerekli önlemleri kendisi de alabilir. Çünkü çocuğun korunması doğrudan kamu düzenini ilgilendirmektedir<sup>201</sup>.

<sup>195</sup> Arat, s.279; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s.361.

<sup>196</sup> Dural/ Öğüz/ Gümüş, s.361.

<sup>197</sup> Zevkliler/ Havutçu, s. 318.

<sup>198</sup> Dural/ Öğüz/ Gümüş, s.361.

<sup>199</sup> Akyüz, s.279.

<sup>200</sup> Arat, s.288-289; Akyüz, s.272-273.

<sup>201</sup> Akyüz, s.272-273.

### bb. Çocuğun Yerleştirilmesi

Çocuğu korumaya yönelik olarak hâkim, çocuğu bir ailenin veya bir kurumun yanına yerleştirebilir<sup>202</sup>. TMK m.347’de çocuğu korumaya yönelik olarak çocuğun yerleştirilmesi açıkça düzenlenmiştir. TMK m.347/1’e göre, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlike arz eder veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa, hâkim çocuğu anne ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir. TMK m.347/2 gereğince, çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, anne ve baba veya çocuğun istemi üzerine çocuk anne ve babadan alınarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir. Böyle bir karar çocuğun sürekli anne ve baba sözünü dinlememesi, sürekli karşı gelmesi ve itaatsizlik etmesi durumunda alınacaktır<sup>203</sup>.

Çocuğun yerleştirilmesi, çocuğun anne baba yanında kalarak korunması mümkün olmadığı hallerde uygulanan bir önlemdir<sup>204</sup>. Önlemleri uygulamakta anne ve babanın veya çocuğun giderleri ödeyecek durumları yoksa devletçe karşılanır<sup>205</sup>. Kanun koyucu çocuğun kendisinin veya menfaatinin tehlikeye düştüğünde hangi önlemler alınacağı belirtmemiş, “uygun önlem” tâbiri kullanarak bu kararı hâkimin takdir yetkisine bırakmıştır<sup>206</sup>.

### b. Çocuğun Mallarına İlişkin Önlemler

#### aa. Hâkimin Müdahalesi ve Kontrolü

Türk Hukukunda çocuğun sadece şahısvarlığı bakımından değil malvarlığı bakımından da çeşitli koruyucu önlemler öngörülmüştür. Böylece, anne ve babanın çocuğun malvarlığına zarar verilmesini önlemektedir.

Anne ve baba çocuğun mallarını yönetmekte ve kullanmakta kendi görevlerini yerine getirmemeleri ve gerekli özeni göstermedikleri

<sup>202</sup> Kılıçoğlu, Medenî, s.326; Zeybek, s.67; Elçin, Evgen Gülçin, Türk Medeni Kanunu’nda Soybağı ve Çocuğun Korunmasında Revize Edilmesi Gereken Hükümler, MHB, Yıl 35, S.1, 2015, s.99; Arat, s.280.

<sup>203</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.432.

<sup>204</sup> Uyumaz, Çocuğun Korunması, s.1982.

<sup>205</sup> Zevkiler/ Havutçu, s. 318; Kılıçoğlu, Medenî, s.326; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 196; Zeybek, s.71.

<sup>206</sup> Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 196; Zeybek, s.65.



durumunda gerekli önlemlerin alınması için hâkim müdahale eder, yani uygun önlemleri alır<sup>207</sup> (TMK m.352/2). Bu hususta, hâkim uyarıda bulunabileceği gibi, emir ve buyruklar da verebilir. Hangi önlemlerin alınması gerektiği tamamen hâkimin takdir yetkisine bağlıdır. Kanun koyucu, anne ve babaya çocuğun mallarını kullanma ve yönetme hakkını vermekle birlikte, onların bu hak ve yükümlülüklerini yeterince yerine getirmeleri ve savsaklamamalarını düzenleyerek, çocuğun mallarının yönetimine de büyük önem verdiği anlaşılmaktadır<sup>208</sup>.

TMK m.360/2'ye göre, hâkim çocuk mallarının yönetimi konusunda belirli zamanlarda verilen bilgi ve hesabı yeterli görmezse malların tevdi edilmesine veya güvence gösterilmesine karar verebilir. Bu güvence aynı ve şahsî, yani rehin veya kefalet şeklinde olabilir<sup>209</sup>.

Çocuk mallarını korumanın bir önlemi mallarla ilgili bazı hukukî işlemlerin geçerliliğinin hâkimin onayına tâbi tutulmasıdır<sup>210</sup>. Çocuk, kendisi ile anne ve babası arasında veya üçüncü kişilerle anne ve babası yararına yapılacak herhangi bir hukukî işlemle borç altına girecek olursa bu işlemin geçerliliği için bir kayyımın katılması veya hâkimin yapılan işlemi onaylaması gerekmektedir<sup>211</sup>.

Bu kural ile kanun çocuğun mallarının korunmasını esas almıştır. Çünkü yapılan hukukî işlem çocuğun yararına olmayıp, ona zarar getirecekse, hâkim işlemi onaylamayacaktır. Yapılmış işlem ise hâkimin onayı olmadan çocuğu bağlamaz, “tek taraflı bağlamazlık” ile geçersiz olur<sup>212</sup>.

#### bb. Yönetimin Kayyıma Devredilmesi

Yukarıda belirtildiği gibi anne ve babanın çocuğun mallarını yönetmede yeterli özeni göstermemesi durumunda, çocuğun malları tehlikeye düşebilir. Hâkim, takdir yetkisine göre, çocuğun mallarını korumak için uygun önlemler alır. Ancak, çocuk mallarının tehlikeye düşmesi başka yollarla önlenemiyorsa malların yönetimi bir kayyıma devredilir ve böylece

<sup>207</sup> Şener, s.292; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.432; Zeybek, s.72; Gençcan, s.1713.

<sup>208</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.433.

<sup>209</sup> Zeybek, s.75; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.433.

<sup>210</sup> Zeybek, s.75; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.434.

<sup>211</sup> TMK m.345; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.434.

<sup>212</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.434; Zeybek, s.76

anne ve babanın çocuk mallarının yönetim hak ve yükümlülükleri kaldırılmış olur<sup>213</sup>.

Bununla birlikte hâkim, çocuk mallarının gelirlerinin veya bu mallardan ayrılmış belirli miktarların kanuna uygun şekilde sarfedileceğinden kuşku duyarsa, bunların da yönetimini bir kayyıma bırakabilir.

Çocuk mallarının yönetimini kayyıma devredilmesi çocuk mallarını korumada en ağır önlem sayılır. Kanun koyucu “malların tehlikeye düşmesi başka bir yolla önlenemiyorsa” diyerek çocuk mallarını kayyıma devretmeyi en son çare olarak öngörmüştür<sup>214</sup>. Bu yüzden malların kayyıma devredilmesinden önce hâkim başka önlemleri denemelidir. Hâkim başka uygun önlemlerden sonuç alınmadığı-alamayacağını öngördüğü takdirde kayyıma devretme kararı almalıdır<sup>215</sup>.

## 2. Rus Hukukuna Göre Çocuğun Korunması

Çocuğun anne ve babası veya velisi tarafından velâyeti kötüye kullanılması durumunda korunmaya hakkı vardır<sup>216</sup>. RAK m.56/1'e göre, velâyette çocuğun hak ve menfaatleri Velâyeti ve Vesayet Kurumu ve hâkim tarafından korunmaktadır. Veli tarafından velâyet kötüye kullanıldığında veya çocuğa şiddet uygulandığında, çocuğun mallarının ve gelirlerinin harcanması durumlarında, çocuğun kendisi veya üçüncü kişiler Velâyet ve Vesayet Kurumuna veya hâkime başvurabilirler. Velinin velâyeti kötüye kullandığı doğrulandığı halde Velâyet ve Vesayet Kurumu çocuğu geçici süreye veliden alabilir veya velâyeti tamamen kaldırabilir<sup>217</sup>.

RAK m.56/2 gereği, her çocuğun anne-baba veya üçüncü kişilerden korunma hakkı vardır. RAK m.56/2 gereği, çocuğun hak ve menfaatlerinin tehlikeye düşmesi, anne ve babanın velâyet görevini gereği gibi yerine getirmemesi, çocuğun terbiye ve eğitimi konusunda yeterli ilgi göstermemesi, çocuğa karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması, velâyeti kötüye kullanması durumlarında on dört yaşını doldurmamayan küçük kendini korumak için Velâyet ve Vesâyet Kurumlarına başvuruda bulunabilir. Fakat, on dört yaşını doldurmamayan çocuk mahkemeye başvuru yapamaz.

<sup>213</sup> Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.363; Zeybek, s.76; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.433.

<sup>214</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.434; Zeybek, s.76.

<sup>215</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.434.

<sup>216</sup> Попова, s.41.

<sup>217</sup> Попова, s.41.

Çocuğun mahkemeye bizzat başvurabilmesi için on dört yaşını doldurmuş olması gerekmektedir.

RAK m.148.1/3'e göre, velinin çocuğa karşı velâyetini kötüye kullandığı durumda, çocuğun kendisi, anne ve babası, akrabaları ve tüm ilgili kişiler Velâyet ve Vesayet Kurumlarına başvurabilirler. Çocuğun hak ve menfaatlerini korumak, Velâyet ve Vesayet kurumu, savcılık ve mahkemenin görevidir<sup>218</sup>. Görüldüğü üzere, kanun koyucu, velâyet altındaki çocuğun hak ve menfaatlerini her bakımdan korumayı sağlamaya çalışmıştır.

## B. VELÂYETİN SONA ERMESİ

### 1. Türk Hukukuna Göre Velâyetin Sona Ermesi

#### a. Anne ve Babanın Ölümü ile

Anne ve/veya babanın ölmesi sonucu kişiliğin son bulması velâyetin doğal sona erme sebebidir<sup>219</sup>. Eğer anne ve baba evli iken biri ölmüşse velâyet sağ kalana bırakılacaktır<sup>220</sup>. Anne ve babadan her ikisinin ölümü hâlinde çocuğa bir vasi atanır. Velâyet kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için anne baba ölünce velâyet mirasçılara geçmez<sup>221</sup>.

#### b. Çocuğun Ölümüyle veya Erginliğe Ulaşması ile

Çocuğun erginliğe ulaşması ile doğal olarak velâyet de sona erecektir<sup>222</sup>. Çocuğun on sekiz yaşını doldurmasıyla normal erginliğe kavuşması velâyetin de sona erdireceği gibi henüz erginliğe kavuşmamış çocukların evlenmesi ve bunun gibi istisnai durumlarda da on sekiz yaşını doldurmamış çocuklar için velâyeti sona erecektir<sup>223</sup>. TMK m.12'ye göre, onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir. TMK m.335/2 gereği, erginliğe kavuşan çocuk kısıtlı ise çocuğa vasi atanmadan çocuk velâyet altında bırakılabilir.

<sup>218</sup> Попова, s.42.

<sup>219</sup> Ruhi, s.67; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 196; Zeybek, s.79.

<sup>220</sup> Serozan, s.254; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 187; Zevkliler/ Havutçu, s.320; Zeybek, s.79; Y. 2.HD, 15.03.2004, E.2004/2344, K.2004/3191 (Oy, Osman, Boşanmanın Hukukî Neticeleri, Nafaka-Tazminat- Velâyet -Mal Paylaşımı ve Aile konutu,1.Bası, İstanbul 2008; s.120).

<sup>221</sup> Görgeç, s.29; Zeybek, s.9; Özer Taşkın, s.35; Çetinkaya s.12-13; Karaca, s.8.

<sup>222</sup> Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s.196; Zevkliler/ Havutçu, s.319; Zeybek, s.79.

<sup>223</sup> Ruhi, s.67; Zevkliler/ Havutçu, s.320; Zeybek, s.79.

Çocuğun ölümü de velâyeti sona erdiren doğal sebeplerdendir<sup>224</sup>. Çocuğun ölümünden sonra da çocuk anısına saygı göstermek de anne ve babanın yükümlülüğüdür. Çocuğun nereye gömüleceği, organlarını bağışlaması gibi konularda anne ve baba yetkilidir<sup>225</sup>.

### c. Boşanma veya Evliliğin Butlanı

#### aa. Genel Olarak

Boşanma sonucunda velâyetin kime bırakılacağı hususunda hâkime geniş takdir etkisi verilmiştir<sup>226</sup>. Hâkim velâyetin kime verileceği konusunda karar verirken eşlerin mali durumları, boşanmada kusurlu olup olmadıkları ve benzeri durumları dikkate alarak, çocuğun menfaatini doğrultusunda karar vermelidir<sup>227</sup>.

Boşanma durumunda çocuk kendisine bırakılmayan taraf için velâyet sona ermiş sayılacaktır<sup>228</sup>. Ancak, boşanma ve ayrılık durumunda çocuk kendisine bırakılmayan taraf gücüne göre, onun bakım ve eğitim giderlerine katılmakla yükümlüdür. Bu giderlere katılma yükümlülüğü iştirak nafakası şeklinde devam eder<sup>229</sup>. Bu hususu hâkim görevi gereği kendiliğinden dikkate alması gerekmektedir<sup>230</sup>. Değişen durumlarda hâkim velâyeti yeniden düzenleyebilir<sup>231</sup>. Örneğin, velâyet kendisine bırakılan tarafın yeniden evlenmesi, bir hastalığa yakalanması gibi.

<sup>224</sup> Zevkliler/ Havutçu, s. 320; Zeybek, s.79.

<sup>225</sup> Zeybek, s.79.

<sup>226</sup> Akyüz, s.233; Uyumaz, Alper, Eski ve Yeni Medeni Kanun Açısından Boşanmanın Kişisel Sonuçları, MÜHFD, 10.Yıl Kuruluş Armağan, 2008/2, s.271-300, s.291.

<sup>227</sup> Uyumaz, Boşanma, s.291.

<sup>228</sup> Ruhi, s.67; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s.196; Zeybek, s.80.

<sup>229</sup> Akyüz, s.234; Uyumaz, Alper/ Erdoğan, Kemal, Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, DEÜHFD, C.17, S.1, 2015, s.119-169, s.155.

<sup>230</sup> Y. 2.HD, 28.03.2005, E.2913/2005, K.4874/2005 (Oy, s.121).

<sup>231</sup> Y. 2.HD, 4.04.2002, E.2002/3930, K.2002/4731: "Velâyet kendisine bırakılan tarafa çocuğun karşı taraf ile kişisel ilişkisini engellediği, çocuğun aile bağlarını özellikle fikri gelişmesini kötü etkileyecek bir davranış içerisine girdiği anlaşıldığında, velâyetin değiştirilmesine karar verilmesi gerekir" (<http://www.kazanci.com.tr/>) Erişim tarihi 05.06.2018.

Boşanma sonrasında velâyet kendisine bırakılan tarafın ölmesiyle, velâyet kendiliğinden karşı tarafa geçmez, çocuk vesayet altına alınır<sup>232</sup>. Fakat hâkim araştırma yaparak, eğer karşı tarafı velâyete uygun görürse velâyeti karşı tarafa verir veya vasi atar<sup>233</sup>. Bir tarafın ölümüyle velâyet sağ kalan tarafa geçer kuralı sadece ortak kullanmada geçerlidir, boşanma sonrasında ve evliliğinin butlanı hâlinde geçerli değildir<sup>234</sup>.

TMK 336/2'ye göre boşanma hâlinde velâyet mahkeme kararı ile eşlerden birine verilebilir şeklinde düzenlenmiştir. Fakat 6684 sayılı Kanunun<sup>235</sup> yürürlüğe girmesi ile çocuğun menfaatine uygun olması durumunda, boşanan eşler velâyeti birlikte kullanabilirler<sup>236</sup>. Öğretide ve Yargıtayda bazı görüşler<sup>237</sup>, boşanmadan sonra ortak velâyetin çocuğun menfaatine aykırı olduğunu ve velâyetin yalnızca anne veya babadan birine verilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>238</sup>. Diğer bir görüş ise, boşanma hâlinde anne ve babanın velâyeti ortak kullanmaları çocuğun menfaatine uygun olduğunu savunmaktadır<sup>239</sup>.

Evliliğin butlanına karar verilen durumlarda, TMK m.157/2 gereği, boşanmaya ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanacaktır. Hâkim anne ve babayı dinleyecek, çocuk vesayet altında ise vesayet makamının düşüncesini

<sup>232</sup> Y. 2.HD, 19.09.2005, E.2005/10209, K.2005/12282 (<http://www.kazanci.com.tr/>) Erişim tarihi 05.06.2018; **Uyumaz**, Boşanma, s.293.

<sup>233</sup> Y. 2.HD, 10.05.2004, E.2004/5256, K.2004/6056 (<http://www.kazanci.com.tr/>) Erişim tarihi 05.06.2018.

<sup>234</sup> **Hatemi/ Kalkan Oğuztürk**, s.187; **Zeybek**, s.80.

<sup>235</sup> RG. 25.03.2016-29664.

<sup>236</sup> Ortak velâyet başlığında daha ayrıntılı bilgi verilmiştir. Bkz. VI başlık, B/1/c/bb.

<sup>237</sup> Bununla ilgili Yargıtay bir kararında şöyle demektedir: "Evlilik devam ettiği sürece anne ve baba velâyeti birlikte kullanırlar, boşanma ve ayrılığa karar verilmesi hâlinde hâkim velâyeti eşlerden birine vermek zorundadır. Velâyetin düzenlenmesi kamu düzeni ile ilgili olup, yabancı mahkemenin ortak çocuğun velâyetini anne ve babanın her ikisi üzerinde bırakan kararı Türk Medeni Kanunu'na aykırıdır. Bu sebeple yerel mahkemenin velâyetin tenfizi kararını reddi isabetlidir" Y. 2.HD, 15.04.2003, E.2003/4019, K.2003/5500 (Çetinkaya, s. 55).

<sup>238</sup> **Görgeç**, s.23; **Zeybek**, s.10.

<sup>239</sup> **Akyüz'e** göre boşanan anne baba arasındaki tartışmaları ya çocuk üzerinde sürdürecekler ya da velâyete sahip olmayan taraf çocuğun yaşamından ve sorumluluklarından kısmen veya tamamen uzaklaşacaktır. Bkz., **Akyüz**, s.237.

dinleyerek, anne ve baba ve çocuk arasındaki ilişkileri düzenleyecektir<sup>240</sup>. Evliliğin butlanı hâlinde velâyet bir taraf için veya her iki taraf için de mahkeme kararı ile sona erebilir<sup>241</sup>.

Evliliğin butlanı durumunda hâkim velâyetin hangi tarafa bırakılacağına karar verirken çocuğun menfaati doğrultusunda hareket etmelidir. Türk Hukuku boşanma veya evliliğin butlanı durumunda velâyetin kusursuz tarafa verilmesi gerektiği yönünde bir görüş benimsemiş değildir. Çünkü butlan, sebepleri bakımından kötüniyetli eşin aynı zamanda kötü bir anne veya kötü bir baba olduğu anlamına gelmez. Velâyet atanırken eşlerin maddi durumları da çocuğun menfaatinden üstün tutulamaz. Çocuğun menfaati her zaman ön planda tutulması gerekmektedir. Evlenmenin butlanı durumunda velâyetin kime bırakılması konusunda çocuğun yaşı, cinsiyeti, karakteri, anne ve babadan her birinin oturduğu yer ve çevre gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır. Bununla birlikte, çocuğun kendi istekleri de nazara alınması gerekir. Fakat, bunun için çocuğun ileri yaşta olması ve kimsenin baskısı altında olmadığına kanaat getirilmelidir<sup>242</sup>.

### bb. Ortak Velâyet

TMK m.182/1 gereği boşanma durumunda mahkeme anne ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler. TMK m.336/2'ye göre ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir. Fakat 6684 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile çocuğun menfaatine uygun olması durumunda, boşanan eşler velâyeti birlikte kullanabilirler. Yani, artık velâyetin anne ve babadan birisine ya da her ikisine verilmesi hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır<sup>243</sup>.

6684 sayılı Kanunu ile "11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol"ü yürürlüğe girmiştir. Bu Protokol Türkiye'de de ortak velâyete yol açmıştır. Ek 7 No'lu Protokol'ün m.5'inci hükmüne göre, eşler evliliğin sona ermesi durumunda,

<sup>240</sup> Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s.187.

<sup>241</sup> Zeybek, s.80.

<sup>242</sup> Akkurt, Sinan Sami: Türk Medenî Hukukunda Evlenmenin Butlanı, Konya 2015, s.193-194.

<sup>243</sup> Akyüz, s.233.

çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar<sup>244</sup>.

Türk Anayasa'sına 07.05.2004 tarihinde birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler ile 90.maddenin son fıkrasına "Usulüne uygun yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" cümlesi eklenmiştir. Böylece, uluslararası andlaşmaların iç kanundan önce uygulandığı açıkça düzenlenmiştir<sup>245</sup>. Dolayısıyla, mevcut sistemin tamamen değiştiğini ve çocuk menfaatine aykırı olmadığı durumlarda velâyetin anne ve babaya ortak verilmesi mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

#### d. Evlatlık İlişkisi ve Soybağının Reddi ile

Çocuğu, üçüncü kişi evlat edinirse, anne ve babanın evlatlık ilişkisi sona ermesiyle velâyet ilişkisi de sona erecektir<sup>246</sup>. TMK m.286 gereği, soybağı reddine karar verilmesi durumunda, babalık karinesi çürütülmüş olduğundan, velâyete sahip babanın velâyeti de sona erecektir. Bu durumda velâyet tek başına anneye ait olur veya çocuğa vasi atanır<sup>247</sup>. Çocuğun anaya bağlı soybağında herhangi bir değişiklik oluşmaz. Çocukla babanın arasında soybağı sona erdiği durumlarda, çocuk artık babaya mirasçı olamaz, onun soyadını taşıyamaz ve doğumla kazandığı vatandaşlığı kaybeder. Soybağının

<sup>244</sup> Aynı yönde bkz. "...Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan "11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Anne Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol", 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz hâlinde almıştır. Ek 7 Nolu Protokol'ün 5. maddesine göre, "Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi hâlinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir". "Ortak Velâyet" düzenlenmesinin, Türk Kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir..... Y. 2.HD, 20.02.2017, E.2016/15771, K.2017/1737 <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=47&t=3795> (Erişim tarihi: 20.02.2018).

<sup>245</sup> **Belgin**, Derya, Anayasa'nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri, ABD, S.4, 2008, 110-113, s.110.

<sup>246</sup> **Akyüz**, s.240;

<sup>247</sup> **Zeybek**, s.81.

hükmü ile babasız kalan çocuk, kendi babası tarafınan tanınabilir, bu mümkün değilse, babalık davası açabilir<sup>248</sup>.

#### e. Gaiplik ile

TMK m.32'ye göre, ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınmayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa gaipliğe karar verilebilir. Eşlerden birinin gaipliğine karar verilirse velâyet sağ kalan tarafa ait olur<sup>249</sup>.

TMK m.35/1'e göre, ilandan sonuç alınamazsa, mahkeme gaipliğe karar verir ve ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır. Gaiplik ölüm gibi değerlendirilse de hakkında karar verilen tarafın velâyet hakkının kaldırılıp kaldırılmayacağı tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, gaiplik kararı verildikten sonra velâyet sağ olan tarafa kendiliğinden geçmelidir<sup>250</sup>. Diğer bir görüşe göre, gaiplik kararından sonra evlilik feshedilene kadar gaip olan kişinin velâyeti devam eder<sup>251</sup>. İkinci görüş daha tutarlıdır. Hakkında gaiplik kararı verilen tarafın velâyeti kullanma yetkisi azalacak ve dolayısı ile sağ kalan eş velâyetle ilgili kararları kendisi alacaktır.

Velâyet altında bulunan çocuk hakkında gaiplik kararı verilirse velâyet kendiliğinden sona erer. TMK m.351'e göre, gaiplik hâli sona ermişse velâyetin iadesi için dava açılır<sup>252</sup>.

#### f. Mahkeme Kararı ile

##### aa. Genel Olarak

Anne babanın çocuk üzerindeki velâyeti çocuk ergin olana kadar devam eder. Ancak, hâkim bazı durumlarda anne ve babanın velâyeti kötüye kullanmalarından dolayı çocuğu korumaya yönelik gerekli önlemleri alabilir. Örneğin, velâyet anne ve babadan alınabilir<sup>253</sup>.

Çocuğun korunması için diğer önlemlerden sonuç alınmazsa ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa hâkim kararı ile velâyet

<sup>248</sup> Akyüz, s.150.

<sup>249</sup> Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s.187; Öztan, Bilge, Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Ankara 2014, s.506.

<sup>250</sup> Zeybek, s.81; Birinci, s.145.

<sup>251</sup> Zeybek, s.81.

<sup>252</sup> Zeybek, s.81.

<sup>253</sup> Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s.196; Helvacı/ Erlüle, s.197; Zeybek, s.82.



kaldırılır (TMK m.348). Velâyetin kaldırılması en ağır bir önlemdir<sup>254</sup>. Velâyetin kaldırılmasına neden olan sebepler, Türk Medeni Kanunu'nun Altıncı Ayırımında düzenlenmiştir. Kanunda düzenlenen bu sebepler olmadıkça velâyet kaldırılamaz<sup>255</sup>. Anne ve babanın birinden velâyet alınırsa diğeri velâyeti sürdürür. Velâyet anne ve babanın her ikisinden de alınabilir. Bu durumda çocuğa vasi atanır<sup>256</sup>. Kararda aksi belirtmedikçe, velâyetin kaldırılması mevcut ve doğacak olan çocukların hepsini kapsar (TMK m.348). Velâyetle ilişkin kararları aile mahkemesi verecektir<sup>257</sup>. HMK m.382/1 b.13 göre, velâyetin kaldırılması, çekişmesiz yargı işlerindedir. HMK 384 gereği, “Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir.” Kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı için, velâyetin kaldırılmasında yetkili mahkeme, velâyeti kendine almak isteyen tarafın yerleşim yeri olabileceği gibi ilgili çocuğun yerleşim yeri de olabilir. Çocuk anne babadan ayrı yaşaması durumunda, yetkili mahkeme, çocuğun yerleşim yeri veya oturduğu yer de olabilir<sup>258</sup>.

#### bb. Velâyetin Kaldırılmasının Şartları

##### aaa. Velâyet Görevinin Gereği Gibi Yerine Getirilmemesi

Anne ve baba görevlerini gereği gibi yerine getirememeleri durumunda velâyet kaldırılır. Velâyet görevini gereği gibi yerine getirmelerini önleyen sebepler arasında anne ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, engelli olmaları, başka yerde bulunmaları gibi durumlar olabilir<sup>259</sup>.

Kanun koyucu velâyetin kaldırma şartlarını TMK m.348 sayılı sebeplerle sınırlamamıştır. “Buna Benzer Sebepler” ifadesini kullanarak bu durumlara benzer sebeplerden dolayı da velâyetin kaldırılabileceğini

<sup>254</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile s.438; Zeybek, s.82; Akıntürk/ Ateş Karaman, Medeni, s.303.

<sup>255</sup> Arat, s.280; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile s.438.

<sup>256</sup> Zeytin/ Ergün, s.212; Zevkliler/ Havutçu, s.320; Helvacı/ Erlüle, s.198; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile s.438; Gökçe, s.62.

<sup>257</sup> Tutumlu, s.1382; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile s.438; Uyumaz, Çocuğun Korunması, s.1996; Zeybek, s.83.

<sup>258</sup> Uyumaz, Çocuğun Korunması, s.1996.

<sup>259</sup> Kılıçoğlu, Medenî, s.327; Arpacı, s. 377; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.438; Zeytin/ Ergün, s.212; Helvacı/ Erlüle, s.198; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 197; Akıntürk/ Ateş Karaman, Medeni, s.303.

öngörmüştür<sup>260</sup>. Hâkimin velâyetin kaldırılmasına karar vermesi için TMK m.348'de sayılan hallerin süreklilik taşıması gerekmektedir<sup>261</sup>.

### bbb. Anne ve Babanın İlgisizliği ve İhmâlkârlığı

Anne ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması, ona karşı ihmâlkâr davranmaları velâyetin kaldırılmasının en önemli sebeplerindendir<sup>262</sup>. Anne ve babanın çocukla hiç ilgilenmeyerek, onun sokaklarda boş boş dolanmasına ve kötü alışkanlıklar edinmesine sebep olmaları, hastalanan çocuğa gerekli tedaviyi sağlamayarak kadere terk etmeleri, düzenli okuyan çocuğu okula göndermeyerek çalıştırmaları veya bir sanatkârın yanında çirak olarak çalıştırmaları ve bunun gibi durumlar velâyetin kaldırılma sebeplerindendir<sup>263</sup>.

### ccc. Anne ve Babanın Yeniden Evlenmesi

Velâyet, anne ve babadan birinin ölümü, boşanma, evliliğin feshi veya butlan dolayısıyla ortadan kalktığı zaman, sağ kalan tarafa veya anne ve babadan birisine bırakılır. Bu durumlarda, anne veya babadan birisi velâyeti tek başına kullanır. TMK m.349'a göre, velâyet kendisine bırakılan tarafın yeniden evlenmesi velâyetin kaldırılmasını gerektirmez. Ancak, anne ve babanın yeniden evlenmesi çocuk için oldukça tehlikeli bir durumdur. Çünkü üvey anne veya üvey babanın çocuğa ihmâlkâr davranmaları yüksek olasılıktır<sup>264</sup>. Bu nedenle, kanun koyucu, bu tehlikeyi dikkate alarak anne ve babanın yeniden evlenmesi durumunda, çocuğun menfaati için velâyet sahibini resen değiştirilebileceği gibi, durum ve koşullara göre, talep üzerine velâyeti kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilir<sup>265</sup>.

<sup>260</sup> Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.364; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.438; Uyumaz, Çocuğun Korunması, s.1990.

<sup>261</sup> Arat, s.281.

<sup>262</sup> Zeytin/ Ergün, s.212; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile s.438; Helvacı/ Erlüle, s.198; Gökçe, s.62; Kılıçoğlu, Medenî, s.327; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 197; Akıntürk/ Ateş Karaman, Medeni, s.303.

<sup>263</sup> Akyüz, s.301.

<sup>264</sup> Çelik, s.279; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.438; Kılıçoğlu, Yenilikler, s.136.

<sup>265</sup> Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 197; Gökçe, s.62; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.438; Zeytin/ Ergün, s.212; Arat, s.293.

### g. Velâyetle İlgili Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği Sorunu

22.06.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1 inci maddesinde hangi konuların arabuluculuğa elverişli olduğu düzenlenmiştir. HUAK m.1/2'ye göre, bu kanun, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır.

Boşanma sonucunda velâyetle ilişkin birtakım uyuşmazlıklar ortaya çıkabilir. Bunlar: velâyetin hangi tarafa verileceği, iştirak nafakası, velâyet kendisine bırakılmayan tarafın çocukla kişisel ilişki kuramaması<sup>266</sup>. TMK m.182 gereği, boşanma veya ayrılık sonucunda çocuk ile anne ve baba arasındaki kişisel ilişkileri hâkim düzenler. Hâkim, velâyetin hangi tarafa bırakılacağı konusunda, çocuğun yüksek yararı ilkesini göz önünde tutarak, çocuğun menfaatine uygun karar verir<sup>267</sup>. TMK m.326 gereği velâyet kendisine bırakılmayan taraf çocukla ilişki kurabilmesi için mahkeme kararı verilmesi gerekir. Bu konuda taraflar anlaşma yapabilirler, ancak, anlaşmayı hâkim onaylamadığı sürece anlaşma geçerli olmaz. Velâyet kendisine bırakılmayan tarafın çocuğun bakım ve yetiştirilmesi için gerekli giderlerine, yani iştirak nafakasına hükmedilmesi için tarafların istemde bulunması aranmamaktadır. Taraflar istemde bulunmasa da hâkim iştirak nafakasına hükmedecektir<sup>268</sup>.

Görüldüğü üzere, velâyet ilişkisi, aile hukukunda devletin doğrudan müdahale ettiği en yoğun ilişkidir. Velâyetle ilişkin her türlü işlemlerde çocuğun yüksek yararı ve korunması mutlak bir amaçtır. Çocuk kendini koruyamaz ve anne ve baba anlaşarak çocuğa zarar vermeleri mümkündür. Bu nedenle, velâyet tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir husus değildir ve velâyetle ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli olması mümkün değildir<sup>269</sup>.

### h. Velâyetin Sona Ermesinin Sonuçları

Velâyet anne ve babanın birisinden alınırsa velâyet hakkı tek başına bir tarafa ait olur. Velâyet anne ve babanın her ikisinden kaldırılınca çocuğa vasi

<sup>266</sup> Demiroğlu, Huriye, Rayhan, s. 59.

<sup>267</sup> Akyüz, s.233.

<sup>268</sup> Uyumaz/ Erdoğan, s.156; Akkurt, Kitap, s.204.

<sup>269</sup> Uyumaz/ Erdoğan, s.157; Demiroğlu, Huriye, Rayhan, s. 76.

atanır<sup>270</sup>. Çocuk vesayet altına alınmış ve vesayete ilişkin hükümlere tâbi olur.

Velâyetin kaldırılması sadece çocukların şahısvarlığı ile ilgili değil, mallarıyla ilgili de sonuçlar doğurur. Velâyet kaldırılınca anne ve baba çocuğun malları üzerindeki yönetim hakkını ve bazen de kullanma haklarını kaybederler<sup>271</sup>. Velâyet, anne ve babanın kendi kusurlarından değil, yaşlılık veya hastalık gibi kusursuz olma sebebiyle kaldırılmışsa çocuk ergin olana kadar çocuğun mallarını kullanma hakları vardır<sup>272</sup>.

Velâyet kaldırılmışsa bile anne ve baba çocuğun bakım, eğitim ve yetiştirilmesi için gerekli masrafları karşılamak zorundadırlar<sup>273</sup>. Anne ve babadan veya çocuk mallarından bu giderler karşılanmıyorsa, bu masraflar devlet tarafından karşılanır<sup>274</sup>. TMK m.438 gereği velâyetin kaldırılması hakkındaki kararda aksi belirtilmedikçe hüküm mevcut ve ileride doğacak olan tüm çocukları kapsar.

### i. Durumun Değişmesi

Velâyet hakkı kaldırıldıktan sonra hayatın doğal akışında farklı değişiklikler oluşabilir. Durumun değişmesi hâlinde çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni şartlara uygun olarak uydurulması gerekir<sup>275</sup>. Böyle durumda, çocuk hakkında koruma önlemleri kaldırılır veya değiştirilir. TMK m.348 gereği Velâyetin kaldırılmasını gerektiren sebepler ortadan kalktığında, hâkim kendiliğinden veya anne ve babanın istekleri üzerine velâyeti anne ve babaya geri verebilir<sup>276</sup>.

<sup>270</sup> Zevkiler/ Havutçu, s. 320; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.441; Çökçe, s.62; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 197.

<sup>271</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Medeni, s.303.

<sup>272</sup> Arat, s.292; Zeybek, s.94; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.441.

<sup>273</sup> Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 197; Zeytin/ Ergün, s.212; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.441; Akıntürk/ Ateş Karaman, Medeni, s.303.

<sup>274</sup> Zeytin/ Ergün, s.212; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.441; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 197.

<sup>275</sup> Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.441; Zeytin/ Ergün, s.212; Kılıçoğlu, Medenî, s.327; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 198.

<sup>276</sup> Kılıçoğlu, Medenî, s.327; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 198; Zeytin/ Ergün, s.212; Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile, s.441; Helvacı/ Erlüle, s.198; Öztan, s.511.

## 2. Rus Hukukuna Göre Velâyetin Sona Ermesi

### a. Çocuğun On Dört Yaşını Doldurması

Rus hukukunda genel olarak, çocuğun ayırt etme gücü ve psikolojik durumlarına göre farklı yaş sınırları belirlenmiştir. RAK m.145/2 gereği, on dört yaşına kadar velâyet altında, on dört yaştan on sekiz yaşına kadar vesayet altında olur. Yaş sınırının böyle belirlenme sebebi, on dört yaşına kadar çocuğun sınırlı ehliyetsiz olmasındandır. Çocuğun adına tüm işlemleri veli yapar. Vesayette ise, çocuk ayırt etme gücüne sahip ve kendi başına karar alabilecek yaşta olduğu için, vasi çocuğa işlemler yapmasında izin verir ve gerekli durumlarda akıl verir. Çocuğun on dört yaşını doldurması ile velâyet kendiliğinden sona erecektir<sup>277</sup>. Veli ise hiçbir karara gerek olmadan çocuğun vasiliğine devam edecektir<sup>278</sup>.

### b. Çocuğun Kendi Anne ve Babasına Geri Verilmesi veya Evlat Edinilmesi

Velâyet altına alınan çocuğun kendi anne ve babası, velâyet hakkının sonra ermesine sebep olan hususları ortadan kaldırarak, küçüğü veliden geri isteyebilirler. Bunun gibi, velâyet altında bulunan çocuğu üçüncü kişiler evlat edinebilirler. Küçüğün kendi anne ve babasına geri verilmesi veya başka birisi tarafından evlat edinilmesi durumunda velâyet sona erecektir<sup>279</sup>. Velâyet altındaki çocuğun anne ve babası çocuğu geri istemeleri durumunda, veli geri verilmesini uygun görürse, çocuk anne ve babaya verilecektir. Ancak, velinin çocuğu geri vermek istemediği durumlarda Velâyet ve Vesayet Kurumuna veya mahkemeye başvurulur. Çocuk veli tarafından evlat edinebilir veya başka birisine evlatlık verilebilir. Çocuğu, başka birine evlatlık vermek için velinin rızası alınmalıdır. Velinin rızası yoksa Velâyet ve Vesayet Kurumuna veya mahkemeye başvurulması gerekmektedir<sup>280</sup>. Çocuğa veli atandığı andan itibaren çocuğun anne ve babasının veya önceki velisinin velâyetten doğan hak ve yükümlülükleri sona erecektir (RAK m.148.1/2).

### c. Çocuğun Kuruma Yerleştirilmesi

Çocuğun menfaatine aykırı olmaması şartı ile çocuğu eğitim kurumuna, sağlık kurumuna, çocuk esirgeme kurumuna, sosyal yardım veren

<sup>277</sup> Низамиева, s.103.

<sup>278</sup> Низамиева, s.103.

<sup>279</sup> Рузакова, s.148; Гомола А.И./ Гомола И.А., s.134.

<sup>280</sup> РМК m.39/1; Попова, s.61.

kurum veya kuruluşlara yerleştirilmesi mümkündür ve böyle durumlarda velâyet sona erecektir<sup>281</sup>.

#### **d. Velinin Kendi İsteği ile Velâyetin Sona Ermesi**

Veli kendi isteği ile velâyetten doğan hak ve görevlerinden vazgeçtiği durumlarda velâyet sona erecektir. Velâyet velinin isteği üzerine verilir ve maddî bir karşılığı yoktur. Bu nedenle velâyetten vazgeçmek velinin hakkıdır<sup>282</sup>.

#### **e. Erginliğe Erişmiş Çocuğun Fiili Ehliyetini Kazanması**

RMK m.40/1'e göre, velinin veya Velâyet ve Vesayet Kurumu'nun başvurusu üzerine, mahkeme kararı ile erginliğe erişmiş çocuğun kısıtlılığı kaldırılabilir. Çocuk, mahkeme kararı ile fiili ehliyetini kazandığı durumlarda, velâyet sona erecektir.

#### **f. Çocuğun veya Velinin Ölümü ile Velâyetin Sona Ermesi**

RVVFK m.29/1'e göre, velâyet altındaki çocuğun veya velâyete sahip velinin ölümü ile velâyet sona erecektir<sup>283</sup>. Çocuğun veya velinin ölümü velâyetin sona ermesinin doğal sebeplerinden biridir. Bununla birlikte, velinin veya çocuğun gaipliği, velinin ehliyet kaybı durumunda velâyet sona erecektir<sup>284</sup>.

#### **g. Velâyetin Mahkeme Kararı ile Kaldırılması**

##### **aa. Velâyet Görevinin Gereği Gibi Yerine Getirilmemesi**

Velinin, üzerindeki görevlerini gereği gibi yerine getirmemesi, görevini kötüye kullanması, küçüğü gözetimsiz bırakması veya gerekli yardımları yapmaması durumlarında, Velâyet ve Vesayet Kurumu velâyeti kaldırabilir<sup>285</sup>. Velâyet kaldırıldıktan sonra gerekli soruşturma başlatılması için gerekli işlemler yapılır. Velâyeti gereği gibi yerine getirmemesi sebebinden dolayı velâyetin kaldırılması, veli için herhangi bir kötü sonucu yoktur. Ancak, velinin, velâyeti kötüye kullandığı veya çocuğun hak ve menfaatlerine zarar

<sup>281</sup> RMK m.39/1; Попова, s.61; Рузакова, s.149; Гомола А.И./ Гомола И.А., s.140.

<sup>282</sup> Войтович, s.142; Рузакова, s.149; Попова, s.61.

<sup>283</sup> Сумбаа, s.25; Попова, s.55; Войтович, s.142.

<sup>284</sup> Пулатов, s.72.

<sup>285</sup> Войтович, s.142; Сумбаа, s.26; Попова, s.60; Гомола А.И./ Гомола И.А., s.140.

verdiği tespit edilirse, bilgiler savcılığa iletilecek ve veli hakkında soruşturma başlatılacaktır<sup>286</sup>.

### bb. Veli ve Çocuk Menfaatlerinin Çatışması

RMK m.39/2'ye göre, velinin ve küçüğün menfaatleri çatıştığı durumlarda, Velâyet ve Vesayet Kurumu velâyet hakkını geçici bir süreye durdurabilir veya tamamen kaldırmaya yetkilidir<sup>287</sup>. Geçici süreyle velâyet hakkı durdurulduğu zaman, çocuk Velâyet ve Vesayet kurumunun yerleştrdiği kurumlarda kalacaktır. Veli ile çocuğun menfaatlerinin çatıştığı durum ortadan kalktığı zaman, çocuğun velâyeti veliye geri verilecektir<sup>288</sup>.

## VII. GENEL KARŞILAŞTIRMA

Türk ve Rus Hukukunda velâyetin asıl amacı çocuğun hak ve menfaatlerinin korunması ve çocuğun temsil edilmesidir. Her iki hukukun kuralları kültür, din ve ülke durumuna göre farklılık gösterse de, iki hukuk sisteminde de çocuğun yüksek yararı ve korunması ön plandadır.

Türk Hukukunda Velâyet ile ilgili kurallar 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m.335-363 düzenlenmiştir. Rus Hukukunda velâyet hükümleri, Rus Medeni Kanunu'nda m.31-40 arası, Rus Aile Kanunu'nda m.145-148.1 arasında ve ayrıca Rus Velâyet ve Vesayet Federal Kanunu'nda da düzenlenmiştir. Rus Hukuku'nda velâyetin tanımı ve hukukî nitelikleri Türk Hukukundan farklıdır. Türk Hukukunda velâyet hakkı, sadece anne ve babaya aittir. Rus Hukukunda ise, erginliğe erişmiş, fiili ehliyeti olan herhangi bir kişi velâyete sahip olabilir. TMK m.335'e göre, ergin olmayan çocuklar, yani on sekiz yaşından küçük çocuklar velâyete tâbidirler. Rus hukukunda ise anne ve babası veya evlat edineni olmayanlar, anne ve babasından velâyet kaldırılmış ve anne ve baba gözetimi dışında kalan, 14 yaşını doldurmamış çocuklar velâyete tâbidirler.

Türk ve Rus Hukukunda velâyetin kullanımı ve kapsamı benzerlik göstermektedir. Çocuğun adı ve soyadını koymak, eğitimi ve yerleşim yerini belirlemek, çocuğu temsil etmek, mallarını yönetmek velâyetin kapsamındadır. Velâyetin kötüye kullanılması tespit edildiğinde, hâkim çocuğun şahısvarlığı ve malvarlığını korumak için gerekli önlemleri alır. Bu önlemler sonuç vermediği durumlarda velâyetin kaldırılması söz konusu olur.

<sup>286</sup> Попова, s.60; Гомола А.И./ Гомола И.А., s.140.

<sup>287</sup> Рузакова, s.149; Войтович, s.142.

<sup>288</sup> Войтович, s.145.

Her iki hukuk sisteminde de çocuğun menfaatinin ve gelişiminin tehlikede olduğunu öğrenen herhangi bir ilgili, çocuğu koruma önlemlerinin alınması için mahkemeye başvuruda bulunabilir. Bu ilgililer çocuğun kendisi, yakın çevresi ve başka kişiler de olabilir. Rus Hukukunda on dört yaşını doldurmayan küçük, kendini korumak için Velâyet ve Vesâyet Kurumlarına başvuruda bulunabilir. On dört yaşını doldurmuş çocuklar ise mahkemeye başvuru yapabilirler. Türk Hukukuna göre velâyet başkasına devredilemez, mirasçılara geçmez, çocuğun rızası olsa dahi kısmen veya tamamen bu haktan feragat edilemez<sup>289</sup>. Rus Hukukunda ise veli kendi isteği ile velâyetten doğan hak ve görevlerinden vazgeçebilir, vazgeçtiği takdirde ise velâyet sona erecektir<sup>290</sup>.

### VIII. SONUÇ

Türk Hukukuna göre, velâyet küçüklerin ve istisnâî durumlarda ergin kısıtlıların şahıs varlıklarının korunması, bakımı, geliştirilmesi, yetiştirilmesi, mallarına özen gösterilmesi ve korunması, aynı zamanda onların temsil edilmesi konularında kanun koyucunun anne ve babaya verdiği yetki ve haktır. Velâyet hakkı iki yolla kazanılmaktadır. Bunlar: çocuğun doğumu ve mahkeme kararından oluşur. Evlilik içinde doğan çocuk velâyeti anne ve baba tarafından birlikte kullanılmaktadır. Buna karşın, evlilik dışı doğan çocuk velâyeti yalnızca anneye aittir. Daha sonra evlenmeleri durumunda ise çocuk velâyeti anne ve babaya ait olmaktadır. TMK m.336/2'ye göre ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verir şeklindedir düzenlenmiştir. Fakat, 6684 sayılı Kanun ile "11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol"ün yürürlüğe girmesi ile çocuğun menfaatine uygun olduğu durumlarda, ortak velâyet kararı verilebilir. Anne ve babanın anlaşamadıkları için, velâyet hakkından yoksun bırakılmaları çok büyük bir eksikliklerdir. Bu nedenle, ortak velâyet kararının imkânlı olması, çocuğun yüksek yararı ilkesi gereği önemli bir adımdır.

Rus Hukukuna göre, velâyet: anne ve baba gözetimi dışında kalan on dört yaşını doldurmamış çocukların, yetimlerin ve ehliyetsizlerin yetiştirilmesi, eğitilmesi, mülkiyet hakları ile gayri mülkiyet haklarının ve menfaatlerinin korunmasıdır. Türk Hukukunda velâyetle ilgili kararları aile

<sup>289</sup> Serozan, s.251; Görgeç, s.29; Zeybek, s.9; Özer Taşkın, s.35; Çetinkaya s.12-13; Karaca, s.8; Dural/ Öğüz / Gümüş, s.352.

<sup>290</sup> Войтович, s.142; Рузакова, s.149; Попова, s.61.



mahkemesi verir. Rus Hukukunda ise velâyete ilişkin tüm kararları Velâyet ve Vesayet Kurumu verir. Velâyet ve Vesayet Kurumunun kararını kabul etmeyen taraf mahkemeye itiraz edebilir. Türk Hukukunda da aile işlerine bakan mahkemeden ayrı olarak, kendiliğinden denetleme yetkisine sahip böyle bir sisteme yer verilmesi gerekir. Aile mahkemesi, boşanma, nafaka ve bunun gibi birçok konuda görev yaptığı için, velâyetle ilgili işlemlere yeterli özeni gösteremeyebilir veya velâyeti sürekli kontrol edemeyebilir. Daha önce de belirtildiği gibi, sağlıklı toplumun temeli çocuk ve çocuğun aile ile ilişkisidir. Günlük hayatta anne ve babası boşanmış çocukların, velâyet kendisine bırakılan taraflarla mutsuz yaşadığı ve kişisel gelişimlerinin engellendiği basımdan ve gazetelerden görülebilir. Bu nedenle, velâyet kendisine bırakılan tarafın maddî durumu ve yaşadığı alanın incelenmesi, velâyet altındaki çocuğun memnuniyeti ve psikolojik durumunun devamlı kontrol edilebilmesi için böyle bir kurum şarttır.

## TÜRKÇE KAYNAKLAR\*\*\*

- Akıncı**, Ziya/ **Demir Gökyayla**, Cemile: Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010.
- Akıntürk**, Turgut/ **Ateş Karaman**, Derya: Aile Hukuku, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış, C.2, 15.Baskı, İstanbul 2013 (Akıntürk/Ateş Karaman, Aile).
- Akıntürk**, Turgut/ **Ateş Karaman**, Derya: Medeni Hukuk, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış, 19.Baskıdan Tıpkı 27.Baskı, İstanbul 2013 (Akıntürk/Ateş Karaman, Medeni).
- Akkurt**, Sinan Sami: Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velâyetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.1, İstanbul 2010, s. 91-120 (Akkurt, Makale).
- Akkurt**, Sinan Sami: Türk Medenî Hukukunda Evlenmenin Butlanı, Konya 2015 (Akkurt, Kitap).
- Akyüz**, Emine: Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, 5.Baskı, Ankara 2016.
- Arat**, Ayşe: Medenî Kanun'da Velâyetin Kaldırılması Tedbiri ve Bu Tedbirin Uygulanması, MÜHFD, C.2, S.2, Aralık 2012, 275-296.
- Arpacı**, Abdülkadir: Gereçeleri ve En Son Değişiklikleri ile Yeni Türk Medeni Kanunu, İstanbul 2008.
- Belgin**, Derya: Anayasa'nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri, ABD, S.4, 2008, 110-113.
- Birinci Uzun**, Tuba: Türk Medenî Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli, Hacettepe HFD, 6(1) 2016, 135-166.
- Bozkurt**, **İkbal**: Velinin Velâyetten Doğan Hak Görev Ve Yetkileri, YL Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2010 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 7.09.18).
- Çelik**, Cemil: Velâyetin Kaldırılması, AÜHFD, C.54, S.1, 2005.

\*\*\* Aynı yazarın farklı eserlerine yapılan atıfları ayırmak için kullanılan kısaltmalar, ilgili eserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

- Çetinkaya**, Volkan: İnsan Hakları Hukuku Açısından Velâyet Hakkı, YL Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2009  
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 7.09.18).
- Doğan**, İzzet: Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku, Ankara 2010.
- Dural**, Mustafa/ **Öğüz**, Tufan/ **Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C.3, 13.Baskı, İstanbul 2018.
- Elçin**, Evgen Gülçin: Türk Medeni Kanunu'nda Soybağı ve Çocuğun Korunmasında Revize Edilmesi Gereken Hükümler, MHB, Yıl 35, S.1, 2015.
- Gençcan**, Ömer Uğur: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, Ankara 2015.
- Gökçe**, Ümit: Medeni Hukuk, Prestij Kitapları III, Ankara 2004.
- Görgeç**, Başak: Türk Medeni Kanunu'nda Velâyet Hükümleri ve Özellikle Çocuğun Korunması, YL Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2011  
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 7.09.18).
- Grassinger**, Gülçin Elçin: Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velâyet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, 1. Baskı, İstanbul 2009.
- Hatemi**, Hüseyin/ **Kalkan** Oğuztürk, Burcu: Aile Hukuku, 4.Bası, İstanbul 2004.
- Helvacı**, Serap/ **Erlüle**, Fulya: Medeni Hukuk, İstanbul 2011.
- Karaca**, Hilal: Türk Hukukunda Velâyetin Kapsamı ve Hükümleri, YL Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul 2014  
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 7.09.18).
- Karakayalı**, Gökhan: Velâyet Hakkının Kullanılmasına İlişkin Hukukî Sorunlar Ve Özellikle Koruyucu Aile Uygulaması, YL Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2009  
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 7.09.18).
- Kılıçoğlu**, Ahmet: Medenî Hukuk, Temel Bilgiler, 3. Bası, Ankara 2013 (Kılıçoğlu, Medenî).
- Kılıçoğlu**, Ahmet: Medenî Kanun'umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2.Bası, Ankara 2004 (Kılıçoğlu, Yenilikler).
- Oy**, Osman: Boşanmanın Hukukî Neticeleri, Nafaka-Tazminat- Velâyet -Mal Paylaşımı ve Aile konutu, İstanbul 2008.

- Özer Taşkın**, Özden: Velâyette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi, YL Tezi, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2006 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 7.09.18).
- Öztañ**, Bilge: Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Ankara 2014.
- Öztekin Gelgel**, Günseli: Devletler Özel Hukukunda Velâyet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 S.8 Güz 2005/2 s.119-148.
- Öztürk**, Mehmet Atif: Velâyetin kaldırılması, YL Tezi, Akdeniz Üniversitesi, Antalya 2009 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 7.09.18).
- Öztürkmén İcan**, Yeşim: Hâkimin Takdir Yetkisinin Velâyete İlişkin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi, YL Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Samsun 2015 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 7.09.18).
- Partalci**, Rumeysa: Yabancı Devletlerden Alınan Velâyet Kararlarının Tenfizi, YL Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2014 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 7.09.18).
- Polat**, Oğuz/ Göldoğan, Evin: Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velâyetin Saptanmasındaki Önemi, TBB Dergisi 2015 (118).
- Ruhi**, Ahmet Cemal: Boşanma İle İlgili Mahkeme İlamlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2003.
- Serdar**, İlknur: Birlikte Velâyet, DEÜHFD, C.10, S.1 2008, s. 155-197.
- Serozan**, Rona: Çocuk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2017.
- Şener**, Esat: Vesayet ve Velâyet Hukuku, Ankara 1996.
- Tutumlu**, Mehmet Akif: Teorik ve Pratik Boşanma Yargılama Hukuku, C.2, 2. Baskı, Ankara 2009.
- Uyumaz**, Alper/ **Erdoğan**, Kemal: Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, DEÜHFD, C.17, S.1, 2015, s.119-169.
- Uyumaz**, Alper: Eski ve Yeni Medeni Kanun Açısından Boşanmanın Kişisel Sonuçları, MÜHFD, 10. Yıl Kuruluş Armağan, 2008/2, s.271-300 (Uyumaz, Boşanma).
- Uyumaz**, Alper: Türk Medeni Kanununa Göre Çocuğun İhmâli ve Anne Babaya Karşı Korunması, Legal Hukuk Dergisi, C.14, S.160, 2016, s.1973-2005 (Uyumaz, Çocuğun Korunması).
- Yavuz**, Cevdet: Türk Medeni Kanunu, 11. Baskı, İstanbul 2014.

- Zevkliler**, Aydın/ **Havutçu**, Ayşe: Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 2. Baskı, Ankara 2002.
- Zeybek**, Elvan: Velâyet Hakkının Kullanımı, YL Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara 2009 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 7.09.18).
- Zeytin**, Zafer/ **Ergün**, Örner: Türk Medeni Kanunu, 2. Baskı, Ankara 2013.

### RUSÇA KAYNAKLAR

- Войтович Е.П.:** Семейное Право, Учебное Пособие, Новосибирск 2014.
- Гомола А.И. / Гомола И.А.:** Семейное право, Учебник, Москва 2014.
- Крашеников П.В.:** Семейное Право, Учебник, г.Москва 2008.
- Кузнецова Е.М.:** Организация Опек и Попичительства Над Несовершеннолетними На Муниципальном Уровне, УДК 352, 364, г.Омск 2010.
- Максимов И.Н.:** Опек и Попичительство Как Вид Социальной Заботы Государства, Издание Наука Вестник, г.Шадринск 2013.
- Мартынова Е.В.:** Опек и Попичительство, Учебное Пособие, г.Ростов На Дону 2014.
- Низамиева О.Н.:** Семейное Право, учебно-методический комплекс дисциплины, Казанский (Приволжский) федеральный университет, Казань 2014.
- Попова Т.А.:** Проблемы Правового Регулирования Отношений, Связанных С Установлением Над Несовершеннолетним (Опек и Попечительства), Выпускная Квалификационная Работа, Томский Государственный Университет, г.Томск 2016.
- Пулатов Т.А.:** Правовое регулирование опеки и попечительства в Российской Федерации, Магистерская Диссертация, Тольяттинский государственный университет, г.Тольятти 2017. <https://dspace.tltsu.ru/handle/123456789/3239> (Erişim tarihi: 5.01.2018)
- Рузакова О.А.:** Семейное Право, Учебник, г.Москва 2010.
- Сумбаа Ш.А.:** Опек и попечительство как форма социальной защиты детей, оставшихся без попечения родителей, Выпускная

Квалификационная Работа, Кызылский Педагогический  
Институт, Кызыл 2015.

## KISALTMALAR

AB.	: Avrupa Birliği
ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	: Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası
b.	: Bent
Bkz.	: Bakınız
BMÇHDS.	: Birleşik Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Bülteni
C.	: Cilt
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
EMK.	: 743 Sayılı Eski Türk Medenî Kanunu
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HFD.	: Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK.	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK.	: 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
MHB.	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk
RA.	: 12.12.1993 tarihinde kabul edilen Rus Anayasası
RAK.	: N 223-Φ3 Sayılı Rus Aile Kanunu
REK.	: N 273-Φ3 Sayılı Rus Eğitim Kanunu
RF.	: Rusya Federasyonu
RG.	: Resmi Gazete
RMK.	: Rus Medeni Kanunu
RVVFK.	: N 48-Φ3 Sayılı Rus Velâyet ve Vesayet Federal Kanunu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK.	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TC.	: Türkiye Cumhuriyeti

TMK. : 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu  
vb. : ve benzeri  
Y. : Yargıtay  
YL. : Yüksek Lisans



## YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler, gizli tutulan hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmalar, DergiPark üzerinden (<http://dergipark.gov.tr/suhfd>) sisteme yüklemek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar DergiPark sistemi üzerinden yürütülecektir.

2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin yabancı dildeki adı, en fazla 100 kelimelik Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin ve beş adet anahtar kelimenin (Key Words) eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda Kaynaklar yer almalıdır.

3. Sayfa yapısı: Üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

4. Metin yazıları: Times New Roman karakteri ile 11,5 punto **tek satır** aralığı, ilk satırı özel 1,25 cm değerinde **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. **Başlık 1 biçemi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar \* işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

5. Dipnotlar: Times New Roman yazı karakteri, 10,5 punto, **Tek satır** aralığı, **0,7 asılı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

7. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayımlanan yazılar üzerinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin, her türlü formatta yayımlamak dâhil, tüm yayın haklarına sahip olduğunu kabul ederler.

**BU ŞARTLARI TAŞIMAYAN BAŞVURULAR KABUL EDİLMEMEYECTİR.**

**Haberleşme Adresi:**

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi Editörlüğü Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 Selçuklu / KONYA

**İnternet Adresi:**

\* <http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr>

\* <http://dergipark.gov.tr/suhfd>

**E-Posta:**

\* [hukukdergi@selcuk.edu.tr](mailto:hukukdergi@selcuk.edu.tr)

\* [dergisuhfd@gmail.com](mailto:dergisuhfd@gmail.com)