



# Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 82 | Sayı: 2024/4 | ISSN 1300-9885

**ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI**

Atatürk Bulvarı No:40 Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00 F 0312 309 22 37

[www.ankarabarusu.org.tr](http://www.ankarabarusu.org.tr)

[ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr](mailto:ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr)

**ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)**

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00

**ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ**

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 444 43 06 (5 Hat)

[www.gelincikprojesi.org.tr](http://www.gelincikprojesi.org.tr)

**ANKARA BAROSU GÖLBAŐI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ**

GaziosmanpaŐa Mah. Sahil Cad. No:46 GölbaŐı-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 485 03 93 F 0312 484 71 26



**Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler  
hukuk veritabanlarında taranmaktadır.**

*Articles published in the Journal of Ankara Bar Association  
is being permanently indexed in law databases.*

**Yıl/Year: 82 Sayı/Issue: 2024/4 ISSN: 1300-9885**

**İletişim Adresi | Contact**

Ankara Barosu Başkanlığı  
Atatürk Bulvarı No:40 Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE  
T 0312 416 72 00 F 0312 416 72 80  
[www.ankarabarusu.org.tr](http://www.ankarabarusu.org.tr)  
[abym@ankarabarusu.org.tr](mailto:abym@ankarabarusu.org.tr)

**Ankara Barosu | Designer of the 100<sup>th</sup> Anniversary of the  
Cumhuriyet'in 100. Yılı Logo Tasarımı | Turkish Republic Logo for the Ankara Bar Association**  
Arda ENGİN (Ankara Barosu)

**Kapak Tasarımı ve Mizanpaj | Book cover design & Page layout**  
Ankara Barosu

**Basım Tarihi | Printing date**  
2024

**Baskı Adedi | Print run**  
250

**Baskı ve Cilt | Printing and Bookbinding**

Poyraz Ofset Matbaacılık (Sertifika No: 49893)  
[www.poyrazofset.com.tr](http://www.poyrazofset.com.tr)

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the journal.

**ANKARA BAROSU DERGİSİ**

Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim)  
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın  
Ankara Barosu Başkanlığı, 2024  
Tüm Hakları Saklıdır.  
ISSN 1300-9885

**Dergide ileri sürülen görüşler  
yazarlarına aittir.**

**JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION**

is a refereed journal, issued quarterly  
(January, April, July, October)  
Presidency of Ankara Bar Association, 2024  
All Rights Reserved.  
ISSN 1300-9885

**Articles published in this journal reflect  
the views of the authors.**

**Sahibi Ankara Barosu Adına** / Owner on Behalf of Ankara Bar Association  
Av. Mustafa KÖROĞLU

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü** / Managing Editor  
Av. Osman Umut KARACA

**Editör** / Editor  
Doç. Dr. Veysel DİNLER

**Editör Yardımcıları** / Assistant Editors

Doç. Dr. Mehmet Erdem AYBAY      Dr. Öğr. Üyesi Erkan DUYMAZ  
Av. Dr. Zeynep BAHADIR DALKIRAN      Dr. Öğr. Üyesi Timuçin KÖPRÜLÜ  
Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN      Arş. Gör. Dr. Hikmet BİLGİN  
Doç. Dr. Salih POLATER      Arş. Gör. Dr. Ezgi Fulya AKKUŞ

**ANKARA BAROSU YAYINLARI MERKEZİ**

ANKARA BAR ASSOCIATION PUBLICATION CENTER

**Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi** / Coordinator Board Member  
Av. Osman Umut KARACA

**Merkez Başkanı** / Head of the Center  
Av. Burak AKİL

**Merkez Başkan Yardımcıları** / Vice Presidents  
Av. Niyazi Berkay KIRCI – Av. Zeki Emre KURT

**Merkez Genel Sekreteri** / Secretary  
Av. Tuba KAYA

**Merkez Saymanı** / Bookkeeper  
Av. Haydar Burak KARAKUŞ

**Merkez Divan Üyeleri** / Council Members  
Av. Batuhan YILMAZ – Av. Kerem Ali ŞENER

## Üyeler / Members

1. Av. Nesij AKKAYA
2. Av. Pınar AĞGÜL DOĞUSOY
3. Av. Mücevher ÖZKAN
4. Av. Mehtap SAKİNCİ
5. Av. Ayla SONGÖR
6. Av. Başak BÜYÜKHATİPOĞLU
7. Av. Tuba KOÇDEMİR
8. Av. Burak AKİL
9. Av. Emre İŞLER
10. Av. Celal TOSUN
11. Av. Hatice Kübra EKİCİ
12. Av. Kaan SAYIN
13. Av. Erol Berk GÜRSOY
14. Av. Mert Burak KARACA
15. Av. Yiğit Can KAVUŞAN
16. Av. Mustafa KAYA
17. Av. Burak ÇOĞALAN
18. Av. Çiğdem KELGÖKMEN
19. Av. Serdar AKTUĞ
20. Av. Gözde KAYA
21. Av. Ümran BOZKUŞ ARAÇ
22. Av. Onur ŞAHİN
23. Av. Damla EKER
24. Av. Fatma MUBAREK
25. Av. Begüm Asena TÜRKER
26. Av. Pelin Bengü DAĞLI ASLAN
27. Av. Fatma Asena HÜNER
28. Av. Merve ÇAVUŞOĞLU
29. Av. Semin BELİBAĞLI
30. Av. Çağatay BACANAK
31. Av. Ahmet COŞKUN
32. Av. Elif ŞAHİN
33. Av. Sümeyra ATEŞ BOZ
34. Av. Berra AKTAN
35. Av. Görkem FIRTINA
36. Av. Fatma Tuğçe ALTINTAŞ
37. Av. Merve AKBULUT
38. Av. Halis IRAK
39. Av. İpek Seden BAYKARA
40. Av. Muhammed Nuri ÖZTÜRK
41. Av. Berkay ÖZDEMİR
42. Av. Batuhan ESKİCİNDİL
43. Av. Elif BAYRAM
44. Av. Hatice Betül YAZICI
45. Av. Meltem ŞAHİN
46. Av. Vildan ERASLANOĞLU
47. Av. Merve SÖZEN
48. Av. Hande ŞANKAL
49. Av. Hatice ŞAKALAR
50. Av. Harun SAKINAN
51. Av. İbrahim Mahmut BAŞER
52. Av. Emrah ŞİGAN
53. Av. Ali İhsan GÜÇLÜ
54. Av. Fırat GÖRAL
55. Av. Özge AKTAŞ
56. Av. Ecenur BÜLBÜL
57. Av. Sümeyra ÖRMECİ
58. Av. İrem İLBARS
59. Av. İlĐin Naz MALKOÇ
60. Av. Sertap UÇAK
61. Av. Yaren Şeval TÜRKER
62. Av. Firuzan ÖZYAĞCI

(Sicil numarasına göre)

## Üyeler / Members

63. Av. Murat Can IŞIK
64. Av. Fatih ÇELEBİ
65. Av. Mustafa Doğukan CANER
66. Av. Ela KARABACAK
67. Av. Zeynep Sena ŞEKER
68. Av. Hatice İlbilge ÇAYCI
69. Av. Orhun Mete YILDIRIM
70. Av. Görkem PEK
71. Av. Bengü YILMAZ
72. Av. Esra KARS
73. Av. İrem ODLUYURT
74. Av. Dilruba YILDIZ
75. Av. Buket AY
76. Av. Doğan ERGÜN
77. Av. Alparslan ÖZPEK
78. Av. Melis Çağla UĞURLU
79. Av. Emine Elif GÜNER
80. Av. Ayşe KABLAN
81. Av. Yusuf ALAKÖSE
82. Av. İrem TAŞKIN IŞIKLAR
83. Av. Gupse GÜNAYDIN
84. Av. Esra Sultan ALBAY
85. Av. Deniz DURAN
86. Av. Bağcı ÖZMEN
87. Av. Hatice Gülnur KOCAMAN
88. Av. Sıla SAYGIOĞLU
89. Av. Aleyna AKCAKAVAKLI
90. Av. Rahime Reyhan TÜLÜ
91. Av. Duran UMCU
92. Av. Nehir KAPLAN
93. Av. Tuğra Berk ÖZEN
94. Av. Melis Ekin BALDAN
95. Av. Ayşe Nur SAÇIKARA
96. Av. Aybike Hüma BAŞBUĞ
97. Av. Elif ÖZÇOBAN
98. Av. Ahmet ASAN

(Sicil numarasına göre)

# ANKARA BAROSU DERGİSİ

## DANIŞMA KURULU

1. **Prof. Dr. Levent AKIN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
2. **Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ**, TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi
3. **Prof. Dr. Mohamad EL-GHAZI**, Trier Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
4. **Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
5. **Prof. Dr. Rifat ERTEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
6. **Prof. Dr. Selin ESEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
7. **Prof. Dr. İlke GÖÇMEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
8. **Prof. Dr. Cenker GÖKER**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
9. **Prof. Dr. Felix HERZOG**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
10. **Prof. Dr. Hakan KARAN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
11. **Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
12. **Prof. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN**, Akdeniz Üniversitesi
13. **Prof. Dr. Joanna OSIEJEWICZ**, Varşova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
14. **Prof. Dr. Pasquale POLICASTRO**, Szczecin Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
15. **Prof. Dr. Sema TAŐPINAR AYVAZ**, TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
16. **Prof. Dr. Süha TANRIVER**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
17. **Prof. Dr. Asuman TURANBOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
18. **Prof. Dr. Gülriz UYGUR**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
19. **Prof. Dr. Ejder YILMAZ**, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
20. **Prof. Dr. Gaye Burcu YILDIZ**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
21. **Prof. Dr. Marek ZUBIK**, Varşova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
22. **Doç. Dr. Yıldız ABİK**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
23. **Doç. Dr. Olgun AKBULUT**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
24. **Doç. Dr. Tolga CANDAN**, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
25. **Doç. Dr. Izabela GAWŁOWICZ**, Zielona Góra Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
26. **Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
27. **Doç. Dr. Sunčana Roksandić VIDLIČKA**, Zagreb Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Hırvatistan)
28. **Doç. Dr. Saim ÜYE**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
29. **Doç. Dr. Bülent YÜCEL**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
30. **Dr. Fatma KARAKAŞ DOĞAN**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
31. **Dr. Stephanie LEMKE**



## ANKARA BAROSU DERGİSİ

# YAYIN İLKELERİ

1. Ankara Barosu Dergisi hukuk alanında teorik, mesleki ve uygulamaya dayalı yayınların geliştirilmesini amaçlayan, ULAKBİM/TR Dizin'de taranan hakemli bir bilimsel dergidir. Hakemli makalelerin yanında hakemsiz makale, çeviri, karar incelemesi ve diğer mesleki yazılara da yer vermektedir.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Dergimizin yayın politikası ve kuralları gereği özel sayılar hariç aynı yazar(lar)a ait farklı makaleler aynı sayıda ve/veya ardışık iki sayıda yayımlanamaz.
4. Hakemli makaleler Dergipark sistemi üzerinden gönderilmelidir (<https://dergipark.org.tr/tr/journal/1756/submission/step/manuscript/new>). Editöryal değerlendirme ve hakemlik süreçleri doğrudan Dergipark sistemi üzerinden yapılacağı ve yazarlar tarafından süreç izlenebileceği için, hakemli makaleler için zorunlu olmadıkça e-posta yoluyla iletişim kurulmayacaktır.
5. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makale kapak sayfasına eklenmelidir. Hakemli makalelerin sisteme yüklenen versiyonunda yazarın kimlik bilgileri yer almayacağı gibi, hakemlerin yazarın tanınmasını sağlayacak işaret veya ifadelere yer verilmemelidir. Kapak ve makale şablonuna <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writingrules> sayfasından ulaşabilirsiniz.
6. Hakemli makaleler önce Editöryal değerlendirmeye alınacak ve uygun görülmesi halinde ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirilecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir.
7. Hakemli makale dışında kalan yazıların Ankara Barosu Yayınları Merkezi e-posta adresine ([abym1924@gmail.com](mailto:abym1924@gmail.com)) gönderilmesi gerekir. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (varsa ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalesin son sayfasına eklenmelidir.
8. Dergiye gönderilen tercüme edilmiş yazılar için, yazının sahibinin yayın izni ve metnin orijinali gereklidir.

9. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. Yazılar için telif ücreti ödenmez.
10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
11. Yayın ilkeleri ve hakem süreciyle ilgili ayrıntılı bilgilere <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd> adresinden ulaşılabilir.

# ANKARA BAROSU DERGİSİ

## YAZIM KURALLARI

1. Yazım dili Türkçe ve İngilizcedir. Dergiye gönderilen yazıların yazım düzeltmesi Editörler/ Editör yardımcıları tarafından yapılır. Türkçe makalelerin yazımında, noktalamasında ve kısaltmalarda TDK Yazım Kılavuzu'nun en son baskısı esas alınır.
2. Ankara Barosu Dergisine gönderilecek makaleler "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) A4 sayfa düzeni normal, sayfa yapısı; üstten 2,5 cm, alttan 2,5 cm, soldan 2,5 cm, sağdan 2,5 cm, cilt payı 0, üstbilgi 1.25 cm, alt bilgi 1,25 cm olmalıdır. Sayfa numaraları alt ortada gösterilmelidir.
3. Yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil; Satır aralığı 1,5 ve sonra 6 nk olmalıdır. Dipnotlarda Times New Roman, 10 punto, satır aralığı 1 olmalıdır. Ana metin ve dipnotlar iki yana yaslı olmalıdır.
4. Hakemli makalelerin Türkçe ve İngilizce özetlerin (toplam 400 kelimeyi geçmeyecek şekilde); her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.

Makalenin Türkçe Başlığı > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.

İngilizce makale gönderilmişse; İngilizce Başlık > Abstract > Keywords > Makalenin Türkçe Başlığı > Öz > Anahtar Kelimeler şeklinde sıralanmalıdır.

5. Başlıklandırma 5 düzeyi aşamaz (önerilen 3 düzeydir). Başlıklandırma şu şekilde yapılmalıdır:

### **I. BİRİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU**

#### **A) İKİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU**

##### **1- Üçüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu**

##### **a) Dördüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu**

*i. En Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük, Koyu ve Eğik* (Lütfen gerekmedikçe kullanmayınız)

6. Atıflar, metin içinde gösterilmez. Metin içinde dipnot numarası, noktalama işaretlerinden önce verilmelidir.
7. Atıflarda ve kaynakçada Türk Hukuk Atıf Sistemi (TÜHAS) esas alınır. Bu sistemin ayrıntılarına (<https://www.tuhas.com.tr/>) internet adresinden ulaşılabilir.

Kitap, editörlü kitap, e-kitap, çeviri kitap, kitap bölümü, dergi makalesi, bildiri, rapor, ansiklopedi maddesi, kitap tanıtımı, tez, gazete yazısı, röportaj, web içerik, blog yazısı vb tüm farklı yazı türleri atıf örnekleri ile mevzuat, mahkeme kararları, kısaltmalar ve noktalama işaretlerinin kullanımında bir standart oluşturmak amacıyla; lütfen TÜHAS sistemine hassasiyetle uyunuz.

Başkanın Köşesi.....	XVII
<b>Av. Mustafa KÖROĞLU</b>	

## Hakemli Makaleler

*Peer Reviewed Articles*

<b>1</b>	Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüleri Üzerine Bir İnceleme.....	1
	<b>Ergün DİLAVEROĞLU</b>	
<b>2</b>	Haksız Fiil Sonucu Şahıs Varlığı Zararları.....	49
	<b>H. Sena AKKIŞLA</b>	
<b>3</b>	Bir İdari İşlem Olan Yapı Kayıt Belgesine Eleştirel Bir Yaklaşım .....	105
	<b>Onur KÜÇÜKKAHRAMAN</b>	
<b>4</b>	Din ve Vicdan Özgürlüğü Görünümlerinde Takdir Marjı Doktrini (İdari Yargı İçtihatlarıyla).....	137
	<b>Ezgi KIZILKAYA DOĞRU</b>	
<b>5</b>	Türkiye’de Devlet Üniversitelerinde Rektör Yardımcılığı: Mevzuat, Uygulama ve Profil Üzerine Bir Araştırma.....	181
	<b>Fatih GÜLER</b> <b>Çağrı ÇOLAK</b>	
<b>6</b>	Polisliğin Tarih Öncesi: Modern Öncesinden, Modern Döneme İktidar-Toplumsal Kontrol İlişkinin Dönüşümü.....	219
	<b>Buket KARAMAN</b>	
<b>7</b>	Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Dava Zamanaşımı .....	253
	<b>Zeynep ARIKAN</b> <b>Abdullah ARIKAN</b>	

- 8** Bulut Bilişim Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tüketici Hukuku Açısından Değerlendirilmesi..... 297  
**Bahadır DEMİR**
- 9** Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin AYM'nin Can Atalay Hükümünü Uygulamama Kararının Schmittyen Tahlili: Anayasa Nasıl Korunur?... 337  
**Ayşegül KARS KAYNAR**
- 10** Vasiyet Alacaklısının Vasiyeti Reddi (Tmk M. 616) ..... 383  
**Nihan KOYUNCU AKTAŞ**

## Makaleler

*Articles*

- 1** Muhteşem Şaheser: Kemal Gözler'in 'Alıntı ve Atıf Usûlleri' Eserine Takdir ve Tenkit ..... 427  
**Coşkun Can AKTAN**
- 2** Delillerin Toplanması Silahların Eşitliği İlkesi..... 451  
**Murat Can IŞIK**



**Yitirdiklerimiz** | *In loving memory of our late colleagues* ..... 477  
(*Vefat tarihi esas alınarak hazırlanmıştır.*)





ANKARA BAROSU  
ANKARA BAROSU  
ANKARA BAROSU

**ANKARA BAROSU**



# Başkanın Köşesi

Kıymetli Meslektaşlarım ve Değerli Okuyucular;

Türkiye Cumhuriyeti hukuk tarihinin en önemli kurumlarından olan Başkent Baromuz 100 yaşını tamamladı. Ankara Barosu, geçmişten aldığı güç ve deneyimle Cumhuriyetimizin önümüzdeki yüz yılında da kutsal hak savunuculuğu mesleğini yerine getiren meslektaşlarımızın meslek örgütü, haksızlığa uğrayanların hak savunucusu, Atatürk ilke ve devrimlerinin koruyucusu olma görevini yerine getirecektir. Bu inanç ve kararlılığımızın yersiz olmadığı, Anayasa'nın değiştirilmesi teklif dahi edilemez hükümlerinin, çeşitli düzeylerde tartışmaya açılmasıyla bir kez daha ortaya çıkmıştır. Anayasa, sadece hukuk sistemimizin temeli değil, aynı zamanda toplumsal değerlerimizin ve ortak irademizin de yansımasıdır. Ankara Barosu olarak Anayasa ile normatif olarak güvence altına alınan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin temel ilkelerinin, geçmişte olduğu gibi gelecekte de koruyucusuyuz. Bu ilkeleri aşındırmaya ya da yok etmeye yönelik her girişimin karşısındayız. Cumhuriyet'in tarafıyız!

Anayasa'nın ilk dört maddesine yönelik girişimlerin yanında yine Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler bağlamında da yürütme ve yargı eliyle hakkın özüne dokunur nitelikte müdahalelerle karşılaşmaktayız. Hatay Milletvekili Ş. Can Atalay'ın hukuksuz şekilde özgürlüğünden mahrum bırakılması, milletvekilliği görevini yerine getirmesinin engellenmesi ve bu süreçte yüksek yargıda ortaya çıkan hukuk tanımamazlık varlığını sürdürmekteyken; demokrasiyle, halkın egemenliğiyle, seçme ce seçilme hakkıyla bağdaşması mümkün olmayan kayyım uygulamalarıyla da halkın yönetim ve yetki iradesi ortadan kaldırılmaktadır. Ulu Önder Atatürk'ün ifade ettiği gibi egemenliğin kayıtsız ve şartsız milletin olduğuna koşulsuz şekilde inanıyoruz. Seçme ve seçilme hakkını aşındırmaya ya da yok etmeye yönelik her girişimin karşısındayız. Ulusal egemenliğin tarafıyız!

Çocuklar bir toplumun geleceğidir. Bugün geldiğimiz aşamada, yetkili kurum ve kuruluşların çocukların yaşamlarını, vücut bütünlüklerini, cinsel dokunulmazlıklarını koruyamadığını ortaya koyan; hukuken, aklen ve vicdanen kabul edilmesi mümkün olmayan pek çok olayla karşılaşyoruz. Çocuklarımızı; çetelerin sızdığı sağlık sisteminde, aile yapısı içinde, hatalı infaz rejimleriyle açık bir cezaevine dönüşmüş sokaklarımızda, yoksulluk nedeniyle ısıtılmayan evlerde donmaları ya da donmamak için kullanılan elektrik ocağının küle çevirdiği evlerde yanmaları nedeniyle yitiriyoruz. Yetkili kurum ve kuruluşların çocuklarımızı koruma görevini yerine getirmesi için hak savunucuları olarak mücadeleye devam edeceğiz. Yaşam hakkının ve çocuk haklarının tarafıyız!

Gerek kişisel yaşamımda ve meslek hayatımda gerekse büyük bir onur ve mutlulukla taşıdığım Ankara Barosu Başkanı sıfatımla; haksızlık ve hukuksuzluklarla mücadele ederken asla umutsuzluğa kapılmadım. Mücadeleyi hem hak savunuculuğu olarak, hem de güzel günlerin inşa süreci olarak gördüm. Ankara Barosu 68. Olağan Genel Kurulu neticesinde meslektaşlarımızın takdir ve teveccühleriyle Baromuz yönetimi yeniden Başkanlık görevine getirildim. Bu vesileyle bu yüce görevi tevdi eden meslektaşlarıma, geçmiş dönemde birlikte çalıştığım Baro organlarında görev alan arkadaşlarıma şükranlarımı sunarım.

Saygılarımla.

Kasım 2024

**Av. Mustafa KÖROĞLU**

*Ankara Barosu Başkanı*

**Hakemli Makaleler**

*Peer Reviewed Articles*



# Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüleri Üzerine Bir İnceleme

Ergün DİLAVEROĞLU\*

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Dr. Öğr. Üyesi. İstanbul Medipol Üniversitesi, İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü. edilaveroglu@medipol.edu.tr. **ORCID:** 0000-0002-7496-4991.

**Makale geliş tarihi:** 12 Mart 2024 **Makale kabul tarihi:** 17 Temmuz 2024

**Atıf önerisi:** Dilaveroğlu, Ergün, “Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüleri Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 4, Ekim 2024, s. 1-48. **DOI:** 10.30915/abd.1451394.

## VAKIF ÜNİVERSİTELERİNDE ÇALIŞAN AKADEMİSYENLERİN HUKUKİ STATÜLERİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

### ÖZ

Yükseköğretim, devlet ve vakıflar aracılığıyla yürütülen bir kamu hizmetidir. Bu hizmetin yürütülmesinde görevli olan akademisyenlerin hukuki statüleri ve kurumlarıyla yapmış oldukları sözleşmelerin niteliğine ilişkin tartışmalı alanlar mevcuttur. Bu tartışmalar kurumlar ile akademisyenler arasında çıkan uyuşmazlıkların hangi yargı organı tarafından çözümleneceğine ilişkin görev uyuşmazlıklarını da beraberinde getirmektedir. Nitekim yüksek mahkemelerin bu uyuşmazlıklara ilişkin 2023 yılına kadar vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, bu kararların birçoğunda taraflar arasında yapılan sözleşmenin “idari sözleşme” olarak nitelendirilmiş olduğu görülmekle birlikte “iş sözleşmesi” olduğu yönünde kararlarda bulunmaktadır. Bu durum görevli yargı organı konusunda tartışmalarında devam ettiğini bir başka deyişle yargı mercileri arasındaki görev sorununun da tam anlamıyla ortadan kalkmadığını göstermektedir.

Bu düşünceyle kaleme alınan çalışmanın temel amacı Anayasa ve ilgili yasalar çerçevesinde vakıf üniversitelerinde görev yapan akademisyenlerin hukuki statülerinin belirlenmesi ve kurumlarıyla yapmış oldukları sözleşmelerin hukuki niteliğinin ortaya konulmasıdır. Bu amaç doğrultusunda içerik analizi yöntemi kullanılarak yüksek mahkeme kararları incelenecek ve tartışmaların çözümüne dair öneriler geliştirilmeye çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** devlet üniversitesi, vakıf üniversitesi, akademisyen, kamu hizmeti, idari sözleşme.

## **A REVIEW ON THE LEGAL STATUS OF ACADEMICS WORKING IN FOUNDATION UNIVERSITIES**

### **ABSTRACT**

Higher education is a public service carried out through the state and foundations. There are controversial areas regarding the legal status of the academics who are responsible for carrying out this service and the nature of the contracts they have made with their institutions. These discussions also bring about jurisdictional disputes regarding which judicial body will resolve disputes between institutions and academics. As a matter of fact, when the decisions of the high courts regarding these disputes until 2023 are examined, it is seen that in most of these decisions, the contract between the parties is described as an “administrative contract”, but there are decisions that it is an “employment contract”. This situation shows that the debates about the competent judicial body continue, in other words, the problem of duty between the judicial authorities has not completely disappeared.

The main purpose of the study written with this in mind is to determine the legal status of academics working at foundation universities within the framework of the Constitution and relevant laws and to reveal the legal nature of the contracts they have made with their institutions. For this purpose, the Supreme Court decisions will be examined using the content analysis method and suggestions for resolving the disputes will be tried to be developed.

**Keywords:** state university, foundation university, academician, public service, administrative contract.

## GİRİŞ

Eğitim ve öğretim hizmeti Anayasal olarak devlet tarafından veya devletin denetim ve gözetiminde özel kişilerce yerine getirilen kamu hizmetlerinden biridir. Bu kapsamda vakıf üniversiteleri de Anayasa'nın 130. maddesi kapsamında kurulan ve eğitim öğretim hizmeti veren yükseköğretim kurumlarıdır.

Yükseköğretim Kurumu tarafından açıklanan istatistiklere göre Türkiye'de 2022-2023 eğitim öğretim döneminde aktif durumda olan 204 üniversite olup, bunların 129'u devlet ve 75'i vakıf üniversitesi olarak hizmet vermeye devam etmektedir. YÖK istatistiklerine göre, 2022-2023 eğitim-öğretim döneminde yükseköğretimde 6.939.511 öğrenci kayıtlı olup, bunların 735.433'ü vakıf üniversiteleri ve vakıf meslek yüksek okullarında eğitim hizmeti almıştır. Yine 2022-2023 eğitim-öğretim döneminde bu üniversitelerde kamu hizmeti yürüten toplam 184.319 akademisyenin 29.338'i vakıf yükseköğretim kurumlarında görev yapmaktadır<sup>[1]</sup>. Sonuç olarak yükseköğretim sistemimizde vakıf üniversiteleri; öğrenci, akademisyen ve üniversite sayısı bakımından azımsanamayacak düzeydedir.

Bu kapsamda çalışma üç ana bölümde ele alınacaktır. Birinci bölümde anayasal kamu hizmetinin önemine binaen çalışmanın öğreti ve mahkeme kararları çerçevesinde kamu hizmeti kavramı üzerinde kısaca durulacaktır. İkinci bölümde ise vakıf yükseköğretim kurumları tarafından yerine getirilen faaliyetlerin hukuki niteliklerinin anlaşılması adına mahkeme kararları ve mevzuat çerçevesinde bu kurumlarda çalışan akademisyenlerin hukuki statüleri incelenecektir. Üçüncü bölümde ise sözleşmenin niteliğine yönelik literatürde yer alan farklı görüşler ele alınmaya çalışılacaktır.

## I. VAKIF YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA GÖREV YAPAN ÖĞRETİM ELEMANLARININ HUKUKİ STATÜSÜ

Vakıf üniversitelerinde görev yapan akademisyenlerin hukuki statüsü bu kişiler hakkında uygulanacak hukuki rejimin ortaya konulması açısından önem arz etmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere eğitim hizmeti anayasal olarak belirlenmiş bir kamu hizmetidir. Anayasa'nın 128. maddesine göre, "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel

[1] YÖK, "İstatistik, 2022-2023", [www.yok.gov.tr](http://www.yok.gov.tr) (Erişim Tarihi: 18 Ocak 2024).



idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” demek suretiyle kamu iktisadi teşebbüsleri ve kamu tüzel kişileri tarafından yerine getirilen kamu hizmetlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği açıkça düzenlenmiştir. Anayasa'nın 130. maddesinde ise vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları özelinde bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, “Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabidir” demek suretiyle anayasa koyucu, vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarının mali ve idari konular dışındaki alanlarda devlet eliyle kurulan kurumlarla aynı hükümlere tabi olduğu düzenlenmiştir. Bu iki hüküm çerçevesinde vakıf üniversitelerinde görev yapan akademisyenlerin kamu görevlisi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve eğer kamu görevlisi olarak nitelendirilebiliyorlar ise memur mu yoksa diğer kamu görevlisi mi olarak nitelendirilmeleri gerektiği üzerinde durulması gerekmektedir. Aşağıda ilk olarak kamu hizmeti kavramına ilişkin açıklamalar yapılacak ardından kamu görevlisi ve memur bağlamında iki başlık altında konu değerlendirilmeye çalışılacaktır.

### A) KAMU HİZMETİ KAVRAMI

Öğretide kamu hizmeti kavramı konusunda fikir birliği mevcut değildir<sup>[2]</sup>. Farklı tanımlamalar yapılmakta olup en geniş tanım Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmıştır. Buna göre: “*Kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır. Bununla birlikte kamu hizmeti çeşitli biçimlerde tanımlanmaya çalışılmıştır. En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir*” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>[3]</sup>. Danıştay da muhtelif

[2] Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 9. Baskı, 2020, s.367.

[3] Anayasa Mahkemesi, 28 Haziran 1995 Tarih ve E.1994/71, K.1995/23 Sayılı Karar, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1995/23>), Anayasa Mahkemesi, 9 Aralık 1994 Tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2 Sayılı Karar, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1994/42>).

kararlarında kamu hizmetini Anayasa Mahkemesinin tanımına benzer şekilde tanımlamaktadır. 13. Daire kamu hizmeti tanımını şu şekilde yapmıştır: “Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir”<sup>[4]</sup>. Bir başka kararda ise 2. Daire benzer bir şekilde, “Kamu hizmeti, geniş tanımıyla, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen eğitim hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir” ifade etmek suretiyle kamu hizmetini tanımlamıştır<sup>[5]</sup>.

Kamu hizmeti genel olarak üç unsur ile belirlenir; organik unsur, maddi unsur ve biçimsel unsur<sup>[6]</sup>. Organik unsur, kamu hizmetinin yerine getirilmesi için gerekli olan kamu emlakinin, kamu çalışanlarının ve hizmetin yerine getirilmesi için gerekli olan mali kaynağı ifade etmektedir<sup>[7]</sup>. Aynı zamanda faaliyet ya bir kamu tüzel kişisi tarafından ya da onun denetimi ve gözetimi altında özel hukuk kişilerince yerine getirilmelidir<sup>[8]</sup>. Maddi anlamda kamu hizmeti ise toplumun ortak ihtiyaçlarının giderilebilmesi için yürütülen faaliyetlerdir<sup>[9]</sup>. Biçimsel unsur ise, kamu hizmetinin kamusal yönetim biçimleri kullanılarak yerine getirilmesini ifade etmektedir<sup>[10]</sup>.

[4] Danıştay Onüçüncü Dairesi, 26 Eylül 2008 Tarih ve E.2008/5151, K.2008/6509 Sayılı Karar, www.lexpera.com.

[5] Danıştay İkinci Dairesi, 30 Kasım 2011 Tarih ve E.2008/3392, K.2011/5944 Sayılı Karar, www.kazanci.com.tr.

[6] Tan, *op. cit.*, s.370.

[7] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Savaş, 9. Baskı, 2018, s.525.

[8] Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukukuna Giriş*, Bursa, Ekin, 24. Baskı, 2018, s.268.

[9] Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 2018, *op. Cit.*, s.525-6.

[10] Tan, *op. cit.*, s.373.

Anayasa'nın 128. maddesine göre, “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve süreklî görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür”. Bu maddenin kamu hizmetlerinin yalnızca devlet ve kamu tüzel kişileri tarafından yerine getirilebileceği şeklinde yorumlanması Anayasa Mahkemesine göre mümkün değildir. Yüksek Mahkeme ilgili maddeyi bir kararında şu şekilde yorumlamıştır:

*“Anayasa'nın 128. maddesi, başlığında da anlaşılacağı gibi Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmeti görevlilerine ilişkindir. Madde, kamu hizmetinin yalnızca Devlet ve kamu tüzel kişilerinca yerine getirilmesi gerektiği biçiminde bir yoruma elverişli değildir. Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel teşebbüs tarafından yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez. Nitekim, Anayasa'nın 47. maddesinde, kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler devletleştirilebilir denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir”<sup>[11]</sup>.*

Bu çerçevede bir faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşıyıp taşımadığına karar verebilmek için ilk olarak hizmetin niteliğine bakmak ve buna göre değerlendirmelerde bulunmak gerekmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki eğitim hizmetinin bir kamu hizmeti olup olmadığına karar vermek için hizmetin içeriği konusunda değerlendirme yapılmasına gerek yoktur. Bu konu tartışmasız bir şekilde anayasal olarak belirlenmiş bir kamu hizmetidir. Bu durumda cevaplanması gereken soru kamu hizmeti yürüten herkesin kamu görevlisi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Aşağıda vakıf üniversitelerinde çalışan akademisyenler özelinde bu soruya cevap verilmeye çalışılacaktır.

## **B) KAMU GÖREVLİSİ OLARAK DEĞERLENDİRME YAPILABİLİR Mİ?**

Vakıf üniversitelerinde görev yapan akademisyenlerin kamu görevlisi olup olmadıkları konusunda bir tespit bulunabilmek için ilk olarak kamu görevlisinin mevzuatta nasıl tanımlandığını saptamamız gerekmektedir. Yukarıda da bahsedildiği üzere, Anayasa'nın 128. maddesinde, “Devletin,

[11] Anayasa Mahkemesi, 22 Aralık 1994 Tarih ve E.1994/70, K.1994/65-2 Sayılı Karar, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1994/65>).

*kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür”* hükmü yer almaktadır. Buna göre kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getirmesi gerekenler memurlar ve diğer kamu görevlileridir. Bunun yanında kamu görevlilerine ilişkin Anayasa'nın farklı maddelerinde yer alan kavramların<sup>[12]</sup> kamu görevlilerinin hukuki durumlarının belirlenmesinde kavramsal problemler yarattığını da ifade etmek gerekmektedir<sup>[13]</sup>.

1982 Anayasası'nın yanında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda da kamu görevlileri bir başka deyişle kamu hizmetlerini yerine getirecek olanlar sayılmıştır. Buna göre kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel ve işçiler eliyle görülmektedir. Ancak işçiler hakkında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanmamaktadır. Bu nedenle yasaya göre iki tür kamu görevlisi vardır: Memurlar ve sözleşmeli personel<sup>[14]</sup>.

Görülmektedir ki gerek 1982 Anayasası ve gerekse 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ya da diğer mevzuatta kamu görevlisi tanımlaması yapılmamıştır. Bu nedenle genel olarak kabul gören bir kamu görevlisi tanımı üzerinde durmak gerekir. Doktrinde kamu görevlisinin, “*bir kamu tüzel kişisi tarafından kamu hukuku bağıyla istihdam edilen görevliler*” şeklinde tanımlandığı görülmektedir<sup>[15]</sup>. Buna göre bir görevi yürüten kişinin kamu görevlisi olabilmesi için üç temel şartın varlığı aranmaktadır: (1) bir kamu tüzel kişisine bağlılık, (2) kamu hukuku bağı ve (3) istihdam<sup>[16]</sup>.

[12] 1982 Anayasasında: m. 68 ve 76'da “kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri”, m. 137'de “kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse”, m. 39'da “kamu görev ve hizmetlerinde bulunanlar”, m. 40'da “resmi görevliler” gibi kavramlar kullanılmaktadır.

[13] A.Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan, 7. Baskı, 2010, c.I, s.917-18.

[14] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Bursa, Ekin, 3. Baskı, 2019, c.II, s.666.

[15] Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, Busra, Ekin, 24. Baskı, 2022, s.560.

[16] *Ibid.*

Bu çerçevede vakıf üniversitelerinde görev yapan akademisyenlerin kamu görevlisi olup olmadıkları sorusunun cevaplandırılabilmesi için bu üç şartı taşıyıp taşımadıklarının cevaplandırılması gerekmektedir. Aşağıda bu durum incelenmeye çalışılacaktır.

### 1- Bir Kamu Tüzel Kişisine Bağlılık Bakımından Akademisyenlerin Durumu

1982 Anayasası'nın 130. maddesinin 1. fıkrasında, “*Yükseköğretim Kurumları*” başlığı altında, “*Çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler Devlet tarafından kanunla kurulur*” düzenlemesi yapılarak devlet ya da vakıflar tarafından kurulmuş olmasına bakılmaksızın üniversitelerin kamu tüzel kişiliği olduğu hüküm altına alınmıştır. Buna göre bir vakıf üniversitesine bağlı olarak çalışan bir akademisyen kamu görevlisi sayılabilmek için gerekli olan ilk şartı yerine getirmiş olmaktadır.

### 2- Kamu Hukuku Bağı Olup Olmaması Bakımından Akademisyenlerin Durumu

Vakıf üniversitelerinde görev icra eden akademisyenlerin kamu görevlisi olarak kabul edilebilmeleri için gerekli olan ikinci şart kamu hukuku bağı ile çalışmalarınıdır. Bir çalışanın kamu hukuku bağı ile bir kuruma bağlı olabilmesi için ya bir atama işleminin olması ya da bir idari sözleşme ile çalışıyor olması gerekmektedir<sup>[17]</sup>.

Özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından istihdam edilen bir kişinin ya da herhangi bir kuruma bağlı olmaksızın kamuya yararlı hizmet ya da kamu hizmeti ifa eden kişilerin kamu görevlisi olamayacakları açıktır<sup>[18]</sup>. Çünkü bu kişilerin gerek kamu hukuku bağı ve gerekse bir idari sözleşme ile çalışıyor olmaları mümkün değildir. Bu çerçevede vakıf üniversitelerinde görev yapan akademisyenlerin kamu görevlisi olup olmadıklarına dair bir değerlendirme yapabilmek için özel hukuk sözleşmesi ile mi yoksa idari

[17] *Ibid.*, s.561.

[18] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Savaş, 13. Baskı, 2021, s.675.

sözleşme ile mi çalıştırıldıklarının netleştirilmesi gerekmektedir. İdarenin taraf olduğu her sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı düşünüldüğünde yasada açık bir hüküm bulunmuyor ise bir sözleşmenin konusu ve hukuki rejimine göre nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>[19]</sup>. Bu noktada ilgili sözleşmeler için uygulanacak hukuksal rejimin belirlenmesinde yargı kararları ve öğreti tarafından geliştirilen ve sistemleştirilen ölçütlere gidilmesi gerekmektedir<sup>[20]</sup>.

Bu bağlamda özel hukuk sözleşmesi, bir hukuki sonucun ortaya çıkarılabilmesi amacıyla en az iki tarafın karşılıklı ve birbirlerinin iradelerine uygun olarak gerçekleştirdikleri irade açıklamasıdır<sup>[21]</sup>. İdare hukukunda yer alan sözleşme kavramı da özel hukuktakine benzer şekilde tanımlanabilir. Buna göre, sözleşme, belirli bir hukuki durum ortaya çıkarabilmek amacıyla taraflardan birinin idare olduğu karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasıdır<sup>[22]</sup>. Görüldüğü üzere gerek özel hukukta ve gerekse idare hukukunda sözleşmeden bahsedebilmek için gerekli olan temel şartlardan biri tarafların ortaya koydukları iradelerin birbirine uygun olmasıdır. Onar'ın da ifade ettiği gibi, “*medeni hukuk terimlerinin çok defalar idare hukukunda da yer aldıkları ve amme hizmetlerinin görülmesine de vasıta oldukları malumdur; ancak bu teoriler ve müesseseler idare hukukunda amme menfaati; ve amme kudreti gibi esasların tesiriyle başka bir mahiyet ve şekil iktisap etmektedirler*”<sup>[23]</sup>. Buna göre, sözleşme, asıl olarak bir özel hukuk

[19] Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, 1966, c.III, s. 1594-1595, Çiğdem Sever, “Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 14, Sayı 159, Mart 2016, s.1194.

[20] M. Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 55, Sayı 2, Eylül 2006, s.192.

[21] Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 2022, *op. cit.*, s.419-20; Sinan Sami Akkurt, Kemal Erdoğan ve Hüseyin Tokat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Seçkin, 4. Baskı, 2021, s.91; Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hüküm*, İstanbul, Vedat, 4. Baskı, 2017, s.30; 4, Sefa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 25. Baskı, 2014, s.63; Ali Naim İnan ve Özgü Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 4. Baskı, 2014, s.163.

[22] Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 2022, *op. cit.*, s.420.

[23] Onar, *op. cit.*, s.1591-1592.

kavramı olarak ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Asıl olarak özel hukuk kavramı olan sözleşme, idare hukukunun temel özelliklerinden etkilenmiş ve kendisine has bir hal almıştır<sup>[24]</sup>. Bu çerçevede, idari tasarruflar her ne kadar tek taraflı olsa da idare gerek gerçek kişilerle ve gerekse tüzel kişilerle karşılıklı olarak birbirlerinin irade beyanına dayanan çok farklı nitelikte sözleşmeler yapabilmektedir. Bu sözleşmelerin genel adı “idarenin sözleşmeleri”dir<sup>[25]</sup>. Hal böyleyken idarenin taraf olduğu tüm sözleşmelerin idari sözleşme olduğunu söylemek güçtür. İdarenin taraf olduğu sözleşmelerden yalnızca idare hukuku kuralları çerçevesinde yapılmış olanlar idari sözleşmelerdir. Bu çerçevede idari sözleşmeleri, idarenin özel hukuk sözleşmelerinden ayırabilmek için sözleşmenin konusu olan ilişkinin ortaya çıkarılması gerekmektedir. Bu ilişki, idare hukuku tarafından düzenlenen bir ilişki ise sözleşme idari sözleşme aksi durumda ise sözleşme özel hukuk sözleşmesi olacaktır<sup>[26]</sup>. İdari sözleşmeler ile özel hukuk sözleşmelerini ayırabilmek için şu noktalara bakmak yararlı olacaktır:

a) Özel hukuk sözleşmelerinde var olan taraflar arasındaki hukuksal eşitlik idare sözleşmelerinde mevcut değildir. Sözleşmenin tarafı olan idare, kamu yararının temsilini sağlayan ve kamu yararının yerine getirilmesinden sorumlu olan kişi sıfatıyla karşı tarafa göre bazı üstünlüklere sahiptir.

b) Bir özel hukuk sözleşmesinde tarafların sözleşmenin konusunu, amacını, kişisini serbestçe belirlemeleri mümkün iken idare sözleşmelerde idarenin hareket serbestisi hukuk kuralları içerisinde mümkün olur.

[24] Akylmaz, Sezginer, ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 2021, *op. cit.*, s.478.

[25] *Ibid.*; Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 2023, *op.cit.* s.421; Ali Dursun Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Ankara, Yetkin, 2. Baskı, 2019, s.361; Tan, *op. cit.*, s.307; İdarenin sözleşmeleri hakkında daha geniş bilgi için bkz. Zehra Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 1998; Allı Yeşilyurt Duran, “İdari Hizmet Sözleşmesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XII, Sayı 1, 2017, s.115-153; Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj, 10. Baskı, 2013, s.182-186.

[26] Tan, *op. cit.*, s.308; Murat Sezginer, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 2, 2013, s.1590-1591; Tekinsoy, *op. cit.*,192-206.

c) Özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenirken idari sözleşmelerden devam uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenecektir.

Sonuç olarak ifade etmek gerekir ki, vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarının üniversitelerle yaptıkları sözleşmeler sözleşmenin taraflarından bir tanesinin kamu tüzel kişisi olması ve sözleşmenin konusunun da eğitim ve öğretim faaliyeti başka bir deyişle kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin bir faaliyet olmasından ötürü üniversitelerle öğretim görevlileri arasında akdedilen sözleşmelerin idari sözleşmeler olduğu söylenmelidir<sup>[27]</sup>.

### 3- İstihdam Şartı Açısından Akademisyenlerin Durumu

Vakıf Üniversitesi çalışanlarının kamu görevlisi olup olmadıklarının tespiti açısından incelenmesi gereken üçüncü husus istihdam edilme şartıdır. Buna göre, kamu tüzel kişisine bağlı olarak çalışan kişilerin idare tarafından istihdam edilmeleri gerekmektedir. Bu kapsamda öğretim elemanları ile vakıf üniversiteleri arasındaki hizmet ilişkisi geçici bir ilişki olmadığından taraflar arasındaki sözleşmenin idari sözleşme olduğunun kabulü gerekmektedir<sup>[28]</sup>.

#### C) MEMUR OLARAK DEĞERLENDİRME YAPILABİLİR Mİ?

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinde memur tanımının yapıldığı görülmektedir. Buna göre, “*Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler*”, kanun uygulanmasında memur statüsünde olan kişilerdir.

Kamu görevlisi kavramından, Anayasa'nın 128. maddesinde ifade edildiği gibi, kamu kurum ve kuruluşlarının, genel idare esaslarına göre yürütmekle görevli oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten görevliler anlaşılmalıdır. Yani kamu görevlisi devlet memurları ile diğer kamu görevlileridir<sup>[29]</sup>.

[27] Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 2023, *op. cit.*, s.561. Konu hakkında ayrıca başlık açılmış olup literatürde yer alan farklı görüşlere orada yer verilmiştir.

[28] *Ibid.*

[29] Tan, *op.cit.*, s.527.



1982 Anayasası'nın 130. maddesinin 1. fıkrasında üniversitelerin kanunla kurulması gerektiği hüküm altına alınmıştır. 2. fıkrada ise, “*kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir*” demek suretiyle vakıflar tarafından da kazanç amacını taşımamak şartı ile yükseköğretim kurumu kurulabileceği belirtilmiştir.

Anayasa'ya göre vakıflarca kurulmuş yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışındaki<sup>[30]</sup> alanlarda devlet tarafından kurulmuş yükseköğretim kurumları için belirlenmiş kurallar çerçevesinde faaliyetlerini yürütürler.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ise üniversiteleri vakıf ya da devlet ayrımı olmaksızın şu şekilde tanımlamıştır: “*Üniversite: Bilimsel özerkliğe ve kamu tüzelkişiliğine sahip yüksek düzeyde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapan; fakülte, enstitü, yüksekokul ve benzeri kuruluş ve birimlerden oluşan bir yükseköğretim kurumudur*”.

Anayasa Mahkemesi yukarıda bahsettiğimiz Anayasa'nın 130. maddesi ve 2547 sayılı yasa çerçevesinde vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarını ele aldığı bir kararında üniversitelerin kamu tüzel kişiliği olan ve bilimsel özerkliğe sahip kurumlar olduğunu ve devlet tarafından yasa yoluyla kuruldukları dile getirmiştir. Ayrıca maddenin anlamını ayrıntılı bir biçimde farklı noktalardan ele almıştır. Yüksek Mahkeme 130. maddeyi şu şekilde yorumlamıştır<sup>[31]</sup>:

*“Anayasa'nın 130. maddesi, üniversite çalışmalarını, eğitim ve öğretimin her türlü dış etkiden uzak, bilimin gerektirdiği yansız ve baskısız bir ortam içinde yapılmasını sağlayacak biçimde düzenlenmiştir. Anayasa'da, üniversiteler konusunda yasama organını bağlayan ilkeler ve hükümler 130. maddede özel olarak belirtilmiştir. Bu ilkelere dayanarak kurulan ve Devlet yapısıyla bilim kuruluşları içinde yer alan üniversiteye, Devletin herhangi bir yönetim kademesinin, bu kurullarla bağdaşmayacak müdahaleler yapmasına ve böyle bir karışmaya olanak verecek yasal düzenlemelerde bulunulmasına yer yoktur. 130. maddede belirtilen ilkeler aykırı düşmemek koşuluyla belli bir üniversitenin kuruluş ve işleyişi, o üniversitenin kurulmasını gerektiren neden ve koşulların*

[30] Örneğin akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının alınması ve güvenlik yönlerinden.

[31] Anayasa Mahkemesi, 9 Şubat 1991 Tarih ve E.1990/2 K.1990/10 Sayılı Karar, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1990/10>).

özelliklerine göre kimi yönlerde ayrı hükümlere bağlı tutulabilir. Bir üniversiteyi kurarken veya üniversiteyle ilgili bir düzenleme yaparken yasa koyucuyu bağlayan hükümler ve ilkeler Anayasa'nın 130. maddesinde belirtilmiştir. Dava konusu Yasa'nın Anayasa'ya uygunluğu yönünden yapılacak incelemede, başka bir yasanın ölçü olarak kullanılması uygun bir yöntem değilse de yasada yapılan tanımların ve getirilen düzenlemelerin Anayasa'nın ilgili maddesinin yasa koyucu tarafından nasıl anlaşıldığı konusuna açıklık getirmesi bakımından yararlıdır. Yasa'yla üniversite adı altında ve Anayasa'nın 130. maddesindeki ilkeler doğrultusunda oluşturulan kurumlardan Devlet tarafından ve yasayla kurulma, kamu tüzelkişiliğini taşıma, bilimsel yönden özerk olmanın amaçlandığı ve bu tür yapıların bilimsel gerekler dışındaki etkilerden uzak tutulmuş bir çalışmayı, öğretimi ve eğitimi sağlamak ereği ile benimsendiği anlaşılmaktadır. Anayasa koyucu, 130. maddede öngördüğü ilkelerle, üniversite kurulurken Yasa koyucuya kimi kesin buyruklar vermekte, aynı zamanda özel kişilerin ve yasadan başka bir işlemlerle Devletin üniversite kurmasını yasaklamaktadır”.

Yüksek Mahkeme vakıf üniversitelerinin, devlet tarafından yasayla kurulması gerektiğini herhangi bir ayrıklık tanımaksızın kesin ve açık bir şekilde 130. maddenin ifade ettiğini belirtmiştir. Ayrıca Anayasa'nın, “kanun, üniversitenin ülke sathına dengeli bir şekilde yayılmasını gözetir” diyerek kanun koyucunun takdir hakkının sınırını belirlediğini ifade etmiş ve bu kapsam da kurucusu devlet olsun olmasın tüm üniversitelerin birlikte ya da ayrı ayrı ancak yasa ile kurulabileceği belirtilmiştir.<sup>[32]</sup> Kısaca Anayasa Mahkemesi'nin

[32] Anayasa Mahkemesi, 9 Şubat 1991 Tarih ve E.1990/2 K.1990/10 Sayılı Karar, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1990/10>). Anayasa Mahkemesi bilimsel özerklik konusunu ele aldığı bir başka kararında şunu ifade etmiştir: “Bilimsel özerklik, kuruluşun işleyişe değin, bilimin gerektirdiği özgürlük ortamının tüm çalışmalarla yönetimde bir yaşam biçimi olarak sağlanmasıdır. Devletin gözetim ve denetim hakkı, yürütmenin üniversitede söz sahibi olması, çalışmalara el atıp bunları yönlendirip yönetmesi biçiminde algılanamaz. Üniversiteler, en üst düzeydeki bilim kuruluşlarıdır. Özgür toplumun bilim alanındaki simgeleridir. Yönetim yapısı ve biçimi, üniversitenin niteliğini açıklar. Bilgi edinme, bilgi üretme ve insan yetiştirme amacının ortaya çıkardığı yapının, araştırma, deneyim ve tüm çabalarla gerçeği bulma ereğine özgün bir kurum olduğu göz ardı edilemez. Özetlenen bu özellikleriyle üniversite, bilimi yaşama katan, usun öncülüğünü, düşüncenin aydınlığını somutlaştıran kurumlardır. Varlığının temeli kendi toplumu olmakla birlikte, amaç ve işlevinin gerektirdiği atılımlar ve devingenlikle onun önünde yürürler. Kurumlaşmış gelenek ve ilkeleriyle toplumun itici gücüdürler. Anayasa gerekleriyle uyumsuz bir üniversite yapısına geçerek tanınmaz. Üniversitede devlet yönetimindeki sıralama türünde bir yönetim

130. maddeyi tanımlamasına bakıldığında, vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliğinin bulunduğu ve devlet tarafından kurulan üniversitelerle hukuki bakımdan aralarında herhangi bir fark olmadığı görüşünde olduğu söylenebilir<sup>[33]</sup>.

Devlet tarafından kurulan üniversitelerle vakıflar tarafından kurulan üniversitelerin hukuki bakımdan farklı olmadıkları kabul edildiğinde cevabı verilmesi gereken temel soru, vakıf üniversitesinde görev yapan öğretim görevlilerinin hukuki statülerinin ne olduğudur. Bu konuda Anayasa'nın 128. maddesinde ifade edilen, “*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*” hükmü çerçevesinde vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim görevlilerinin memur veya diğer kamu görevlisi statüsünde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine cevap verilmesi gerekmektedir.

İlgili mevzuat incelendiğinde bu konu hakkında açık bir hükmün mevcut olmadığı görülmektedir. Bu kapsamda vakıf üniversiteleri ile öğretim görevlileri arasında akdedilen sözleşmelerin niteliğine Yüksek Mahkemeler tarafından yapılan yorumlar çerçevesinde bakmak yararlı olacaktır.

## II. YÜKSEK MAHKEME KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRMELER

Konuya ilişkin yüksek mahkemeler farklı zamanlarda muhtelif kararlar vermiştir. Bu kararların ayrıntılı olarak ele alınması konunun anlaşılması açısından önem arz etmektedir. Bu bağlamda aşağıda ilk olarak Danıştay kararları çerçevesinde örnek kararlar ele alınacak ardından Yargıtay,

biçimi, düşünce üretimine, özgür düşünce ve özgür çalışmaya elverişli bir ortama engeldir. Bilimsel çalışmalarının, bilimsel yönetim ve bu özelliğe uyumlu olmak gerekir. Danışmanın, dayanışmanın ve kimi günde yarışmanın yerini akçalı olanaklara dayanan biçimsel üstünlük çabaları alırsa, bilgi ve bilim yerine görüntü egemen olur. Nesnel kurallara uymayıp özne kuralları yeğleyerek özel konumlu üniversite oluşturmak Anayasa'nın öngördüğü üniversite yapısıyla bağdaşmamaktadır” Anayasa Mahkemesi, 31 Mart 1993 Tarih ve E.1991/21 K.1992/42 Sayılı Karar, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1992/42>), Anayasa Mahkemesi, 25 Ocak 1994 Tarih ve E. 1993/25 K.1994/2 Sayılı Karar, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1994/2>).

[33] Turan Yıldırım ve Figen Samuray, “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Statüsü”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, Haziran 2010, s.83.

Uyuşmazlık Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin örnek kararları ele alınmaya çalışılacaktır.

### A) DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay muhtelif zamanlarda vakıf üniversiteleri ile öğretim görevlileri arasında imzalanmış sözleşmelerin niteliğini ele almıştır. Sekizinci Daire E.2002/5557, K.2003/561 sayılı kararında<sup>[34]</sup>, bir vakıf üniversitesinde çalışan profesör kişinin iş akdinin yenilenmemesi meselesinde, ilgili sözleşmenin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda belirlenmiş usullere uygun bir atamanın olmaması ve tamamıyla tarafların serbest iradelerine dayanan bir sözleşmenin var olması gerekçesiyle davayı görev yönünden reddeden idare mahkemesinin kararını bozmuştur<sup>[35]</sup>.

[34] Danıştay Sekizinci Dairesi, 4 Mart 2003 Tarih ve E.2002/5557, K.2003/561 Sayılı Kararı, (www.lexpera.com.tr.)

[35] İlgili davada ilk derece mahkemesi idari bir işlem ya da idari bir sözleşmeden bahsedilemeyeceğinden davanın adli yargıda çözümlenmesi gerektiğini yönünde karar vermiştir. Danıştay'ın bozma gerekçesi ise şu şekildedir: "2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa 2880 sayılı Kanun ile eklenen ve vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumları ile ilgili düzenlemeler getiren Ek Madde 2'de, vakıfların, kazanç amacına yönelik olmamak koşuluyla ve mali ve idari hususlar dışında akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden bu kanunda gösterilen usul ve esaslara uymak kaydıyla yükseköğretim kurumları veya bunlara bağlı birimlerden birini veya birden fazlasını kurabilecekleri belirtilmiş, Ek Madde 5'de, vakıf mütevellî heyetinin, yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yöneticiler ve öğretim elemanları ile diğer personelin sözleşmelerini yapacağı, atamalarını ve görevden alınmalarını onaylayacağı, aynı yasadaki Ek Madde 8'de ise, vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarındaki akademik organların, Devlet Yükseköğretim kurumlarındaki akademik organlar gibi düzenleneceği ve onların görevlerini yerine getireceği, öğretim elemanlarının niteliklerinin Devlet Yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının nitelikleri ile aynı olacağı kuralı yer almıştır. Dolayısıyla özel hukuk tüzel kişilerine nazaran üstün ve ayrıcalıklı kamu gücüne sahiptirler ve tek taraflı işlemlerle yeni hukuki durum yaratabilirler. Bu nedenle de personeli kamu hukukuna tabidir. Kanunla kurulma ve kamu tüzel kişiliğine sahip olmanın yanısıra bilimsel özerklik de Devlet üniversitelerinin yanısıra vakıf üniversitelerinin de tabi olduğu Anayasal ilkelerden birisidir. Üniversitelerde bilimsel özerklik ilkesi benimsenirken güdülen amaç, yükseköğretimin çeşitli siyasal çevre ve baskı grupları ile düşünce kümelerinin etkisinin dışında tutarak, bilimsel amaç, hedefler ve gereksinimlerine bağlı olmalarını sağlamaktır. Bu nedenle de, bilimsel faaliyetin asli unsurları olan yükseköğretim elemanlarının, görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri

Bir başka kararında Danıştay Sekizinci Dairesi, vakıf üniversitesinde görev yapan akademisyenin sözleşmesinin genel sekreterlikçe yenilenmeyerek üniversitedeki görevine son verilmesi olayında, idare mahkemesi tarafından verilen, “...yıl bazında yapılan sözleşmelerin yenilenip yenilenmeyeceği noktasında her eğitim/öğretim dönemi başında akademik program da dikkate alınarak değerlendirme yapıldığı, belli bir akademik kariyere sahip ve emekli statüsünde istihdam edilen davacının sözleşmesinin yenilenmemesi doğrultusunda kullanılan takdir yetkisinin objektif bir şekilde kullanılmadığına yönelik bilgi ve bulguya rastlanılmadığı hususları hep birlikte değerlendirildiğinde, dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi” kararını şu gerekçelerle bozmuştur: “2547 Sayılı Kanun uyarınca; vakıf üniversitelerinde öğretim elemanları ve diğer personelin sözleşmelerinin, atamalarının ve görevden alınmalarının müteveli heyetince yapılacağı, müteveli heyetinin yetkilerini vakıf yükseköğretim kurumu yöneticilerine uygun gördüğü ölçüde devredebileceği açıktır. Olayda; davacının iş akdinin feshine ilişkin dava konusu işlemin genel sekreter tarafından tesis edildiği anlaşılmakta olup; müteveli heyetince kullanılacak bu yetkinin devredildiğine dair bir müteveli heyet kurulu kararının dosyada mevcut olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda; sözleşmenin sonlandırılması işleminin, ilgili mevzuat uyarınca davalı üniversite müteveli heyeti tarafından alınacak bir karar veya bu heyetin yetkisini devretmek suretiyle yetkilendirdiği üniversite yöneticisi tarafından yapılması gerekmekte olup, bu prosedür işlemlerinin genel sekreter tarafından anılan işlemin tesis edildiği görüldüğünden, dava konusu işlemde yetki unsuru yönünden hukuka

gibi özlük haklarının kanunla düzenleneceği konusunda Anayasal teminat altına alınmıştır. Kamu tüzel kişiliğine ve ayrıcalıklı kamu gücüne sahip olan davalı vakıf üniversitesinin, kamu hizmeti görmek amacıyla, davacı öğretim üyesi ile aralarında yaptığı sözleşme, kamu hukukuna tabi idari hizmet sözleşmesi niteliğindedir. Aksi düşünce, hem bilimsel özerkliğin sağlanması yolundaki Anayasal hedefe, hem de öğretim elemanlarının güvenliği konusunun, 2547 sayılı Yükseköğretim Yasasına tabi olduğu yolundaki anılan yasal düzenlemelere aykırı düşecektir. Bu durumda, davacının iş akdinin feshine ilişkin işlemin yargısal denetiminin idari yargı yerlerinde yapılması gerektiğinden, uyuşmazlığın çözümünün adli yargının görevinde olduğu gerekçesiyle davayı görev yönünden reddeden İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir”. Benzer karar için bkz. Danıştay Sekizinci Dairesi, 7 Mayıs 2019 Tarih ve E.2014/1328, 2019/4279 Sayılı Kararı (www.lexpera.com.tr).

*uyarlık bulunmamaktadır*” (Danıştay Sekizinci Dairesi, 19 Şubat 2020 Tarih ve E.2016/13855,K.2020/1006 Sayılı Kararı, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr))<sup>[36]</sup>.

Danıştay Sekizinci Dairesi, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 23. maddesinin son tümcesinde yer alan “*özlük hakları*” ibaresinin iptaline yönelik olarak açılan bir davada, yükseköğretim kurumları ile bu kurumların yerine getirdikleri kamu hizmetlerini yürütmek amacıyla istihdam edilen akademik personel arasında aktedilmiş olan sözleşmelerin “*idari hizmet sözleşmesi*” niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. İptal başvurusuna konu Yönetmelik hükmündeki “*özlük hakları*” ifadesinin hangi manaya geldiğinin bir başka deyişle hangi hakları kapsadığının anlaşılabilir olmadığını belirterek, vakıf yükseköğretim kurumlarında görev icra eden öğretim elemanlarının “*mali ve idari*” konular dışında gerek akademik çalışmaları ve gerekse öğretim elemanlarının sağlanması yönlerinden, devlet tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarından herhangi bir farklılıklarının bulunmadığını dile getirmiştir. Yüksek Mahkeme, aynı kararında kurum ve akademisyen arasındaki ilişkinin Anayasa’nın 130. maddesi uyarınca, ilgili kurumların kamu hizmeti yürüten bir kamu tüzel kişisi olmaları ve görev icra edenlerin kamu hizmetinin yürütülmesinden sorumlulukları sebebiyle idare hukuku alanında bulunduğunu dile getirmektedir. Bu gerekçelerle Yüksek Mahkeme, idari hizmet sözleşmesiyle istihdam ilişkisi kurulması gereken akademisyenin, sözleşmesinin yenilenmemesinin dayanağı olan Yönetmelik hükmünü hukuka uygun bulmayarak iptal etmiştir. İlgili Yönetmelik hükmünün iptal edilmiş olması ile, ilgili hakkında sözleşmenin yenilenmemesine yönelik idari işlemin de hukuki dayanaktan yoksun kaldığı sonucunu ortaya çıkaracaktır<sup>[37]</sup>.

Danıştay 8. Dairesi’nin vermiş olduğu E.2008/8235 sayılı karar İdari Dava Daireleri Kurulu’na taşınmış ve Kurul tarafından da ele alınmıştır. Buna göre Kurul, sözleşmelerin niteliğini idari hizmet sözleşmesi olarak

[36] Benzer karar için bkz, Danıştay Sekizinci Daire, 9 Kasım 2017 Tarih ve E. 2017/4849, K. 2017/7833 Sayılı Kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).

[37] Danıştay Sekizinci Dairesi, 29 Nisan 2011 Tarih ve E.2008/8234, K.2011/2452 Sayılı Kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)). Benzeri bir karar için bkz. Danıştay Sekizinci Dairesi, 29 Nisan 2011 Tarih E.2008/8235, K.2011/2451 Sayılı Kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).

nitelediği kararında şu ifadelere yer vermiştir<sup>[38]</sup>: “*Gerek Devlet ve gerekse vakıf üniversitelerinde görev yapan akademik personelin, mesleki güvence yönünden İdare Hukuku’na tabi olduğunun kabulü gerekmektedir. Vakıf üniversitelerinde görev yapan akademik personelin mesleki güvence yönünden özel hukuk hükümlerine tabi olmaları Anayasa’ya uygun görülemez. Yüksek öğretim hizmeti, niteliği gereği kamu hizmetidir. Vakıf üniversitelerinde, söz konusu kamu hizmetinin yürütülmesi için istihdam edilen akademik personel ile vakıf yüksek öğretim kurulu arasında akdedilen sözleşme idari hizmet sözleşmesi niteliğindedir.*” Yüksek Mahkeme kararın devamında özetle, sözleşmenin yenilenmemesi kararının verilmesinde öznal değerlendirmeler yapılamayacağını, bir başka deyişle öznal değerlendirme sonucunu doğurabilecek kuralların olmaması gerektiğini dile getirerek dava konusu yönetmelikte yer alan “*özlük hakları*” ibaresinin yürütmesini durdurmuştur.

Danıştay’ın daha yakın tarihli kararlarına bakıldığında da sözleşmenin niteliğinin idari sözleşme olduğunu ifade ettiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme, öğretim üyesinin sözleşmesinin yenilenmemesi işlemine karşı açtığı bir davada yaptığı hukuki değerlendirmede, vakıf üniversitelerinin kanunla kurulan ve kamu tüzel kişiliğine sahip olan kurumlar olduğunu ifade ederek ilgili kurumların Anayasa ile güvence altına alınmış bilimsel özerkliği sahip olduklarını, ilgili kurumlarda görev alan akademisyenlerin idari hukuk kapsamında bir kamu personeli olduklarını ve üniversiteyle akademisyen arasında imzalanan sözleşmenin bir idari sözleşme niteliği taşıdığını açıkça belirtmiştir<sup>[39]</sup>.

[38] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 12 Mart 2010 Tarih ve E.2010/5 Sayılı Kararı (www.kananci.com.tr), benzeri bir karar için bkz. Danıştay Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 27 Mart 2014 Tarih ve E.2011/1192, K. 2014/1350 Sayılı Kararı (www.kazanci.com.tr).

[39] Danıştay Sekizinci Dairesi, 26 Mayıs 2022 Tarih ve E.2019/10233, K.2022/3478 Sayılı Kararı (www.lexpera.com.tr). İlgili kararda Yüksek Mahkeme’nin yapmış olduğu hukuki değerlendirme şu şekildedir: “Anayasa’nın 130. maddesi gereği, vakıf yükseköğretim kurumlarının mali ve idari konular yönünden farklı hükümlere tabi kılınması, bu kurumlarda görev yapan akademisyenlerin mesleki güvenceden yoksun kılınmasına yol açmayacağı açıktır. Zira, Anayasanın, lafzi ve amaçsal yorumu gereği, Anayasa koyucunun, Devlet ile vakıf yükseköğretim kurumları arasında, mesleki güvenceler bakımından, bir ayırım öngördüğünün, kabulü mümkün değildir. Nitekim, kanunla kurulan ve kamu tüzel kişiliğine sahip olan vakıf yükseköğretim kurumları da, Anayasa ile güvence altına alınmış

## Bu kapsamda vakıf üniversitelerinde görev yapan akademisyenlerle

bilimsel özerkliğe sahip kurumlardır. Vakıf yükseköğretim kurumlarında yürütülen bilimsel faaliyetin asli unsuru olan akademik personel, sahip olduğu statü, göreve alınmaları, hak ve yetkileri dikkate alındığında, idare hukuku kapsamında bir kamu personeldir. Vakıf yükseköğretim kurumları ile aralarında imzaladıkları sözleşme ise, idari sözleşme niteliği taşımaktadır. Bu bakımdan; kamu hizmeti yürüten ve kamu tüzel kişiliğine sahip olan vakıf üniversiteleri ile bu üniversitelerde görev yapan akademisyenlerin aralarındaki istihdam ilişkisinin, yükseköğretim hizmetinin sürekliliği esas alınarak değerlendirilmesi ve bu kişilere Devlet üniversitelerinde görev yapan akademik personelin sahip olduğu mesleki güvencelerin tanınması gerekmektedir. Bu çerçevede; vakıf üniversitelerindeki akademik personelin istihdam ilişkisinin sonlandırılmasının, eğitim- öğretim faaliyetlerinin sürdürülmesine gerekli ve yeterli katkının sağlanmaması, akademik yönden yetersiz olunması, iş disiplinine uyulmaması, ihtiyaç durumu gibi hukuki ve geçerli bir sebebe ya da sebeplere dayanabileceği, bu sebeplerin ise somut ve objektif bilgi ve belgelerle ortaya konulması gerektiği açıktır. Olayda; davacının 07.01.2008 tarihinde imzaladığı 5 yıl süreli hizmet sözleşmesi ile davalı idarede, yardımcı doçent olarak göreve başladığı ve Rektörlüğün ... tarih ve ... sayılı işlemi ile İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümüne atandığı, sonrasında, 2547 Sayılı Kanun'un 13/b-4 maddesi uyarınca Fen Edebiyat Fakültesi Matematik Bölümünde görevlendirildiği, pek çok bölümde çeşitli dersler verdiği ve idari görevlerde bulunduğu, sözleşmenin "Fesih" başlığını taşıyan 8. maddesinde yer alan, "Taraflar sözleşmenin bitiminden en geç 1 ay önce yazılı olarak, aksine bildirimde bulunmadıkça sözleşme 1 yıllık süre için yenilenmiş sayılır. Ancak işveren sözleşmeyi 1 (bir) ay önceden haber vermek kaydıyla ve sözleşme süresi içerisinde tek taraflı olarak feshedebilir." kuralı uyarınca davacının görevine 31.08.2017 tarihi itibarıyla son verildiği anlaşılmıştır. İdare Mahkemesince, davalı idarenin savunması alınarak, dava konusu işlemin dayanağı olan tüm bilgi ve belgeleri içeren işlem dosyasının istenilmesi üzerine verilen savunmanın ve dosyadaki diğer bilgi ve belgelerin incelenmesinden; davalı idarece, Matematik Bölümünde, 2017- 2018 eğitim öğretim yılı için lisans programına devam edecek kayıtlı öğrenci bulunmadığından ders verilmediği, İşletme Fakültesinde yeterli öğretim üyesi bulunduğundan bahisle davacının hizmetine ihtiyaç bulunmadığı belirtilmişse de, buna ilişkin bilgi ve belgelerin sunulmadığı anlaşılmıştır. Öte yandan, davacı tarafından dosyaya sunulan bilgi ve belgelerin incelenmesinden; davacının, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesine atandığı, Fen Edebiyat Fakültesinde görevlendirildiği ve pek çok fakültede çeşitli dersler verdiği görülmüştür. Bu bakımdan, davalı idarenin, davacının hizmetine ihtiyaç duymadığı iddiasının, somut ve objektif bilgi ve belgelerle ortaya konulamadığı anlaşılmıştır. Sözleşmenin «Fesih» başlığını taşıyan 8. maddesi uyarınca, davalı idarenin sözleşmeyi 1 (bir) ay önceden haber vermek kaydıyla ve sözleşme süresi içerisinde tek taraflı olarak feshedebileceği açık olmakla



üniversiteler arasında kurulan ilişki, Anayasa'nın 130. maddesi kapsamında bir idare hukuku ilişkisidir. Bunun gerekçesi vakıf üniversitelerinin anayasal hüküm gereği kamu hizmeti yürüten bir kamu tüzel kişi olmaları ve görev alan akademisyenlerin de bu kamu hizmetinin yerine getirilmesine hizmet ediyor olmalarıdır.

Danıştay'ın çalışma kapsamında incelenmiş olan birçok kararı göstermektedir ki vakıf üniversiteleri ile akademisyenler arasında imzalanmış olan sözleşmeler idari hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir<sup>[40]</sup>. İdari hizmet sözleşmesi, kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi için aranan özelliklere sahip kişilerle idare arasında imzalanan sözleşmelerdir. Hizmet sözleşmeleri, kamuya, görevlerinin gerektirdiği personeli sağlama noktasında imkanlar sunar. Ayrıca hizmet sözleşmesi kapsamında çalışanların sözleşmeleri, kamu hizmetinin sürekliliği ve düzenli olarak yerine getirilmesi gerektiği için, sözleşmenin süresi sona erdiğinde hizmetin aksamasına neden olan herhangi bir durum ortada yok ise idare tarafından yenilenmek durumundadır<sup>[41]</sup>. Bu çerçevede idari hizmet sözleşmesi ile çalışanların 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında çalışanlardan farklı olarak kamusal statüye

---

birlikte, fesih bildiriminin, somut ve objektif nedenlere dayanması gerektiği de kabul edilmelidir. Ayrıca; dava konusu işlem öncesinde, davacı hakkında sosyal medya hesabında yayımladığı bir mesaj nedeniyle açılan disiplin soruşturması sonucu mesaj "eleştiri ve ifade özgürlüğü" çerçevesinde değerlendirilerek, Fen Edebiyat Fakültesi Disiplin Kurulunun ... tarih ve ... sayılı kararıyla ceza uygulanmamasına karar verildiği dikkate alındığında, bu kararın davacının görevinin sonlandırılmasına dayanak teşkil edemeyeceği açıktır. Bu durumda; davacının, hizmetine ihtiyaç bulunmadığına ilişkin somut ve objektif bilgi ve belge bulunmadığı ve hakkındaki disiplin soruşturması sonucu disiplin cezası uygulanmamasına karar verildiği anlaşıldığından, görevin sonlandırılmasına ilişkin işlemde hukuka ve akademik hizmet gereklerine uyarlık bulunmadığı anlaşılmıştır". Benzer bir karar için bkz: Danıştay Sekizinci Dairesi, 4 Temmuz 2023 Tarih ve E.2022/6748, K.2023/3501 Sayılı Kararı (www.lexpera.com.tr).

[40] Aksini düşünen akademik çalışmalarda mevcuttur : Seracettin Göktepe, "Vakıf Üniversiteleri İle Öğretim Elemanları Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 1, Mart 2021, s.581–621.

[41] Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, İstanbul, Beta, Beta Yayınları, 2. Baskı, s.169.

sahip olduklarının kabulü gerekmektedir<sup>[42]</sup>. Bu nedenle gerek yargı gerekse öğreti idari hizmet sözleşmeleri kapsamında çalışanları kamu görevlisi olarak nitelendirmektedir<sup>[43]</sup> ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar idari yargı yerlerince karara bağlanmalıdır<sup>[44]</sup>.

## B) YARGITAY KARARLARI

Yargıtay'ın, Danıştay 8. Dairesinin bir üst başlıkta örneklendirdiğimiz kararlarının aksine birçok kararı mevcuttur. Yargıtay 9. Dairesi bir kararında<sup>[45]</sup>: “2547 Sayılı Yasanın 32. maddesindeki düzenlemeye göre, okutmanlar, ilgili kurumların görüşü alınarak fakültelerde ve fakülteye bağlı birimlerde dekanların, rektörlüğe bağlı enstitü veya yüksek okullarda müdürün önerisi ve rektörün onayı ile süreli veya sürekli olarak atanırlar; atanma süresi sonunda görevleri kendiliğinden sona erer. Bunların yeniden atanmaları mümkündür. Bu takdirde ilk atama usulü uygulanır. Anılan kuralda davacı konumundaki öğretim görevlilerinin süreli veya sürekli atanabilecekleri, bu anlamda belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceği anlaşılmaktadır” demek suretiyle akademisyen ile vakıf üniversitesi arasında imzalanmış olan sözleşmenin 4857 sayılı Kanun çerçevesinde belirli süreli bir iş sözleşmesi olduğunu belirtmiştir. Yine 9. Daire benzeri bir kararda ilgili sözleşmenin niteliği şu şekilde ifade edilmiştir<sup>[46]</sup>:

“4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde, İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş

[42] Murat Sezginer, “4502 Sayılı Kanun'a Göre Türk Telekom Personelinin Hukuki Durumu”, *Türk Hukuk Dünyası*, Sayı 2, Ekim 2000, s.54; Tan, *op. cit.*, s.321.

[43] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, 2018, *op. cit.*, s.469.

[44] Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 2023, *op. cit.*, s.244.

[45] Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 11 Haziran 2007 Tarih ve E.2007/7996, K.2007/18353 Sayılı Kararı (www.hukukturk.com.tr).

[46] Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 4 Haziran 2007 Tarih ve E. 2007/7323, K. 2007/17668 Sayılı Kararı (www.hukukturk.com.tr).

*sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar, şeklinde düzenleme mevcuttur. Başlangıçta yukarıda açıklandığı gibi en çok iki yıl süre ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren neden olmakla birlikte, davacı öğretim görevlisi işçi ile daha sonra birbiri ardına ve birden fazla sayıda iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren esaslı bir neden bulunmamaktadır. Bu yönde davalı Üniversite esaslı bir neden sunamamıştır. Bu itibarla davacının belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığıının kabulü gerekir. Mahkemece aksine düşünceyle davanın reddi hatalı olmuştur”.*

Buna göre Yüksek Mahkeme vakıf üniversitelerinde görev yapan akademisyenlerin üniversitelerle yapmış oldukları sözleşmeleri birer özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmiş olmakta ve bu sözleşmeler kapsamında çıkan/çıkması muhtemel uyuşmazlıkların adli mahkemelerce çözümlenmesi gerektiğini dile getirmektedir. Ancak ilgili Daire takip eden yıllarda vermiş olduğu birçok kararda bu içtihadını değiştirmiştir. Vakıf üniversitesi ile öğretim görevlisi arasında imzalanan sözleşmeye istinaden İş Mahkemesinde görülen bir alacak davasında 9. Daire şu gerekçelerle davanın idare mahkemesinde görülmesi gerektiğine hükmetmiştir:

*“Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 23/2 maddesi uyarınca; Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda Devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır, hükmü var ise de görev ancak kanunla düzenlenir. Kaldı ki yönetmelik hükmü görevi değil, özlük haklarına 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanacağını düzenlemiştir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda ise görev konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa'nın 31. maddesi düzenlemesi ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu hükümleri dikkate alındığında, özellikle kadroların akademik yönden belirlenmesi, sözleşmelerin onaya tabi tutulması dikkate alındığında, vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarının idari sözleşmelerle çalıştığıının kabulü gerekmektedir. Somut uyuşmazlıkta, Vakıf Üniversitesinde öğretim elemanı olarak çalışan davacının Devlet Üniversitelerinde olduğu gibi idari sözleşme ile çalıştığı, uyuşmazlıkta idari yargının görevli olduğu anlaşıldığından, davanın 6100 sayılı HMK.un 114 ve 115. maddeleri uyarınca yargı yolunun caiz olmaması nedeni ile usulden reddi yerine esastan karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir”<sup>147]</sup>.*

[47] Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 24 Ocak 2019 Tarih ve E.2015/28778,K.2019/2292 Sayılı Kararı (www.hukukturk.com.tr).

Yine 9. Daire daha yakın tarihli bir kararında yardımcı doçent unvanı ile bir vakıf üniversitesinde çalışan öğretim görevlisinin iş akdini haklı nedenle feshetmesi sebebiyle görülen davada, idari hizmet sözleşmesi niteliğinde olan bir sözleşme neticesinde ortaya çıkan bir uyuşmazlık konusunda İş Mahkemesi tarafından dava dilekçesinin yargı yolunun caiz olmadığı gerekçesiyle usulden reddedilmesi gerekirken, uyuşmazlığın esasına girerek karar verilmesini hatalı bulmuştur<sup>[48]</sup>. Benzer şekilde 9. Dairenin vermiş olduğu birçok kararda aynı gerekçelerle sözleşmenin niteliğinin idari hizmet sözleşmesi olduğunu belirttiği ve bu manada uyuşmazlıkların idari yargı tarafından çözümlenmesi gerektiğini ifade ettiğini görmekteyiz<sup>[49]</sup>.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından zaman içerisinde verilen ve istikrar kazanmış yukarıdaki kararların aksine yine Yargıtay 22. Hukuk Dairesi<sup>[50]</sup> tarafından verilmiş kimi kararlar sözleşmenin niteliği konusunda farklı hükümler içermektedir. Bu çerçevede 2012/15013 E. sayılı kararında 22.

[48] Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 16 Ocak 2020 Tarih ve E.2019/8159, K.2020/501 Sayılı Kararı (www.hukuturk.com.tr).

[49] Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi'nin benzer kararları için bkz. 16 Ocak 2020 tarih ve E. 2019/8159, K. 2020/501 Sayılı Kararı; 10 Mart 2019 Tarih ve E.2016/25926, K.2019/6032 Sayılı Kararı; 19 Mart 2019 Tarih ve E.2016/25596, K.2019/6037 Sayılı Kararı; 24 Ocak 2019 Tarih ve E.2015/28778, K.2019/2292 Sayılı Kararı; 25 Kasım 2011 Tarih ve E.2019/7309, K.2019/20804 Sayılı Kararı; 23 Ekim 2019 Tarih ve E.2019/5942, K.2019/18696 Sayılı Kararı; 4 Aralık 2019 Tarih ve E.2017/13629, K. 2019/21736 Sayılı Kararı; 4 Aralık 2019 Tarih ve E.2017/12966, K. 2019/21732 Sayılı Kararı; 19 Mart 2019 Tarih ve E.2016/10723, K. 2019/6034 Sayılı Kararı; 12 Mart 2019 Tarih ve E.2016/5316, K. 2019/5336 Sayılı Kararı; 19 Mart 2019 Tarih ve E.2016/36130, K.2019/6036 Sayılı Kararı; 12 Mart 2019 Tarih ve E.2016/13436, K.2019/5337 Sayılı Kararı; 19 Mart 2019 Tarih ve E.2016/11060, K. 2019/6035 Sayılı Kararı; 12 Mart 2019 Tarih ve E.2016/8527, K. 2019/5341 Sayılı Kararı; 12 Mart 2019 Tarih ve E.2016/3655, K. 2019/5338 Sayılı Kararı; 5 Şubat 2019 Tarih ve E.2015/27265, K. 2019/2811 Sayılı Kararı; 6 Şubat 2019 Tarih ve E.2015/36020, K.2019/2831 Sayılı Kararı; 19 Mart 2019 Tarih ve E.2015/34654, K.2019/6038 Sayılı Kararı.

[50] Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi'nin, 01.07.2016 tarih ve 6723 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile Yargıtay Kanunu'nda değişiklik yapılarak kapatılmasına karar verilmiştir. Buna göre Yargıtay Kanunu'na eklenen geçici 15. maddenin 12. fıkrasıyla 23.07.2016 tarihi itibarıyla altı yıl içerisinde Yargıtay da mevcut 46 daire sayısı 24'e düşürülecektir (12 hukuk, 12 ceza dairesi olmak üzere). Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 07.07.2020 tarih ve 173 sayılı kararı ile de 22. Hukuk Dairesi kapatılmıştır.

Daire, kıdem tazminatı ve yıllık izin alacaklarının ödenmesi konusunda akademisyen tarafından açılan davada, uyuşmazlığın yerine getirilen hizmetin kamu hizmeti olması nedeniyle idare hukuku kapsamında değerlendirilmesi gereken bir uyuşmazlık olduğu bu nedenle de kıdem tazminatı ve yıllık izin alacağına ilişkin tam yargı davasının idari yargı yeri tarafından görülmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>[51]</sup>. Ayrıca 22. Daire bu kararının hemen akabinde vermiş olduğu bir başka kararda da haksız fesih tazminatı isteyen bir akademisyenin açmış olduğu davayı akademisyenin yapmış olduğu hizmet çerçevesinde idare hukuku kurallarının uygulanması gerektiğini ve ilgili kişinin bir kamu personeli olduğunu ifade ederek görev yönünden reddetmesi gereken İş Mahkemesinin, yazılı hüküm tesis etmesinin yanlış olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur<sup>[52]</sup>.

[51] “Kanunla kurulma ve kamu tüzel kişiliğine sahip olmanın yanı sıra, Devlet Üniversitelerinde olduğu gibi vakıf üniversitelerinin’de Anayasal güvence altına alınmış olan bilimsel özerkliğe sahip olmaları, bir diğer ayrıcalığıdır. Üniversitelerde bilimsel özerklik ilkesi benimsenirken güdülen amaç, yükseköğretimin çeşitli siyasal çevre ve baskı grupları ile düşünce kümelerinin etkisinin dışında tutarak, bilimsel amaç, hedefler ve gereksinimlerine bağlı olmalarını sağlamaktır. Bu sebeple de bilimsel faaliyetin asli unsurları olan yükseköğretim elemanlarının, görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri gibi özlük haklarının kanunla düzenleneceği konusu, Anayasal teminat altına alınmıştır. Somut olay ve mevzuat hükümleri ile Uyuşmazlık Mahkemesinin 05/11/2012 tarih ve 189 esas, 234 karar sayılı kararı birlikte irdelendiğinde; davalı Üniversitenin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştırdığı davacının; statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, idare hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu açıktır. Bu açıdan taraflar arasındaki kıdem tazminatı ve yıllık izin alacağına ilişkin tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yeri görevlidir. Görev hususu dava şartlarından olup, yargılamanın her aşamasında mahkemece resen dikkate alınmalıdır. Bu durumda, yargı yolu sebebi ile görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir” (Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 01 Mart 2013 Tarih ve E.2012/15013, K.2013/4250 Sayılı Kararı (www.hukukturk.com.tr).

[52] “Somut olay ve mevzuat hükümleri ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 21/05/2012 tarih ve 15 E., 109 K. sayılı kararı birlikte irdelendiğinde; davacı Üniversitenin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştırdığı davalının; statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, İdare Hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu açıktır. Bu açıdan taraflar arasındaki cezai şart alacağına ilişkin tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yeri görevlidir. Görev hususu dava şartlarından olup, yargılamanın her aşamasında mahkemece resen dikkate alınmalıdır. Bu durumda, yargı yolu nedeni ile görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm

Ele aldığımız her iki kararda da sözleşmelerin niteliğinin idari hizmet sözleşmesi olduğunu dile getiren 22.Daire, 2014 yılında vermiş olduğu bir kararında bu görüşünden vazgeçmiştir. Şöyle ki İş Mahkemesi tarafından vakıf üniversitesi öğretim görevlisi ve üniversite arasında çıkan uyuşmazlık kapsamında açılan davada verilen kısmen kabul kararı, “*vakıf üniversitesinde öğretim görevlisi olan davacının üniversitenin sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştırıldığı, idare hukuku kapsamında personel olduğu, uyuşmazlığın çözüm yerinin idari yargı olduğu ve görevsizlik kararı verilmesi gerektiği*” gerekçesi ile 22. Daire tarafından bozulmuş, İş Mahkemesinin kararında, “*vakıf üniversitesinde görevli bulunan öğretim görevlilerinin atama yükselme ve disiplin işlemleri ile görevlerine son verilme konusundaki düzenlemelerin idari yargıda; ücret ve diğer parasal haklar yönünden çıkan uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi gerektiği*” düşüncesi ile direnmesi sonucu 22. Daire şu gerekçeyle İş Mahkemesinin kararına uyararak kendi görüşünü değiştirmiştir: “*İş hukuku daireleri arasında görüş ayrılıklarının giderilmesi ve içtihatların birleştirilmesi amacıyla yapılan toplantıda; vakıf üniversitesi öğretim görevlilerinin istihdam şekillerinde, idari işlemlerin ayırt edici unsuru olan kamu gücünün baskın ve belirleyici olmaması; çalışma şartları, hak ve borçları ile ücretlerinin Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 23. maddesine istinaden ve bu maddenin verdiği yetkiye dayanılarak tarafların serbest iradeleri ile yaptıkları iş sözleşmesi ile şekillenmesi sebebi ile anılan konudaki uyuşmazlıkların özel hukuk hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu görüş dairemizce de benimsenmiştir*”<sup>[53]</sup>. Bu kararının ardından 22. Daire artık vakıf üniversiteleri ve öğretim görevlileri arasında imzalanan sözleşmelerin niteliğinin idari hizmet sözleşmesi olmadığını dile getirmiş ve sözleşmenin niteliğinin 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında akdedilen iş sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir<sup>[54]</sup>.

kurulmuş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir”(Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 5. Mart 2013 Tarih ve E. 2012/15257, K. 2013/4449 Sayılı Kararı (www.hukukturk.com.tr).

[53] Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 25 Eylül 2014 Tarih ve E.2014/21194, K.2014/25575 Sayılı Kararı (www.hukukturk.com.tr).

[54] Benzer bir karar için bkz: Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 11 Temmuz 2018 Tarih ve E. 2017/43716, K. 2018/17485 Sayılı Kararı (www.hukukturk.com.tr).

Yargıtay ilgili daireleri tarafından hüküm altına alınmış yukarıdaki kararlara benzer şekilde yakın dönemde de Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu kararlar mevcuttur. Örneğin, bir üniversitede sekiz yıl boyunca çalışmış ve sözleşme süresi uzatılmamış bir akademisyenin açmış olduğu dava üzerine ilk derece mahkemesi davanın reddine karar vermiştir. İstinaf başvurusunda davacı, davaya konu uyuşmazlığın idari yargının görev alanına girdiğini, ilk derece mahkemesinin görevsiz olmasına rağmen yargılama yaptığını ve karar verdiğini ileri sürerek söz konusu kararın bozulmasını istemiştir. İstinaf makamı yapmış olduğu hukuki değerlendirmede 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda vakıf üniversitelerinde görev alacak akademik personelinin devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabi olacağını ve bu personelin aylık hakları bakımından 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağını düzenlediği belirterek davacının yargı yoluna itirazını reddetmiştir. Temyiz başvurusunda da Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ilgili kararların usul ve hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir<sup>[55]</sup>.

Benzeri bir durum yine aynı Dairenin yakın zamanda vermiş olduğu bir kararda da mevcuttur. Bir vakıf üniversitesinde öğretim üyesi kadrosunda görev alan bir akademisyenin üniversiteye karşı adli yargıda başlatmış olduğu hukuki süreçte ilk derece mahkemesi kendisini görevsiz görmüş ve idari yargının ilgili uyuşmazlığı çözümülemesi gerektiğine karar vermiştir. İlgili karar taraflarca temyiz edilmiş ve temyiz başvurusu üzerine Yargıtay, uyuşmazlığın adli yargı yerlerinde çözümlenmesi gerektiğini ifade ederek görevsizlik kararını bozmuştur<sup>[56]</sup>. İlk derece mahkemesi bozma kararı üzerine işin esasına girerek karar vermiş ve bu kararda temyiz edilmiştir. Bu temyiz başvurusu üzerine 9.Daire uyuşmazlığın giderilmesi gereken yerin idari yargı olduğunu dile getirdiği kararında<sup>[57]</sup>, her ne kadar öncesinde adli yargının görevli olduğu gerekçesiyle karar bozulmuş olsa da görev hususunun kamu düzenine ilişkin olmasından ötürü yeni bir karar vermiş ve idari yargının görevli olduğuna hükmetmiştir. Bunun üzerine ilk derece mahkemesi görevli yargı yerinin

[55] Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 7 Kasım 2022 Tarih ve E. 2022/13484, K. 2022/14448 Sayılı Kararı (www.kazanci.com.tr).

[56] Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 20 Kasım 2014 Tarih ve E.2014/32794, K.2014/34822 Sayılı Kararı (www.kazanci.com.tr).

[57] Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 16 Ocak 2020 Tarih ve E. 2019/8159, K. 2020/501 Sayılı Kararı (www.kazanci.com.tr).

idari yargı olmasından ötürü dava dilekçesini yargı yolunun caiz olmaması nedeniyle reddetmiştir. Bu kararda ilgililer tarafından temyiz edilmiş ve ilgili temyiz başvurusu üzerine 9.Daire bir kez daha görüş değiştirerek ilgili sözleşmeye idari sözleşme niteliğini kazandıracak hususların yokluğu gerekçesiyle adli yargı yolunu görevli görmüştür<sup>[58]</sup>.

Sonuç olarak Yargıtay'ın yakın tarihli vermiş olduğu kararlarda da -yukarıda ele alınan daha eski tarihli ve birbirlerinden farklı hükümler içeren kararlara benzer şekilde- çalışmada ele alınan konuya ilişkin istikrar kazanmış bir uygulaması mevcut değildir.

### C) UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI

Uyuşmazlık Mahkemesi de vakıf üniversitelerinde görev yapan akademisyenlerle üniversiteler arasında imzalanan sözleşmelerin niteliği konusunda muhtelif kararlar vermiştir. Bir vakıf üniversitesinde İktisat Fakültesinde profesör öğretim üyesi olarak çalışan kişinin Bilimsel Araştırma Projesi kapsamında, "... *Yerel Yönetim ve Yavaş Şehir Uygulama Gereksinimleri çerçevesinde Akyaka Beldesi Örnek Alan Araştırması*", kapsamında gerçekleştirilecek projenin, proje araştırma yürütücüsü olarak teklif edilen öğretim görevlilerinin bölüm başkanlığınca kabul edilmesi ancak fakülte dekanlığınca reddedilmesi üzerine idari yargıda açılan bir davada davalı üniversitenin ortada herhangi bir idare hukuku kapsamında tesis edilmiş işlem olmadığı gerekçesiyle görev itirazında bulunması üzerine idare mahkemesi şu gerekçeyle görev itirazını reddetmiştir: "*İdare hukukunun uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargının görev alanını oluşturduğu; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davaların iptal davaları, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan davaların ise tam yargı davaları olduğu ve bu davaların da idari yargı denetimine tabi olduğunun belirtildiği; idarelerin, idare hukuku alanında kamu gücüne dayalı olarak resen ve tek yanlı irade açıklaması sonucu tesis etmiş olduğu işlemlere, hukuk*

[58] Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 23 Ocak 2023 Tarih ve E. 2022/18042, K. 2023/1166 Sayılı Kararı (www.kazanci.com.tr). Benzeri kararlar için bkz: Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 6 Şubat 2023 Tarih ve E. 2022/18714, K. 2023/1515 Sayılı Kararı (www.kazanci.com.tr); Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 12 Ekim 2023 Tarih ve E. 2023/15344, K. 2023/14188 Sayılı Kararı (www.kazanci.com.tr).



*alanında yeni durumlar oluşturmasıyla idari işlem kimliği kazandırdığı ve kural olarak bu işlemlerin özel yasal düzenlemeler dışında idari yargı denetimine tabi bulunduğu; dosyanın incelenmesinden, BAP Projesi çerçevesinde görevlendirme talebinin reddine ilişkin 14.02.2011 günlü, 11-108 sayılı A. Üniversitesi işletme Fakültesi Dekanlığı işleminin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığına anlaşıldığı; bu durumda; uyuşmazlık konusu işlemin idarenin tek yanlı iradesiyle, üstün emredici yetkisi dahilinde tesis edildiği ve taraflar arasında özel hukuk hükümlerinin uygulanmasının söz konusu olmadığı anlaşıldığından, bakılmakta olan davanın görüm ve çözümünün idari yargı yerine ait olduğu sonucuna varıldığı gerekçesiyle; davalı idarenin görev itirazının reddine, Mahkemelerinin görevliliğine karar vermiştir”. Davalı üniversite vekilinin olumlu görev uyuşmazlığı çıkarmak üzere yapmış olduğu başvuru sonucunda Uyuşmazlık Mahkemesi: “...davalı Üniversitenin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştığı davacının; statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, İdare Hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu açıktır. Bu açıdan davacının, üniversite tarafından kabul edilen Bilimsel Araştırma Projesinde görevlendirme talebinin reddine ilişkin işlemin de 2577 sayılı Kanununun 2.nci maddesinin 1.nci fıkrasının (a) bendinde tanımlanan iptal davasına konu edilebilecek nitelikte birer idari işlem niteliği taşıdığı; bu işlemin hukuka uygunluğunun denetiminin de, Anayasayla bu denetim için oluşturulan İdari Yargı'nın görev alanında bulunduğu sonucuna varılmıştır”<sup>[59]</sup> şeklinde hüküm kurmuştur.*

Bir başka uyuşmazlıkta ise, vakıf üniversitesince öğretim görevlisinin iş akdinin feshedilmesi üzerine idare mahkemesinde açılmış olan davada, davalı idarenin yapmış olduğu görev itirazı idare mahkemesince reddedilmiş<sup>[60]</sup>,

[59] Uyuşmazlık Mahkemesi, 21 Mayıs 2012 Tarih ve E.2012/15, K.2012/109 Sayılı Kararı (www.kararlar.uysuzmazlik.gov.tr).

[60] Red gerekçesi: “Üniversite'nin Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca kamu hizmetini yürüten bir kamu tüzel kişisi olması ve davacının da kamu hizmetinin yerine getirilmesinde görev alması nedeniyle idare hukuku alanında bulunduğu, davacının atamasının yapılması ve görevine son verilmesi işlemlerinin idare hukuku kurallarına göre tesis edilmesi, bütün üniversitelerin (devlet veya vakıflar tarafından kurulmuş olan) kamu tüzelkişiliğine sahip olması ve kamu hizmeti olan eğitim ve öğretim hizmetini aynı esaslara tabi olarak yerine getirmesinden kaynaklandığı, atama ve görevlendirilmesinin Anayasa'nın 130. maddesi ve 2547 sayılı Yasa hükümlerine göre yapılacağı belirlenen akademik personelin; Yönetmelik kuralına dayanılarak, taraflar arasında iş sözleşmesi bulunduğu, istihdamın bu sözleşmeye göre yapıldığı, tarafların

davalı idarenin olumlu görev uyuşmazlığı çıkarmasının ardından gelişen süreçte Uyuşmazlık Mahkemesi yukarıdakine benzer bir karar vererek ilgili uyuşmazlık konusunda idari yargı yerlerinin görevli olduğu şeklinde hüküm kurmuştur. İlgili kararda Yüksek Mahkeme şu hususları dile getirmiştir<sup>[61]</sup>:

*“Devlet Üniversitelerinde olduğu gibi Vakıf Üniversitelerinin de Anayasal güvence altına alınmış olan bilimsel özerkliğe sahip olmaları bir diğer ayrıcalığıdır. Üniversitelerde bilimsel özerklik ilkesi benimsenirken güdülen amaç, yükseköğretimin çeşitli siyasal çevre ve baskı grupları ile düşünce kümelerinin etkisinin dışında tutularak, bilimsel amaç, hedefler ve gereksinimlerine bağlı olmalarını sağlamaktır. Bu nedenle de bilimsel faaliyetin asli unsurları olan yükseköğretim elemanlarının, görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri gibi özlük haklarının kanunla düzenleneceği konusu, Anayasal teminat altına alınmıştır. Somut olay ve mevzuat hükümleri birlikte irdelendiğinde; davalı Üniversitenin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştırdığı davacının; statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, İdare Hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu açıktır. Bu açıdan davacının, iş akdinin feshine ilişkin işleminin de 2577 sayılı Kanununun 2.nci maddesinin 1.nci fıkrasının (a) bendinde tanımlanan iptal davasına konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem niteliği taşıdığı; bu işlemin hukuka uygunluğunun denetiminin de, Anayasayla bu denetim için oluşturulan İdari Yargının görev alanında bulunduğu sonucuna varılmıştır”.*

Bu ve benzeri şekilde Uyuşmazlık Mahkemesince verilmiş birçok kararda vakıflar tarafından kurulmuş olan üniversitelerin sürekli ve düzenli olarak bir kamu hizmeti yürüttüğü ve bu kapsamda üniversitede görev alan akademisyenlerinde statüleri, göreve alınmaları, hak ve yetkileri incelendiğinde idare hukuku kapsamında kamu personeli oldukları ve

---

bütün hak ve yetkilerinin sözleşmede düzenlendiği gibi hususlardan bahisle, haklarının ortadan kaldırılamayacağı, üniversite ile akademik personel arasında Anayasa ve 2547 sayılı Yasa ile belirlenen ve korunan hukuki ilişkinin niteliğinin değiştirilemeyeceğinin kuşkusuz olduğu” şeklinde ifade edilmiştir Uyuşmazlık Mahkemesi, 2 Temmuz 2012 Tarih ve E. 2012/178, K. 2012/174 Sayılı Kararı (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr).

[61] Uyuşmazlık Mahkemesi, 2 Temmuz 2012 Tarih ve E. 2012/178, K. 2012/174 Sayılı Kararı (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr).

ortaya çıkan uyuşmazlıkların bu gerekçeyle idari yargının görev alanında kalan uyuşmazlıklar olduğunu dile getirdiğini görmekteyiz<sup>[62]</sup>.

Sözleşmelerin statüsü konusunda yukarıda ele alınan kararların yanında bir diğer önemli meselede sözleşmenin feshinden kaynaklanan ücret alacağı ve tazminat taleplerinin hangi mahkemede görülmesi gerektiği hususudur. Uyuşmazlık Mahkemesi bu konuda da örnek teşkil edecek birçok karar vermiştir. Bilindiği üzere mevzuat gereği vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak akademisyenlerin çalışma esasları 2547 sayılı Kanun'da öngörülen hükümler çerçevesinde belirlenmiştir. Bunun yanında 31.12.2005 tarih ve 26040 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği ile ilgili personelin aylıkları ve diğer özlük hakları<sup>[63]</sup> konusunda 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi vermiş olduğu birçok kararda devlet üniversitelerinin olduğu gibi vakıf üniversitelerinin de bilimsel özerkliğe sahip olduklarını ve ancak bu şekilde yükseköğretim kurumlarının siyasal çevre, baskı grupları ve düşünce kümelerinin etkisinden uzaklaştırılabileceğini dile getirmiştir. Bu nedenle bilimsel faaliyetlerin asli unsuru olan öğretim elemanlarının, unvanları, görevleri, atama, yükselme ve emeklilikleri vb. gibi özlük hakları konularının kanunla düzenleneceği Anayasal teminat altına alınmıştır. Bu kapsamda görülen bir davada sözleşmenin feshine ilişkin üniversitenin yapmış olduğu işlemin idare hukuku manasında bir işlem olduğuna kuşku bulunmamakla birlikte, idari işlemde kaynaklanan tazmin istemlerinin de<sup>[64]</sup> 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu kapsamında idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve bu çerçevede benzer davaların idari yargı

[62] Benzer kararlar için bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi, 5 Kasım 2012 Tarih ve E. 2012/189, K. 2012/234 Sayılı Karar; Uyuşmazlık Mahkemesi, 24 Aralık 2012 Tarih ve E. 2012/223, K. 2012/282 Sayılı Karar; Uyuşmazlık Mahkemesi, 5 Kasım 2012 Tarih ve E. 2012/190, K. 2012/235 Sayılı Karar; Uyuşmazlık Mahkemesi, 24 Aralık 2012 Tarih ve E. 2012/273, K. 2012/289 Sayılı Karar, (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr).

[63] Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 29/4/2011 Tarih ve E.2008/8234, K.2011/2452 Sayılı Kararı ile "özlük hakları" ibaresinin iptaline karar verilmiştir.

[64] Örneğin, İhbar ve kötüniyet tazminine yönelik davalar.

yerlerinde görülmesi gerektiğini dile getirmiştir (Uyuşmazlık Mahkemesi, 29 Aralık 2014 Tarih ve E.2014/1053, K.2014/1105 Sayılı Karar)<sup>[65]</sup>.

Uyuşmazlık Mahkemesinin -yukarıda ele alınan kararlara benzer şekilde-yakın tarihli ve sözleşmenin niteliğinin idari sözleşme olduğunu ifade eden ve görevli yargı yerinin idari yargı olduğunu belirttiği kararları da mevcuttur. Örneğin, Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararında vakıf üniversitesi öğretim görevlisinin iş akdinin feshedildiği olayda ortaya çıkan görev uyuşmazlığı, ilgili kişinin idare hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu ve taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin idari sözleşme niteliği taşıdığı gerekçesiyle görevli yargı yerinin idari yargı olduğuna karar verilerek giderilmiştir<sup>[66]</sup>.

Çalışma kapsamında yukarıda ele alınan Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında görüldüğü üzere Mahkeme, vakıf üniversitesi akademisyenleri ile üniversite arasında imzalanmış olan sözleşmelerin niteliğini idari hizmet sözleşmesi olarak belirlemektedir.

#### **D) ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI**

Anayasa Mahkemesi tarafından da vakıf üniversitelerinin gerek kuruluş gerekse işleyişi konusunda muhtelif kararlar verilmiştir. Metin içerisinde bazı kararlarına değinilmiş olmakla birlikte Yüksek Mahkemenin konu hakkındaki farklı kararları da bu başlık altında aktarılmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede, 21.11.2013 tarihli ve 2013/1430 sayılı, kamulaştırmaz el atmaya dayalı bireysel başvuruda<sup>[67]</sup> Yüksek Mahkeme, vakıf üniversitelerinin kamu tüzel

[65] Benzer davalar için lütfen bkz: Uyuşmazlık Mahkemesi, 17 Kasım 2014 Tarih ve E. 2014/979, K. 2014/1023 Sayılı Karar; Uyuşmazlık Mahkemesi, 17 Kasım 2014 Tarih ve E.2014/972, K.2014/1016 Sayılı Karar; Uyuşmazlık Mahkemesi, 10 Nisan 2017 Tarih ve E.2017/15, K.2017/103 Sayılı Karar (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr).

[66] Uyuşmazlık Mahkemesi, 5 Nisan 2021 Tarih ve E.2021/153, K.2021/222 Sayılı Karar, § 18 (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr). Benzer kararlar için bkz: Uyuşmazlık Mahkemesi, 5 Temmuz 2021 Tarih ve E. 2021/213, K.2021/416 Sayılı Kararı www; Uyuşmazlık Mahkemesi, 29. Kasım 2021 Tarih ve E. 2021/439, K. 2021/609 Sayılı Kararı (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr).

[67] Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm 21/11/2013 Tarih ve 2013/1430 Başvuru Numaralı İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Kararı, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1430>). Başvurucu, “kamu gücü kullanılarak yapılan bir işlem bulunmadığını, tamamen eşitler arasındaki bir ilişkiden kaynaklanan dava

kişiliğine sahip olduğunu şu ifadelerle dile getirmektedir: “*Vakıf üniversiteleri, devlet tarafından, kanunla ve kamu tüzel kişisi olarak kurulmaktadır. Yasayla kurulma zorunluluğunun doğal sonucu olan ‘kamu tüzel kişiliği’ niteliği, üniversitelerin yapısına has bir özellik olduğundan, vakıflar tarafından kurulan üniversitelerin de kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu açıktır*”.

Farklı bir vakada bir devlet üniversitesinin (ODTÜ) akademisyenlerinin özel hukuk sözleşmesi ile çalışacaklarına ilişkin yapılan kanuni düzenleme<sup>[68]</sup> üzerine sözleşmenin yenilenmemesi işlemine karşı Danıştaya yapılan başvuruda Yüksek Mahkeme, belli hükümlerin iptali için Anayasa Mahkemesine gitmiştir. Anayasa Mahkemesi ilgili konu hakkında yapmış olduğu değerlendirmede, yükseköğretimin devlet eliyle gerçekleştirilmesi gereken bir kamu hizmeti olduğunu, bu nedenle Anayasa koyucunun üniversitelere özel bir önem atfettiğini ve bu kapsamda devlet üniversitesi veya vakıf üniversitesi ayırımına gitmeksizin bilimsel ve yönetsel özerklik tanındığını ifade etmiştir. İlgili kurumlarda görev icra eden öğretim üyelerinin bilimsel özerklik içerisinde faaliyetlerini yürütebilir olmaları, yayın üretebilmeleri bu özerklik sayesinde ortaya çıkabilecektir. Bu kapsamda, öğretim üyeleri ile üniversite ve mütevelli heyeti arasındaki ilişkinin özel hukuk ilişkisi kapsamında değerlendirilmesi, üniversitelerin özerkliğinin

sonucunda aleyhine karar verildiğini, davanın paylı mülkiyet hakkının kullanımından kaynaklanan bir uyuşmazlık niteliğinde olduğunu, dolayısıyla bireysel başvuruda bulunma hakkının da bulunduğunu, başvuruçunun kamu gücünü kullanan kamu tüzel kişisi olarak değerlendirilemeyeceğini, vakıf üniversitelerinin kanun gereği kamu tüzel kişisi addedilmesinin her faaliyetinde kamu gücünü kullandığı anlamına gelmeyeceğini, kamu gücünün kullanılmadığı durumlarda özel hukuk tüzel kişisi olarak değerlendirilmesi gerektiğini...” iddia etmektedir. Yüksek Mahkeme aynı kararda, temel hak ve hürriyetlerin kamu gücü kullanımı sonucunda ihlal edildiğini düşünen herkesin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu ile başvurabileceklerini dile getirerek kimlerin de bireysel başvuru yolunu kullanamayacaklarının mevzuatta düzenlenmiş olduğunu belirtmektedir. Buna göre, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yolunu kullanmaları mümkün değildir (6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 46. maddesinin 2. fıkrası). Bu çerçevede Yüksek Mahkeme, “kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine karşı tanınan bir yol olduğundan kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınması bu Anayasal kurumun hukuki niteliği ile bağdaşmamaktadır” demek suretiyle kamu tüzel kişiliği bulunan vakıf üniversitelerinin bireysel başvuru yolunu kullanamayacaklarını dile getirmiştir.

[68] 27/5/1959 tarih ve 7307 sayılı Orta Doğu Teknik Üniversitesi Kanunu.

sağlanması noktasında sıkıntı yaratabilecektir. Bu nedenle üniversiteyle öğretim üyesi arasındaki hukuki ilişkinin bir idari sözleşme olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre bir kamu kurumu tarafından yerine getirilen kamu hizmetleri ile veya bu hizmetlerin yerine getirilmesiyle ilgili alınan kararlar idari nitelik taşıyan kararlardır. İdarenin yerine getirmekle mesul olduğu asli ve sürekli kamu hizmetlerini yerine getiren çalışanlar ve bunlar hakkında tesis edilen işlemler, idari işlemler olup, idare hukuku kuralları ile düzenlenmiş olan kamu hukuku ilişkisinin varlığını ifade etmektedirler. Anayasa'da Danıştay'ın bir yüksek mahkeme olarak görevleri açık ve kesin bir biçimde çizilmiştir. Buna göre Danıştay'ın görev alanına giren bir anlaşmazlığın çözümünün adli yargı yerine bırakılması hususunda yasama organı tarafından takdir ve seçme hakkı ortaya koyulması olanaksızdır. Yüksek Mahkeme'ye göre, üniversite ile öğretim üyelerinin birbirleri arasındaki münasebetlerin ve bu kapsamda ortaya çıkan uyuşmazlıkların bir başka deyişle üniversitenin gerçekleştirmiş olduğu idari işlemlerin aleyhine açılacak davaların idari yargı yolunda sürdürülemeyeceğini ifade eden ve bu surette idari işlemlerin iptal edilmesinin önüne geçen herhangi bir hükmün Anayasa'ya uygun olması mümkün değildir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, ilgili kararında kamu hizmetini yerine getirenlerin bir bölümünün üniversitelerle olan ilişkisinde kamu hukuku kurallarına tabi olmasının ve diğer bölümünün de özel hukuk kurallarına göre idare ediliyor olmasının başlı başına bir eşitsizlik meydana getirdiği görüşündedir. Eşit durumda bulunan ve öğretim eğitim gereksinimlerini karşılamak üzere görevlendirilmiş kişilerin bir bölümünün farklı hukuk kurallarına tabi kılınmasının haklı bir nedeni yoktur ve gösterilemez. Yüksek Mahkeme kararın da özellikle belirtmektedir ki, üniversite öğretim üyelerinin; bilimsel çalışma ortaya koyabilmeleri, herhangi bir endişeye kapılmadan özgürce bilimsel faaliyetlerini yürütebilmeleri her şeyden önce mesleki güvencelerinin var olmasını gerektiren bir durumdur. Mesleğini kaybetme endişesi içinde olan bir öğretim üyesinin bilimin gereklerini özgürce yerine getiriyor olması farklı bir bakış açısıyla bu öğretim üyesinin bilimin gereklerini yerine getirmesinin beklenmesi mümkün gözükmemektedir<sup>[69]</sup>.

[69] Anayasa Mahkemesi, 25 Mayıs 1976 Tarih ve E.1976/1, K. 1976/28 Sayılı Kararı (<http://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1976/28>).

### III. SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİNE YÖNELİK LİTERATÜRDE YER ALAN FARKLI GÖRÜŞLER

Literatürde vakıf üniversitesi öğretim görevlilerinin hukuki statüsünü ele alan muhtelif çalışmalar olmakla birlikte, bunların bir kısmında üniversiteler ile öğretim görevleri arasında akdedilen sözleşmelerin “*idari hizmet sözleşmesi*” olduğu kabul edilmekte, bir kısmında ise “*iş sözleşmesi*” niteliğini taşıdığı kabul edilmektedir<sup>[70]</sup>. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’na göre, vakıf üniversitelerinde çalışacak yöneticiler ve öğretim görevlileri ile diğer personelin sözleşmelerini yapma, atama ve görevden alınmaları konusunda görevli makam mütevellî heyettir. Ancak gerek kanun ve gerekse diğer mevzuatta bu sözleşmenin niteliğine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu durum yargı kararlarında ve doktrinde birbirinden çok farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır<sup>[71]</sup>.

Literatür tarandığında idare hukukçularının ve iş hukukçularının konu hakkında farklı görüşleri olduğu ifade edilmelidir. Kimi idare hukukçularına göre idare ile öğretim görevlileri arasında akdedilen sözleşme idari hizmet sözleşmesi iken kimisine göre sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Aynı durum iş hukukçularının konu hakkında yapmış oldukları değerlendirmelerde de kendini göstermektedir.

Vakıf yükseköğretim kurumları ile öğretim görevlileri arasında akdedilen sözleşmenin idari sözleşme olduğu düşüncesinde olanlardan Gözler ve Kaplan’a göre, vakıf üniversitesi ile bu kurumda çalışan bir öğretim görevlisi arasında imzalanan sözleşme idari bir sözleşmedir. Bunun sonucu olarak aradaki ilişki idare hukuku ilişkisidir ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda değil idari yargıda çözümlenmesi gerekir<sup>[72]</sup>. Çınarlı ve Kiraz’a göre de, vakıf üniversitelerindeki öğretim görevlisi istihdam ilişkisinin hizmet

[70] Ahmet Kalafat, “Bir Danıştay Kararı Üzerine Vakıf Üniversitesi Akademik Personelinin Hukuki Statüsüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 13, Sayı 24, Güz 2013, s.149-172.

[71] Yalçın Bostancı ve Sevdü Bulun Toktaş, “Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 2020/479 E., 2020/626 K. Sayılı ve 26.10.2020 Tarihli Vakıf Üniversitesinde Çalışan Öğretim Üyesinin Alacak Talepli Açtığı Davanın “İdari Yargı” Yerinde Çözülmesi Gerektiğine İlişkin Verilen Kararın İncelenmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 3, 2021, s. 2659.

[72] Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 2022, *op. cit.*, s.430.

sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Yazarlara göre, Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararları, kamu tüzel kişileri tarafından bir kamu hizmetini yerine getirmek üzere yapılan sözleşmeleri, idari sözleşme olarak kabul etmektedir<sup>[73]</sup>. Yıldırım ve Samuray'a göre de gerek vakıf üniversiteleri gerekse devlet üniversiteleri tarafından yürütülen eğitim faaliyetleri, "genel idare esaslarına göre" yerine getirilmesi giderken kamu hizmetleridir. Vakıf üniversitesinde ya da devlet üniversitesinde görev yapan öğretim görevlilerinin yerine getirilmesi gereken zorunlu bir kamu hizmetini gerçekleştirdikleri düşünüldüğünde "asli ve sürekli" bir hizmeti yerine getirmiş oldukları kuşkusuzdur. Bu çerçevede üniversitelerinde görevli öğretim elemanlarının Anayasa'nın 128. maddesinde söz edilen memur ve diğer kamu görevlisi statüsünde olduklarının kabulü gerekmektedir<sup>[74]</sup>. Sever'e göre, vakıf üniversiteleri birer kamu tüzel kişisidir. Bu kurumlarda çalışan akademik personel Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli kamu hizmetlerini yerine getiren kamu görevlisi statüsündedirler. Bu kapsamda sözleşmeciler arasında kamu hukuku ilişkisi bulunmaktadır<sup>[75]</sup>. Literatürde, vakıf yükseköğretim kurumları ile öğretim elemanları arasında gerçekleşen sözleşmenin niteliği konusunda benzeri bir görüş Seçkin'e aittir. Yazara göre vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarının yerine getirdiği hizmetin bir kamu hizmeti olması hasebiyle, taraflar arasında imzalanan sözleşme idari sözleşme ve yerine getirilen hizmet kapsamında değerlendirme yapıldığında öğretim elemanları kamu görevlisi statüsündedir<sup>[76]</sup>. Yeşilyurt ve Güneş'e göre, vakıf üniversitelerindeki öğretim görevlileriyle üniversite arasında imzalanan sözleşmelerin iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi, ilgili sözleşme kapsamında yer alan öğretim elemanını işçi statüsüne sokacak ve bu şekilde

[73] Serkan Çınarlı ve Kiraz, Refik, "Vakıf Üniversitesi Personelinin Hukuki Statüsü ve Vakıf Tüzel Kişiliği Kaybı Durumunda Personele Yönelik Düzenleme Önerisi", in Durmuş Günay ve Ercan Öztemel (Ed.), *Uluslararası Yükseköğretim Kongresi: Yeni Yönelişler ve Sorunlar*, Ankara, Yükseköğretim Kurumu, 2011, s.1788.

[74] Turan Yıldırım ve Figen Samuray, *op. cit.*, s.91.

[75] Sever, *op. cit.*, s.1211.

[76] Sinan Seçkin, "Vakıf Yüksek Öğretim Kurumlarında Görev Yapan Personel Hakkında Ceza Soruşturması Yürütülmesi Usulü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 28, Sayı 1, 2022, s.77.



ortaya çıkan yorum, vakıf üniversitelerinin öğretim elemanlarının sağlanması noktasında devlet üniversitesi öğretim elemanlarıyla aynı hükümlere tabi olduğunu ifade eden Anayasa'nın 130. maddesindeki hükümle bağdaşırılığı ortadan kaldıracaktır<sup>[77]</sup>.

Giritli, Bilgen ve Akgüner'e göre, vakıf üniversiteleri kanunla kurulan kamu tüzel kişilikleri olması nedeniyle bu kurumların zilyetliğinde bulunan bina ve alanlar resmi alanlardır. Bu manada kurumlarda görev yapan akademisyenlerinde kamu hizmetini yürüten kişi olmaları hasebiyle kamu görevlileri oldukları ifade edilmelidir<sup>[78]</sup>.

Ulusoy ise, Anayasa'nın vakıf üniversitelerini sadece akademik konular, öğretim elemanlarının istihdamı ve güvenlik yönlerinden devlet üniversitelerinin hukuki statülerine tabi tuttuğunu dile getirerek bu kurumların zikredilen üç konu dışında kamu tüzel kişiliklerinin bulunmadığından bahsetmektedir. Bu manada yazara göre, bu üç alan dışında ilgili kurumların özel hukuk hükümlerine tabi olduklarını ve tıpkı KİT'ler gibi "çifte kimlikli" tüzel kişilik sahibi olduklarını dile getirmek gerekmektedir<sup>[79]</sup>.

İlgili kurumlar ile öğretim görevlileri arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi olduğu kanaatinde olan Çelik'e göre ise, vakıf yükseköğretim kurumları ile öğretim elemanı arasında yapılan sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilmesi durumunda, yönetime üstünlük tanınmış olacak ve iş güvencesinden yoksun bir meslek grubu ortaya çıkarılacaktır. Çünkü idari sözleşmelerde üstün yetkilerini kullanma kudretine sahip olan idare bu yetkisini her zaman kullanmak suretiyle çalışma koşullarını istediği zaman değiştirebilecek ve idari sözleşmeyi istediği bir anda sona edilebilecektir. Bu nedenle taraflar arasında akdedilmiş olan sözleşmenin iş sözleşmesi niteliği taşıdığını söylemek

[77] Nazile İrem Yeşilyurt ve Başak Güneş, "Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasında Kurulan Çalışma İlişkisinin Nitelenmesi Sorunu", in Kübra Doğan Yenisey (Ed.), *Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan*, İstanbul, Oniki Levha, 2019, s.968-969.

[78] İsmet Giritli, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, İstanbul, Der, 3. Baskı, 2003, s.442-447. 7

[79] Ulusoy, *op. cit.*, s.249.

gereklidir<sup>[80]</sup>. Başterzi'ye göre, vakıf üniversitesiyle öğretim elemanı arasındaki ilişki kamu hukuku kurallarına tabi olmayan, iş ilişkisinden kaynaklanan bir sözleşmedir. Bu noktada taraflar arasında gerçekleştirilen iş sözleşmesinin niteliği konusunda tartışma yapılabilir<sup>[81]</sup>. Benzeri bir görüş Göktaş tarafından dile getirilmektedir. Yazara göre sadece vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişisi olmaları ve kamu hizmetini yerine getirmeleri bu üniversitelerde görev alan kişilerin kamu hukukuna tabi oldukları sonucunu ortaya çıkarmaz. Her ne kadar sözleşmenin konusu kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olmuş olsa da, kamu tüzel kişileri tarafından yerine getirilen ve konusu kamu hizmetine ilişkin olan her sözleşmenin idari sözleşme niteliği taşıdığını söylemek güçtür. Bir sözleşmenin idare sözleşme olduğundan bahsedebilmek için kamu tüzel kişilerinin bu sözleşme kapsamında üstün ve ayrıcalıklı yetkililerinin olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasında yapılan sözleşmelerde üniversitelerin özel hukuk hükümlerini aşan yetkilerinin olduğunu söylemek güçtür. Bunun bir sonucu olarak taraflar arasında akdedilen sözleşmenin iş sözleşmesi olduğunu ve bu sözleşme kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıkların da adli yargıda çözümlenmesi gerektiğinin kabulü gerekmektedir.<sup>[82]</sup> Kılıçoğlu da vakıf üniversitelerinin devlet üniversitelerine göre daha serbestçe hareket edebilme imkanına sahip olduğunu ifade ederek, üniversiteyle öğretim elemanı arasında yapılan sözleşmenin serbestçe kararlaştırıldığını ve sözleşme kapsamında mütevellî heyetinin işveren olduğunu ifade etmektedir. Sözleşme yapma yetkisinin mütevellî heyetinde olmasının bir sonucu olarak bu sözleşmeyi sonlandırma yetkisinin de yine mütevellî heyetinde olduğunu ifade ederek, vakıf üniversiteleri ile akademisyenler arasında akdedilmiş olan sözleşmenin iş sözleşmesi olduğunu ve sözleşmeden kaynaklanan

[80] Nuri Çelik, “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarıyla Yapılan Sözleşmelerin Hukuki Niteliği Konusundaki Uyuşmazlık Mahkemesi ve Diğer Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s.14-15.

[81] Fatma Başterzi, “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanı ile Yapılan Sözleşmenin Hukuki Niteliği ve Bazı Yargısal Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme”, in *Sarper Süzeye'ye Armağan*, İstanbul, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2011, s.1301-1316.

[82] Göktaş, *op. cit.*, s.617.

uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>[83]</sup>. Vakıf üniversiteleriyle akademisyenler arasında akdedilen sözleşmelerin iş sözleşmesi olduğunu düşünen farklı bir yazar ise Kabakcı'dır. Yazara göre, nasıl ki vakıf yükseköğretim kurumlarında görev icra eden öğretim elemanı dışındaki kişilerle yapılan sözleşmeler kapsamında çalışanların 2547 sayılı Kanun kapsamındaki akademik güvencelerden yararlanması mümkün değil ve bu kişiler 4857 sayılı Kanun hükümlerine tabi iseler, ilgili kurumlarda çalışan akademik personel ile kurulan ilişki de 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.<sup>[84]</sup> Literatürde farklı bir görüş Demircioğlu ve Kaplan tarafından dile getirilmektedir. Buna göre, aynı konuda çok farklı yargı kararları mevcut olup, bu kararların mümkün olduğunca uyumlu bir şekilde yorumlanması gerekmektedir. Vakıf üniversiteleri ile akademisyenler arasında akdedilen sözleşmelerin niteliği konusunda bir yasal düzenleme yapılana kadar; atama, yükselme, disiplin ve göreve son verme konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıklar bakımından idari yargı; ücret ve diğer maddi haklar bakımından ortaya çıkan uyuşmazlıklar bakımından ise adli yargı yerlerinin görevli olduğu kabul edilmelidir<sup>[85]</sup>.

## SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Eğitim konusunda belirlenmiş olan Anayasal hedeflerden biri bilimsel özerklik çerçevesinde yükseköğretim kurumlarının faaliyetlerini sürdürmesidir. Birçok yüksek mahkeme kararında da ifade edildiği üzere bilimsel özerklik olmaksızın üniversitelerin faaliyetlerini yerine getirmesi mümkün değildir. Bu konuda devlet tarafından kurulan üniversiteler ile vakıflar tarafından kurulan üniversiteler arasında herhangi bir farklılık mevcut değildir. Bu

[83] Mustafa Kılıçoğlu, "Vakıf Üniversitelerinde Çalışma İlişikisine Son Verilen Öğretmen Limanlarının Yargı Yolu Sorunu", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, s.227-230.

[84] Mahmut Kabakcı, "Vakıf Yükseköğretim Kurumu Öğretim Elemanlarının Tarafı Olduğu Davalarda Yargı Yolu" in Kübra Doğan Yenisey (Ed.), *Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan*, İstanbul, Oniki Levha, 2019, s.419.

[85] Murat Demircioğlu ve Hasan Ali Kaplan, "Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 21.5.2012, 5.11.2012 ve 24.12.2012 Tarihli Kararları Işığında Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapmakta Olan Öğretim Üyeleri ile Üniversiteler Arasındaki Sözleşmelerin Hukuki Niteliği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, s.78.

manada vakıf üniversiteleri tarafından yürütülen eğitim hizmetinin de devlet üniversitelerinin yürüttüğü hizmet ile aynı niteliğe sahip olduğu söylenebilir.

Anayasa'nın 130. maddesinin son fıkrasında, “*Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabidir*” denilerek vakıf üniversitelerinin mali ve idari konular dışındaki alanlarda devlet üniversiteleriyle aynı hükümlere tabi olduğu vurgulanmıştır. Bunun yanında vakıf üniversitesinde çalışan akademisyenlerin özlük hakları ile ilgili 15.04.2020 tarih ve 7243 sayılı Kanun'un<sup>[86]</sup> 11. maddesi ile 2547 sayılı yasanın Ek 8. maddesine şu fıkra eklenmiştir: “*Vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarına, unvanlarına göre Devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen ücret tutarından az ücret verilemez. Bu fıkra kapsamında Devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen emsal ücretin hesaplanmasında ilgili mevzuat uyarınca aylıklara ilişkin hükümlerin uygulandığı kadroya bağlı ödemeler dikkate alınır*”. Bu değişiklik vakıf üniversitelerinde görev yapan akademisyenlerin asgari maaş düzeyinin devlet üniversitelerindeki kadrolara eş hale getirilmesini sağlamıştır. Bu durum mali açıdan akademisyeni koruyan bir düzenleme teşkil ettiği gibi aynı zamanda da mali konularda da vakıf üniversitelerini bağlayıcı bir kanuni düzenleme niteliğindedir.

Çalışmada ele aldığımız mahkeme kararlarının birçoğunda görülmektedir ki, vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliklerinin bulunmasının temel amacı kamu yararına yönelik faaliyetleridir. Bu çerçevede faaliyet konuları kamu hizmeti teşkil eden vakıf üniversitelerinde görev yapan akademisyenler de kamu görevlisi olup kamu hukukuna tabidirler. Dolayısıyla tarafların imzaladıkları sözleşmeler idari hizmet sözleşmesi niteliğindedir. Taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümünde görevli ve yetkili yargı yeri idare mahkemeleridir. Bu durum Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi ve her ne kadar içtihadı konusunda değişikliğe gitmiş olsa da Yargıtay'ın ilgili dairelerinin muhtelif kararlarında görülmektedir.

Yargıtay'ın görevli ve yetkili yargı merciinin adli yargı olduğunu belirttiği kararlarında sözleşmenin niteliği konusunda “4857 sayılı İş Kanunu'nun

[86] 17 Nisan 2020 tarihli ve 31102 sayılı Resmi Gazete'de 7243 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

11. maddesi bağlamında belirli süreli olma özelliğini koruduğu ve bu sebeple davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı kanaatine varılmıştır<sup>[87]</sup> yorumu yapılmıştır. Akademisyen ile üniversite arasında akdedilmiş sözleşmenin niteliğinin bu şekilde ifade edilmesi her eğitim dönemi için belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceği anlamına gelir ki bu akademisyenin mevsimlik işçi statüsünde çalıştırılabileceği sonucunu doğurur. Bu durum hiç kuşkusuz Anayasa'nın 130. maddesinde yer alan “*Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabidir*” hükmünün vakıf üniversiteleri bakımından uygulanması zorlaştıracak ve hatta ortadan kaldıracaktır.

Burada üzerinde durulması gereken farklı bir husus da denetimi idari yargının yapmasıyla adli yargının yapması arasındaki temel farklılığın ne olduğudur. İfade etmek gerekir ki, özel hukuk sözleşmelerinin temelinde tarafların irade serbestliği ve irade muhtariyeti söz konusudur. Buna göre, bir vakıf üniversitesi mütevelli heyetinin, öğretim üyesi ile akdetmiş olduğu sözleşmenin sonlandırılması ya da süresi biten bir sözleşmeyi uzatmama konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olması gibi bir durum ortaya çıkabilecektir.

Eğitim anayasal bir kamu hizmeti olmasının hasebiyle Anayasa'da ve ilgili diğer mevzuatta düzenlenmiş kurallar çerçevesinde yerine getirilmesi gereken bir kamu hizmetidir. İş ve işleyişi idare hukuku esasları çerçevesinde yerine getirilen, idari eylem veya işlem ortaya koyan bir vakıf üniversitesinin, akademisyenler ile imzalamış oldukları sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargı yerlerinde çözümlenmesi gerektiğini söylemek, sunulan anayasal kamu hizmetinin öneminin göz ardı edilerek konunun sadece işçi işveren ilişkisi çerçevesinde değerlendirilmesi gibi bir neticeye sebep olacaktır. Anayasa Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği üzere<sup>[88]</sup> idari yargının, adli yargıdan ayrı bir bağımsız bir mahkeme olarak kabul edilmesinin temel nedeni kamu hizmetlerini yerine getiren idarelerle

[87] Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 11 Temmuz 2018 Tarih ve E. 2017/43716, K. 2018/17485 Sayılı Kararı (www.hukukturk.com.tr).

[88] Anayasa Mahkemesi, 25 Mayıs 1976 Tarih ve E.1976/1, K. 1976/28 Sayılı Kararı (https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1976/28).

vatandaşlar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların yapısındaki özellik, ilgili uyuşmazlıkların giderilmesi konusunda başvurulacak kuralların hukuki ve teknik bir nitelik taşıması, ilgili hukuk dalları arasında büyük bir bünye, esas ve prensip farkının var olması ve idare tarafından gerçekleştirilmiş olan işlemlerin idare hukuku alanında uzmanlaşmış, bilgi ve tecrübe sahibi olmuş hakimlerle denetlenmesinin mümkün kılınmasıdır.

Adli yargı tarafından yerine getirilen hizmetler, ilgili uyuşmazlığın tarafları arasındaki uyuşmazlığın bir diğer deyişle haksızlığın giderilmesi ve ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi olarak ifade edilebilir. Ancak idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların giderilmesi noktasında başvuru idare hukuku kuralları, asıl olarak idarenin, hukuk alanında kalmasını sağlamaktır. İdari yargı, idare tarafından gerçekleştirilmiş olan işlemin veya eylemin; yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden denetlemek suretiyle idarenin gerçekleştirmiş olduğu işlemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi yoluyla idareyi hukuk alanı içerisinde kalmaya zorlamaktadır.

Bu çerçevede, bir üniversiteyle akademisyen arasında imzalanan sözleşmenin sonlandırılmasının veya uzatılmamasının salt özel hukuk hükümleri çerçevesinde ve özel hukuk tekniği bakımından değerlendirilmesi ve bu suretle bir karara varılması, yerine getirilen kamu hizmetinin niteliği ile uyuşmamaktadır. Unutmamak gerekir ki, mesleki güvenceden endişe etmek suretiyle ya da görevine son verileceğinden veya sözleşmesinin uzatılmayacağından kuşku duyan ve böylece kendisini sürekli tedirgin hisseden bir öğretim üyesinin araştırmalarını ve faaliyetlerini bilimsel özerklik kuralları çerçevesinde yerine getirebiliyor olması güçtür.

Akademisyen ile üniversite arasındaki ilişkinin idare hukuku ilişkisi olduğu ve taraflar arasında akdedilmiş olan sözleşmenin bir idari hizmet sözleşmesi olduğu kabul edildiğinde bu sözleşmenin sonlandırılması ya da yenilenmemesi şeklinde tesis edilen bir idari işlemin iptali başvurusu söz konusu olabilecek ve iptal edilmesi gibi bir durum ortaya çıktığında, sakat idari işlemin yapıldığı günden itibaren hüküm ifade etmemiş olması söz konusu olacaktır. Bir başka deyişle, ilgili idari işlemin iptal edilmiş olması, idarenin iptal edilen idari işlemde önce mevcut olan durum neyse o duruma geri dönülmesi sonucunu ortaya çıkaracaktır. Bu da idarenin ya da idare adına işlem yapma noktasında görevli olanların bir işlem tesis ederken daha dikkatli davranması gerektiği konusunda bir baskı ortaya çıkaracaktır.

Yükseköğretim kurumları, Anayasa'nın 130. maddesinde düzenlenmiş olan kurallar çerçevesinde ve kanunda gösterilen usul ve esaslara göre faaliyetlerini yürüten kurumlardır. Anayasa'nın ilgili maddesi lafzından da anlaşılacağı üzere devlet üniversiteleriyle vakıflar tarafından kurulan üniversiteler arasında herhangi bir farklılık söz konusu değildir. Hal böyleyken, aynı kamu hizmetinin yerine getiren görevlilerin bir bölümünün üniversiteyle olan ilişkisinin kamu hukuku ilişkisi olması ve diğer bölümünün de üniversiteyle olan ilişkisinin özel hukuk hükümlerine tabi kılınması başlı başına bir eşitsizlik durumu meydana getirecektir. Sonuç olarak, vakıf üniversitelerinde çalışan akademisyenler, uygulamada hukuki statüleri, iş güvencesi ve uyuşmazlıkların çözümünde gidilecek yargı yolu gibi konularda problemler yaşamaktadır. Bu problemlerin giderilmesi için tüm akademisyenlerin hukuki statülerini belirleyen tek bir yasal metnin oluşturulması, yorum farklılıklarını ortadan kaldıracak ve akademik faaliyetlerin Anayasa'da ifade edilen şekliyle yerine getirilmesine katkı sağlayacaktır.

Bu noktada tekrar belirtmek gerekir ki Anayasanın 130. maddesinde ifadesini bulan, “*Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabidir*” hükmüne, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun Ek Madde 8'de yer alan, “*Vakıfça kurulacak yükseköğretim kurumlarındaki akademik organlar, Devlet yükseköğretim kurumlarındaki akademik organlar gibi düzenlenir ve onların görevlerini yerine getirir. Öğretim elemanlarının nitelikleri Devlet yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının niteliklerinin aynıdır. Devlet yükseköğretim kurumlarında çalışmaları yasaklanmış veya disiplin yoluyla bu kurumlardan çıkarılmış kişiler, vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alamazlar*” hükmüne, 31.05.2005 tarih ve 26040 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanarak yürürlüğe giren Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin, “*Öğretim Elemanları*” başlığını taşıyan 23.maddesinin ikinci fıkrasında<sup>[89]</sup> yer alan “özlük hakları” ibaresinin, Danıştay'ın Sekizinci Dairesinin 29/4/2011 tarihli ve E.2008/8234, K.2011/2452 sayılı kararı ile iptal edilmiş olmasına ve öğretim elemanlarının

[89] 2. Fıkra “*Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır*” şeklindedir.

alacakları ücretlere ilişkin yine 2547 sayılı Kanununda ek madde 8’de yer alan, “*Vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarına, unvanlarına göre Devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen ücret tutarından az ücret verilemez. Bu fıkra kapsamında Devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen emsal ücretin hesaplanmasında ilgili mevzuat uyarınca aylıklara ilişkin hükümlerin uygulandığı kadroya bağlı ödemeler dikkate alınır*” hükmü gibi akademisyenlerin maaşının belirlenmesi gibi mali bir konuda bile yasal düzenleme olmasına rağmen, uygulamada zaman zaman adli yargı yerlerinin vakıf üniversiteleri ile akademisyenler arasındaki sözleşmenin niteliğini 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Bu durum yüksek yargı kararları ile çözümlenmiş ve çoğunlukla sözleşmenin niteliği idari sözleşme olarak kabul edilmiş olsa da üniversitelerdeki akademik unvan ve görevlerin tek bir kanun ile düzenlenmesi yürütülen kamu hizmetinin anayasal çizgide yerine getirilmesi bakımından önemli görülmektedir.



## KAYNAKÇA

- Akkurt, Sinan Sami, Kemal Erdoğan ve Hüseyin Tokat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Seçkin, 4. Baskı, 2021.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Savaş, 9. Baskı, 2018.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer, ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. Ankara, Savaş, 13. Baskı, 2021.
- Başterzi, Fatma, “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanı ile Yapılan Sözleşmenin Hukuki Niteliği ve Bazı Yargısal Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme”, in *Sarper Süzek'e Armağan*, İstanbul, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2011, s.1301-1316.
- Bostancı, Yalçın ve Sevede Bulun Toktaş, “Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2020/479 E., 2020/626 K. Sayılı ve 26.10.2020 Tarihli Vakıf Üniversitesinde Çalışan Öğretim Üyesinin Alacak Talepli Açtığı Davanın “İdari Yargı” Yerinde Çözümlemesi Gerektiğine İlişkin Verilen Kararın İncelenmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 3, 2021, s. 2657-2678.
- Çelik, Nuri, “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarıyla Yapılan Sözleşmelerin Hukuki Niteliği Konusundaki Uyuşmazlık Mahkemesi ve Diğer Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s.3-16.
- Çınarlı, Serkan ve Kiraz, Refik, “Vakıf Üniversitesi Personelinin Hukuki Statüsü ve Vakıf Tüzel Kişiliği Kaybı Durumunda Personele Yönelik Düzenleme Önerisi”, in *Durmuş Günay/Ercan Öztemel (Ed.), Uluslararası Yükseköğretim Kongresi: Yeni Yönelişler ve Sorunlar*, Ankara, Yükseköğretim Kurumu, 2011, s1783-1789.
- Demircioğlu, Murat ve Hasan Ali Kaplan, “Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 21.5.2012, 5.11.2012 Ve 24.12.2012 Tarihli Kararları Işığında Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapmakta Olan Öğretim Üyeleri İle Üniversiteler Arasındaki Sözleşmelerin Hukuki Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15, Özel Sayı, 2013, s.78.s.51-80
- Duran, Allı Yeşilyurt, “İdari Hizmet Sözleşmesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XII, Sayı 1, 2017, s.115-153.

- Giritli, İsmet, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, İstanbul, Der, 3. Baskı, 2003
- Göktaş, Seracettin, “Vakıf Üniversiteleri İle Öğretim Elemanları Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 1, Mart 2021, s.581–621.
- Gözübüyük, A.Şeref, ve Turgut Tan. *İdare Hukuku*. Ankara, Turhan, 7. Baskı, 2010, c.I.
- Gözler, Kemal ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukukuna Giriş*, Bursa, Ekin, 24. Baskı, 2018.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Bursa, Ekin, 2019.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*, Bursa, Ekin, 3. Baskı, 2019, c.II.
- Gözler, Kemal, ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin, 2023.
- Gözler, Kemal, ve Gürsel Kaplan *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin, 2022.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj, 10. Baskı, 2013.
- Hatemi, Hüseyin ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hüküm*, İstanbul, Vedat, 4. Baskı, 2017.
- İnan, Ali Naim ve Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 4. Baskı, 2014, s.163.
- Kabakcı, Mahmut, “Vakıf Yükseköğretim Kurumu Öğretim Elemanlarının Tarafı Olduğu Davalarda Yargı Yolu” in Kübra Doğan Yenisey (Ed.), *Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan*, İstanbul, Oniki Levha, 2019, s.389-428.
- Kalafat, Ahmet, “Bir Danıştay Kararı Üzerine Vakıf Üniversitesi Akademik Personelinin Hukuki Statüsüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 13, Sayı 24, Güz 2013, s.149-172.
- Kaplan, Gürsel, ve Kemal Gözler, *İdare Hukukuna Giriş*, Bursa, Ekin, 2018.
- Kılıçoğlu, Mustafa, “Vakıf Üniversitelerinde Çalışma İlişkinine Son Verilen Öğretmen Limanlarının Yargı Yolu Sorunu”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, s.209-232.

- Odyakmaz, Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 1998.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, 1966, c.III.
- Reisoğlu, Sefa, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 25. Baskı, 2014.
- Seçkin, Sinan, “Vakıf Yüksek Öğretim Kurumlarında Görev Yapan Personel Hakkında Ceza Soruşturması Yürütülmesi Usulü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 28, Sayı 1, 2022, s. 62-98.
- Sezginer, Murat, “4502 Sayılı Kanun’a Göre Türk Telekom Personelinin Hukuki Durumu.” *Türk Hukuk Dünyası*, Sayı 2, Ekim 2000, s.47-67.
- Sezginer, Murat, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 2, 2013, s.1589-1622.
- Sever, Çiğdem, “Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 14, Sayı 159, Mart 2016.
- Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 9. Baskı, 2020.
- Tekinsoy, M. Ayhan, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 55, Sayı 2, Eylül 2006, s.181 227.
- Ulusoy, Ali Dursun, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Ankara, Yetkin, 2. Baskı, 2019.
- Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, İstanbul, Beta, : Beta Yayınları, 2. Baskı, 2010.
- Yeşilyurt, Nazile İrem ve Başak Güneş, “Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasında Kurulan Çalışma İlişkisinin Nitelenmesi Sorunu”, in Kübra Doğan Yenisey (Ed.), *Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan*, İstanbul, Oniki Levha, 2019, s.943-972.

Yıldırım, Turan ve Figen Samuray, “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Statüsü”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, Haziran 2010, s.81-95.

### **İNTERNET KAYNAKLARI**

YÖK, “*Yükseköğretim Bilgi Yönetim Sistemi*” Ankara, <https://istatistik.yok.gov.tr>.

[www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

[www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr](http://www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr)

[www.hukukturk.com.tr](http://www.hukukturk.com.tr)

[www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)

[www.jurix.com.tr](http://www.jurix.com.tr)

# Haksız Fiil Sonucu Şahıs Varlığı Zararları

H. Sena AKKIŞLA\*

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Dr. Öğr. Üyesi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, dr.av.hasibesenaakkisla@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-0478-5904.

**Makale geliş tarihi:** 15 Mart 2024 **Makale kabul tarihi:** 6 Eylül 2024

**Atıf önerisi:** Akkişla, H. Sena, “Haksız Fiil Sonucu Şahıs Varlığı Zararları”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 4, Ekim 2024, s. 49-103. **DOI:** 10.30915/abd.1453196.

## HAKSIZ FİİL SONUCU ŞAHIS VARLIĞI ZARARLARI

### ÖZ

İnsanların medeni topluluklar kurması, sivil hayatın gelişmesi hukuk kurallarının bu toplumu koruması ve şekillendirmesi ile mümkündür. Toplumu oluşturan en küçük hukuki değer kişidir ve hukuk kurallarının amacı kişinin korunması, gelişmesindeki yolun hukuken düzenlenmesidir. Haksız fiil sorumluluğu borç doğuran hukuki bir yapıdır ve kişinin korunması ile yakından ilgilidir. Haksız fiil sonucu oluşan zararın bir çeşidini kişi varlığına yönelik zarar oluşturur. Kişi ve kişilik hakları hukuken korunan değerlerdir ve bu değerlere ilişkin menfaatlerin hukuka aykırı eylemlere karşı korunması üzerine Türk Borçlar Kanunu içerisinde düzenlemeler yer almaktadır. Çalışma içerisinde hukuka aykırı eylemlere karşı kişilik haklarının korunması ele alınmıştır. Şahıs varlığının korunmasına dair Türk Hukuk doktrinin tartışmalarına yer verilmiştir. Kişinin sahip olduğu maddi ve manevi değerlerin hukuka aykırı eylemler ile zarar görmesi sonucunda hukuka aykırı eylemi gerçekleştirerek zarara sebep olan kişinin sorumluluğu söz konusudur. Haksız eylem sonucunda doğan zarar maddi bir zarar ya da manevi bir zarar olabilir. Haksız eylem sorumluluğunda kusurun ispatlanması, illiyet bağının kurulması, tazminat türünün belirlenmesi gereklidir.

**Anahtar Kelimeler:** borçlar hukuku, haksız fiil, şahıs varlığı zararı, zarar, tazminat.

## PERSONAL PROPERTY DAMAGES AS A RESULT OF TORT

### ABSTRACT

The establishment of civilised societies and development of civil life is possible through protection and shaping of this society by rules of law. The smallest legal value constituting society is person and purpose of rules of law is protection of person and legal regulation of path of development. Tort liability is a legal structure that creates a debt and is closely related to protection of person. One type of damage caused by wrongful act is damage to existence of person. Person and personal rights are legally protected values and there are regulations in Turkish Code of Obligations on protection of interests related to these values against unlawful acts. In this study, protection of personality rights against unlawful acts is discussed. The discussions of the Turkish Law doctrine on protection of personal property are included. As a result of damage to material and moral values of person by unlawful acts, responsibility of person who causes damage by performing unlawful act is in question. The damage arising as a result of wrongful act may be a material damage or a moral damage. In liability for wrongful acts, it is necessary to prove fault, establish causal link and determine type of compensation.

**Keywords:** law of obligations, tort, personal property damage, damage, compensation.

## GİRİŞ

Haksız fiil sonucu malvarlığı zararlarının haricinde şahıs varlığı zararının oluşması mümkündür. Şahıs varlığı hukuken korunan maddi ve manevi bütünlükten oluşmaktadır. Hukuka aykırı eylemler ile bu maddi ve manevi yapıya zarar verilebilir. Çalışmamız içerisinde şahıs varlığının uğradığı zararlar ele alınmış ve zararın tazmin edilmesi incelenmiştir. Günümüzde gelişen teknoloji ve yenilik karşısında kişi haklarının korunması kapsamında hukuka aykırı eylemlerin şahıs varlığına zararları ve sonuçları güncel durum bakımından ele alınmalıdır. Kişi bir toplumu oluşturan en değerli varlığıdır. Hukukun bu değerlerin güvenliğini sağlamak ve gelişimini engelleyen unsurları azaltması gerekmektedir. Çalışma içerisinde bu hukuki korumayla ilgili düzenlemeler incelenmiş ve tartışmalar ele alınmıştır.

Şahıs varlığının korunması ile ilgili olarak tazminatın hesaplanması ve bunun ödenmesi de çalışmamızda yer alan bir diğer önemli bir konudur. Sorumluluk hukuku gereği ise verilen zararın tazmini gereklidir. Şahıs varlığının uğramış olduğu maddi değerlerin zarar görmesi karşılığında maddi tazminat ve destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilir.

Şahıs varlığının manevi değerlerin zarar uğraması halinde manevi tazminata hükmedilir. Tazminatın belirlenebilmesi için gereken unsurların bir arada bulunması gereklidir. Öncelikle bu zararların ispatlanması ve bu davaların belli bir süre zarfı içerisinde açılması şarttır. Bununla birlikte maddi zararların hesaplanabilmesi bakımından daha kolay bir hesaplama yapılabilmektedir. Maddi kayıpların bedeli, yoksun kalınan kazanç ve destek miktarı durum ve koşullara göre hesaplanabilir. Özellikle destekten yoksun kalma zararlarının tespitinde bilimsel veri çalışmaları olarak PMF, CSO veya TRH tablolarından yararlanılacaktır<sup>[1]</sup>.

Manevi zararın hesap edilebilmesi ve para ile ölçülmesi güç değerlerin parasal bir ölçüte bağlanabilmesi kolay değildir. Mobbing başta olmak üzere hukuka aykırı olarak bir kimsenin maruz kaldığı psikolojik tacizlerin,

[1] Ortalama yaşam süresinin hesaplanması üzerine kadın-erkek ve yaş tablolarına ilişkin olarak hazırlanan bilimsel ölçüt kriterleridir. PMF (Population Masculine et-Feminine) yaşam tablosu, iş göremezlik ve destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanırken ölçüt alınan bir hesaplama tablosudur. CSO (Commissioners Standard Ordinary) ve TRH (Türkiye Kadın-Erkek Hayat Tablosu) diğer yararlanılan yaşam tablolarıdır. Yargılama aşamasında bu tablolar tazminatın hesaplanmasında kullanılmaktadır.



manipülasyonların ya da almış olacağı diğer manevi değerlerinin zararlarının her kişide subjektif bir ölçüde olacağı kabul edilmektedir. Bu da yargılamada hâkimin takdir yetkisinin ve somut durumun koşullarının yapılacak hesaplamada etkili olacağını göstermektedir. Çalışma içerisinde Alman Medeni Kanunu ve şahıs varlığının zararlarına ilişkin olarak değerlendirme yapılmıştır. Alman Medeni Kanunu şahıs varlıkları bakımından Türk-İsviçre Hukuku ile anlayış farklılıklarına sahiptir. Bu farklılıklar incelenmiştir.

## I. HAKSIZ FİLDEN DOĞAN ZARARLAR

Haksız fiil hukuku birbiri içine geçmiş ve çok karmaşık yapıdan oluşan hukuki bir kavramdır. Öncelikle haksız fiil dolayısıyla sorumluluğun varlığı oluşmalı ve sorumluluğun kapsamı belirlendikten sonra haksız fiil sonucu oluşan zararlar değerlendirilmelidir. Haksız fiil sorumluluğu 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda m. 41 ile düzenlenmiş, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>[2]</sup> 49. maddesi ile revize edilmiştir. TBK m. 49/I'e göre *“kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür”*. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise *“zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür”*. Düzenlemeye kaynaklık eden İsviçre Borçlar Kanunu m. 41'dir. Bu yasal düzenlemeler doğrultusunda tazminat sorumluluğunun doğması için hukuka aykırı bir eylemin gerçekleşmiş olması ve bundan kaynaklanan bir zararı varlığı aranmaktadır.

Alman Medeni Kanun'unda haksız fiilden kaynaklanan zarar kavramı geniş anlamda tanımlanmaktadır, böylece kişinin malvarlığı ve şahıs varlığı zararları bir bütün içerisinde değerlendirilmektedir<sup>[3]</sup>. Hukuka aykırı bir

[2] 11.01.2011 tarihinde 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.

[3] Franz Gschnitzer, “Schadenersatz, Besonderer Teil”, In *Schuldrecht Besonderer Teil Und Schadenersatz*, 1963, s.169–202, s.170; Gerhard Wagner, “Schadenersatz bei Tötungen und Angehörigenschmerzensgeld-Die Rückständigkeit des deutschen Rechts”, *JuristenZeitung*, 2015, Cilt 72, Sayı 18, s.870; J. B. M. Vranken, “Einführung in Das Neue Niederländische Schuldrecht: Teil II: Das Recht Der Unerlaubten Handlung, Schadenersatz-Und Bereicherungsrecht”, *Archiv Für Die Civilistische Praxis*, Cilt 5, 1991, s.411–32, s.412; Gunter Maier, *Schadenersatz Bei Tötung Oder Verletzung Der Im Haushalt Tätigen Oder Im Beruf Oder Geschäft Des Mannes*

eylem sonucunda şahıs varlığına ve malvarlığına verilen zararlar maddi ve manevi zarar olarak gruplandırılmakta tazminat buna göre hesaplanmaktadır. Türk Borçlar Kanun, haksız fiil hükümlerini İsviçre Borçlar Kanunundan iktibas edilmiştir. Bu düzenlemeler haksız fiil hukukuna yönelik olarak kapsayıcı nitelik taşımaktadır.

Haksız fiil dolayısıyla sorumluluğunun unsurları TBK m. 49 düzenlemesine göre hukuka aykırı fiil, zarar, illiyet bağı ve kusurdur<sup>[4]</sup>. Haksız fiil sonucu tazminat talebinde bulunan kişinin bu unsurların varlığını ispatlaması gereklidir. Hukuka aykırılık kavramının geniş anlamda tanımı hukuk düzeni içerisinde özel hukuk ve kamu hukuku açısından yazılı

---

*Mitarbeitenden Ehefrau*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 1976, s.78; Hansgeorg Eckelmann ve Jürgen Nehls, *Schadenersatz Bei Verletzung Und Tötung*, Zurich, Verlag CHBeck, 1987, s.45.

- [4] Hukuka aykırılık; hukuk düzeninin kişilerin malvarlığını veya şahıs varlığını korumaya yönelmiş kurallara aykırı eylemlerdir. Haksız fiil ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Bir diğer deyişle, söz konusu haksız fiilin genel hayat tecrübesine, olayların normal akışına göre böyle bir zarara sebep olabilmesi, meydana gelen zarar ile arasında neden-sonuç ilişkisinin bulunması ve söz konusu illiyet bağının kesilmemiş olması gerekmektedir. Haksız fiil sorumluluğu için kişinin kusurunun ispatlanması önem arz etmektedir. Haksız bir fiille başkasına zarar veren kişinin kusurlu olması gerekmektedir. Kusur ilkesinin her zaman adalete ve toplumsal düşüncelere uygun sonuçlar meydana getirmedeğinden; kanun koyucu “kusursuz sorumluluk” başlığı altında kusuru bulunmasa bile bazı kişilerin de haksız fiil sonucu meydana gelen zarardan sorumlu olabileceğini düzenlemiştir. Gschnitzer, *Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz*, s.171; Wagner, “Schadenersatz bei Tötungen und Angehörigenschmerzensgeld-Die Rückständigkeit des deutschen Rechts”, *NJW*, Cilt 146, 2002, s.2049–64, s.2049; Vranken, “Einführung in das neue Niederländische Schuldrecht: Teil II: Das Recht der unerlaubten Handlung, Schadenersatz-und Bereicherungsrecht”, s.412; Maier, *Schadenersatz bei Tötung oder Verletzung der im Haushalt tätigen oder im Beruf oder Geschäft des Mannes mitarbeitenden Ehefrau*, s.78; Eckelmann ve Nehls, *Schadenersatz bei Verletzung und Tötung*, s.269; Paul Oertmann, *Die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht*, Berlin, Guttentag, 1901, s.45; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2018, s.60; Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, s.120; Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru Müterafik Kusur*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s.12; Emine Yağmur Balduğ, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Tazminatın Belirlenmesinde Müterafik Kusur”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 16, Sayı 166, 2020, s.1249–56, s.1249.

olan kaynakların ve yazılı olmayan normların oluşturduğu bütüne aykırı davranışları sonucunda oluşan fiildir şeklinde yapılabilir<sup>[5]</sup>. Dar anlamda hukuka aykırılık, adam öldürme, zilyetliğe müdahale, vücut bütünlüğüne zarar verme ya da kişiliğe zarar teşkil edecek harekette bulundurma gibi hukuken önem taşıyan normların yasa metni içerisinde spesifik olarak gruplanması şeklinde tanımlanabilir<sup>[6]</sup>.

Mutlak olarak oluşturulmuş haklardan herkese yüklenen ödevler açısından haksız fiil için konulmuş olan kurallar, mutlak haklardan birini korumak amacıyla bir davranış yükümü ihdas eden normların, her mutlak hak ihlalinin zaten hukuka aykırılık göstergesi olması nedeniyle hukuka aykırılığın varlığı açısından bir işlevinin olmadığı kabul edilmektedir<sup>[7]</sup>. Oysa mutlak hak ihlali olmaksızın meydana geldiklerinde herhangi bir korunmaya tabi olmayan salt malvarlığı zararları açısından bu normlar hukuka aykırılığın kurucu unsurlarıdır.

Haksız fiil sorumluluğu sonucunda oluşan zararın çeşitli türleri bulunmaktadır. Bunlar malvarlığı, şahıs varlığı, maddi, manevi, fiili, normatif, yansıma zarar, kazanç kaybı, doğrudan, dolaylı zararlardır. Malvarlığındaki azalma maddi zarar olarak kabul edilir. Maddi zarar, mal sahibinin iradesine aykırı olarak ve hukuka aykırı eylem sonucunda oluşan malvarlığındaki

[5] Baysal, *Zarar Görenin Kusuru Müterafik Kusur*, s.12-13; Şefika Deren Gündüz, “*Olumlu Zarar*”, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.46; Cihan Avcı Braun, “Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *AÜHFD*, Cilt 64, Sayı 1, 2015, s.37–64, s.38; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976, s.164; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, İstanbul, Yetkin Yayıncılık, 2021, s.420.

[6] Hamdi Yılmaz, “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur ‘Culpa In Contrahendo’ ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”, *Yargıtay Dergisi*, 1985, Cilt 11, Sayı 1-2, s.63; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.171; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s.421; Selahattin Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1993, s.96; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Turhan Kitapevi, 2020, s.189; Avcı Braun, “Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, s.40.

[7] Hüseyin Hatemi, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1994, s.22.

azalmaz. Ancak belirtmek gerekir ki malvarlığındaki her kayıp ya da eksilme bir zarar değildir, mal sahibinin iradesine uygun olarak bir azalma da mümkündür ancak bu zarar kapsamında değildir.

### A) TANIM

Haksız fiil sorumluluğu, hukuka aykırı bir eylem veya olay neticesi bir kimsenin uğramış olduğu zarardan doğan sorumluluğu ifade eder<sup>[8]</sup>. Haksız fiil hukuku bakımından tarafların sorumlulukları sözleşme hukukundan farklı biçimde değerlendirilir. Sözleşmede taraflar kendi iradeleri ile bir eylemde bulunup karar alırken ve bunun sonuçları bakımından sözleşmeden doğan sorumluluklarını yerine getirmeleri gerekirken, haksız fiil sorumluluğu bakımından bu şekilde bir ilişki kurulmamıştır. Haksız fiil sorumluluğu esasen özel bir kurumdur ve bu sorumluluk bir borç doğumuna sebep olmaktadır. Haksız fiil sorumluluğu kapsamında hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren ve zararın doğmasına neden olan kişi sorumlu olacaktır. Hukuka aykırı bir fiilin kusurlu olarak işleyen bir kimsenin bu fiilinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bir başkasına “zarar” vermiş olması gerekir.

Sorumluluk hukuku bakımından zararın tanımının ve kapsamının sınırlarının belirlenmesi onun bu alan içerisindeki önemini anlaşılmasını sağlar. Dar anlamda zarar, teknik anlamda bir kimsenin hukuka aykırı eylem sonucunda malvarlığında bir eksikliğe ve azalmaya uğramasıdır<sup>[9]</sup>.

[8] Haluk Nomer, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017, s.112 vd.; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler*, s.179; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2017, s.240; Bilgehan Çetiner, Andreas Furrer ve Markus Muller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s.305; Emel Badur, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiile İlişkin Hükümler Açısından Değerlendirilmesi”, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Sepozyumu*, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011, s.105–21, s.107.

[9] Kılıçoğlu, *Genel Hükümler*, s.283. Murat Topuz, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukuku’nda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2011, s.10. “*Bilindiği gibi dar anlamda zarar, “mal varlığının zararlandırıcı eylem sonucu düştüğü durum ile, bu eylem olmasa idi bulunacağı durum arasındaki fark” olarak tanımlanır. Bu tanıma giren zararlar fiili (eylemli-efektif) zararlardır. Oysa Borçlar Kanununun 41. maddesinde ifadesini bulan zarar, haksız eylem sonucu mal varlığında meydana gelen azalma (fiili-efektif zarar) ile birlikte, o haksız eylem sebebiyle malvarlığında meydana gelmesi engellenen çoğalmayı da kapsar. Haksız eylem ile engellenen bu çoğalma ise, malvarlığının zararlandırıcı davranış (eylem, olay olgu) dan sonraki durumu ile çoğalma ihtimali gerçekleşseydi ulaşacağı var*

Haksız eyleme maruz kalan kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme ya da azalmayı zarar olarak tanımlamak mümkündür. Geniş anlamda zarar, malvarlığı haklarının veya şahıs varlığı haklarının hukuka aykırı bir eylem sonucunda veya tarafların sözleşmeye aykırı davranması sonucunda doğan zararlardır<sup>[10]</sup>. Kişinin mal varlığı ve şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen zarar geniş anlamda zararı oluşturmaktadır<sup>[11]</sup>. Örneğin: Türk Medeni Kanunu m. 24 ve m. 25 doğrultusunda kişilik hakkının ihlal edilmesi ve şahıs varlığına saldırıda bulunulması haksız fiilin unsurlarının bulunması durumunda oluşan zararlar geniş anlamda zarar olarak değerlendirilir.

Zarar, esasen hukuka aykırı eylem dolayısıyla önceki ve sonraki durum arasındaki farkı açıklamaya çalışır. Zararın hesaplanmasında da kullanılan bir yöntem olarak fark teorisi bu anlamda açıklanmalıdır<sup>[12]</sup>.

---

*sayılan (farazi) durum arasındaki farktan oluşan kârı ifade eder*. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 18.12.1984 Tarih ve 9369/9456, Lexpere.

- [10] Gündüz, *Olumlu Zarar*, s.78; Avcı Braun, “Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, s.41; Mehmet Serkan Ergüle, “*Olumsuz Zarar*”, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2007, s.50; Sibel, Adıgüzel, “Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 3, Sayı 9, 2012, s.287; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s.562; Nomer, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler*, s.240.
- [11] Tahsin H. Gökcan, *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.30.
- [12] Hukuka aykırı bir eylem sonucunda oluşan bedensel zararın hesaplanması ve tazmin edilmesine yönelik olarak TBK m. 55 düzenlemesi bulunmaktadır. TBK m. 55 yeni bir düzenlemedir. 818 sayılı BK ve İsviçre Borçlar Kanununda düzenlenmemiştir. TBK m. 55/I'e göre “*destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilmez, zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile arttırılamaz veya azaltılamaz*”. TBK m. 55/II ise “*bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır*” düzenlemesini yapmıştır. Esasen uzman mahkemeler tarafından yapılacak bir incelemenin sağlıklı kararlar verebilmesi ve hakkı koruması bakımından bu düzenleme oldukça yerindedir. Kişiliğin korunması ve şahıs varlığının bir bütün

Nitekim Yargıtay'a göre de farkın belirlenmesinde prensip itibariyle olay anı esas alınır<sup>[13]</sup>. Bu teoriye göre hukuka aykırı eylem gerçekleşmemiş olsaydı malvarlığının içinde bulunduğu durum ya da şahıs varlığının bütünlüğü ve içerisinde bulunduğu durum ile hukuka aykırı eylem gerçekleştikten sonra oluşan durum arasındaki fark esasen zararı oluşturur<sup>[14]</sup>. Haksız fiilden dolayı sorumluluğun doğması için zararın varlığı şarttır. Zararı tespit edebilmek için kabul edilen fark teorisine göre, zarar, zararın oluşmasında etkisi olan haksız fiilden sonra malvarlığında meydana gelen fiili durum ile eğer o eylem hiç gerçekleşmemiş olsaydı var olacak farazi durum arasındaki farktan oluşmaktadır.

Malvarlığında gerçekte bir azalma olmasa dahi unsurları bulunması halinde zararın varlığı kabul edilmektedir<sup>[15]</sup>. Örneğin: haksız fiil sonucu aracı hasarlanan kimse, tamir süresince araç kiralamayıp ulaşım için hiç veya az miktarda masraf yapsa dahi onun lehine araç kiralsaydı yapacağı masrafa hükmedebileceği kabul edilmektedir. Hukukumuzda gerçek zarar ilkesi geçerli olup zarar gören ancak haksız fiil sebebiyle uğradığı gerçek zararın haksız fiil sorumlusundan isteyebilir. Hasarın giderilmesi için özel

olarak hukuki korumaya alınması bakımından mahkemenin yapacağı değerlendirme önem arz etmektedir. Mahkemelerin çalışma düzeni ve prensipleri bakımından bu tip davaların adli yargı içerisinde bir elde değerlendirilmesi ve yol gösterici kararlar vermesi kanun koyucunun amaçlarındadır.

[13] Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 30.09.2015 Tarih ve E. 2015/9795, K. 2015/17355 Sayılı Kararı; Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 07.02.2017 Tarih ve E. 2016/10407, K. 2017/682 Sayılı Kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 23.3.2010 Tarih ve E. 2009/4929, K. 2010/3231 Sayılı Kararı.

[14] Gündüz, *Olumlu Zarar*, s.78; Avcı Braun, "Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", s.43; Ergüle, *Olumsuz Zarar*, s.86; Andreas Von Tuhr ve Hans Peter, *Allgemeiner Teil Des Schweizerischen Obligationenrechts*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984, s.84; Hermann Becker, *Berner Kommentar*, Bern, Verlag Stampfli & Cie, 1945, Art.41 N.6; Haluk Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996, s.6; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.548; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.446; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.38.

[15] Kumru Kılıçoğlu, *Yansımaya Yoluyla Zarar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s.89. Ergüne, *Olumsuz Zarar*, s.86; Topuz, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukuku'nda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, s.77.

olarak işçi tutmayı kendi çalıştırdığı işçileri kullanan kimse, haksız fiil gerçekleşmeseydi dahi işçilerine ödeyeceği ücreti haksız fiil sorumlusundan talep edemez<sup>[16]</sup>.

## B) ÇEŞİTLERİ

Zararın çeşitleri vardır bunlar; fiili zarar, yoksun kalınan kar, şahsa verilen zarar, şeye verilen zarar, doğrudan zarar, dolaylı zarar, müspet zarar, menfi zarar, somut zarar, soyut zarar olmak üzere türlere ayrılmaktadır. Zarar bir eksilmedir ve haksız fiilin borç doğurmasının sebebi, doğan zararı giderme yükümlülüğünden kaynaklanır<sup>[17]</sup>. Doğrudan zarar nedensellik zinciri içinde hukuka aykırı davranışa doğrudan bağlanan zarardır. Buna karşılık dolaylı zararda, nedensellik zincirinde doğrudan zarara eklenen bir sebep sonucunda ek bir zarar meydana gelmektedir. Daha çok failin sorumluluğu sınırlamak için başvurulmuş bu ayırım günümüzde, İsviçre-Türk hukukunda büyük ölçüde terk edilmiş ve özellikle haksız fiillerde hukuka aykırı davranışla uygun nedensellik de terk edilmiş ve özellikle haksız fiillerde hukuka aykırı davranışla uygun nedensellik bağı içinde bulunan bütün zararın tazmini ilkesi benimsenmiştir<sup>[18]</sup>.

Haksız fiil sonucu malvarlığındaki aktifin azalması veya pasifin artması fiili zarardır. Hukuka aykırı eylem sonucunda malı tahrip olan veya yaralanan bir kimsenin tamir veya tedavi için masraf yapması veya aracı hasarlanan bir kimsenin tamir süresince ikame araç kiralaması, malvarlığındaki aktifin azalmasına yol açar. Fiili zarar içerisinde malvarlığındaki aktifin beklendiği şekilde artmaması da zarar olarak kabul edilir. Beklenen kazancın elde

[16] Yargıtay 7.Hukuk Dairesi, 24.01.2012 Tarih ve E. 2011/2287, K. 2012/296 Sayılı Kararı, Lexpera.

[17] Hakkı Mert Doğu, “Normatif Zararın Bir Çeşidi Olarak Ev İşlerini Yürüten Eşin Zararı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 28, Sayı 2, 2022, s.1138–54, s.1139; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, s.80; Hülya Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s.113; Osman Gökhan Antalya, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.112; Baysal, *Zarar Görenin Kusuru Müterafik Kusur*, s.12; Gündüz, *Olumlu Zarar*, s.59; Kılıçoğlu, *Yansıma Yoluyla Zarar*, s.115.

[18] Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s.70; Haluk, Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası, 1963, s.10.

edilmemesi de zarardır<sup>[19]</sup>. Mahrum kalınan kâr, elde edilebilecek bir kazançtan yoksun kalma anlamına gelmektedir. Kişinin elde edeceği kârdan mahrum kalması da zarar kapsamı içerisinde değerlendirilir. Örneğin: trafik kazası sonucu hasara uğrayan otobüsün sefere konulamaması nedeniyle uğranılmış olan zarar bu türdendir<sup>[20]</sup>. Zarar görenin, mahrum kalınan kâr çerçevesinde istisnai bir kazancı talep edebilmesi, bu kazancın elde edilebilmesinin çok muhtemel olduğu durumlarda söz konusu olur<sup>[21]</sup>. Fiili zarar, zarar görenin malvarlığının mevcut net durumunda iradesi dışında meydana gelen azalmaya denir<sup>[22]</sup>. Zarar veren fiil sonucunda malvarlığının mevcut miktarı ve değeri azalmaktadır<sup>[23]</sup>. Örneğin: trafik kazası sonucu hasara uğrayan otobüsün tamiri, yeniden sefere konulması için yapılan harcamalar ve bu kaza nedeniyle araçta meydana gelen değer azalması fiili zarardır. Malvarlığının mevcut miktarı ve değerindeki azalma; malvarlığının aktif kısmının azalması şeklinde olabileceği gibi, pasif kısmının artması şeklinde de olabilir.

Maddi zararın varlığı için, zarar verici eylemden önceki duruma nazaran eylemden sonra mal varlığında bir eksilmenin meydana gelmesi gereklidir<sup>[24]</sup>.

[19] Nomer, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler*, s.213. Antalya, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması*, s.113; Baysal, *Zarar Görenin Kusuru Müterafik Kusur*, s.13; Gündüz, *Olumlu Zarar*, s.60; Kılıçoğlu, *Yansıma Yoluyla Zarar*, s.115.

[20] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.40; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.527.

[21] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.527; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s.562. Damla Gürpınar, “Haksız Fiil Kaynaklı Zararların Tazmini Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Getirdikleri”, *İzmir Barosu Dergisi*, Sayı 2, 2012, s.254-271, s.254; Badur, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiile İlişkin Hükümler Açısından Değerlendirilmesi”, s.108.

[22] Gündüz, *Olumlu Zarar*, s.81; Baysal, *Zarar Görenin Kusuru Müterafik Kusur*, s.13; L. Müjde Kurt, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti,” *AÜHFİD*, Cilt 64, 2015, s.775-814, s.778; Çetin Arslan ve Mustafa Kırmızı, *Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s.117.

[23] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.526; Gümüş, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.567; Nomer, *Genel Hükümler*, s.176; Baysal, *Zarar Görenin Kusuru Müterafik Kusur*, s.15.

[24] Gökcan, *Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, s.31.



Maddi zarar bakımından en belirgin zararlar malvarlığı zararlarıdır. Malvarlığı aktifinde azalma veya pasifte çoğalma şeklinde gerçekleşir. Haksız fiil malvarlığı değerlerine yönelik de olsa şahıs varlığı değerlerine yönelik de olsa neticede ortaya çıkan zarar malvarlığında eksilme meydana getiriyorsa maddî zarardan söz edilebilecektir. Örneğin: bir kimsenin otomobiline zarar verildiğinde malvarlığı değerine saldırı söz konusu olur ve mal varlığı değerinde eksilme meydana getirilmiş olur. Şayet kişinin yaralanması söz konusu olursa saldırı o kişinin şahıs varlığına yapılmış olur ancak kişi bu saldırı sonrası hastanede tedavi görmüşse tedavi giderleri mal varlığında bir eksilme doğuracaktır. Manevi zarar ise bir şahsın kişilik haklarında iradesi dışında meydana gelen değer kaybıdır<sup>[25]</sup>. Kişiliği oluşturan değerler, onur, şan, şeref, haysiyet, isim, görüntü gibi kavramlar üzerinde yaşanan objektif eksilmeler, kayıplar ve bunlara gelecek zararlar şahıs varlığı zararlarıdır<sup>[26]</sup>.

Doğrudan zarar, hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kimsenin bu fiilden dolayı, araya eklenen bir sebep girmeden kendisinin uğradığı zarardır<sup>[27]</sup>. Dolaylı zarar, hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak eklenen bir sebeple mağdurun uğramış olduğu zarardır. Başka bir ifadeyle, doğrudan doğruya zarar haksız ilk ve en yakın sonucu olan zarardır.

[25] Gündüz, *Olumlu Zarar*, s.81; Avcı Braun, “Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, s.41; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, s.82; Topuz, İsviçre ve *Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukuku’nda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, s.69; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s.568.

[26] Gökcan, *Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, s.32. Oğuz Sadık Aydos, “Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevi Tazminat”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 2, 2012, s.1–36, s.15; Antalya, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması*, s.72; Zafer Zeytin, “Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi - I: Maddi Zarar Olarak Özel Kullanım Kaybı”, *BATIDER*, 1999, Cilt XX, Sayı 2, s.145-162, s.145; Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, s.65; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978, s.89; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s.316; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.189.

[27] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.41. Osman Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2015, s.115; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.77; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.89.

Dolaylı zarar, haksız fiilin ilk sonucu olarak meydana gelen zarara bağlı bulunan ve ondan doğan zarardır<sup>[28]</sup>. Örneğin: (A)'nın (B)'nin kamyonunu yakması durumunda, kamyonun değerinin (B)'nin malvarlığından çıkması, (B)'nin uğradığı doğrudan zarardır. Bu kamyonun taşınması gereken yükleri haksız fiil sebebiyle taşıyamamasından dolayı (B)'nin, yük sahibine ödemek zorunda kalacağı tazminat, dolaylı zarardır<sup>[29]</sup>.

Yansıma zarar, hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kimseden farklı olarak, başka bir kişinin de bu fiil sebebiyle uğradığı zarardır<sup>[30]</sup>. Örneğin: hukuka aykırı bir fiil sonucu ölen ses sanatçısı (A)'nın yakınlarının, destekten mahrum kalmaları nedeniyle uğradıkları zarar, yansıma zarardır. Aynı zamanda, (A)'nın çalıştığı gazinonun bu haksız fiilin sonucu olarak bir süre çalışmaması sebebiyle gazino sahibinin uğramış olduğu zarar da bu türden bir zarardır<sup>[31]</sup>.

Mevcut zarar, zararın hesap edildiği tarihe kadar gerçekleşmiş olan zarardır. Müstakbel zarar ise, bu tarihte gerçekleşmiş olmayan fakat başka bir unsurun eklenmesine gerek olmaksızın normal olarak gerçekleşmesi beklenen zarardır. Sağ kolu kesilen kişinin ekonomik geleceğinin sarsılması sebebiyle uğrayacağı zarar müstakbel zarara örnektir. Müstakbel zararın miktarının ispatı kesin ve net bir şekilde yapıldığı ölçüde tazmini gerçekleştirilecektir. Hukuka aykırı

[28] Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s.71. Gürpınar, “Haksız Fiil Kaynaklı Zararların Tazmini Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdikleri”, s.301; Antalya, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması*, s.96.

[29] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.41- 42; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.280; Baysal, *Zarar Görenin Kusuru Müterafik Kusur*, s.15.

[30] Kılıçoğlu, *Yansıma Yoluyla Zarar*, s.39; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.78; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.290. Gümü, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s.563; Doğan Şenyüz, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler* (Ekin Yayınevi, 2018), s.250. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı, 06.07.2018 Tarih ve E. 2017/5 K. 2018/7 T sayılı kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 4.12.2019 Tarih ve E. 2017/1978 K. 2019/5793 Sayılı Kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 18.3.2019 Tarih ve E. 2018/3295 K. 2019/1508 Sayılı Kararı, Lexpera.

[31] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.42. Kılıçoğlu, *Yansıma Yoluyla Zarar*, s.39; Gürpınar, “Haksız Fiil Kaynaklı Zararların Tazmini Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdikleri”, s.302; Doğu, “Normatif Zararın Bir Çeşidi Olarak Ev İşlerini Yürüten Eşin Zararı”, s.775.

eylem dolayısıyla ortaya çıkan zararın tazmini konusunda hâkim tazminat yöntemlerini kullanarak takdir eder. Muhtemel zarar, henüz var olmayan ancak eklenecek bir riskin gerçekleşmesi halinde var olma ihtimali bulunan zarardır. Yaralandığı için ağır bir ameliyat geçiren bir kimsenin ölmesi riskine bağlı zararlar, muhtemel zarara örnek olarak verilebilir. Muhtemel zararın tazmini, risk gerçekleşmedikçe söz konusu olmaz<sup>[32]</sup>.

Bir kimsenin malvarlığında rızası olmaksızın ve iradesi dışında meydana gelen eksilme ya da kaybolma malvarlığında oluşan zarardır. Malvarlığındaki azalma çeşitli şekillerde meydana gelebilir. Beklenen kazançtan mahrum kalma, maddi bir kayıp, malın değerinin piyasa koşulları altında kalması şeklindeki azalmalar malvarlığı zararı olarak değerlendirilir. Aynı zamanda zarar doğrudan doğruya malvarlığındaki aktif bir kalemin kaybı şeklinde ise efektif zarardan bahsedilebilir. Haksız fiil, zarar gören kişinin malvarlığına yönelmiş olmalıdır böylece malvarlığı zararını oluşturur<sup>[33]</sup>. Örneğin: şirket hesaplarında haksız rekabet sonucu rakamların üzerinde hukuka aykırı değişikliklerin yapılması müşterilerin ve şirket ortaklarının haksız fiil sonucunda malvarlığı zararının oluşmasına neden olur<sup>[34]</sup>.

[32] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.43. Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.155.

[33] Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.283. Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s.568; Çetiner, Furrer ve Muller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.69; Pierre Tercier, H. Murat Develioğlu ve Pascal Pichonnaz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, XII.Levha Yayınları, 2016, s.110.

[34] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 31.03.2016 Tarih ve E. 2015/7456, K. 2016/3511 Sayılı Kararı, Lexpera; “*Davacı vekili, müvekkili şirketin ortağı ve müdürü E. yetkilerinin büyük bir kısmını babası olan davalı A. devrettiğini, davalının bu yetkilerle şirket adına müşterilerle görüşüp teklifler hazırladığını, şirket faturalarını imzaladığını, müvekkil şirketin davalının sürekli aynı sektörde faaliyet gösteren davalı şirketle görüşmesinden şüphelenilmesi üzerine ortaklar kurulu kararı ile E müdürlükten azledildiğini, davalı A de yetkilerinin iptal edildiğini, davalının birkaç gün sonra davalı şirkette işe başladığını, davalı müvekkil şirketten ayrılırken müvekkil şirketin bilgilerini, müşteri listesini, teklif formlarını vs. götürdüğünü, bunları davalı şirket yararına haksız olarak kullandığını, müvekkil şirketin tekliflerinin altında teklif vererek müşterileri davalı şirkete çektiğini ileri sürerek, davalıların haksız rekabeti nedeniyle fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak 15.000,00 TL maddi, 5.000,00 TL manevi tazminatın davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş, ıslah dilekçesiyle maddi tazminat talebini toplam 25.850,10 TL’ye çıkarmıştır.-Davalı A, davanın reddini istemiştir.-Davalı şirket vekili,*

Malvarlığı zararı içerisinde hem yoksun kalınan kar hem de fiili zarar dikkate alınmalıdır. Malvarlığı kapsamında ise bir kişinin üzerinde hak sahibi olduğu ekonomik açıdan ölçülebilir değerlerin tümü girer. Örneğin: kimsenin sahip olduğu para, kıymetli evrak ya da şirket hisse değerleri kişinin malvarlığını oluşturan varlıklardır bunların haksız fiil sonucunda gasp edilmesi, çalınması ile kaybolması ya da eksilmesi. Kişinin şeref ve haysiyetinin veya kişilik alanlarının ihlalinin, ekonomik kişiliği de etkilemesi mümkündür. Kişilik hakkının ihlali herhangi bir ekonomik sonuç doğurmuyorsa artık burada bir zarardan bahsedilmez yalnızca manevi bir acının varlığından söz edilebilir<sup>[35]</sup>.

Şahıs varlığı zararı, kişinin maddi veya maddi olmayan kişisel varlıklara yönelik haksız fiiller sonucu doğan zarardır. Kişinin maddi varlığına yönelik haksız fiil, yaralama ya da ölüm sonucu doğuran fiillerdir. Buna karşılık kişinin maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklarına yönelik haksız fiil de şahıs varlığı zararına yol açan fiillerdir<sup>[36]</sup>. Şahıs varlığı sonucu tazmin öngörülür ancak bu tazmin sorumluluğu kısmi niteliktedir. Çünkü kişinin manevi değerlerinin hasarını tam olarak bir bedel ile ölçmek mümkün değildir ya da ölen kişinin geri getirilmesi, yararlanan kişilerin bir önceki fiziki yapılarında olması tam olarak mümkün değildir.

*bahsedilen olaylarla hiçbir ilgerinin olmadığını, haksız rekabet iddialarının yerinde olmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.-Mahkemece, bozma ilamına uyularak davacı şirket çalışanı A davacı şirketin sırlarına vakıf olduğu, işten ayrıldıktan sonra aynı işle iştigal eden diğer davalı şirket ile çalışmaya başladığı ve davacı şirketin ticari sırlarına vakıf olan bu şahsın mal alım satımına yönelik teklifler verdiği, bu eylemin haksız rekabet oluşturduğu, davacı zararının bilirkişi raporu ile 25.850,10 TL olarak belirlendiği, manevi tazminatın şartları oluşmadığı gerekçesiyle ıslah olunan maddi tazminat davasının kabulüne, 25.850,10 TL'nin davalılardan 1/2'şer oranında alınarak davacıya ödenmesine, davacının manevi tazminat talebinin reddine karar verilmiştir”.*

[35] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.37; Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s.63; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.65.

[36] Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.283. Gschnitzer, *Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz*, s.96; Wagner, “Schadenersatz bei Tötungen und Angehörigenschmerzengeld-Die Rückständigkeit des deutschen Rechts,” s.2050; Vranken, “Einführung in das neue Niederländische Schuldrecht: Teil II: Das Recht der unerlaubten Handlung, Schadenersatz-und Bereicherungsrecht,” s.307; Maier, *Schadenersatz bei Tötung oder Verletzung der im Haushalt tätigen oder im Beruf oder Geschäft des Mannes mitarbeitenden Ehefrau*, s.147.

## II. ŞAHIS VARLIĞI ZARARLARI

### A) GENEL OLARAK

Şahıs, hak ehliyeti olan varlık olarak tanımlanmaktadır<sup>[37]</sup>. Şahıs varlığı maddi bir kavramla ölçülemeyen ve manevi anlamda değer teşkil eden, şahısların sahip olabileceği isim, onur, saygınlık, kimlik, özel yaşam gizliliği, kişisel değerler gibi özelliklerin sahip olabileceği bir kavramdır. Şahıs varlığı, bir kimsenin sahip olduğu şahsi değerleri, kimliğini oluşturan nitelikleri, bir kişinin şeref, onur ve vücut bütünlüğünü kapsamına almaktadır. Hukuka aykırı eylem sebebiyle ortaya çıkan bir zarar türü ise şahıs varlığına yönelik ortaya çıkan zararlardır. Örneğin: kira bedeli sebebiyle anlaşmazlık yaşayan kiraya verenin kiracının şahsına ve ailesine hakaret etmesi, şerefine yönelik iftirada bulunması. Hukuka aykırı eylemler kişinin kimliğine, şerefine ve onuruna yönelik olabileceği gibi malvarlığına yönelik haksız eylemler de olabilir. Bu başlık altında şahıs varlığına yönelik haksız eylemler ele alınacaktır.

### B) ŞAHIS VARLIĞI ÇEŞİTLERİ

Şahıs varlığının uğradığı zararlar iki kategoride ele alınmaktadır. Şahıs varlığı kapsamında olan maddi unsurlara zarar verilmesi ve manevi değerlere zarar verilmesi şeklinde iki başlık altında incelenir. Kişinin bedeni üzerindeki tasarrufları, vücut bütünlüğü o kişinin maddi unsurlarını oluştururken kişinin ruhsal bütünlüğü, şerefi, onuru ve kimliği onun manevi değerler bütününe oluşturmaktadır<sup>[38]</sup>.

[37] Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hüükümleri*, İstanbul, Filiz Yayıncılık, 2011, s.5; Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, Turhan Kitapevi, 2019, s.87; Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s.12. Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler*, İstanbul, Filiz Yayıncılık, 2012, s.9.

[38] Baysal, *Zarar Görenin Kusuru Müterafik Kusur*, s.55; Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, s.40; Antalya, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması*, s.113; Avcı Braun, “Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi” s.41; Kurt, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, s.775; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hüükümleri*, s.563; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hüükümler*, s.347.

## 1- Şahıs Varlığının Uğradığı Bedensel Zarar ve Ölüm Hali

### a) Genel Olarak

Şahıs, mevcut hukuk düzeni içerisinde korunan ve kendisine borç altına girme, tasarruf edebilme hakları tanınan varlıktır. Şahıs olabilme kabiliyetine gerçek kişiler ve tüzel kişiler sahiptir<sup>[39]</sup>. Şahıs varlığını oluşturan temel değerlerin bütünüün parçası maddi yapısıdır. Bu yapının korunması gerek vücut bütünlüğü olsun gerek maddi formu ve yapısı olsun gerekse maddi varlığının kabul edilmesidir. Haksız fiil sonucunda şahıs varlığında maddi bir zarar meydana gelebilir. Örneğin: trafik kazası sonucu yolcuların ölümü, yerleri temizleyen görevlinin güvenlik önlemi almaması sonucunda ıslak zeminde kayarak kolunu kıran müşterinin gördüğü zarar vücut bütünlüğüne verilmiş bir zarardır.

Türk ve İsviçre Hukukunda hâkim olan ve Federal Mahkeme tarafından kabul edilmiş bulunan “*objektif teoriye*” göre hukuk düzeninin, kişilerin mal varlığını veya şahıs varlığını korumaya yönelmiş yazılı veya yazılı olmayan kurallarına aykırı fiiller hukuka aykırı fiillerdir<sup>[40]</sup>. Haksız fiil sonucunda gerçekleşen zararın tazmin edilebilmesi için tüm unsurların bir arada bulunması gereklidir. Hukuka aykırı eylem ile zarar arasında illiyet bağının bulunması şarttır. İlliyet bağı kurulamaz ise oluşan zararın tazmin edilme talebi de mümkün değildir. Uygun illiyet bağının bulunması gerçekleşen hukuka aykırı eylemin genel hayat tecrübesine, olayların normal akışına göre bir zarara sebep olmasıdır<sup>[41]</sup>. Haksız fiil sonucu yapılan bir eylemde kusur

[39] Helvacı, *Gerçek Kişiler*, s.9; Seyfullah Edis, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1993, s.21; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, s.15; Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, s.52; Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, s.76.

[40] Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s.39; Nomer, *Borçlar Kanunu, Genel Hükümler*, s.114. Howard A., Latin, “Problem-solving behaviour and theories of tort liability,” *California Law Review*, 1985, Sayı 73, s.677; Low, Stuart, and Janet Kiholm Smith, “The relationship of alternative negligence rules to litigation behaviour and tort claim disposition,” *Law & Social Inquiry*, 4, 1992, Cilt 17, Sayı 1, s.64.

[41] Avcı Braun, “Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, s.47; Badur, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiile İlişkin Hükümler Açısından Değerlendirilmesi”, s.108; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s.39.

bulunmalıdır. Kusur hukuka uygun olmayan, hukuk düzeninin kınadığı bir irade veya irade noksanıdır. Hukuka aykırı sonucu istemeyen veya hukuka aykırı sonucu önlemek için gerekli iradeyi göstermeyen kimse kusurludur.

## b) Çeşitleri

Şahıs varlığının uğradığı haksız fiil sonucunda maddi bütünlüğünü ve varlığını zarara uğratan halleri bulunmaktadır. Bunlar şahıs bütünlüğü ve varlığına bir tehdit oluşturmakla beraber varlığın ortadan kalkması sonucunda da oluşan zararlaradır.

### i. Beden Tamlığının İhlali

Şahıs varlığı zararları içerisinde yer alan bedensel zararlara yönelik olarak bu kavramın geniş yorumlanması gereklidir. Beden, kişinin vücut bütünlüğünü maddi bir yapı olarak ifade edebilir ancak bununla birlikte kişinin ruhunu barındıran, hayatta kalmasını ve yaşamaya devam etmesini sağlayan tutarlılık içerisinde olması gereken bir değer de ifade etmektedir<sup>[42]</sup>.

Bedensel zararlara yönelik olarak bir düzenleme TBK m. 54'dür. Buna göre “*bedensel zararlar özellikle şunlardır: (1) tedavi giderleri, (2) kazanç kaybı, (3) çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, (4) ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar*”. Bu düzenleme dar anlamda bedensel zararları açıklamaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu m. 46 düzenlemesi ile uyumlu bir düzenlemedir.

Bedensel bütünlüğün ihlali halinde zararın telafisi bu hasarın iyileştirilmesi, önceki hale getirilmesi, vücut fonksiyonlarının işlevselliğinin sağlanması amaçlanır. Tedavi süresince uğranılan kazanç kaybı, keza çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybından dolayı uğranılan kazanç kaybı bu düzenlemede belirtilen ikinci bir unsurdur<sup>[43]</sup>. Çalışma gücünün kaybı

[42] Hong Zhang, *Schadensersatz Bei Tötung, Körper-Und Gesundheitsverletzung Im Deutschen Und Chinesischen Recht*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2013, s.36; Hermann Lange ve Gottfried Schiemann, *Schadensersatz, Handbuch Des Schuldrechts in Einzeldarstellungen*, Bern, Mohr Siebeck, 2003, s.78; Gerhard Wagner, “Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz”, s.2050; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.94; Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s.283; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.603.

[43] Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, s.96; Gürpınar, “Haksız Fiil Kaynaklı Zararların Tazmini Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdikleri”, s.134; Badur, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Haksız

geçici olabileceği gibi sürekli de olabilir. Sürekli iş gücü kaybında haksız fiilin hiç vuku bulmadığı faraziyesine göre önce zarar görenin muhtemel çalışma süresi ile pasif dönemler içindeki muhtemel kazancın toplam tutarı hesaplanır<sup>[44]</sup>. Bedensel zarara uğrayan kimsenin desteğinden yoksun kalanlar bu zararlarının tazmini, hukuka aykırılık bağı bulunmadığından, haksız fiil sorumlusundan talep edemezler. Bu tür zararlar ölüm halinde istenebilir.

Zarar görenin başkasının yardımında muhtaç kalması halinde brüt asgari ücret üzerinden bakıcı gideri hesaplanır. Ancak bakıma muhtaç davacıya aile birliği içinde bakılması, evli ise eşin yardım yükümlülüğünün bulunması da dikkate alınır ve buna göre zarar miktarında belli bir oranda indirim yapılır. Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanan tedavi giderleri dışında, tedavi amacına yönelik başka harcamaların da tazmini talep edilebilir.

Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar ele alınan üçüncü unsurdur. Çalışma gücünün kaybı da ekonomik gelişmenin zorlaşmasına yol açar. Ancak burada kastedilen bedensel olarak çalışma gücü kaybı dışındaki bir sebeple ekonomik olarak kayba uğramaktır. Örneğin: haksız fiil sebebiyle aşırı derecede yüz estetiği bozulan veya uzuv kaybına uğrayan bir kişi, bedensel olarak çalışma gücünü kaybetmesinden ziyade, görüntüsü itibariyle iş bulmakta zorlanabilir<sup>[45]</sup>. Eğer bedene yapılan saldırının sonuçları hüküm verileceği sırada yeterli bir kesinlikle tespit edilemiyorsa, o takdirde hâkim kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir. Örneğin: ameliyattan beklenen iyileşmenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin henüz belli olmaması ve bunun için belli

---

Fiile İlişkin Hükümler Açısından Değerlendirilmesi”, s.39; Avcı Braun, “Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, s.47.

[44] Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi*, s.96; Gürpınar, “Haksız Fiil Kaynaklı Zararların Tazmini Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdikleri,” s.134; Badur, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiile İlişkin Hükümler Açısından Değerlendirilmesi”, s.39; Avcı Braun, “Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, s.48.

[45] Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 5.2.2020 Tarih ve E. 2019/2579 K. 2020/755 Sayılı Kararı; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 9.11.2020 Tarih ve E. 2020/1808 K. 2020/2925 Sayılı Kararı; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 16.7.2018 Tarih ve E. 2015/12955 K. 2018/7179 Sayılı Kararı, Kazancı.



bir sürenin geçmesinin gerekmesi durumunda, hâkim bu süreyi dikkate alarak hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir. Tazminat hükmünü değiştirme yetkisi saklı tutulmamış olsa dahi, bedene yapılan saldırının sonuçlarına beklenmedik bir gelişme olması durumunda, gelişen zarar kesin hükmün kapsamına girmez; gelişen zarar için yeni bir dava açılabilir<sup>[46]</sup>.

Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa, hâkimin, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabileceğine ilişkin bu hüküm, 818 sayılı BK m. 46/2'e göre ciddi bir farklılık içermektedir. 818 sayılı BK m. 46/2'e göre, “*hâkimin hükmü değiştirme yetkisi hükmün tefhimi tarihinden iki yıl için saklı tutulabiliyor iken, artık bu yetkinin kararın kesinleşmesinden itibaren iki yıl için saklı tutulması mümkündür*”. Böylece, kanun koyucunun madde gerekçesinde de ifade ettiği gibi, iki yıllık sürenin hükmün kesinleşmesine kadar geçecek süre içinde dolması tehlikesini de bertaraf edilmiştir. Dolayısıyla 6098 sayılı Kanun m. 75 ile m. 76 düzenlemeleri uygulamada yaşanabilecek sorunları bertaraf edebilecek biçimdedir. Adalet Komisyonu raporunda ifade edilen ve karşı çıkılma gerekçeleri değerlendirildiğinde endişelerin hükmün yanlış uygulanması ihtimaline dayandığı görülmektedir. Düzenleme hâkimin titiz bir araştırmayla hükmün koşullarının sağlandığını tespit edilmesi halinde sorunların bertaraf edildiğini kabul edebiliriz. Hâkimin bu hükmü uygulamak için davacıdan teminat isteyebileceğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Nitekim TMK m.4'e göre “*kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir*” düzenlemesi kapsamında hâkimin belirli kurallar çerçevesinde takdir yetkisi bulunmaktadır. Somut olay kapsamında kendisine tanınan yeki çerçevesinde geçici ödeme yapılması bakımından hâkim bir karar verebilir. Bu noktada hâkimin takdir yetkisinin sınırları bakımından tamamen serbest olmadığını ifade etmek gerekir. Kanun boşluğu bulunduğu durumlar bakımından hâkimin takdir yetkisinin bu konu bakımından sınırlı olduğunu kabul etmekteyiz ve hâkim somut olay bakımından kendi belirleyeceği türde bir teminatı istemek karşılığında geçici

[46] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.96; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.604; Lange ve Schiemann, *Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen*, s.191; Zhang, *Schadensersatz bei Tötung, Körper- und Gesundheitsverletzung im deutschen und chinesischen Recht*, s.69; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s.63.

ödeme kararı vermesi açısından Kanunun koymuş olduğu kurallara bağlı kalmalıdır. Geçici ödeme yapılmasına karar verilmesi her ne kadar zarar gören bakımından pozitif bir durum sağlıyor olsa da bu her somut olay bakımından yasal mevzuat çerçevesinde değerlendirilmelidir. Türk Borçlar Kanunu bu bakımdan taraflar arasındaki dengenin gözetilmesine yönelik hükümler içermektedir.

Hukukumuzda zararın büyümesini önleyecek şekilde hareket etmeyen, erken davranılırsa hayatını kurtaracak bir ameliyata razı olmayan zarar gören, kendi kusuru nedeniyle tazminatta yapılacak bir indirimde katlanmak zorunda kalabilmekte iken, bu maddeye bu kadar olumsuz yaklaşmak doğru olmayacaktır. Geçici ödemelerin bir an evvel gerçekleştirilmemesi halinde imkânsız veya aşırı derecede güç olacak bedensel zararlarla sınırlı olarak uygulanması söz konusu olacaktır. Zarar görenin korunması bakımından bu düzenleme hem taraflar için yararlıdır hem de dava süresi ve hasarın büyümesinin önlenmesi bakımından önemlidir.

Haksız fiil sonucu kişinin fiziksel ya da ruhsal varlığında zararlar ortaya çıkabilir. Örneğin: vücut yaralanması, organlardan birinin sakatlanması, zehirlenme, psikolojik olarak taciz edilme, mobbing. Kişi fiziksel veya ruhsal sağlığında yaşadığı zararlar bakımından doğan hastane masraflarının, doktor bakımının, ameliyat, ilaç, röntgen, fizik tedavi, protez masraflarının ödenmesini isteme hakkına sahiptir<sup>[47]</sup>. Kişi haksız fiil sonucunda mahrum kaldığı kazancından ve çalışmadığı sürece elde edeceği gelirden yoksun kalması karşısında bunun da tazmin edilmesini talep edebilir<sup>[48]</sup>. Zarara uğrayan şahıs çalışma gücünden, devamlı olarak, tamamen veya kısmen yoksun kalmışsa, bu yüzden istikbalde uğrayacağı zararın hesap edilmesi gerekir. İstikbaldeki zararın hesabında, şahıs yaşına ve durumuna göre

[47] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.96; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.604; Lange ve Schieman, *Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen*, s.191; Zhang, *Schadensersatz bei Tötung, Körper- und Gesundheitsverletzung im deutschen und chinesischen Recht*, s.69; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s.70.

[48] Lange ve Schieman, *Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen*, s.59; Zhang, *Schadensersatz bei Tötung, Körper- und Gesundheitsverletzung im deutschen und chinesischen Recht*, s.85; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.286; Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, s.89; Fulya Erlüle, *Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s.110.

muhtemel çalışma süresi, zaman içinde elde etmesi muhtemel gelir dikkate alınır. Çalışma gücünü kaybeden şahsın, kişiliğine uygun başka bir işte çalışarak gelir sağlanması mümkünse ödenecek tazminat bu iki gelir arasındaki farkı kapsar<sup>[49]</sup>. Haksız fiil sonucunda çalışma gücünden yoksun kalan kimse çocuksa, istikbaldeki zararın hesabında, çocuğun sosyal durumuna ve kabiliyetine göre muhtemel mesleği ve çalışmaya başlayabileceği yaş göz önünde bulundurulur. Örneğin: haksız fiilin neticesinde artistin veya genç bir kızın yüz güzelliği bozulmuşsa, bu suretle artist olarak çalışma imkânı ortadan kalkmışsa bunun tazmini gereklidir. TBK m. 54 düzenlemesinde belirtilen bu unsurlar sayma değil örneklendirme olarak verilmiştir dolayısıyla mahrum kalınan bir kar ya da bu sayılanların dışında oluşan başka zararlar mevcut ise bunların da tazmini talep edilebilir.

## ii. Ölüm Sonuçlu Zarar

Şahıs varlığına yönelik haksız fiil sonucunda oluşan maddi zararlardan birisi ölümdür yani kişi varlığının yok olmasından doğan zararlardır. Buna ilişkin düzenleme TBK m. 53 ile yapılmıştır. Buna göre “ölüm halinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır: (1) cenaze giderleri, (2) ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, (3) ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar”. Burada belirtilen zararlar yine örneklendirme amaçlıdır. Yasal düzenleme içerisinde kullanılan “özellikle” ibaresi bunun bir ispatıdır. Dolayısıyla ortaya çıkan başka zararların da olması halinde bu düzenleme kapsamında tazminat talebine konu olacaktır. Bu düzenlemeye kaynaklık eden düzenleme İsviçre Borçlar Kanunu m. 45’dir<sup>[50]</sup>.

Cenaze masrafları esasen mirasçılar tarafından ya da terekeden karşılanır ancak haksız fiil sonucu ölüm gerçekleşmiş olması halinde TBK m. 53

[49] Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s.71; Avcı Braun, “Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, s.48; Fatma Burcu Savaş, “Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı”, Ankara, *TBB*, Sayı 74, 2008, s.122; Gökcan, *Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, s.114; Çetiner, Furrer ve Muller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.56; Abdülkerim Yıldırım, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınları, 2017, s.74.

[50] Zhang, *Schadensersatz bei Tötung, Körper-und Gesundheitsverletzung im deutschen und chinesischen Recht*, s.73.

gereğince zarar veren tarafından tazmin edilecektir<sup>[51]</sup>. Ölüm, haksız fiil sonucu hemen gerçekleşmemişse ve zarar görenin tedavi giderleri, protez, ameliyat ve muayene ücretleri, ilaç ve bakım harcamalarıdır. Haksız fiil sonucu çalışma gücünün kaybı yaşanmışsa ya da çalışma gücünde azalma olmuş ise bu sebeple yaşanan ekonomik kayıplar, mahrum kalınan karın da tazmin edilmesi için hesaplanması gerekir. Örneğin: taksi şoförünün müşterisi tarafından darp edilmesi ve bir süre araç kullanamaması, kırıklarının tedavi edilmesi ve geçici iş gücü kaybı dolayısıyla doğan zararlardan zarar verenin tazmin edilmesi gereklidir<sup>[52]</sup>. Haksız fiil neticesinde bir kimsenin ölmesi halinde Kanunun amaçladığı öngörülebilir zararların dışında kalan maddi zararların tazmini kural olarak istenemez. Örneğin: ölen kişinin yapmış olduğu iş sözleşmesinden kazanacağı haklar ve işçilik ücretlerinin talebi bakımından ölüm sebebiyle sözleşmenin yerine getirilmemesinden zarar görmüş bulunan kimse tazminat talebinde bulunamaz.

Haksız fiil sonucu ölen kişinin desteğinden yoksun kalan kimseler de bu zararlarının tazmin edilmesini talep edebilirler. Özellikle ölenin eşi, çocuğu, anne ve babası olan kimseler ile bakımını yaptığı kişiler bu bakımdan önemlidir. Destekten yoksun kalma kapsamında nişanlıların, birlikte yaşayan kişilerin, ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapan kişilerin de değerlendirilmesi gereklidir. Yargıtay kararlarında ve uygulamada da genel kabul gören anlayışa göre nişanlıların, evlilik dışı birlikte yaşayan kişilerin, ölünceye kadar bakma akdi yapan kişilerin destekten yoksun kalma tazminatı alabilir<sup>[53]</sup>. Destekten yoksun kalma tazminatı Borçlar Kanunu'nun 45.maddesinin 2.fıkrası gereğince yoksun kalınan yardımın tazmini amacını taşır. Bu yardımın halen yapılmakta olması koşulu yoktur. Bugün yapılmasa

[51] Zhang, *Schadensersatz bei Tötung, Körper-und Gesundheitsverletzung im deutschen und chinesischen Recht*, s.73. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.285; Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, s.74; Erlüle, *Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, s.46.

[52] Safa Koçoğlu, "İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Sonucu Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Şartları", *Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı 19, 2017, s.189–206, s.190.

[53] Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, 11/06/2003 Tarih ve E.2003/2559, K. 2003/7644 Sayılı Kararı; Yargıtay 17.Hukuk Dairesi, 25/10/2018 Tarih ve E.2015/13218, K.2018/9634 sayılı Kararı; Yargıtay 17.Hukuk Dairesi, 11/03/2019 Tarih ve E.2019/370, K.2019/2705 sayılı Kararı, Kazancı.

dahi ileride yapılacağı muhakkak ise tazminata hükmetmek gerekir. Bu yardım infak ve işeye taalluk edebileceği gibi yılda bir veya iki defa yapılan yardımlar ve hediyeler de olabilir. Bu davayı açabilmek için mirasçı olmak ve ölen yönünden nafaka yükümlüsü bulunmak da şart değildir. Davacının ölenin bir yakını olması yani aralarında yakın ilişkiler bulunması, ancak yardımın devamlı veya yapılmasının muhakkak olması yeterlidir. Ölüm olayı ile birlikte bu kişiler ölen kişiden ileride alacakları muhtemelen yardımdan mahrum kalmışlardır. Küçük çocukların ölümünde de duruma göre çocuğun ileride anne ve babasına destek olacağı varsayımı değerlendirilebilir ve ailesine destek olacağı kabul edilir<sup>[54]</sup>. Muhtemel yardımın miktarı hesaplanırken, yıllık muhtemel yardım miktarı ile muhtemel yardım süresi dikkate alınır. Destek ihtiyacının ortadan kalkması veya kalkma ihtimalinin bulunması da dikkate alınır. Örneğin: geride kalan dul eşin evlenme ihtimali dikkate alınarak hesaplanan tutardan belli bir oranda indirim yapılır.

Destekten yoksun kalma tazminatının ve bu zararın hesaplanmasında TBK m. 55 düzenlemesi uygulama alanı bulur<sup>[55]</sup>. Yasal düzenlemeye göre TBK m. 55/İ c.2 “kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa

[54] “Bakım gücü-bakım ihtiyacı; bu konuda önemli olan, kimlerin yardımcı, kimlerin yardım gören olabilmeye elverişli oldukları değildir; somut olaylar ve belirli kişiler bakımından geleceğe uzanacak ve gelecekte dahi mümkün olabilecek biçimde kimlerin gerçekten yardımcı, kimlerin yardım gören olduklarıdır”, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 16.02.2021 Tarih ve E. 2020/6402, K. 2021/1664 sayılı Kararı, Lexpera.

[55] Destek, sürekli ve düzenli olarak maddi ya da manevi olarak yardımda bulunmak ve karşılaşılan zorlukların birlikte aşılmasını sağlamak amacıyla ilgilenmektedir. Destek veren kimse, annesine ya da babasına, çocuğuna yardımda bulunabildiği gibi üçüncü bir kimsenin bakımını üstlenmiş ya da onun maddi olarak desteklenmesini sağlayabilir. Örneğin: yatalak komşusuna bakan bir kimse, bir çocuğu okutan kimse destek vermektedir. Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s.300; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.506; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.620; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s.561. Destek kavramı çok geniş bir alanı kapsamına alır bu bakımdan bir ev hanımının ücretsiz olarak ev işlerini yapması, çocuklarıyla ilgilenmesi, onların ödevlerini yaptırması ve onlara yetenek öğretmesi kocasına destek olmaktır ve bakıcı, aşçı, temizlikçi tutma masraflarından onu kurtarması da destek kapsamına girmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüş için bkz. Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.622; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2017, s.340; Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, 302; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.105. Doğu, “Normatif Zararın Bir Çeşidi Olarak Ev İşlerini Yürüten Eşin Zararı”, s.1141;

*amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez, zarar veya tazminattan indirilemez*". Bu düzenleme yeni niteliktedir dolayısıyla 818 sayılı BK'da bulunmamaktadır. Bu düzenlemenin amaçlarından birisi zarar verenin hakkaniyetli bir tazmin gerçekleştirmesidir. Tazminatın ödenmesine ilişkin esaslar bakımından ilk tespit edilmesi gereken bunların ifa amacı taşımayan ödemeler olduğudur ve tazminat ödemesi olarak hesaplanması gerektiğidir<sup>[56]</sup>. Aynı zamanda bu ödemelerin bir sözleşme ilişkisine ilişkin ödeme olmadığı ve dolayısıyla tazminat sorumlusunun bu borcu ödemekle sorumlu olduğudur. Üstlenmiş olduğu tazminat sorumluluğunu bir başkasına devredemeyecektir. TBK m.83 borçların ifası bakımından şahsen ifa zorunluluğu olmadığını düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre "*borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir*" şeklinde düzenleme yapılmıştır nitekim haksız fiil sonucunda kusurlu zarar veren kişinin tazminat sorumluluğunu yerine getirmesi bakımından alacaklı için herhangi bir önem arz etmiyor olması halinde bu tazminat üçüncü kişi tarafından da ödenebilir. Eğer üçüncü kişi tarafından ödeme gerçekleştirilmesi halinde bu ödemenin amacının destekten yoksun kalma zararının tazmin edilmesine yönelik olması halinde zararın üzerinden o oranda indirim yapılabilir. Tazminatın belirlenmesinde üçüncü kişilerin zarar görene doğrudan yardım etme amacı taşıması ve bu kapsamda ödeme yapması hesaplamaya dâhil edilmez. Örneğin: trafik kazası sonrasında ölen kimsenin ailesine destekten yoksun kalma tazminatı ödenmesine karar verilmesi halinde zarar veren kimsenin çalışmıyor ya da 18 yaşında bir genç olması halinde babasının bu ödemeyi oğlunun yerine getirmesi halinde zararın tazmin borcu ödenmiş kabul edilecektir.

Destekten yoksun kalma ve bedensel zararların tazminatının belirlenmesi ve uygulanacak indirimler TBK m. 55/I c.3 ile düzenlenmiştir. Buna göre "*hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile arttırılmaz veya azaltılamaz*". Sorumluluk hukuku genel prensipleri tazminatın belirlenmesinde uygulama alanı bulur. Yapılacak hesaplamada tazminatın

Tülay Karakaş, "Bedensel Bütünlüğü İhlal Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi", *AÜHFD*, Cilt 55, Sayı 2, 2006, s.143–56, s.148.

[56] Aksi görüş için bkz. Murat İnceoğlu ve Meliha Sermin Paksoy, "Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK. m.55)", *Yaşar Üniversitesi E-Dergi Özel Sayı*, 2013, s.1383–1412, s.1387.

meblağı zararın miktarını aşamaz prensibi bu anlamda önemlidir<sup>[57]</sup>. Çünkü haksız fiilin zarar gören için bir zenginleşme kaynağı olamayacağı kabul edilir. Haksız fiille uygun nedensellik bağı içinde ortaya çıkıp da zarar görenin yararına olan sonuçların da zararlarla denkleştirilmesinin gerektiği kabul edilen ikinci bir prensiptir<sup>[58]</sup>. Bu prensipler bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde bu hususun tekrar edilmesinin hiçbir gereği bulunmamaktadır. Ayrıca bu cümle sanki sadece destekten yoksun kalma zararları ve bedensel zararlar bakımından bu kurallara uyulmasının gerektiğini düşündürdüğü için yanıltıcı olabilir. Çünkü bu kurallar, şeye gelen zararlar da, tazmininin mümkün olduğu durumlarda salt malvarlığı zararlarında da, hatta manevi zararlar söz konusu olduğunda da uygulanır.

[57] Destekten yosun kalma ve bedensel zararlar içinde denkleştirme yasağı zararlar içinde denkleştirme yasağı zararın belirlenmesi açısından mümkündür. Denkleştirme, tazminat zarar kadar olduğu için ödenen tazminattan indirilmesi ve gerçek zararın hesaplanması yapılır. Zarar gören adına bir kazandırma durumu bulunmalıdır. Belirli yararlar bakımından getirilen yasaklar vardır. Bunlardan ilki, sosyal güvenlik alacakları açısından. İkinci yasak ise ifa amacını taşımayan ödemelerdir. Kişiyi akraba ve yakınlarına çeşitli maddi yardımlar, zarar veren lehine olacağından Yasanın ruhuna aykırıdır. Kanun koyucu bu istisnaya yer vermiştir. Destekten yoksun kalma halinde hayat standartlarında bir düşme de meydana gelmiştir. Hakkaniyet düşüncesiyle arttırma/azalma tazminatın belirlenmesinden sonra toplu bir indirimde bulunmamalı keyfiliği önlemelidir. Zhang, *Schadensersatz bei Tötung, Körper- und Gesundheitsverletzung im deutschen und chinesischen Recht*, s.175; Clemens Höpfner, "Vertrauensschaden Und Erfüllungssinteresse: Zur Begrenzung Der Schadensersatzpflicht Des Anfechtenden", *Archiv Für Die Civilistische Praxis*, Cilt 212, Sayı 6, 2012, s.853-74, s.853; Balduğ, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Tazminatın Belirlenmesinde Müterafik Kusur", s.1252.

[58] Sorumluluk hukukumuzda tazminatın olsa olsa indirilmesi söz konusu olabilir ve bu husus da Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu maddenin ikinci fıkrasına göre, tazminatın indirilmesinde hakkaniyet düşüncesi de rol oynar; ama bunun için tazminat yükümlüsünün zarara hafif kusuruyla sebep olması ve tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olması da gerekir. Yoksa sırf belirlenen tazminatın miktarı esas alınarak, bu miktarın hâkim tarafından çok yüksek görüldüğü durumlarda hakkaniyet düşüncesi ile tazminattan indirim yapılmaz. Ayrıca 52. maddenin ikinci fıkrası çerçevesinde yapılan indirim, şeye gelen zararlar ve diğer malvarlığı zararlarının tazmini ile sınırlı olmayıp, destekten yoksun kalma zararları ve bedensel zararlar için de söz konusu olabilir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan “*hakkaniyet*” ifadesi de bazı sorunlara yol açabilir. Buna göre “*hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile arttırılmaz veya azaltılamaz*”. Hakkaniyet düşüncesi ile veya başka herhangi bir gerekçe ile olsun hesaplanmış olan tazminatın miktar esas alınarak arttırılması hukuki açıdan yanıtıcı bir nitelik taşımaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrasında, “*bu hükümlerin her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlarla ilişkin istem ve davalarda da uygulanacağı*” hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme de kanaatimizce pek fazla bir anlam ifade etmemektedir. Çünkü idarenin sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde, her ne kadar idare hukuku ve idari yargılama hukuku ilkeleri gözetilse de Türk Borçlar Hukukunun sorumluluğa ilişkin ilkelerinden zaten yararlanılmaktadır. Üstelik bu yararlanma vücut bütünlüğünün yitirilmesine ya da ölüme bağlı zararlarla sınırlı da değildir.

## 2- Şahıs Varlığının Manevi Değerlerinin Uğradığı Zarar

### a) Genel Olarak

Şahıs varlığını oluşturan manevi değerlerin, şahıs haklarının, onur, şeref, ün gibi unsurların haksız fiil sonucu zarara uğratılması manevi zararları oluşturmaktadır<sup>[59]</sup>. Bir kimsenin hayatı, sağlığı, namusu, şöhreti vb. değerleri hukuka aykırı biçimde ihlal edilebilir bu yüzden elem ve üzüntü duyması halinde manevi zarar söz konusu olur. Fiziksel ve ruhsal ıstıraplar, manevi zarar olarak adlandırılır. Mağdur, uğradığı şoku, çektiği ıstırapı bir ölçüde giderebilecek olan bir tazminatı failden isteyebilecektir. Hayatı, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, şeref, resim, ticari itibar gibi değerler kişilik haklarını oluştururlar. Bu haklara saldırıyla mağdurun iç dünyası sarsılır, ruhsal bütünlüğü bozulabilir, yaşama zevk ve sevincinde bir eksilme hisseder, huzur ve mutluluk duyguları azalır<sup>[60]</sup>. Kişilik haklarının ihlali çoğu kez

[59] Antalya, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması*, s.225; Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, s.46; Erlüle, *Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, s.52; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s.53.

[60] Özlem Bal, “Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi”, *Prof.Sarper Süzek'e Armağan*, 2011, s.1257–67, s.117; Oğuz Sadık Aydos, “Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde



manevi zararı oluşturmakla birlikte kimi kez maddi zarara da yol açabilir. Manevi zararın tazmini bakımından hâkimin her olayın özelliklerine ve fail ile mağdurun ekonomik ve şahsi durumuna göre bir değerlendirme yapması gereklidir.

Haksız fiil sonucunda manevi zararın meydana gelmesi halinde talep edilebilecek manevi tazminat TBK m. 56 ile düzenlenmiştir. TBK m. 56/1'e göre “*hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir*”. Ölüm gerçekleşmiş veya kişinin beden bütünlüğü haksız fiil sonucunda zarar görmüş doğan manevi zararın tazmini için TBK m. 56/1 uygulanır. Haksız fiil sonucu kişiye tıbbi müdahalede bulunulmuş, kişi buna rağmen sağlığına kavuşamamış, sakat kalmış ya da bedeninde iz kalmış olabilir. Bu durumlarda kişi bedensel bütünlüğünde meydana gelen bu tarzdaki değişikliklerin acı ve elemine çekeceği için bunların tazmin edilmesi gerekmektedir. 818 sayılı BK döneminde m. 47 incelendiğinde haksız fiil sonucunda ölümün gerçekleşmesi halinde ölenin yakınlarına manevi zararın tazmin edilmesi talebi hakkı tanınmamaktaydı. TBK m.56/2'de ağır bedensel zararlar neticesinde yakınlarla manevi tazminat talep hakkı tanınmıştır. TBK m.56 ve m.58 ile TMK'un kişilik hakkına ilişkin hükümleri (TMK m.24-25) arasında, ölüm ve ağır bedensel zararlar dışında, başkaca kişilik hakkına tecavülden dolayı yansıma zarara ve tazminine izin veren hüküm yoktur. Ancak, aile bireylerinden birinin kişilik hakkına yapılan tecavüz ailenin değer bütünlüğü çerçevesinde o aileyi oluşturan tüm bireylerin kişilik hakkını ihlal ediyor ise söz konusu kişiler TBK m.58 kapsamında manevi tazminat talep edebilir. Örneğin: Birinin çocuğu gözü önünde vahşi bir davranışa maruz kaldığını görmesi sonucunda kişinin konuşma kaybının yitirilmesi halinde tazminat talep edebilmesi bu düzenleme ile mümkündür. Oluşan zarar beşerî bir hakkın ihlalinin sonucu doğan zarardır.

---

Manevi Tazminat”, s.5; Sevda Bora, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Manevi Tazminat Davası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 83, 2013, s.31–42, s.31; Bal, “Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi”, s.1258; Antalya, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması*, s.225; Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, s.46; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s.53; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.287.

TBK m. 56/2 düzenlemesine göre ise “*ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir*”. Bu düzenlemede en dikkat çeken husus zarar gören ile birlikte onun yakınlarının da manevi tazminat talep edebiliyor olması konusudur ancak belirtildiği üzere burada ağır bedensel zarar koşulu bulunmaktadır. Örneğin: maden kazası sonucunda madende bedensel bütünlüğü bozulan maden işçisinin yaşadığı zarardan etkilenen eşi, çocuğu ya da yakınları manevi tazminat talebinde bulunabilir<sup>[61]</sup>. Bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin bundan dolayı bizzat manevî tazminat talep edebilmesi için uğradığı bedensel zararın ağır olması şartı aranmaz. Kusur, haksız fiil sorumluluğunun bir koşuludur. Manevî tazminata hükmedilebilmesi için olaya özgü hal ve şartların, olayın özelliklerinin tazminatın şartlarını barındırması gerekir. Bunlardan birisi zarar verenin kusurlu olması gerektiğidir. Olayın özellikleri denildiğinde, saldırı kişilik hakkı ihlal edilen kişinin manevî kişilik değerlerinde meydana getirdiği eksilmenin boyutu değerlendirilmelidir.

## b) Çeşitleri

### i. Kişisel Varlığı Oluşturan Unsurlara Saldırı

Kişilik hakları, bir kişinin kendini tanımladığı şekil, yapı ve kimlikle hayat içerisinde var olmasını ve yeteneklerinin, özelliklerinin inkişafı için elverişli ortamı sağlayan haklardır<sup>[62]</sup>. Doğal olarak bu haklar her kişi için geçerlidir ve bir başkasının hakkını sınırlamayacak şekilde var olur. Genel olarak

[61] “Manevi tazminat davalarında, gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplardan çıkılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır. Bu ilkeler gözetildiğinde; aslanan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değerın telafi etmesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek; öte yandan da zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla, caydırıcı olabilmektedir”. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 12/06/2019 Tarih ve E. 2018/7138, K. 2019/4233 Sayılı Kararı, Kazancı.

[62] Helvacı, *Gerçek Kişiler*, s.10; Edis, *Medeni Hukuk*, s.14; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, s.26; Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medeni*

kişilik hakları tanımlanırken şu ifadelere yer verilir; insanın insan olması dolayısıyla sahip olduğu haklardandır. Kişinin kendisine ayrılmaz şekilde bağlıdır. Mutlak hak niteliği taşıdığından, herkese karşı ileri sürülebilir. Bu haklar para ile ölçülemez. Kişilik haklarını koruyan hükümler hukukumuzda mevcut olduğu gibi, İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve Avrupa İnsan Hakları Bildirisi'nde de yer almaktadır. Kişilik hakları vazgeçilebilir nitelikte değildir. Başka bir kişiye devredilmesi de söz konusu değildir, ölümle son bulur. Kişilik haklarının bir başkasına devredilmesi mümkün değilken, kişilik haklarının zedelenmesinden doğan dava ve alacak hakkı, bir başkasına devredilebilir. Kişilik haklarının bazılarının da kullanımı devredilebilmektedir. Örneğin: isim hakkı kullanımının devredilmesi, bir kişinin, kişilik haklarının zedelenmesi sonucunda ağır bedensel zarara uğraması ya da ölmesi halinde, yakınlarına manevî tazminat davası açma hakkı.

Şahıs varlığı içerisinde yer alan isim, resim ya da kimlik bilgilerinin de hukuka aykırı olarak kullanılması şahıs varlığı zararlarını oluşturur. İsim, kişinin kendisini tanımlayıp toplum içerisinde var olabilmesi için bütünüyle parça niteliğindedir. Kişiyi diğer varlıklardan ayırmaya yarar. İsim olmadan şahıs varlığı eksiktir. Hukuken korunması gereken bir unsurdur. Dolayısıyla şahıs isimlerinin hukuka aykırı olarak kullanılması, toplanması ya da üçüncü kimselere aktarılması durumunda zarar gören kimse buna ilişkin tazminat talebinde bulunabilir. Kişilerin isim ve soy isimlerinden farklı olarak, takma isimleri ya da lakapları da olabilir. Bazı kişiler, gerçek isimlerinden çok takma isim ya da lakaplarıyla tanınır ve bilinir. Takma isim ve lakap üzerindeki hakkın zedelenmesi de ismin hukuksal korunmasına dâhil olacaktır. Tüzel kişiler de isimleri üzerinde da bu koruma aynı şekilde sağlanmaktadır.

Kişilerin resim ve sesleri yine şahıs varlığının bir parçasıdır. Kişinin herhangi bir cisim üzerindeki görüntüsünün, kişinin rızası olmadan ve menfaatlerine aykırı olarak kullanılması şahıs varlığının zedelenmesine neden olur. Fotoğrafın deforme edilmesi ve kullanılması, gelir elde edilmesi ve bu amaçla son olarak çoğaltılması da kişilik haklarının zedelenmesine neden olmaktadır. Aynı zamanda fotoğrafın kişinin rızası olmadan başkalarına gösterilmesi de kişilik haklarını zedeleyebilmektedir. Örneğin: genç bir kızın fotoğraflarının rızası olmadan başka birine verilmesi ve kızla ilgisinin bulunulduğunun söylenmesi hukuka aykırı bir kullanıma örnektir.

*Kanununun Başlangıç Hükümleri*, s.32; Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, s.80; Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, s.38; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, s.21.

## ii. Şeref ve Haysiyetin Zarar Görmesi

Şeref ve haysiyet kavramları, kişilerin hem doğuştan sahip oldukları hem de hal ve hareketleri ile kişiye çevresi tarafından tanınan iyi ve güzel değerlerin toplamı olarak ifade edilmektedir. Çevre tarafından tanınan ve kişinin kabul gördüğü şekliyle yansıyan bu değerler, ahlâkî, hukuksal, toplumsal, ticarî ve mesleki konulara ilişkin olabilir. Şeref ve haysiyet, kişinin kendini tanımladığı şekilde hayat içerisinde var olmasını ve bu varlığını pekiştirmesini sağlayan değerlerdir. Kişinin kendisini tanımladığı şekilde hayat içerisinde var olmasının engellenmesi de şeref ve haysiyet değerlerinin zedelenmesidir. Örneğin: bir kimsenin ölmüş olan yakınına hakaret edilmesi, toplum içerisindeki değerine iftira atılması<sup>[63]</sup>.

Kişinin kendisini tanımladığı şekilde hayat içerisinde var olmasının engellenmesi durumunda hukuk kurallarına uyularak, diğer bir kişinin kendini koruması ya da bir insan topluluğunun haklarının korunması amacıyla yapılırsa, elbette bu durumda şeref ve haysiyetin zedelendiği söylenemez. Doktrinde bu konu üzerinde iç ve dış ya da objektif ve sübjektif şeref ve haysiyet gibi ayrımlar konulmuş ve üzerinde tartışılmıştır<sup>[64]</sup> ancak bu ayırım gereksizdir çünkü şahıs varlığı bir bütün olarak korunur dolayısıyla bütünlüğe zarar gelmesi durumunda bunun içerisindeki tüm unsurların

[63] “..müteveffanın ölümünden iki gün sonra davalının bu kez internet ortamında muris hakkında “Cenabı Allah’ın sopası yoktur, alma masumun ahını elbette çıkar... Cenabı Allah’ın daha temizlendi, sıra öbür mikroplarda” şeklinde ifadeler kullanarak eşi ve çocuklarının manevi değerlerine de saldırdığını, onarılmaz ve tarif edilmez derecede incittiğini, eşini ve babalarını elim bir kazada zamansız kaybeden davacıların psikolojilerinin davalının söylemlerini öğrenmekle bir kez daha alt üst olduğunu...”, Yargıtay Hukuk Genel Kurul, 08/07/2020 Tarih ve E. 2017/4-1392, K. 2020/542 sayılı Kararı, Lexpera.

[64] Hüseyin Can Aksoy, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakları Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2010, s.191; Sinan Sami Akkurt, *Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s.210; Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, s.215; Antalya, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması*, s.316; İnceoğlu and Paksoy, “Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK. m.55)”, s.117; Topuz, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukuku’nda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, s.293; Avcı Braun, “Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, s.62.

etkilenmemesi kaçınılmazdır. Her kişinin kendini tanımladığı şekilde hayatta var olması ve bu duruma herkes tarafından saygı duyulması gerekliliğinin geniş anlamda değerlendirilmesi de bazı sorunlara sebep olabilir. Bu halde ölçütün ne olacağına belirlenmesi gereklidir ve bu konuda şahıs hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler dikkate alınmalıdır. En başta Anayasa tarafından kişinin şeref ve haysiyet, vücut bütünlüğü, sağlık, özel hayat, isim haklarının korunması düzenlenmiştir. Hukuk düzeni getirmiş olduğu objektif kriterler ile kişiliği koruma altına almaya çalışmıştır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinin 1. fıkrasında, kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği; 2. fıkrasında ise kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği, bunları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağı şeklinde düzenlenmiştir. Şahıs varlığını koruyan haklar bu noktada önem kazanmaktadır. Nitekim hukuka aykırı bir eylemin vermiş olduğu zararın tespit edilmesi öncelikle şahıs haklarına vereceği zarar bakımından tespit edilecektir. Örneğin: alkollü araç kullanımı sonrasında trafik kazası yaşanması ve zarar gören insanların olması, kamusal alanda uygunsuz aktiviteler yapan kişinin genel toplum ahlakına vermiş olduğu zarar bakımından bu eylemlerin hukuken korunmayacağı açıktır.

### iii. Özel Yaşamın Gizliliğinin İhlali

Özel yaşamın gizliliği, şahıs varlığının bir parçasını oluşturur. Kişinin yaşadığı çevre, hayatını nasıl sürdürdüğü, aile hayatı ve kendisini güvende hissettiği yaşam alanı, barındırdığı sır alanları hukuka aykırı olarak işgal edilmiş ya da buna zarar verilmiş ise bu durumda mağdur kişi manevi tazminat talebinde bulunabilir<sup>[65]</sup>. Özel yaşam alanına kişinin tanıdığı, bildiği arkadaş çevresiyle paylaştığı yaşam faaliyetleri de girmektedir. Örneğin: davetlilerin katılabildiği yaş günü, düğün, şirket, dernek, vakıf toplantıları gibi kişinin bu alandaki faaliyetleri, tanıdıkları yer alabilir ancak bu davette izinsiz görüntü alınması ya da hukuka aykırı bir şekilde davetli olmayanların girmesi.

[65] Horst, Ehmann, "Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht," *Archiv für die zivilistische Praxis*, 1988, Cilt 188, Sayı 2/3, s.235; Bundesgerichtshof, Urteil v. 29.11. 2016–VI ZR 530/15, OLG Düsseldorf. Remzi, Demir, "Bedensel Bütünlüğün Tıbbi Müdahaleler Sonucunda İhlalden Kaynaklanan Manevi Tazminat Davası," *YÜHFD*, Cilt 15, Sayı 1, 2020, s.28.

Sır alanı, kişilerin yaşam alanlarının en mahrem kısmıdır ve kişinin güvendiği kişiler dışında kimseyle paylaşmak istemediği yaşam alanıdır<sup>[66]</sup>. Kişi bu alanda, özgürce düşünme ve davranma hakkına sahiptir. Kişi bu alandaki faaliyetlerini, kendine özgü kılabilirdiği ölçüde özgürce yaşayabilir. Kişiye bu alandaki faaliyetlerini sır olarak tutma ve başkalarıyla paylaşmama hakkı tanınmıştır. Kişi bu alanı sır olarak tutarken, başka birinin bu faaliyetleri öğrenmesi veya müdahil olmaya çalışması durumunda kişinin kişilik haklarını zedelemesi söz konusu olacaktır. Kişinin yaşam alanına hem sosyal medya aracılığı hem de fiziksel olarak müdahale varsa mağdur yahut zarar görecektir olan gene hukuki yollara başvurarak hakkını talep edebilecektir.

#### **iv. Ruh Tamliğinin İhlal Edilmesi**

Şahıs varlığının özünü oluşturan ve hukuken korunmaya en muhtaç unsur şahsın ruh bütünlüğünün korunmasıdır. Şahıs, fiziki bir nesne değildir, düşünen, hisseden ve yaşam alanı içerisinde bir anlam ifade eden varlıktır. Kanun koyucu bu alanı da korumayı amaçlamıştır. Şahıs varlığına ait olan bu öz parçanın bütünlüğünün hukuka aykırı eylemden korunması ve zarar sonucunda manevi tazminatın öngörülmesi düzenlenmiştir. Bir kişinin işyerinde maruz kaldığı mobbing sonrasında ruh bütünlüğünün hasar almaması kaçınılmazdır<sup>[67]</sup>. 4857 sayılı İş Kanunu'nda doğrudan mobbing düzenlenmemiş olsa da özel bir düzenleme mevcut olmaması karşısında, çalışanların maruz kaldıkları psikolojik tacizin hizmet sözleşmesinin taraflara yükledikleri borçlar, ödevler kapsamında değerlendirilmektedir. İş Kanunu

[66] Nagihan Türkel, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2010, s.65; Bundesgerichtshof, Urteil, v. 29.11. 2016–VI ZR 530/15 OLG Düsseldorf. “Kein Anspruch der Erben auf Geldentschädigung wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung: BGB §§ 823 Abs. 1, 839, 1922 BGB; BDSG § 7 N. 1; Richtlinie 95/46/EG Art. 2 lit. c, Art. 3 Abs. 1”, *Medizinrecht*, 2018, Cilt 36, s.309-312. Ehmann, “Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht”, s.236.

[67] Rudolf Mosler, “Mobbing Am Arbeitsplatz: Verpflichtung Des Arbeitgebers, Unverzüglich Auf Angemessene Weise Abhilfe Zu Schaffen; Schadenersatz Bei Verletzung Der Fürsorgepflicht”, *Juristische Blätter*, Cilt 136, Sayı 7, 2014, s.462; Jacqueline Diehl ve Joachim Wichert, “Ypische Konflikte Am Arbeitsplatz–Mobbing:” *Monatsschrift Für Deutsches Recht*, Cilt 76, Sayı 11, 2022, s.667; Frank Deickert, Björn Maier ve Siegfried Schwab, “Mobbing—Persönlichkeitsverletzung”, In *Erfolgsfaktor Strategisches Management, Controlling Und Personal: Zukunft Des Gesundheitswesens*, 2012, s.219.

işyerinde uygulanan tacizi sadece cinsel taciz olarak düzenlenmiş, bu konuya m.24 bir açıklık getirmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun "İşçinin Haklı Nedenle Derhal Fesih Hakkı" başlığını taşıyan 24. maddesinde sayılan hallerde, iş akdinin süresi belirli olsun veya olmasın işçinin, süre bitiminden önce veya bildirimsiz feshedebileceği belirtilmiştir. Borçlar Kanunu m.417'de, "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak, saygı göstermek, işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik, cinsel tacize uğramamaları, bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür." şeklinde düzenleme yapılmıştır. Günümüzde gelişen imkânlar ve olanaklar sayesinde bir kimsenin ruh bütünlüğü ve psikolojik sağlığı üzerine ciddi bulgular yapılmıştır<sup>[68]</sup>. Hukuk bu alanlardan faydalanmaktadır Nitekim Yargıtay da kararlarında kendisini bu hızlı gelişime adapte etmiştir<sup>[69]</sup>. Psikoloji ve psikanaliz alanlarında yaşanan gelişmeler kişilerin ruh tamlıklarının korunması için faydalı çalışmalar yapmaktadır. Bu noktada hukuken amaçlanan koruma daha iyi işletilebilmektedir.

Şahıs varlığının haksız fiil sonucu zarar görmesi halinde doğacak manevi zarar tazmininin hesaplanmasında amaçlanan manevi tazminat, zarar gören için tazmin talebi oluşturmaktadır. TBK m.56/2 doğrultusunda "*ağır bedensel zarar veya ölüm halinde*" ölenin veya zarar görenin yakınları da manevi

[68] Modern psikolojinin ortaya çıkışında ise özellikle ruh-beden ve insan-aşkın varlık ilişkisine getirilen açıklamalar etkili olmuştur. Modern psikoloji ise genel anlamda, canlı varlıkların duyuş düşünüş ve davranışlarını incelemektedir. Bu alanda çalışan pek çok bilim adamının ortaya koyduğu kuramlar ve gerçekler sonucunda kişiliği oluşturan içsel psikofizik ve dışsal psikofizik durum anlaşılmiş kişilerin gelen uyarıcılara tepki vermesi ile etkilenen kişiliklerindeki çeşitlilik araştırılmıştır. Bugün bu keşifler hala inceleme konusu olmakla birlikte hukuk alanınca kişiliğin korunması ve manevi zararın sonuçları bakımından daha somut verilerin ortaya konulmasını mümkün kılmıştır. Oscar Sheynin, "Fechner As A Statistician", British Journal of Mathematical and Statistical Psychology, v. LVII, 2004, s. 54. Jon E. Roeckelein, "Fechner's Law", *Dictionary of Theories, Laws & Concepts in Psychology*, Westport 1998, s. 212-213; Jan Drösler, "An N-Dimensional Weber Law and the Corresponding Fechner Law", *Journal of Mathematical Psychology*, 2000, Cilt 44, s. 330 vd. V. D. Glezer, "The Meaning of Weber-Fechner Law and Description of Scenes in Terms of Neural Networks", *Human Physiology*, 2007, Cilt 33, Sayı 3, s.1154.

[69] Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 16/06/2014 Tarih ve E. 2013/14296, K. 2014/17345 sayılı kararı; Yargıtay 4.Hukuk Dairesi, 17/10/2019 Tarih ve E.2019/1136, K.2019/4695 sayılı Kararı, Lexpera.

tazminat talebinde bulunabilirler. Zarar görenin ve yakınlarının haksız fiil sonucunda yaşadıkları elem, acı ve üzüntünün giderilmesi bakımından TBK m.56 uygulama alını bulacaktır. Nitekim şahıs varlığı zararları kapsamında TBK m.58 ile düzenlenen kişilik hakkının zedelenmesi bakımından zarar görenin manevi tazminat hakkı düzenlenmiştir ancak zarar görenin yakınları bu talepte bulunamaz. Kişilik haklarının kişiye sıkı sıkıya bağlı olması sebebiyle bunun zarara uğraması kişinin kendisini ilgilendirmektedir ve zarar gören kişi bunun ruhunda açtığı yaraları manevi tazminat talebine konu edebilir. Nitekim kişilik hakkı zarar görenin yakınları her ne kadar bu durumdan üzüntü duymuş olsalar da kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından sahip olmadıkları bir hakkın zarar görmesi söz konusu olmayacaktır. Yansıma yolu ile manevi zararlara uğrayanlara, TBK m.56'daki gibi özel olarak dava hakkı tanınmış olmadıkça, manevi tazminat talep hakkı tanınmasının, hukuka aykırılık bağı bulunmaması sebebiyle hukuki dayanaktan yoksun olacağı kabul edilmektedir. Zira yasa hukuka aykırı eylem dolayısıyla zarar görenin manevi zararının tazmin edilmesini amaçlarken zarar görenin ölmesi ve bedensel bütünlüğünün ihlal edilmesi sebebiyle hem zarar görenin hem de yakınlarının manevi zararını tazmin etmeyi amaçlamıştır. Örneğin: trafik kazası sonucu çocuğunu kaybeden bir annenin yaşadığı elem, acı ve keder tahmin edilemez ve ölçülemez boyuttadır nitekim annenin ruhunun ıstırabını hafifletmek amacıyla manevi tazminat talebi söz konusu olabilmektedir. Zarar görenin bu zararı ve kusuru ispatlaması gerekmektedir.<sup>[70]</sup> Manevi zarara yönelik olarak yapılan tazminatın hesaplanmasında yapılacak ispat esasen pek kolay değildir. Doğrudan şahıs varlığında yaşanan hasarın tespit edilmesi mümkün değildir. Şahıs kendi varlığına yönelik haksız bir eylemin ya da saldırının yaratacağı tahribatın ispat edilmesi ve hâkimin bu kanıtları takdir ederek yapacağı yargılama oldukça titiz gerçekleştirilmelidir.

### III. ŞAHIS VARLIĞI ZARARLARININ TAZMİN EDİLMESİ

#### A) TAZMİNATIN BELİRLENMESİ

Zarara maruz kalan kişinin zararının tazmin edilmesi onun bu olay olmasaydı mevcut durumu ne halde ise o durumdaki hale getirilmesini

[70] Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2011, s.97.



amaçlar<sup>[71]</sup>. Hukuka aykırı eylem sonucu oluşan zararın tazmin edilmesinde zararın oranında tazmin edilmelidir. Haksız fiili gerçekleştirerek zarara yol açan kişi haksız fiilin varlığı, zarar, illiyet bağı ve kusur unsurlarının varlığı halinde tazminat ödemekle yükümlüdür. Tazminatın amacı zarardan önceki durum ve dengeyi yeniden kurmak olduğuna göre haksız fiilden sorumlu tutulacak şahsı “*aynen tazmin*” prensibi kabul edilir. Mağdurun zararının giderilmesi zarar verenin bir cezası değil sorumluluğu olarak kabul edilir. Nitekim zararı aşan bir tazminat oranının verilmesi hali olan durumlar da bulunur ancak bunların amacı eylemin yapılmasında caydırıcılık sağlanmasıdır. Örneğin vekâletsiz iş görme sonucunda kazancın iadesinin tamamının mağdura verilmesi.

Haksız fiil sonucunda zararın ve kusurun ispat edilmesi gerekir böylece tazminata karar verilebilecektir. TBK m. 50 düzenlemesine göre “*zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır (1) uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler (2)*”. Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinde konu edinilen zarar esasen maddi zarardır. Maddi zararın belirlenmesi bakımından çok önem taşıyan bir konu, zararın hesaplanması anıdır. Zararın hesaplanmasında zaman bakımından ölçütü bu düzenleme ile açıklanmıştır.

TBK m. 51 ile tazminatın belirlenmesine yönelik düzenlemede bulunmuştur. TBK m. 51/1’e göre “*hâkim, tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler*”. Bu düzenleme doğrultusunda yapılacak yargılamada aynen tazmine karar verilebilir. Hâkim TMK m.4 prensibi doğrultusunda hukukun ve yasanın emrettiği ölçüde takdir yetkisini kullanacaktır. Bir kimse zararın doğmasına veya artıp çoğalmasına kendi fiil ve davranışlarıyla katılmış bulunuyorsa, müterafik kusurdan bahsedilir. Bu gibi durumlarda yine bir şahsın haksız fiili ve bundan doğan bir zarar vardır; fakat bizzat mağdurun davranışı da bu zararın doğuşunda veya artmasında rol oynamaktadır.

[71] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.114; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.583; Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi*, s.33; Erlüle, *Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, s.56; Balduğ, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Tazminatın Belirlenmesinde Müterafik Kusur”, s.1252; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.302; Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s.315.

Tazminatın ödenmesine ilişkin olarak ilk tespit edilmesi gereken husus ödeme biçimidir. Zararın nakit olarak ödenmesine karar verilmiş olabilir. Buna nakden tazmin denir. Ancak zarar görenin tazminini cins ya da belli bir miktar olarak aynı şeyin verilmesi şeklinde olarak belirlenmesi, para ödemesi haricinde de tazmine karar verilebilir. Buna da aynen tazmin denilir<sup>[72]</sup>. Aynen tazmin için zarardan sorumlu hekimin zarar göreni bizzat kendisinin tedavi etmesi, zarar gören kişinin dükkânının bir inşaat çalışması esnasında zarar görmesi halinde zarar veren firmanın eski halinde getirmesi örnek gösterilebilir. Tazminat belirlendikten sonra para olarak ödenir. Hukuka aykırı eylem sonucunda tazminatın hesaplanmasının yolları bulunmaktadır. Nakden tazmin yapılmasına karar verilen tazminatın malvarlığında azalan kayıpların telafisi yapılır. Böylece malvarlığındaki eksiklik önceki haline getirilmiş olacaktır. Manevi tazminatın hesaplaması ise bu kadar kolay ve kesin olmayacaktır. Manevi tazminatın zarar görene yardımcı olma ve onun uğradığı manevi yıkımı telafi etme amacı taşımasından dolayı en uygun meblağın belirlenmesi için somut olay üzerinden inceleme yapılması gereklidir. Hâkim tarafından yapılan yargılama bakımından tarafların talepleri ile beraber tazminatın belirlenmesinde kullandığı yöntemleri gerekçeli olarak açıklamalı ve tarafların hukuki tatminlerini sağlamalıdır.

Doktrinde bir görüş, zararın hesaplanmasında esas alınacak zaman diliminin davanın hüküm anındaki zamana göre yapılması gerektiğini kabul eder<sup>[73]</sup>. Bir başka görüşe göre ise, zararın hesaplanmasında zararın doğum zamanına göre bir hesabın yapılması gereklidir<sup>[74]</sup>. Türk Borçlar Kanunu içerisinde bu durum için açık bir düzenleme bulunmamaktadır ve kanun koyucunun burada bilinçli bir boşluk bırakmış olduğunu düşünebiliriz. Bu

[72] Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.581; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.363; Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s.252; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.115; Hans Merz, *Schweizerisches Privatrecht*, 6. Band, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, N.1; Von Tuhr, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, s.114; Lange ve Schiemann, *Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen*, s.63.

[73] Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s.265; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.694; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.813; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.116.

[74] Kılıçoğlu, *Genel Hükümler*, s.339; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.452; Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi*, s.15.

halde oluşan zararların ortaya çıkış anı ve tarzı farklılık arz edebilir ve piyasa dalgalanmalarına göre haksız fiilden sonra ama hüküm anından önce söz konusu tazminatın değerinde ekonomik değişiklikler gerçekleşebilir. Böylece âdil olacak tek bir yanıtın kanun koyucu tarafından önceden verilmesi mümkün olamaz ve durumun şartları ve tazminatın belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisi kullanılmalıdır<sup>[75]</sup>.

Haksız fiil sonucunda uğranılan zararın tazminatının belirlenmesine TBK m. 52 düzenlemesi tazminatın hesaplanmasındaki indirimle ilişkin kuralları düzenlemiştir. Buna göre “zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir (1) zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim tazminatı indirebilir (2)”. Maddi zararın varlığını ve miktarını ispat yükü zarar görene aittir. Zararın meydana geldiği ispat edilmiş olmakla beraber zararın miktarını tam olarak ispat etmek mümkün değilse, o takdirde olayların olağan akışını ve zarar gören tarafından alınmış olan tedbirleri göz önünde tutarak zararın miktarını hâkim hakkaniyete uygun olarak belirler. Özellikle kar mahrumiyetinde ve ölüm dolayısıyla destekten yoksun kalanların zararı ile bedensel zararlarda gelir kaybının miktarını kesin olarak ispat etmek mümkün değildir. Hâkim bunların miktarını takdir ederken zarar görenin veya desteğin kar veya gelir elde etmek için almış olduğu tedbirleri de dikkate alır<sup>[76]</sup>.

Tazminatın hesaplaması yapılırken TBK m.52’de sayılan sebepler indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulmaktadır. TBK m.52’ye göre “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise

[75] Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s.265; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.695; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.453; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s.96; Avcı Braun, “Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, s.46; Badur, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiile İlişkin Hükümler Açısından Değerlendirilmesi”, s.114.

[76] Frank Weiler, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Bern, Nomos, 2014, s.98; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.169; Balduğ, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Tazminatın Belirlenmesinde Müterafik Kusur”, s. 1254.

*hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir*". Örneğin mağdurun rızası<sup>[77]</sup>, müterafik kusur<sup>[78]</sup>, zarar verenin yoksulluğa düşmesi<sup>[79]</sup>. Bunun yanında tazminatın indirilmesinde tek indirim sebebi bunlar değildir TBK 51'e göre "*hâkim durumun gereğine ve kusurun ağırlığına göre tazminatın şeklini ve kapsamını tayin eder*" düzenlemesi ile tazminatı takdir edecektir. Kasten bir zarara sebep olan şahsın tazminat borcuyla, dikkatsizlik sonucu zarar doğuran kişi arasında bir fark ortaya koyulmuş böylece ikinci olan tazminde indirimle gidilebileceğini düzenlemiştir. Örneğin: araç hasarlarında

[77] Dieter Medicus ve Stephan Lorenz, *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil*, Bern, Beck C.H., 2015, s.243; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s.347; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.120; Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi*, s.97.

[78] Hukuka aykırı eylemden dolayı zarar gören kişi, makul orta zekâlı vasat bir kimseden beklenen davranışı göstermeyerek zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olmuş ise bu durumda müterafik kusur bulunmaktadır. Hans Merz, *Schweizerisches Privatrecht, 6. Band, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Erste Teilband, Einleitung §§ 1-3; Entstehung, Allgemeine Charakterisierung; Die Obligation §§ 4-20*, Basel und Frankfurt am Main, CHBeck Verlag, 1984, s.224; Niklaus Lüchinger, *Schadenersatz im Vertragsrecht*, Freiburg, Freiburg Universitätsverlag, 1999, s.74; Zhang, *Schadenersatz bei Tötung, Körper- und Gesundheitsverletzung im deutschen und chinesischen Recht*, s.165; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.594; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.123; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s.96.

[79] Öncelikle belirtmek gerekir ki tazminatın belirlenmesi ile ilgili olarak haksız fiili işleyen ve buna maruz kalan tarafların ekonomik akıbetleri bir kriter değildir. Esasen bizim de katıldığımız bir düşünceye göre zarar verenin ekonomik yoksunluğa düşmesi ya da fakirleşmesi konunun açıklamasını güçleştirmektedir. Önceki BK düzenlemesinde kullanılan "*müzayakaya maruz kalmak*" hali konuyu daha anlaşılır kılacaktır. Tazmin edecek kimse gerçekleştirdiği eylemden dolayı öngöremeyeceği bir ekonomik durumun içerisine düşüp mağdur tarafın da dengesiz bir oranda tazminat hakkı kazanmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Von Tuhr, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, s.110; Merz, *Schweizerisches Privatrecht*, s.227; Zhang, *Schadenersatz bei Tötung, Körper- und Gesundheitsverletzung im deutschen und chinesischen Recht*, s.112; Lange ve Schiemann, *Schadenersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen*, s.75; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.127; Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi*, s.128. Tazminatın belirlenmesinde destekten yoksun kalanlar bakımından tarafların ekonomik durumları önem arz eder.

aracın tamiri ekonomik değilse, o takdirde zararın miktarı, aracın ikinci el piyasa değerinden hurda değeri düşürülmek suretiyle belirlenir<sup>[80]</sup>.

Bedensel zararalarda sürekli iş gücü kaybı söz konusu ise veya ölüm halinde destek kaybı meydana gelmiş ise, o takdirde malul kalan veya ölen kimsenin muhtemel yaşam süresinin belirlenmesi gerekir. Uygulamada, muhtemel yaşama süreleri Fransa'dan alınmış olduğu belirtilen 1931 tarihli P.M.F. (Population Masculine et Feminine) cetveline göre belirlenmektedir. Yargılama aşaması tamamlanmadan davanın taraflarından birinin ölmesi haline, muhtemel yaşama süresi değil, gerçek ölüm tarihi esas alınır<sup>[81]</sup>.

Tazminatın nakden ödenmesi öngörülmüş olması halinde bunun irat biçiminde belirli dönemlerle ödenmesine karar verilebilir. Bu tazminat miktarının büyüklüğü ve zarar verenin ödeme gücüne bağlıdır. Özellikle şahıs varlığına verilen maddi zararların tazmin edilmesi bakımından bu biçimde ödeme yöntemi tercih edilmektedir. Nitekim irat biçiminde ödemeye karar verilmesi mağdur bakımından tehlike oluşturmaması bakımından TBK m. 51/f.2 ile borçlunun teminat vermesi zorunlu kılınmıştır. Bununla birlikte bu tazminat miktarına ilişkin işleyecek faizin ödenmesine de karar verilebilir. TBK m. 117/II düzenlemesi haksız fiile uygulanacak faize ilişkindir. Tazminatın belirlenmesi ve meblağına işletilecek meblağa işletilecek faiz haksız fiilin işlendiği andan itibaren işletilmektedir<sup>[82]</sup>.

[80] Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.171; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s.115; Badur, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiile İlişkin Hükümler Açısından Değerlendirilmesi”, s.109; Gürpınar, “Haksız Fiil Kaynaklı Zararların Tazmini Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdikleri”, s.311; Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, s.78.

[81] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 24.4.2012 Tarih ve E. 2012/4067, K. 2012/7037 sayılı Kararı; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 15.04.2014 Tarih ve E. 2013/7396, K. 2014/7674 sayılı Kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 18.06.2018 Tarih ve E. 2018/1293, K. 2018/4842 sayılı kararı, Kazancı.

[82] Cemal Öztürkler, *Uygulamanın İçinden Ölüm ve Bedeni Zarar Hallerinde Maddi Tazminatın Hesaplanması Teknikleri*, 2003, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.271. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 07.05.2019 Tarih ve E. 2018/5712, K. 3499 sayılı Kararı; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 01.06.2020 Tarih ve E. 2018/5929, K. 2020/2968 sayılı Kararı, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 28.3.2012 Tarih ve E. 2011/1706, K. 2012/5122 sayılı kararı, Lexpera.

## B) TAZMİNATIN ÇEŞİTLERİ

### 1. Maddi Tazminat

Şahıs varlığının hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi halinde oluşan maddi zararların tazmin edilmesi için karar verilen tazminat türü maddi tazminattır<sup>[83]</sup>. Tazminat davası, davacı, davalıdan hukuka aykırı eylemin malvarlığına sebep olduğu azalmanın giderilmesini isteyecektir. Maddi tazminatın amacı uğranılan zararın giderilmesi olduğu için tazminatın kapsamını tayin edecek olan unsur da uğranılan zararın miktarıdır. Maddi tazminat bir cezalandırma yolu değildir. Bu nedenle kast halinde dahi haksız fiil sonucunda uğranıldığı ispat olunan maddi zarar miktarından daha fazla tazminata hükümlenemez. Haksız fiilden zarar gören kişi bu haksız eylem sonucu bir yarar sağlamışsa bu yarar zarardan indirilir. Hâkim tazminatın kapsamını belirlerken, durumun gereğini ve zararı etkileyen şartların özelliğini de dikkate alır ve gereğini de tazminat miktarını indirir. Yargıtay'a göre<sup>[84]</sup> “*haksız eylemden zarar görenin zararını önce kendisinin üstlenmesi ve sonra zarar verenden istenmesi gerektiği ileri sürülemez. Yaralanma sonucu ameliyat gerekiyorsa tedavi bedelinin ne olabileceği araştırılarak davalının sorumluluğuna karar verilmesi gerekir*”.

Zararın meydana gelmesinde veya artmasında zarara uğrayan kimse de kusurluysa birlikte kusur söz konusudur. Birlikte kusur halinde zarar görenin kusurunun derecesine göre hâkim tazminat miktarını azaltabilir veya tazminata hükmetmeyebilir. Zarar görenin kusurunun tazminat miktarını

[83] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.68 vd.; Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s.349; Gürpınar, “Haksız Fiil Kaynaklı Zararların Tazmini Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdikleri,” s.311; Badur, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiile İlişkin Hükümler Açısından Değerlendirilmesi”, s.118; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s.98 ; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s.570.

[84] Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 08.10.2020 Tarih ve E. 2018/3314, K. 2020/5375 sayılı kararı; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 11.02.2021 Tarih ve E. 2019/2279, K. 2021/1262 sayılı kararı, Lexpera.

etkileyebilmesi için, tabiatıyla, zarar görenin kusuruyla zararın meydana gelmesi veya artması arasında illiyet bağı mevcut olmalıdır<sup>[85]</sup>.

Hukuka aykırı eylem dolayısıyla ödenecek olan tazminatın aynen mi nakden mi yerine getirileceği konusunun da belirlenmesi gereklidir. Aynen tazmin, haksız fiilden önceki durum yeniden ve aynen tesis olacak biçimde yapının tazmin yoludur. Örneğin: hâkim, mal sahibini, bedeli haksız fiil yapan kimse tarafından ödenmek üzere malını tamir ettirmeye yükümlü kılabilir. Nakden tazmin ise, haksız fiil sebebiyle malvarlığında meydana gelen eksilme para ödeme suretiyle ortadan kaldırılır, mal varlığı haksız fiil yapılmasaydı arz edeceği değere ulaştırılmasıdır.

Maddi tazminatın talep edebilecek kişiler bakımından ise öncelikle zarar gören veya haksız fiil sonucu zarara uğrayan kişinin yakınları talepte bulunabilecektir. Ancak bu hukuka aykırı fiil ile ilgili olarak zarar görenin çevresinde yer alan dolaylı biçimde zarar gören kimseler tazminat davası açamazlar. Örneğin: haksız fiil sonucu sakatlanmış ve ya ölmüş olan bir kimsenin iş ortağı veya onun bu yüzden alacağını alamayan alacaklı akrabaları zararı tazmin eden sigortacı haksız fiil nedeniyle alacağı alamadığını ileri sürerek failden tazminat isteyemez<sup>[86]</sup>. Zarar görenin ölümü halinde maddi tazminat isteme hakkı, mirasçılara intikal eder; bu hak ayrıca başkalarına kabili temliktir ve haczedilebilir<sup>[87]</sup>.

## 2. Manevi Tazminat

Bunun belirlenmesi bakımından Türk Borçlar Kanunu m. 58/I değerlendirilmektedir. Buna göre “*kişilik hakkının zedelenmesinden zarar görenin, uğradığı bu manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini talep edebilir*”. Manevi tazminat haksız eylemden dolayı mağdurun duyduğu acı ve ıstırabın giderilmesi için sorumludan

[85] Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s.570; Çetiner, Furrer ve Muller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.289; Tercier, Develioğlu, ve Pichonnaz, *Borçlar Hukuku*, s.341; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s.97; Gündüz, *Olumlu Zarar*, s.85.

[86] Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, s.22.

[87] Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s.568; Çetiner, Furrer ve Muller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.337; Tercier, Develioğlu ve Pichonnaz, *Borçlar Hukuku*, s.325; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s.96; Gündüz, *Olumlu Zarar*, s.85.

kaideden bir miktar paranın kendisine verilmesini ister. Manevi tazminatın amacı, mal varlığında meydana gelmiş olan bir azalmanın giderilmesi değil uğranılan acının kötü etkisini telafi etmektir<sup>[88]</sup>.

Bedensel bütünlüğün zedelenmesi veya ölüm halinde ödenecek manevi tazminata ilişkin hüküm 56. maddede yer almaktadır ve mülga 47. maddeye oranla kapsamı oldukça genişletilmiştir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir<sup>[89]</sup>. Böylece sadece ölüm halinde değil ağır bedensel zarar halinde de ölenin veya ağır bedensel zarar görenin sadece aile üyelerine değil yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun miktar para ödenebilecektir<sup>[90]</sup>.

Manevi tazminat talebini öncelikle mağdur kişi gerçekleştirebilir ancak doktrinde kabul edilen görüşe göre hükmedilen manevi tazminat talebi hakkının mirasçılara intikali bu hakkın açık bir düzenleme ile açıklanmış olmasıdır. Örneğin: manevi tazminat davası açıldıktan sonra davacının ölmesi halinde davaya miras bırakanın mirasçıları devam edebilirler. Hükmedilecek manevi tazminatın amacı mağdurun manevi huzurunu sağlamalıdır. Bu tazminat zarar verenin cezası değildir ancak gerçekleşen

[88] Kemal Tahir Gürsoy, *Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi)*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayıncılık, 1950, s.132.

[89] Kişinin yakını kavramının içeriğini doldurmak aile kavramının içeriğini doldurmak kadar kolay değildir. Ama zaman zaman kişinin ölümü veya ağır bedensel zarar görmesi, her zaman onun yanında olup acısıyla üzülen sevinciyle mutlu olan fakat kişiye hiçbir akrabalık bağıyla bağlı olmayan bireyleri, aile üyelerine göre daha derinden etkileyebilir. Kişinin yakını olan kimselerin zarar veren kişinin sorumluluk alanını genişleten veya kanun koyucunun amacını aşmayacak derecede tespit edilmelidir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.290.

[90] Haluk, Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1963, s.335; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.764; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.884; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.272; Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, s.86. Erlüle, *Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, s.145.



zararın telafi edilmesidir. Tazminatın hesaplanırken bu sınırlara dikkat edilmesi gereklidir<sup>[91]</sup>.

Manevi tazminatın ödenmesine ilişkin olarak bu tazminatın bölünmezliği ilkesinden bahsetmek gerekir. Kabul edilebileceği gibi manevi tazminat kişinin yaşadığı bir acı, üzüntü ya da kederden dolayı bunların telafi edilmesi amacıyla ödenecek bir tazminattır. Bunun parça parça ödenmesi ya da ileride arttırılıp azaltılması söz konusu olmayacaktır. Manevi tazminat tektir ve bölünemez bir yapıdadır dolayısıyla zarar veren bu şekilde ödemek zorundadır<sup>[92]</sup>. Manevi tazminatın bölünmezliği ve tekliliği ilkesi gereği, manevi tazminat irat biçiminde istenemez, ıslah edilemez, kısmi dava açılmaz<sup>[93]</sup>.

### C) TAZMİNATIN ÖDENMESİNDE ZAMANAŞIMI

Hukuka aykırı fiil sonucunda tazminat talebinde bulunacak kişinin bazı sürelerle uyması gerekmektedir. Tazminat talebinde bulunmak için gerekli süreleri düzenleyen yasal madde Türk Borçlar Kanunu m. 72 ile düzenlenmiştir. TBK m. 72/1'e göre “*tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilinden doğmuşsa bu zamanaşımı uygulanır*”. Tazminatın talep edilmesi ile ilgili olarak zamanaşımı süresi için üç farklı süre öngörüldüğü açıklanmaktadır. Tazminat davası açmak isteyen mağdur için kabul edilen normal süre zararın meydana gelmesinden veya tazminat yükümlüsünü

[91] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 3.6.1999 Tarih ve 4041/5263 sayılı kararı; Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 03.03.2020 Tarih ve E. 2019/4430, K. 2020/1410 sayılı kararı, kazancı.

[92] Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 03.03.2016 Tarih ve E. 2015/10856, K. 2016/3470 sayılı kararı; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 23.03.2017 Tarih ve E. 2017/28178, K. 2017/5869 sayılı kararı; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 16.03.2021 Tarih ve E. 2020/7279, K. 2021/3385 sayılı kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 15.5.2002 Tarih ve 1386/5873 sayılı kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 2.10.2000 Tarih ve 5173/8153 sayılı kararı, Kazancı; Gökcan, *Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, s.301.

[93] Haluk, Nomer, “Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Mümkün Müdür?”, *İHFM*, 2000, Cilt 58, Sayı 1-2, s.221 vd..

öğrendiği tarihten itibaren iki yıldır. Haksız yere alınan ihtiyari tedbir ya da ihtiyari haciz dolayısıyla uğranılan zararlar bakımından zamanaşımı süresi bu haksızlığın ispatlanmasından itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>[94]</sup>. Haksız fiilin süreklilik göstermesi söz konusu ile fiil sona ermeden iki yıllık zamanaşımı ve on yıllık zamanaşımı işlemeye başlamayacaktır. Bunların işlemeye başlaması için fiilin sona erdiği zaman esas alınacaktır. Örneğin: işyerinde sürekli olarak mobbinge maruz kalan bir çalışanın uğradığı zararlarından dolayı açacağı tazminat davası ancak haksız eylemin sona erdiği andan itibaren başlayacaktır<sup>[95]</sup>. Haksız fiil sürekli değil ancak belli aralıklarla tekrarlanıyor ise ve tazminat yükümlüsü biliniyor ise her fiil sonucunda oluşan zarar bakımından ayrı ayrı olarak süreler işlemeye başlayacaktır.

Haksız fiil sonucu zarara uğramış olan mağdurun açacağı tazminat davasında azami süre ise fiilin gerçekleştiği andan itibaren on yıldır. Bu süre zarfı içerisinde zarar veren öğrenilememiş ve normal süre olan iki yıl geçmiş ise yine genel on yıllık süre etkilenmeyecektir. Azami sürenin tamamlanması on yıldır dolayısıyla iki ve on yılın toplamı değildir. Azami süre bakımından önemli kriter haksız fiilin gerçekleşip tamamlandığı tarihin belirlenmesidir. Mağdur kimse bu süre içerisinde zararını ispatlamalı ve zarar vereni tespit etmesi gereklidir. Örneğin: sosyal medya üzerinden sürekli taciz edilen mağdur kişi bu eylemin gerçekleşmesinden dolayı uğradığı zararın tazmini için açacağı davanın zamanaşımı bu tacizin sürekliliğinin sona ermesinden itibaren on senedir<sup>[96]</sup>.

Hukuka aykırı eylemin ceza hukuku bakımından da takibi olabilir ve ceza hukuku dolayısıyla açılacak tazminat davasında mağdur bu ceza

[94] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.74; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.718; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *İcra İflas Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2014, s.99; Baki Kuru, Ramazan Arslan, ve Ejder Yılmaz, *İcra İflas Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2013, s.36.

[95] Pınar, Tınaz, “İşyerinde Psikolojik Taciz ve Mobbing,” *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2006, Cilt 4, Sayı 11-13, s.14 vd.; Christina, Kolodej, *Mobbing*, 2016, Springer Gabler; s.45; Mosler, „Mobbing am Arbeitsplatz: Verpflichtung des Arbeitgebers, unverzüglich auf angemessene Weise Abhilfe zu schaffen; Schadenersatz bei Verletzung der Fürsorgepflicht”, s.461.

[96] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 22.12.2014 Tarih ve E. 2014/13098, K. 2014/17547 sayılı Kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 28.05.2015 Tarih ve E. 2015/5467, K. 2015/6963 sayılı kararı, Lexpera.

davasındaki zamanaşımı uygulama alanı bulur, bu istisnai bir zamanaşımı süresi olarak düzenlenmiştir<sup>[97]</sup>. Esasen bir kimsenin işlemiş olduğu hukuka aykırı bir eylem hem adli mahkemelere hem de cezai mahkemelere konu ise bu durumda açılacak ceza davasındaki zamanaşımı süresi geçerli kabul edilecektir. Ceza mahkemesinde açılacak davanın zamanaşımı süresi on yıllık azami süreyi aşıyor ise bu süre önceliklidir<sup>[98]</sup>. Örneğin: sosyal medya hesabı üzerinden kişilerin kimlik verilerinin, profil resminin, şifrelerinin çalınması, dolandırıcılık yapılması gibi bilişim suçları dolayısıyla ceza mahkemesinde açılan davadan dolayı tazminat davasının zamanaşımı süresinin Türk Ceza Kanunu m. 244 ve diğer ilgili hükümleri uygulama bulur<sup>[99]</sup>.

Zamanaşımına ilişkin olarak TBK m. 72 düzenlemesinin ikinci fıkrasına göre “*haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir*”. Bu düzenlemede özel bir durum olarak daimi def’i düzenlenmiştir. Daimi def’inin önemi mağdurun iradesinin sakatlanması halleri (korkutma/aldatma/yanılma) bakımından gerçekleşir. Hukuka aykırı eylem dolayısıyla mağdurun iradesi sakatlanıp

[97] Belirtilmelidir ki hukuk davasına yönelik dava zamanaşımı ile ceza mahkemesindeki dava zamanaşımı arasında bir hiyerarşi bulunmaz, ceza dava zamanaşımı bakımından da failin yararına hangisi ise o uygulama alanı bulur. Ceza dava zamanaşımı, hukuk mahkemesinde açılmış olan tazminat davasının zamanaşımı süresinden kısa olabilir. Zamanaşımı süresinin belirlenmesinde ve uygulanmasında esas mantık yapılan yargılamaya ilişkin belli süre içerisinde yargılamanın yapılması ve kesin bir sonuca ulaştırılmasıdır. Savaş, *Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı*, s.123.

[98] Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.725; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.77; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s.109; Savaş, *Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı*, s.128; Badur, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiile İlişkin Hükümler Açısından Değerlendirilmesi”, s.119.

[99] Meryem Solmaz, “Sosyal Medyada Kişilik Hakları İhlalleri ve Korunma Yolları”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, s.196; Mine Kaya, “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Haklarının İhlali”, *TBB Dergisi*, 2015, s.279; Jan H., Kietzmann/ Hermkens Kristopher vd., “Social Media? Get Serious! Understanding the Functional Building Blocks of Social Media”, *Business Horizons*, Cilt 54, Sayı 3, 2011, s.33; M. Volkan, Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014, s.36.

bazı hukuki işlemler yapmış ise bunların iptal edilmesi bakımından her zaman borcu ifadan kaçınabilecektir. Bu düzenleme ile ilgili olarak doktrinde tartışmalı olan bir husus bulunmaktadır. TBK m. 39 düzenlemesi ile TBK m. 72 hükmü birbiri ile çatıştığı kabul edilir<sup>[100]</sup>. Mağdur kimsenin yapmış olduğu işlemler için iptal hakkının düşmesi için öngörülen bir yıllık süresi bulunmaktadır. Bunun gerçekleşmemesi halinde mağdur işleme onay vermiş kabul edilir. Değerlendirmemize göre de bu düzenlemeler bakımından uyumsuzluk bulunmaktadır. Bu uyumsuzluk esasen usul ekonomisi bakımından bulunur. Mağdur önce bu hukuka aykırı eylem dolayısıyla uğradığı zararın tazmin edilmesini sağlamak üzere hareket edecektir ancak bu hukuka aykırı eyleme maruz kaldığı dönemde yapmış olduğu hukuki işlemleri iptal etmesi bakımından bir yıllık süresi kaçırması durumunda TBK m. 39/II düzenlemesine göre ayrıca yargıya başvurmak ve bu iptal etme süresinin aşılmasından dolayı uğradığı zararlar için ayrıca tazminat davası açacaktır. Bu hem TBK m. 72/II ile amaçlananın aksine bir durum hem de yargılamanın uzaması ve mahkemelerin işleminin yavaşlığına sebep olacaktır.

## SONUÇ

Haksız fiil sonucunda şahıs varlığının uğradığı zararlar ve bunların tazmin edilmesi bu çalışmanın konusunu oluşturur. Çalışma içerisinde güncel yargı kararları ve görüşler ele alınmıştır. Türk Hukuku içerisinde şahsa verilen değer, şahıs hakları ve şahıs olma varlığını oluşturan kavramların yorumlanması incelenmiştir. Bu çalışma ile amacımız gelişen dünya içerisinde şahıs olarak var olabilme ve bunun bir değer olarak hukuken korunmasının aşaması ve özellikle işyerinde ya da gelişen teknoloji ile ihlal edilen şahıs haklarının durumunun aydınlatılmasıdır. Bugün gelişmiş toplumlar incelendiğinde şahsa verilen değer ve şahıs varlığının hukuken korunmasına ilişkin düzenlemelerin kapsamlı olduğu görülmektedir. Gelişen teknoloji ile insanların kimlikleri, görüntü ve seslerinin hukuka aykırı bir biçimde kullanılabilmesi veya işyerinde maruz kalınan mobbing ya da kötü muameleden şahısları hukuken korumak gereklidir.

Haksız fiil sonucu bir kişinin şahıs varlığının maddi ve manevi bütünlüğünü oluşturan değerlerin zarar görmesi, bedensel bütünlüğün dokunulmazlığının

[100] Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.81; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.501; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.455.

ihlal edilmesi, ölüm ya da manevi varlıkların zarar görmesi halinde bunun zarar veren tarafından tazmini gereklidir. Bu tazminat için tazminatın türü, ödeme biçimi ve mağdurun tatmin edilmesi gerekir. Şahıs varlığı zararının tazmin edilmesinin belirlenmesi kişinin uğradığı zarar sonucu kayıplarının telafi edilmesi, sağlığının iyileştirilmesi ve önceki duruma geri dönmesini amaçlar. Bedensel bir zararın doğmuş olması halinde mağdur kişi hastane ve bakım masraflarının, tedavi süresince uğradığı kazanç kaybının ve buna benzer diğer zararlarının telafisini talep edecektir. Kişi haksız fiil sonucunda ölmüş ise desteğinden yoksun kalan yakınları tazminat davası açabilirler ve uğradıkları desteğin sona ermesinden dolayı doğan zararlarının telafisini talep edebilirler. Şahıs varlığının manevi değerlerinin, kimliğin, görüntü ve sesin haksız fiil sonucu zarar görmesi, kişinin iradesi dışında kullanılması ve yayılması halinde mağdur bunların tazmin edilmesini talep edecektir. Manevi tazminat mağdurun yaşadığı elem, acı ve kederi azaltmalı, yaşanan saldırı sonuçlarını ortadan kaldırmalıdır.

Manevi tazminat ve maddi tazminat mağdurun bizzat kendisi tarafından talep edilebilirken destekten yoksun kalma tazminatı mağdur kimsenin yakınları ve desteğine muhtaç olanlar tarafından talep edebilir. Tazminat davası açılmış ve mağdur daha sonra ölmüş ise mirasçıları davaya devam edebilirler. Tazminat sorumlusu haksız fiili gerçekleştirmiş ve zarara sebep olmuş kişidir. Zarar ile eylem arasında uygun illiyet bağı kurulmalı ve ispatlanmalıdır. Tazminattan sorumluluk için bu şartların varlığı gereklidir. Tazminatın belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır. Özellikle manevi tazminat bakımından keskin ve net bir hesaplama yapılamaz bu sebeple tazminatın takdir edilmesi gereklidir. Nitekim hâkim bu yargılamada manevi değerler üzerine bir açıklama yapamaz yani şan, şöret, kimlik ya da manevi değerlerin zedelenmesi sübjektif bir değerler bütünüdür. Bu bakımdan hukuki bir ölçüt konulamaz. Tazminat nakden ya da aynen tazmin olarak belirlenebilir. Bu çalışma içerisinde şahıs varlığının uğradığı zararlar ve tazminatın belirlenmesi açıklanmıştır. Özellikle gelişen teknik araçlar ile kişilerin kimlik bilgileri, görüntü ve ses kayıtları ya da psikolojik taciz, mobbing gibi hukuka aykırı eylemler dolayısıyla şahıs varlığına verilen zararın tazmini daha önemli bir hal almıştır.

## KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Sibel, “Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 9, 2012.
- Akkurt, Sinan Sami, *Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması*, Ankara, Seçkin, 2020.
- Aksoy, Hüseyin Can, *Medeni Haksoyukuk ve Özellikle Kişilik Hakları Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara, Çakmak, 2010.
- Antalya, Osman Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I.*, İstanbul, Legal, 2015.
- Antalya, Osman Gökhan, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması*, İstanbul, On İki Levha, 2017.
- Arslan, Çetin ve Mustafa Kırmızı, *Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar*, Ankara, Seçkin, 2010.
- Atlan, Hülya, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, İstanbul, On İki Levha, 2015.
- Avcı Braun, Cihan, “Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *AÜHFD*, Cilt 64, Sayı 1, 2015, s.37–64.
- Aybay, Aydın, *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, Seçkin, 2011.
- Aydos, Oğuz Sadık, “Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlallerinde Manevi Tazminat”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 2, 2012, s.1–36.
- Badur, Emel, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiile İlişkin Hükümler Açısından Değerlendirilmesi”, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Sempozyumu*, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011, s.105–21.
- Bal, Özlem, “Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi”, *Prof.Sarper Süzek’e Armağan*, 2011, s.1257–67.
- Bal, Özlem, “Türk İş Hukukunda Manevi Tazminat”, *Adalet Dergisi*, Sayı 38, 2010, s.115–31.

- Balduğ, Emine Yağmur, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Tazminatın Belirlenmesinde Müterafık Kusur”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 16, Sayı 166, 2020, s.1249–56.
- Baysal, Başak. *Haksız Fiil Hukuku*, İstanbul, On İki Levha, 2019.
- Baysal, Başak, *Zarar Görenin Kusuru Müterafık Kusur*, İstanbul, On İki Levha, 2012.
- Becker, Hermann, *Berner Kommentar*, Bern, Verlag Stampfli & Cie, 1945.
- Bora, Sevda, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Manevi Tazminat Davası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 83, 2013, s.31–42.
- Çetiner, Bilgehan, Andreas Furrer ve Markus Muller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, On İki Levha, 2021.
- Deickert, Frank, Björn Maier ve Siegfried Schwab, “Mobbing—Persönlichkeitsverletzung”, In *Erfolgsfaktor Strategisches Management, Controlling Und Personal: Zukunft Des Gesundheitswesens*, 2012, s.219–27.
- Diehl, Jacqueline ve Joachim Wichert, “Ypische Konflikte Am Arbeitsplatz—Mobbing?” *Monatsschrift Für Deutsches Recht*, Cilt 76, Sayı 11, 2022, s.665–71.
- Doğu, Hakkı Mert, “Normatif Zararın Bir Çeşidi Olarak Ev İşlerini Yürüten Eşin Zararı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 28, Sayı 2 , 2022, s.1138–54.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul, Filiz, 2011.
- Eckelmann, Hansgeorg ve Jürgen Nehls, *Schadenersatz Bei Verletzung Und Tötung*, Zurich, CHBeck, 1987.
- Edis, Seyfullah, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1993.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin, 2017.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Yetkin, 2017.
- Ergüle, Mehmet Serkan, *Olumsuz Zarar*, İstanbul, Beta, 2007.

- Erlüle, Fulya, *Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, İstanbul, On İki Levha, 2015.
- Gökcan, Hasan Tahsin, *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, İstanbul, Seçkin, 2003.
- Gschnitzer, Franz, “Schadenersatz, Besonderer Teil”, In *Schuldrecht Besonderer Teil Und Schadenersatz*, 1963, s.169–202.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, İstanbul, Yetkin, 2021.
- Gündüz, Şefika Deren, *Olumlu Zarar*, İstanbul, On İki Levha, 2019.
- Gürpınar, Damla, “Haksız Fiil Kaynaklı Zararların Tazmini Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdikleri”, *İzmir Barosu Dergisi*, Sayı 2, 2012, s.254-271.
- Gürsoy, Kemal Tahir, *Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi)*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1950.
- Helvacı, Serap, *Gerçek Kişiler*, İstanbul, Filiz, 2012.
- Höpfner, Clemens, “Vertrauensschaden Und Erfüllungsinteresse: Zur Begrenzung Der Schadensersatzpflicht Des Anfechtenden”, *Archiv Für Die Civilistische Praxis*, Cilt 212, Sayı 6, 2012, s.853–74.
- İnceoğlu, Murat ve Meliha Sermin Paksoy, “Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK. m.55)”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergi Özel Sayı*, 2013, s.1383–1412.
- Karakaş, Tülay, “Bedensel Bütünlüğü İhlal Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi”, *AÜHFĐ*, Cilt 55, Sayı 2, 2006, s.143–56.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Turhan, 2020.
- Kılıçoğlu, Kumru, *Yansıma Yoluyla Zarar*, Ankara, Seçkin, 2011.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1978.
- Koçoğlu, Safa, “İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Sonucu Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Şartları”, *Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı 19, 2017, s.189–206.



- Kurt, L. Müjde, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, *AÜHFD*, Cilt 64, 2015, s.775–814.
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *İcra İflas Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2013.
- Lange, Hermann ve Gottfried Schiemann, *Schadenersatz, Handbuch Des Schuldrechts in Einzeldarstellungen*, Bern, Mohr Siebeck, 2003.
- Lüchinger, Niklaus, *Schadenersatz Im Vertragsrecht*, Freiburg, Freiburg Universitätsverlag, 1999.
- Maier, Gunter, *Schadenersatz Bei Tötung Oder Verletzung Der Im Haushalt Tätigen Oder Im Beruf Oder Geschäft Des Mannes Mitarbeitenden Ehefrau*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 1976.
- Medicus, Dieter ve Stephan Lorenz, *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil*, Bern, Beck C.H., 2015.
- Merz, Hans, *Schweizerisches Privatrecht, 6. Band, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Erste Teilband, Einleitung §§ 1-3; Entstehung, Allgemeine Charakterisierung; Die Obligation §§ 4-20*, Basel und Frankfurt am Main, CHBeck, 1984.
- Mosler, Rudolf, “Mobbing Am Arbeitsplatz: Verpflichtung Des Arbeitgebers, Unverzüglich Auf Angemessene Weise Abhilfe Zu Schaffen; Schadenersatz Bei Verletzung Der Fürsorgepflicht”, *Juristische Blätter*, Cilt 136, Sayı 7, 2014, s.460–68.
- Nomer, Haluk, *Borçlar Kanunu, Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 2017.
- Nomer, Haluk, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1996.
- Oertmann, Paul, *Die Vorteilsausgleichung Beim Schadenersatzanspruch Im Römischen Und Deutschen Bürgerlichen Recht*, Berlin, Guttentag, 1901.
- Oğuzman, Kemal ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, İstanbul, On İki Levha, 2021.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Vedat, 2018.
- Öztan, Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, Turhan, 2019.

- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *İcra İflas Hukuku*, Ankara, Yetkin, 2014.
- Savaş, Fatma Burcu, “Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı”, *TBB*, Sayı 74, 2008.
- Şenyüz, Doğan, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, Ankara, Ekin, 2018.
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İstanbul, Filiz, 2008.
- Tandoğan, Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1961.
- Tekinay, Selahattin, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Filiz, 1993.
- Tercier, Pierre, H. Murat Develioğlu ve Pascal Pichonnaz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, XII.Levha Yayınları, 2016.
- Topuz, Murat, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukuku'nda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.
- Von Tuhr, Andreas ve Hans Peter, *Allgemeiner Teil Des Schweizerischen Obligationenrechts*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984.
- Vranken, J.B.M, “Einführung in Das Neue Niederländische Schuldrecht: Teil II: Das Recht Der Unerlaubten Handlung, Schadenersatz-Und Bereicherungsrecht”, *Archiv Für Die Civilistische Praxis*, Cilt 5, 1991, s.411–32.
- Wagner, Gerhard, “Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz”, *NJW*, Cilt 146, 2002, s.2049–64.
- Wagner, Gerhard, “Schadenersatz Bei Tötungen Und Angehörigenschmerzensgeld-Die Rückständigkeit Des Deutschen Rechts”, 2015, *ZEUP : Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, s.869–88.
- Weiler, Frank, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Bern, Nomos, 2014.

- Yıldırım, Abdülkerim, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınları, 2017.
- Yılmaz, Hamdi, “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur ‘Culpa In Contrahendo’ ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1–2, 1985, s.240 – 252.
- Zeytin, Zafer, “Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi - I: Maddi Zarar Olarak Özel Kullanım Kaybı”, *BATIDER*, 1999, Cilt XX, Sayı 2, s.145-162.
- Zhang, Hong, *Schadenersatz Bei Tötung, Körper-Und Gesundheitsverletzung Im Deutschen Und Chinesischen Recht*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2013.



# Bir İdari İşlem Olan Yapı Kayıt Belgesine Eleştirel Bir Yaklaşım

Onur KÜÇÜKKAHRAMAN\*

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Lisans Öğrencisi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, onurkucukkahraman25@gmail.com, **ORCID:** 0009-0002-7447-0809.

**Makale geliş tarihi:** 9 Nisan 2024 **Makale kabul tarihi:** 6 Eylül 2024

**Atf önerisi:** Küçükkahraman, Onur, “Bir İdari İşlem Olan Yapı Kayıt Belgesine Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 4, Ekim 2024, s. 105-136. **DOI:** 10.30915/abd.1467104.

## BİR İDARİ İŞLEM OLAN YAPI KAYIT BELGESİNE ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM

### ÖZ

Yapı kayıt belgesi, imar hukukunda tipik bir idari işlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukukumuzda yapı kayıt belgesi, 3194 Sayılı İmar Kanunu, 7143 Sayılı Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile buna istinaden çıkarılan düzenleyici işlemlerle yerini almıştır. Yapı kayıt belgesi kaçak yapılara ilişkin düzenlenebilir. Bu belgeyle birlikte kaçak yapı sahibi, imar mevzuatına aykırı olan yapısını kullanabilme olanağına kavuşmaktadır. Bu yüzden yapı kayıt belgesi, daha önemli bir hale gelmektedir.

Bu çalışmada yapı kayıt belgesi, unsurları göz önünde bulundurularak şu konular ekseninde tartışılmıştır: (i) Yapı kayıt belgesinin düzenlenmesinde yetkili olan makamın belirlenmesi bağlamında, e-Devlet üzerinden elektronik olarak alınması durumunda hangi makamın yetkili olacağı meselesi; (ii) Söz konusu idari işlemin konusu ışığında; yapı kayıt belgesine bağlanan sonuçların değerlendirilmesi; (iii) Yapı kayıt belgeli yapının “riskli yapı” statüsüne girmesi durumunda, 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun’da riskli yapılar için öngörülen yaptırımların yapı kayıt belgesinin sağladığı sonuçlarla bağdaşıp bağdaşmadığı hususu. Çalışmanın sonucunda ise yapı kayıt belgesinin bu unsurları yönünden yapılan eleştiriler özetlenmiş ve yapılabilecek değişimler için önerilerde bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** yapı kayıt belgesi, kaçak yapı, idari işlem, riskli yapı, yıkım kararı, güçlendirme izni.

## A CRITICAL APPROACH TO THE BUILDING REGISTRATION CERTIFICATE AS AN ADMINISTRATIVE ACT

### ABSTRACT

The building registration certificate is a typical administrative act in zoning law. In our law, the building registration certificate has taken its place with the Zoning Law No. 3194, the Law No. 7143 on the Restructuring of Taxes and Some Other Receivables and the Law on the Amendment of Certain Laws and the regulatory acts issued accordingly. The building registration certificate can be issued for illegal structures. With this document, the owner of the illegal building gains the opportunity to use the building that is contrary to the zoning legislation. Therefore, the building registration certificate becomes more important.

In this study, the building registration certificate, has been discussed on the basis of the following issues, taking into account its elements: (i) In the context of determining the competent authority for the issuance of the building registration certificate, the issue of which authority will be competent in case it is obtained electronically via e-Government; (ii) In light of the subject matter of the administrative action in question; the evaluation of the results attached to the building registration certificate; (iii) In the event that the building with a building registration certificate is classified as a “risky building”, whether the sanctions stipulated for risky buildings in Law No.6306 are compatible with the results provided by the building registration certificate. At the end of the study, the criticisms made in terms of these elements of the building registration certificate are summarized and suggestions are made for possible changes.

**Keywords:** building registration certificate, unlawful structure, administrative act, risky building, demolition decision, retrofit permission.

## GİRİŞ

Yapı kayıt belgesi tipik bir idari işlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Yapı kayıt belgesi, bu özelliğinden dolayı imar hukukunu ilgilendirdiği gibi idare hukukunu da yakından ilgilendirmektedir. Zira imar hukuku ile idare hukuku arasında görevleri yönünden benzerlik bulunduğu dair genel bir kabul bulunmaktadır. İmar hukuku, kamu düzeninin en çoklaştırılmasını kendisine görev edinmiştir. Bununla birlikte idare hukukunda ise, kamu düzeninin sağlanması mevzuat hükümleriyle idareye verilmiş olan görevlerden birisidir. Her ne kadar görevleri açısından benzerlik bulunuyor olsa da yapı kayıt belgesi gibi imar politikaları, bu iki hukuk disiplininin karşı karşıya gelebileceğinin sinyallerini vermektedir. İşbu makalede, yapı kayıt belgesinin hangi yönlerinin bu iki hukuk disiplini bakımından sorunlara yol açabileceği masaya yatırılmıştır.

Öncelikle yapı kayıt belgesi düzenlenmesinde yetki unsuru ile ilgili birtakım tartışmalı noktalar bulunmaktadır. Bu belge, e-Devlet üzerinden elektronik formatta düzenlenebileceği gibi Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yetkilendirilmiş kurumlar tarafından da düzenlenebilir. Bu husus ise akıllara şu soruyu getirmektedir: Yapı kayıt belgesinin e-Devlet üzerinden verilmesinde hangi kurum yetkilidir ve dolayısıyla bu işlemi hangi makam yetki ve usulde paralellik ilkesi uyarınca geri alabilir?

Konu bakımından yapı kayıt belgesinin oldukça geniş ele alındığı söylenebilir. Zira bu belge 3194 Sayılı İmar Kanunu'na<sup>[1]</sup> ("3194 Sayılı Kanun") göre 31/12/2017 tarihinden önce yapılan, kaçak yapı olarak adlandırılan ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılar hakkında düzenlenmektedir. Yapı kayıt belgesiyle birlikte kaçak yapı sahibi, geçici süreliğine de olsa yapısını olduğu gibi muhafaza edip kullanma olanağına kavuşmaktadır. Çok önemli sonuçları olan yapı kayıt belgesinin bu sonuçlarının imar hukukuna uygun olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Çalışmamızda takiben yapı kayıt belgeli bir yapının "riskli yapı" olarak ilan edilmesi durumunda 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'da<sup>[2]</sup> ("6306 Sayılı Kanun") riskli yapılar için öngörülmüş olan

[1] 09 Mayıs 1985 Tarih ve 3194 Sayılı İmar Kanunu.

[2] 31 Mayıs 2012 Tarih ve 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun.



yaptırımların yapı kayıt belgesinin sağlamış olduğu sonuçlarıyla bağdaşır bağdaşmadığına dair görüşler değerlendirilmektedir.

Çalışmamızda sırasıyla; idare hukuku bakımından yetki unsuru açıklanmış ve e-Devlet üzerinden yapı kayıt belgesi alınması durumunda hangi makamın yetkili olabileceği tartışılmış, akabinde yapı kayıt belgesinin konu unsuru kapsamındaki sonuçlarının imar hukukuna uygunluğu değerlendirilmiştir. Son bölümde ise riskli yapı statüsüne geçen yapı kayıt belgeli yapının durumu incelenmiştir.

## I. YAPI KAYIT BELGESİ VERİLMESİNDE YETKİ UNSURUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

### A) İDARE HUKUKU BAKIMINDAN YETKİ UNSURUNA GENEL BİR BAKIŞ

Yapı kayıt belgesi, hukuki niteliği itibariyle tipik bir idari işlemdir. İdare hukuku bağlamında idari işlem; idare veya idare adına hareket eden özel hukuk kişileri tarafından, yöneldiği kişilerin veya nesnelerin hukuki statülerini etkileyen, kamusal özellikleri olan, kamu gücüyle yapılan, tek yanlı irade açıklamalarıdır<sup>[3]</sup>. Bu bağlamda yapı kayıt belgesi, idari makamlar tarafından düzenlenmesi ve yapının hukuki statüsünde bir değişim yaratması sebebiyle idari işlemin tipik ve karakteristik özelliğini yansıtmaktadır. Bu nedenle yapı kayıt belgesinin yetki, sebep, şekil, konu ve amaç unsurlarının hukuka uygun olması şarttır.

Aynı zamanda yapı kayıt belgesinin geçici bir idari işlem<sup>[4]</sup> olduğu göze çarpmaktadır. Zira 3194 Sayılı Kanun'un Geçici 16'ncı maddesinin onuncu fıkrasında, “*Yapı Kayıt Belgesi, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerli*” olduğu belirtilmiştir<sup>[5]</sup>. Bu sebeple

[3] Onur Karahanoğulları, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan, 1.Baskı, 2022, s.44; Ronald M. Levin, “Administrative Procedure and Judicial Restraint”, *Harvard Law Review*, Cilt 129, Sayı 7, Mayıs 2016, s.344.

[4] “İdari makamın, yasal bir düzenlemeye dayanarak, ‘önceden’ belli ya da belirlenebilir bir süre için yaptığı idari işleme geçici idari işlem adı verilir”. Bkz: Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Savaş, 15.Baskı, 2022, s.378.

[5] Hüseyin Melih Çakır, “Yapı Kayıt Belgesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, Eylül 2018, s.43.

yapı kayıt belgesinin hangi yöntemlerle ve nasıl verilebileceği, bu belgeyi vermede kimlerin yetkili olduğu soruları gündeme gelmektedir.

İdare hukukunda yetki; kaynağını Anayasa, kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden alan, kamu düzeniyle ilgili olan, vazgeçilmez ve kural olarak devredilemeyen bir kavramdır. Bir başka deyişle yetki, idari makamların kamu gücüyle birlikte tek taraflı olarak idari işlem yapabilme iktidarındır<sup>[6]</sup>. Yapı kayıt belgesinin verilmesinde yetki kavramından bu belgenin hangi idari makam tarafından tesis edileceği anlaşılmalıdır. Yetkili makamın tespiti, gerek yetki ve usulde paralellik ilkesi uyarınca işlemin hangi makam tarafından geri alınabileceğinin tespiti açısından gerekse açılacak idari davalarda hangi idari yargı merciinin yetkili olabileceğinin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir<sup>[7]</sup>.

İdari işlemin yetki unsurunun idare hukuku bakımından belirtilen özelliklerinin irdelenmesi, konunun anlaşılması açısından önem arz etmektedir. İlk olarak yetki, yalnızca Anayasa, kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden doğmaktadır. Bu kural idarenin kanuniliği ilkesinin bir yansımasıdır. Zira Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrasında, "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir." hükmü yer almaktadır. Bununla birlikte içtihatları kapsamında Danıştay, yetki unsurunun idareye Anayasa ve kanunlarla tanınmış karar alma gücü olduğu yaklaşımını benimsemektedir<sup>[8]</sup>.

Bununla birlikte idare hukukunda yetkinin "istisna" olduğuna dair genel bir kabul bulunmaktadır<sup>[9]</sup>. Bu özelliğinden dolayı yetki geniş değil dar yoruma tabi tutulmaktadır. Bu kapsamda yetkinin içeriği yer, zaman,

[6] Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *op. cit.*, s.380.

[7] Sinan Seçkin, "Yapı Kayıt Belgesinin İdarenin Deprem Dolayısıyla Sorumluluğuna Etkisi", in Ayşe Nuhoglu ve Fulya İlçin Gönenç (Ed.), *Ulusal ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında Deprem Sempozyumu*, İstanbul, Medipol Üniversitesi Yayınları, 2021, s.19.

[8] Danıştay Sekizinci Dairesi, 22 Eylül 2022 Tarih ve E.2019/10026, K.2022/5055 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>); Danıştay Yedinci Dairesi, 21 Aralık 2012 Tarih ve E.2012/4237, K.2012/7610 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>).

[9] İl Han Özyay, *Günışığında Yönetim*, İstanbul, Filiz, 3.Baskı, 2017, s.480.

kişi ve konu bakımından sınırlandırılmıştır. Yapılan bu sınırlandırmalar şu şekilde izah edilebilir: (i) yer bakımından yetki, idari makamlara verilmiş olan yetkinin kullanılabilmesi için coğrafi alanı, (ii) zaman bakımından yetki, kamu görevlilerine tesis edilmiş olan yetkinin kullanılabilmesi için zaman aralığını, (iii) kişi bakımından yetki, idare adına irade açıklamaya yetkili idari makamları ve (iv) konu bakımından yetki ise idari işlemin hangi konuda tesis edilebileceğini belirtmektedir<sup>[10]</sup>.

Aynı zamanda yetkinin, kamu düzeniyle doğrudan ilgisi olduğu kabul edilmektedir. İdare hukukunun anahtar kelimelerinden biri olan kamu düzeni<sup>[11]</sup> kavramının üç unsuru bulunmaktadır. Bunlar; dirlik ve esenlik, güvenlik, sağlık ve genel ahlak unsurlarıdır. Bu sebeple Anayasa, kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle hangi makama yetki verilmişse yalnızca o makamın bu yetkiyi kullanması, kamu düzeninin korunması bakımından önem arz etmektedir. Bununla birlikte idari işlemin yetki unsurundaki bir hukuka aykırılık, idari yargıda kamu düzeni bakımından bir iptal sebebi oluşturacaktır.

Netice itibarıyla, özelliklerini belirtmiş olduğumuz yetki unsuru ilkesel olarak şöyle özetlenebilir: (i) Yetkinin Anayasa, kanunlara ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine dayanması ilkesi, (ii) yetkinin dar yoruma tabi tutulması ilkesi ve (iii) yetkinin kamu düzeniyle ilgili olması ilkesi.

## B) E-DEVLET ÜZERİNDEN YAPI KAYIT BELGESİ VERİLMESİNDE YETKİ MESELESİ

### 1- Mevcut Yasal Düzenlemeye İlişkin Bir Değerlendirme

Yapı kayıt belgesini vermeye yetkili makam 3194 Sayılı Kanun'da açık bir şekilde ifade edilmemiştir. Bununla birlikte başvurunun Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın yetkilendireceği kurumlara yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu belgenin hangi makam tarafından düzenleneceği hususunda ise Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar'ın

[10] Güher Ulu, *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Ankara, Seçkin, 1.Baskı, 2012, s.129-131.

[11] "...toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının korunmasını amaç alan her şeyi ifade eder. Kamu düzeni, toplumun her alandaki düzeninin temellerini oluşturan bütün kuralları kapsar." şeklinde kamu düzeni kavramı Anayasa Mahkemesi tarafından tanımlanmıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 22 Kasım 1976 Tarih ve E.1976/27, K.1976/51 Sayılı *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyeti Hakkında Kanun Kararı*, *Resmî Gazete*, 10 Mayıs 1977, Sayı 15939.

4'üncü maddesine bakılmalıdır<sup>[12]</sup>. Söz konusu maddeye göre yapı maliki başvuruyu e-Devlet üzerinden veya Bakanlığın yetkilendireceği kurum ve kuruluşlara yapabilir<sup>[13]</sup>. Müracaat eğer e-Devlet üzerinden yapılmışsa yapı kayıt belgesi elektronik olarak düzenlenecektir. Yetkilendirilen kurum veya kuruluşlara müracaat yapılması durumunda belgeyi düzenlemeye yetkili makam Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü olacaktır<sup>[14]</sup>. Böylelikle yapılan işlem kesinleşmiş<sup>[15]</sup> olmaktadır.

Yapılan müracaatın e-Devlet üzerinden yapılması durumunda belgenin hangi makam tarafından düzenleneceği hususu üzerinde durmak gerekmektedir. Zira e-Devlet üzerinden yapı kayıt belgesinin hangi idari makam tarafından düzenleneceği belirtilmemiştir. Yapı sahibinin, e-Devlet üzerinden başvuru formunu doldurup, yapı kayıt belgesi için gereken bedel yatırıldıktan sonra yapı kayıt sistemine dahil edileceği belirtilmiştir. Bu durumda e-Devlet üzerinden bu belgeyi hangi idari makamın düzenleyebileceği sorusu gündeme gelmektedir. Bununla birlikte e-Devlet sisteminin bir idari makam olmadığı da tartışılmaz bir gerçektir. Bundan dolayı söz konusu sorunun yanıtlanmasıyla birlikte bu işlemin, yetki ve usulde paralellik ilkesi<sup>[16]</sup> uyarınca hangi makam tarafından geri alınabileceği veya kaldırılabilirliği de ortaya çıkmaktadır.

[12] Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar, m.4 (*Resmî Gazete*, 6 Haziran 2018, Sayı 30443).

[13] İlgin Özkaya Özlür, “İmar Barışı Düzenlemesine Hukuki Bir Yaklaşım”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, Kasım 2018, s.327.

[14] Mine Kasapoğlu Turhan, “Yapı Kayıt Belgeli Yapılara Verilen Güçlendirme İzni”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, Aralık 2021, s.783.

[15] Hukuksal etki doğurabilmesi için başka bir makamın iradesinin eklenmesi gerekmeyen işlemler kesindir. Bkz: Onur Karahanoğulları, *İdari Yargı: İdarenin Hukukla Zorlanması*, Ankara, 1.Baskı, Turhan, 2019, s.302.

[16] Öğretide “yetki ve yöntemde paralellik” tabiriyle de anılan ilkeye göre işlemi tesis eden makam o işlemi kaldırmaya veya geri almaya da yetkilidir. Aynı zamanda işlem tesis edilirken izlenen yöntemin, kanunda aksi öngörülmemişse, geri almada veya kaldırma durumunda da izlenmesi gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karahanoğulları, *İdare Hukuku*, *op. cit.*, s.85; “İdari işlemlerin geri alınmasının ancak tesis eden makam tarafından alınacak bir karar ile mümkün olduğu idare hukukunun ilkelerindedir.” Bkz. Danıştay Altıncı Dairesi, 07 Mayıs 1986 Tarih ve E.1986/65, K.1986/454 Sayılı Kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı 64-65, s.231. Aynı yönde bkz. Danıştay Sekizinci

Nitekim bu mesele, doktrinde yer alan bir görüşe göre bakanlıkların taşra teşkilatının yorumlanmasıyla açıklığa kavuşturulabilir. Bilindiği üzere bakanlıkların taşra teşkilatı; valiye bağlı il kuruluşu, kaymakama bağlı ilçe kuruluşu ve doğrudan merkeze bağlı olan taşra kuruluşlarından oluşmaktadır. 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu'nun<sup>[17]</sup> 21'inci maddesinde ise il idare şube başkanlarının kendi görev alanlarına giren konulardaki işlerin yürütülmesinden valiye karşı sorumlu oldukları açıkça belirtilmiştir. Bununla birlikte Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar'ın 3'üncü maddesinde yapı kayıt sisteminin Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından oluşturulduğu belirtilmiştir<sup>[18]</sup>. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın da il teşkilatı Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü olduğu ortadadır. Böyle yorumlanacak olursa e-Devlet üzerinden yapı kayıt belgesi düzenlemeye yetkili makamın Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü olduğu söylenebilir. Nitekim bu görüşte olan Çakır, her ne kadar mevzuatta açıkça belirtilmemiş olsa da e-Devlet üzerinden belgeyi düzenlemeye yetkili makamın Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü olması gerektiğini belirtmektedir. Böylelikle yorum yoluyla da olsa uygulamada birlik sağlanabileceğinin altı çizilmiştir<sup>[19]</sup>.

## 2- Mevcut Yasal Düzenlemenin İdare Hukuku Bakımından Olası Etkileri

Yukarıda belirtmiş olduğumuz bu çıkarım her ne kadar uygulamada birlik sağlamaya yönelik olsa da, idare hukuku bağlamında yeknesak bir durum ortaya koyamamaktadır. Çünkü bu yoruma göre bakanlığın il teşkilatı yetkili olabileceği gibi ilçe teşkilatı da yetkili olabilir. Bundan dolayı bu sorunun idari teşkilatımızın yorumlanmasından farklı bir yaklaşımla aşılabileceği kanaatindeyiz.

---

Dairesi, 01 Ekim 1973 Tarih ve E.1972/3613, K.1973/2980 Sayılı Kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı 14-15, s.375.

[17] 18 Haziran 1949 Tarih ve 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu.

[18] Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar'ın 3'üncü maddesinde "Yapı Kayıt Sistemi: Bakanlıkça 3194 sayılı Kanunun geçici 16 ncı maddesi kapsamında imar mevzuatına aykırı yapıların kaydedilmesi için oluşturulan elektronik yazılım sistemini" ifade etmektedir.

[19] Detaylı bilgi için bkz: Çakır, "Yapı Kayıt Belgesi", *op. cit.*, s.49.

İlk olarak, mevcut sistemde yetkili makamın mevzuatta belirtilmemiş olması belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri bakımından sorun teşkil edebilecek niteliktedir. Bilindiği üzere belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri hukuk devletinin özünü oluşturan ilkelerdendir. Anayasa Mahkemesi, içtihatları kapsamında hukuki güvenlik kavramını hukuk normlarının öngörülebilir olmasına bağlamaktadır.<sup>[20]</sup> Nitekim Danıştay da hukuki güvenliğin normların öngörülebilmesi olarak değerlendirmiştir. Belirlilik ilkesini ise Danıştay, yasal düzenlemelerin açık ve net olması olarak değerlendirmektedir<sup>[21]</sup>. Bu yaklaşımların ışığında bakıldığında; e-Devlet üzerinden yapı kayıt belgesi düzenleyecek makamlarla ilgili yasal düzenleme yapılması, belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri açısından daha doğru olacaktır.

Bununla birlikte mevcut sistemde yasal düzenlemenin bulunmaması yetki unsuruyla ilgili birtakım sorunlara sebebiyet verebilecek niteliktedir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, yetkinin kişi, yer, zaman ve konu bakımından sınırlamaları mevcuttur. Yasal düzenlemenin bulunmaması, bu sınırlamalar ekseninde yetki sakatlıklarına neden olabilir. İdare hukukunda yetki sakatlıkları şu şekildedir: (i) yetki gaspı,<sup>[22]</sup> (ii) yetki tecavüzü<sup>[23]</sup> ve (iii) fonksiyon (görev) gaspı<sup>[24]</sup>.

[20] Anayasa Mahkemesi, 04 Mayıs 2006 Tarih ve E.2006/64, K.2006/54 Sayılı *Telgraf ve Telefon Kanunu Kararı*, *Resmî Gazete*, 05 Ekim 2006, Sayı 26310.

[21] Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 09 Eylül 2016 Tarih ve E.2016/15550, K.2016/5897 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>).

[22] İdarenin görev alanına giren bir konuda, idareye yabancı özel hukuk kişinin veya idarede yer almakla birlikte idare adına irade açıklamaya yetkili olmayanların işlem tesis etmesi yetki gaspı oluşturur. Detaylı bilgi için bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *op. cit.*, s.392-393.

[23] Konu bakımından yetkisizlik hali olan yetki tecavüzü, idare adına irade açıklamaya yetkili olan makamın başka bir idari makamın görev alanına giren bir konuda işlem tesis etmesi anlamına gelmektedir. Bkz. Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj, 11. Baskı, 2017, s.143; Ayrıca bkz. Danıştay Sekizinci Dairesi, 26 Eylül 2008 Tarih ve E.2008/1180, K.2008/5500 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>)

[24] İdarenin, yasamanın veya yargının görev alanına giren bir konuda karar alması fonksiyon (görev) gaspı anlamına gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, Turhan, 9. Baskı, 2017, s.445.

Yasal düzenlemenin mevcut olmaması, belirtmiş olduğumuz yetki sakatlığı hallerinden en çok yetki tecavüzüne sebebiyet verebilecek niteliktedir. Tartışmamızın ana eksenini oluşturan e-Devlet sistemi üzerinden yapı kayıt belgesi verilmesinde yetkili makamın yasalarda belirtilmemiş olması konu bakımından yetkisizlik hali olan yetki tecavüzüne sebep olabilir. Zira yasal düzenlemenin bulunmaması, bir idari makam tarafından başka bir idari makamın görev alanına giren bir konuda işlem tesis edilmesine neden olabilecektir<sup>[25]</sup>. Bu halde ise söz konusu işlem iptale tabi olmaktadır.

Bununla birlikte e-Devlet sisteminin kullanımının yaygın olmasından dolayı bu hususun belirlenmesi idari yargıda açılacak davalarda hangi idarenin davalı olacağına tespitinin yanı sıra yetkili yargı mercinin belirlenmesi yönünden oldukça önem arz etmektedir.

Sonuç itibarıyla, e-Devlet üzerinden yapı kayıt düzenlemeye yetkili makamın mevzuatta düzenlenmesi kanaatindeyiz. Bu görüşümüz, yukarıdaki açıklamaların ışığında şu açılardan faydalı olacaktır: (i) belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerinin sağlanması, (ii) oluşabilecek yetki sakatlıklarının önüne geçilmesi ve (iii) idari yargıda açılacak idari davalarda ilk inceleme konularından olan yetki ve husumetin belirlenmesi.

## II. YAPI KAYIT BELGESİNİN KONUSU

### A) GENEL AÇIKLAMALAR

3194 Sayılı Kanun'un Geçici 16'ncı maddesine göre yapı kayıt belgesi verilebilmesi için aranan ilk koşul kaçak yapının, bir başka deyişle ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapının varlığıdır. Bu bilgilerden hareketle üzerinde durulması gereken husus yapının ve kaçak yapının nasıl tanımlanması gerektiğidir.

İlk olarak yapı kavramı 3194 Sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde şöyle tanımlanmıştır: “Yapı; karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik(hareketli) tesislerdir.” Buradan anlaşılacağı üzere bir yapı

[25] John Bell ve François Lichère, *Contemporary French Administrative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1. Baskı, 2022, s.185.

sabitleneceği toprak üzerinde, inşa edilebileceği başka bir yerde veya bir tesiste inşa edildikten sonra araziye veya suya yerleştirilebilir<sup>[26]</sup>.

Bununla birlikte 23 Temmuz 1986 tarih ve 2981 Sayılı İmar Affı Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te<sup>[27]</sup> “temel inşaatı tamamlanmış, sömel betonları veya kat kolonları dökülmüş olmak şartıyla inşaatına başlanmış olanlar” da yer almıştır. Bu tanımın kapsamında havagazı ve doğalgaz tesisleri, kanalizasyon, telgraf, telefon tesisleri, köprüler ve binalar da dahil edilmiştir. Danıştay da çeşitli kararlarında ilave inşaatı,<sup>[28]</sup> pencereleri,<sup>[29]</sup> çıkma balkonları<sup>[30]</sup> yapı kapsamında değerlendirmiştir.

Yapı kavramı, Danıştay'ın içtihatlarında fiziksel ve işlevsel bir bütün olarak ele alınmaktadır<sup>[31]</sup>. Nitekim Danıştay, pergola ve sundurma benzeri yapıların ruhsata tabi olmadıklarını, lakin bu özellikteki yapıların ruhsat gerektirmemesi için hafif yapı malzemeleriyle yapılmış olmaları ve imar mevzuatındaki yapı kavramı kapsamında inşa edilmemeleri şartını vurgulamıştır<sup>[32]</sup>. Buna göre bir eserin yapı olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle inşaat özelliği taşıması şarttır. Tesisler ise inşaat üzerinde yapılabilen

[26] Hasan Gök, “Küçük Ev (Tiny House) ve Ağaç Evlerin (Bungalov) İmar Hukukundaki Yeri”, *Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2023, s.560.

[27] Bayındırlık ve İskan Bakanlığı, 3290 Sayılı Kanun ile Bazı Maddeleri Değiştirilen ve Bazı Maddeler Eklenen 2981 Sayılı Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, m.12 (*Resmî Gazete*, 23 Temmuz 1986, Sayı 19173).

[28] Danıştay Altıncı Dairesi, 24 Şubat 2022 Tarihli ve E.2019/18309, K.2022/2169 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>).

[29] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 13 Haziran 2022 Tarih ve E.2021/3624, K.2022/2139 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>).

[30] Danıştay Ondördüncü Dairesi, 19 Nisan 2018 Tarih ve E.2015/6674, K.2018/2917 Sayılı Kararı, (<https://karararama.danistay.gov.tr>).

[31] Taner Ayanoglu, *Yapı Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul, Vedat, 4. Baskı, 2014, s.8; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 17 Ekim 2008 Tarih ve E.2005/400, K.2008/1801 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>).

[32] Danıştay Ondördüncü Dairesi, 21 Eylül 2012 Tarih ve E.2011/9232, K.2012/5970 Sayılı Kararı, <https://karararama.danistay.gov.tr>.



ilaveler ve değişiklikler anlamına gelmektedir. Yapılmakta olan inşaat ve tesisler, yapıyı oluşturan unsurlardır<sup>[33]</sup>.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise kaçak yapının ne anlama geldiği hususudur. Zira yapı kayıt belgesi, kaçak yapılar hakkında düzenlenebilir. “Kaçak yapı” tabiri doktrinde sıkça kullanılan bir kavram olup, yapı ruhsatı alınmadan yapılmış yapı anlamına gelmektedir<sup>[34]</sup>. Bir başka ifadeyle ruhsata tabi bir yapının ruhsat almaması, o yapıyı kaçak yapı statüsüne koymaktadır. Bununla birlikte yapı ruhsatının ne olduğu sorusu gündeme gelmektedir.

Ruhsat kavramının, hukukumuzda farklı anlamlarda kullanıldığı görülmektedir. İzin, muvafakat, bulundurma, taşıma gibi anlamları içeren ruhsat kavramı, Çal’a göre “*mevzuat ile o mevzuat kapsamında kalan türlü etkinliklerin ne şekilde, kimler tarafından, hangi koşullarda gerçekleştirileceğine destur veren, böylelikle toplumsal alanı düzenleyen belge*” olarak tanımlanmıştır<sup>[35]</sup>. Bu bilgilerden hareketle yapı ruhsatının, yasal olarak izne tabi bir yapının yapılabilmesi için yetkili idareden izin alındığını gösteren bir belge olduğu söylenebilir. Yapı ruhsatının amacı imar düzeninin korunması ve sağlanmasıdır<sup>[36]</sup>. Bundan dolayı gerek teoride gerekse uygulamada yapı ruhsatı tahsis etme işleminin idarenin kolluk faaliyeti kapsamına girdiği belirtilmektedir<sup>[37]</sup>.

[33] Ahmet Kürşat Ersöz, “Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 3, Temmuz 2015, s.124.

[34] Halil Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, Ankara, Seçkin, 12. Baskı, 2023, s.570; Cafer Ergen, Veli Böke, *Kaçak Yapı*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2006, s.80.

[35] Sedat Çal, *Türk İdare Hukukunda Ruhsat*, İstanbul, Seçkin, 2. Baskı, 2012, s.21.

[36] Elif Merve Güleç, *İmar Hukukunda Ruhsatsız Yapılar ve Ruhsatsız Yapılara Uygulanacak İdari İşlemler* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Metin Günday), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2019 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 605933), s.8.

[37] “...ister “bağlı yetki” ister “takdir yetkisi” şeklinde kullanılsın “ruhsat verme” idarenin, kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, asli ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur...” belirtilerek ruhsat verme işleminin idarenin kolluk faaliyeti kapsamında olduğu vurgulanmıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 11 Aralık 1986 Tarih ve E.1985/11,

## B) YAPI KAYIT BELGESİNİN ŞARTLARI

3194 Sayılı Kanun'un 32'nci maddesinde belirtildiği üzere, ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar haricinde ruhsata tabi olan bir yapıyla ilgili ruhsat alınmıyorsa kaçak yapı söz konusu olmaktadır. Böylelikle bu yapı, yapı kayıt belgesinin kapsamına girmektedir. Söz konusu düzenlemenin lafzından anlaşılacağı üzere, kanun koyucunun yapı kayıt belgesi düzenlenmesi için aradığı tek özel niteliğin "kaçak yapı" olduğu anlaşılmaktadır.

Yapı kayıt belgesi alınabilmesinin bir diğer şartı da yapının, yapı kayıt belgesi düzenlenemeyecek yerlerde yapılmamış olmasıdır. Zira bu husus da yapı kayıt belgesinin konusu kapsamında yer almaktadır. Söz konusu yerler 3194 Sayılı Kanun'un Geçici 16'ncı maddesinde yer almakla beraber Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar'ın 8'inci maddesinde daha derli toplu bir halde gösterilmiştir. Buna göre yapı kayıt belgesi düzenlenemeyecek yerler şu şekildedir:

18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanununda tanımlanmış Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesi içinde, 3194 sayılı Kanunun geçici 16. maddesi uyarınca adı geçen Kanuna eklenmiş olan kroki ile listede sınır ve koordinatları gösteren alanda,

İstanbul tarihi yarımada içinde 3194 sayılı Kanunun geçici 16.maddesi uyarınca adı geçen Kanuna eklenmiş olan kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanlarda,

19/5/2014 tarihli ve 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde belirlenmiş tarihi alanda,

Üçüncü kişilere ait özel mülkiyete konu taşınmazlar üzerinde,

Kesinleşmiş planlar neticesinde sosyal donatı alanı olarak belirlenmiş ve Maliye Bakanlığınca aynı amaçla değerlendirilmek üzere ilgili kurumlara tahsis edilmiş hazineye ait taşınmazlar üzerinde, bulunan yapılar hakkında yapı kayıt belgesi düzenlenemez.

---

K.1986/29 Sayılı İmar Kanunu Kararı (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1986/29>), s.14.

Bununla birlikte 3194 Sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde; 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanunu<sup>[38]</sup>, 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu<sup>[39]</sup>, 5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu<sup>[40]</sup> ve diğer özel kanunlarla belirlenen yerlerde bu Kanun'un özel kanunlara aykırı olmayan hükümlerinin uygulanabileceğinin altı çizilmiştir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, 1 Haziran 2022 tarih ve E.2021/15, K.2022/63 sayılı kararında, “6831 Sayılı Kanun'a göre ormanlarda yapılaşma yasağının bulunduğu, itiraz konusu kuralın ise anılan Kanun'a aykırı hükümler içerdiği gözetildiğinde ormanlarda inşa edilen yapılar hakkında 3194 Sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca özel kanun niteliğinde olan 6831 Sayılı Kanun'un uygulanacağı” belirtilmiştir<sup>[41]</sup>. Bu karardan da anlaşılacağı üzere, özel kanunlar karşısında aykırı hüküm teşkil etmesi durumunda 3194 Sayılı Kanun'un Geçici 16'ncı maddesi uygulama alanı bulamayacaktır.

3194 Sayılı Kanun'un Geçici 16'ncı maddesinde yapı kayıt belgesinin verilmesiyle ilgili öngörülen bir diğer koşul ise yapının 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış olması gerektiğidir<sup>[42]</sup>. Yapı kayıt belgesine başvurunun 31/10/2018 tarihine kadar yapılması gerektiği belirtilmiş olup, 31/12/2018 tarihine kadar bedelin ödenmesi şartı ortaya koyulmuştur. Sonuç olarak yapı kayıt belgesi, yapının 31/12/2017 tarihindeki mevcut durumuna göre verilebilecektir.

Bu başlık altında son olarak bahsedilmesi gereken husus, yapı kayıt belgesi alınabilmesi için idareye ödenmesi gereken bedel şartıdır. Nitekim 3194 Sayılı Kanun'un Geçici 16'ncı maddesinde, “31/12/2018 tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi halinde Yapı Kayıt Belgesi verilebileceği” belirtilmiştir. Kanaatimizce bu şart, yapı kayıt belgesinin ekonomik

[38] 12 Mart 1982 Tarih ve 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanunu.

[39] 21 Temmuz 1983 Tarih ve 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu.

[40] 10 Temmuz 2014 Tarih ve 5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu.

[41] <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/63>.

[42] 3194 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesinin birinci fıkrasında, “...31/12/2017 tarihinden önce yapılmış yapılar için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve yetkilendireceği kurum ve kuruluşlara 31/10/2018 tarihine kadar başvurulması, bu maddedeki şartların yerine getirilmesi ve 31/12/2018 tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi halinde yapı kayıt belgesi verilebileceği” belirtilmiştir.

boyutunu ortaya koymaktadır. İdare, elde etmiş olduğu kayıt bedeliyle aynı zamanda kentsel dönüşümü de finanse etmektedir. Bu doğrultuda Danıştay Altıncı Dairesi 30 Mart 2021 tarih ve E.2019/14059, K.2021/4640 sayılı kararında “*Yapı sahiplerinin devletle ihtilaflı durumunun ortadan kaldırılması, ruhsatsız yapıların belli bir harç karşılığında kayıt altına alınarak iskân verilmesi ve bu gelirin kentsel dönüşüm projelerine finans sağlaması amacıyla imar barışı olarak adlandırılan bu uygulama ile 31/12/2017 tarihinden önce inşa edilmiş ruhsatsız ya da ruhsata aykırı yapıların ya da yapıların ilgili kısımlarının sahiplerine Yapı Kayıt Belgesi alma hakkı getirildiğini*” ortaya koymuştur<sup>[43]</sup>.

Netice itibarıyla yapı kayıt belgesinin şartları şu şekilde özetlenebilir: (i) söz konusu yapının “kaçak yapı” statüsünde bulunması, (ii) yapının, mevzuatta belirlenmiş olan yapı kayıt belgesi düzenlenemeyecek yerlerde yapılmamış olması, (iii) yapının 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış olması.

### **C) YAPI KAYIT BELGESİNİN DOĞURDUĞU SONUÇLARIN İMAR HUKUKUNA UYGUNLUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ**

#### **1- Yapı Kayıt Belgesi Alınmasının Yapı Üzerindeki Etkileri**

Bu başlık altında, üzerinde durmamız gereken bir husus da yapı kayıt belgesine bağlanmış sonuçlardır. Zira bir idari işlemin konusu, o işlemde beklenen hukuki sonucu kapsamına almaktadır<sup>[44]</sup>. Bu nedenle yapı kayıt belgesinin sonuçları mümkün, meşru ve mevzuata uygun olmalıdır<sup>[45]</sup>.

Usulüne uygun olarak alınmış yapı kayıt belgesinin birtakım sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçlar değerlendirilirken yapı kayıt belgesiyle birlikte kaçak yapılara uygulanabilecek idari yaptırımların önüne geçildiği, bir başka deyişle hukuka uygun olmayan yapının hukukileştirildiği fark edilecektir.

[43] <https://karararama.danistay.gov.tr>.

[44] İdari işlemin hukuki sonucu, o işlemin konu unsurunu oluşturur. Başka bir ifadeyle bir idari işlemin doğuracağı sonuç, yarattığı hukuki etki, işlemin konusudur. Bkz: Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *op. cit.*, s.433.

[45] Karahanoğulları, *İdare Hukuku, op. cit.*, s.113.

Yapı kayıt belgesinin ilk sonucu, yapının olduğu gibi muhafaza edilmesinin sağlanmasıdır<sup>[46]</sup>. 3194 Sayılı Kanun'un Geçici 16'ncı maddesinin ikinci fıkrasında, “ *Yapı kayıt belgesi, yapının kullanım amacına yönelik*” olduğu belirtilmiştir. Bu hükümden, yapı kayıt belgesinin adeta yapı kullanma izni niteliğinde olduğu sonucu çıkarılabilir. Böylelikle yapı sahipleri, yapı kayıt belgesi almaları durumunda yapılarını kullanıp muhafaza etme hakkına kavuşmaktadırlar. Yalnız bu muhafaza süresi belirli bir süreye tabi tutulmuştur. Zira aynı maddenin onuncu fıkrasında, “ *Yapı kayıt belgesi, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerli*” olduğu ortaya koyulmuştur. Çakır, bu sonucu yapı kayıt belgesinin bir izin belgesi niteliğinden çok verildiği tarihten itibaren sonuç doğuran bir zilyetlik belgesi özelliğinden kaynaklandığını belirtmektedir<sup>[47]</sup>.

Ne var ki; yapı kayıt belgesinin zilyetlik belgesi olarak tanımlanması durumunda, idareye ait taşınmazların üzerinde inşa edilen yapılar hakkında birtakım farklı durumlar ortaya çıkabilecek niteliktedir. Nitekim bu durumlardan birisi idarenin, yapı malikinden ecrimisil<sup>[48]</sup> talep edip edemeyeceği hususudur. Yukarıda belirttiğimiz üzere yapı kayıt belgesiyle birlikte yapının olduğu gibi muhafaza edilmesinin önü açılmaktadır. Ancak, söz konusu yapı kayıt belgesinin idarenin taşınmazı üzerindeki bir yapıya verilmesi durumunda yapı malikinden ecrimisil talep edilip edilmeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Nitekim doktrinde yapı kayıt belgesi sahibinden, eğer idarenin taşınmazı üzerine idarenin izni dışında yapı inşa etmişse, ecrimisil talep edilebileceğine dair genel bir kabul bulunmaktadır<sup>[49]</sup>.

[46] Ahmet Can Çağırın, *İmar Barışı Adı Altında Getirilen Düzenlemenin İmar Kanunu İle Korunan Kamusal Yarara Etkisi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Ali Akyıldız), Ankara, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2021 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 662554), s.80.

[47] Çakır, “Yapı Kayıt Belgesi”, *op. cit.*, s.56.

[48] Ecrimisil; hukuki bir dayanak olmaksızın kamu idarelerinin taşınmazlarına el atılması halinde, el atma ile elde edilen menfaatin iadesi anlamına gelmektedir. “Haksız işgal tazminatı” olarak da adlandırılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Nuray Sümer, “Kamu Hizmetine Özgülenen Taşınmazlarda Ecrimisil Sorunu: İdareler Arası Ecrimisil Uyuşmazlıklarına İlişkin Danıştay Kararlarının Düşündürdükleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, Aralık 2020, s.901.

[49] Çakır, “Yapı Kayıt Belgesi”, *op. cit.*, s.54.

Bu durumun şüphesiz birtakım nedenleri bulunmaktadır. Başlıca nedenler şu şekilde sıralanabilir: (i) Her ne kadar yapı kayıt belgesi alınmış olsa da söz konusu yapı, idarenin taşınmazı üzerinde izin alınmaksızın inşa edilmiştir. (ii) Yapı kayıt belgesiyle ilgili yasal düzenlemelerde ecrimisil talebine neden olan haksız işgalin affına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu belgenin bir diğer sonucu ise, yapı hakkında İmar Kanunu uyarınca alınmış yıkım kararları ve tahsil edilmemiş imar para cezalarının iptal edilmesidir. Bu sonucun, yapı kayıt belgesinin “af” niteliğiyle ilgili olduğu göze çarpmaktadır<sup>[50]</sup>. Böylelikle yapı hem olduğu gibi muhafaza edilmiş olacak, hem de hakkında alınmış olan söz konusu idari yaptırımların iptal edilmesi sağlanacaktır<sup>[51]</sup>. Bununla birlikte idare, idari yaptırımların uygulanmamasından doğan sorumluluk yükünden kurtarılmış olmaktadır. Bu noktada üzerinde durulması gereken husus, bu idari yaptırımlara karşı açılmış iptal davalarının neticesinin ne olacağı hususudur. İptal davalarında, davacının menfaatinin bulunması özel ehliyet koşullarından olduğu kabul edilmektedir. Bu doğrultuda yapı kayıt belgesinin alınmasıyla söz konusu idari yaptırımlar iptal edilmiş olduğundan dolayı yapı sahibinin iptal davasında bir menfaati kalmadığı söylenebilir. Bundan dolayı söz konusu iptal davasıyla ilgili ‘karar verilmesine yer olmadığı kararı’ verilmesi yerinde olacaktır<sup>[52]</sup>.

İmar Kanunu’nun 31’inci maddesinde, kullanma izni olmayan yapıların su, elektrik ve kanalizasyon hizmetlerinden faydalandırılmayacağı belirtilmiştir. Bu noktada yapı kayıt belgesinin bir sonucu daha ortaya çıkmaktadır. Zira yapı kayıt belgesinin alınmasıyla birlikte, talep halinde söz konusu yapıların belirtilen kamu hizmetlerinden faydalanmasının önü

[50] Kasapoğlu Turhan, “Yapı”, *op. cit.*, s.783.

[51] Özkaya Özlüer, “İmar Barışı”, *op. cit.*, s.319.

[52] Cemil Kaya, “İptal Davalarında Menfaatin Aktüel Olması Şartının Anlamı ve Kapsamı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 1, Haziran 2008, s.125; Selman Sacit Boz ve Yunus Eraslan, “İdari Yargılama Usulünde Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararları”, *Ankara Hacı Bayramı Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, Mayıs 2020, s.397.

açılmaktadır<sup>[53]</sup>. Bununla birlikte maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere idareye takdir yetkisi de tanınmıştır<sup>[54]</sup>.

## 2- Yapı Kayıt Belgesinin Sağladığı Sonuçlara Eleştirel Bir Bakış

3194 Sayılı İmar Kanunu'nun 1'inci maddesinde, Kanun'un amacı, “*yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak*” olarak açıklanmaktadır. Bu nedenle kamu düzeninin ençoklaştırılmasını sağlayacak olan imar politikaları düzenlemek, mevzuat uyarınca idareye verilmiş görevlerden birisi olarak kabul edilmektedir. Bu görev doğrultusunda gerek kanun koyucu gerekse idare, imar mevzuatına uygun yapı yapılabilmesi için belirli şartlar öngörmüşlerdir. İmar mevzuatına uygun yapı için öngörülen başlıca şartlar şu şekildedir: (i) yapı ruhsatının alınması, (ii) yapının imar planlarına uygun olması ve (iii) yapı kullanma izninin alınması.

Görüldüğü üzere imar mevzuatına uygun bir yapının yapılabilmesi için yapının, birtakım süreçlerden geçmesi gerekmektedir. İlk olarak yapı denetimiyle yapının imar planlarına uygun olup olmadığı saptanmakta, uygunsuz yapı ruhsatı verilmektedir<sup>[55]</sup>. Ancak ruhsatsız yapılar bu süreçlerden

[53] “Ancak yapı kullanma izin belgesi alınmak suretiyle iskan edilen bir yapıda ruhsat ve eklerine aykırı olarak değişiklik yapılması nedeniyle yapının suyunun kesilmesi hem maddenin amaç ve kapsamına hem de temel insan haklarına aykırılık teşkil eder.” Danıştay Altıncı Dairesi, 14 Mart 2008 Tarih ve E.2007/9678, K.2008/1744 Sayılı Kararı ( <https://karararama.danistay.gov.tr>).

[54] 3194 sayılı Kanununun Geçici 16/3'üncü maddesinde, “*Yapı kayıt belgesi yapının kullanım amacına yöneliktir. Yapı kayıt belgesi alan yapılara, talep halinde ilgili mevzuatta tanımlanan ait olduğu abone grubu dikkate alınarak geçici olarak su, elektrik ve doğalgaz bağlanabilir.*” belirtilerek idarenin takdir yetkisini haiz olduğu çıkarımı yapılabilir.

[55] “Öte yandan mevzuat koyucu, imar düzeni bakımından bazı yapıların yapılmasını ruhsata tabi tutmuşken, bazı yapıların yapılmasını ruhsata tabi tutmamış sadece izne tabi tutmuş, bazı yapıların yapılmasını sadece proje hazırlanarak proje onayına ve bildirim tabi tutmuştur.” Ayrıntılı bilgi için bkz: Selman Özdemir, “Mukayeseli Bir İnceleme: Yapı Denetiminde İnşaata Başlama ve Yapı Ruhsatında Yapıya Başlama”, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 25, Ocak 2023, s.71.

geçmemiş, imar mevzuatına aykırı yapılardır<sup>[56]</sup>. Bu statüdeki yapılara yapı kayıt belgesi verilerek geçici de olsa hukuka uygun bir hale getirilmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, yapı kayıt belgesinin geçerlilik süresinin yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüme kadar olacağı 3194 Sayılı Kanun'un Geçici 16'ncı maddesinde belirtilmiştir. Kanaatimizce yapı kayıt belgesinin geçerlilik süresi netlikten ziyade muğlak ifadelerle belirlenmiştir. Bu husus da yukarıda belirtmiş olduğumuz 3194 Sayılı Kanun'un amacına aykırılık teşkil etmektedir. Böylelikle yapı kayıt belgesi, imar hukukuna aykırılık teşkil eden yapıların uzun süre korunmasına olanak tanımaktadır.

Her ne kadar kanun koyucu, yapı kayıt belgesinin amacına yönelik "imar barışı" tabirini kullanıyor olsa da kanaatimizce bu belgenin "af" niteliği daha ağır basmaktadır. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere yapı kayıt belgesinin alınmasıyla birlikte imar para cezasının ve yıkım kararının iptal edilebilecek olması bu özelliği ortaya koymaktadır<sup>[57]</sup>.

Yapı kayıt belgesinin belirttiğimiz menfi yanları olduğu gibi müspet yanları da bulunmaktadır. Bu konuda belirtilmesi gereken ilk husus kaçak yapıların yapı kayıt sistemine kaydedilmesidir<sup>[58]</sup>. Böylelikle kentlerde ne kadar kaçak yapının bulunduğu tespit edilmiş olacaktır. Zira açıklanan rakamlara göre Türkiye çapında yaklaşık 13 milyon bağımsız bölüme denk gelen imara aykırı yapı bulunması,<sup>[59]</sup> yapı kayıt sistemini daha önemli bir hale getirmektedir. Bu tespit kentsel dönüşüm için de çok büyük bir önem arz etmektedir. Kaçak yapıların tespitiyle birlikte kentsel dönüşüme daha hazırlıklı ve daha programlı hazırlanılmasının önü açılmaktadır.

[56] Gurur Kutay Aydın, İmar Kirliliği Kapsamında Adli ve İdari Yaptırımlar (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Alphan Dinçkol), İstanbul, Maltepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2020 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 630049), s.20.

[57] Özkaya Özlüer, "İmar Barışı", *op. cit.*, s.313.

[58] 3194 sayılı Kanun'un Geçici 16'ncı maddesinin birinci fıkrasında, "Afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınması ve imar barışının sağlanması amacıyla..." kaçak yapıları kayıt altına alma maksadından bahsedilmiştir.

[59] Açıklamalara göre bu sayılar Türkiye çapının yaklaşık %50'sine tekabül etmektedir. Detaylı bilgi için bkz: Burak Uşak ve Güler Yalçın, "İmar Barışı Düzenlemesi Üzerine Bir İçerik Analizi", *Türkiye Arazi Yönetimi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, Aralık 2019, s.2.



## D) YAPI KAYIT BELGELİ YAPININ “RİSKLİ YAPI” OLARAK İLAN EDİLMESİ

### 1- 6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapının Tanımı

Riskli yapılarla ilgili olarak 6306 Sayılı Kanun’da başta yıkım kararı olmak üzere birtakım idari yaptırımlar öngörülmüştür. Yapı kayıt belgeli bir yapının “riskli yapı” statüsüne girmesi mümkündür. Bu statüde olan bir yapıyla ilgili öngörülen idari yaptırımların uygulanmasının, yapı kayıt belgesiyle sağlanan sonuçlara uygun olup olmadığı soruları gündeme gelmektedir<sup>[60]</sup>.

Riskli yapı kavramı, 6306 Sayılı Kanun’un 2’nci maddesinde, “*Riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapı*” olarak tanımlanmıştır. Böylece bir yapının riskli yapı olabilmesi için ekonomik ömrünü tamamlaması veya risk taşıması şartlarının yanı sıra bu hususların yetkili makamlar tarafından ilmi ve teknik verilere göre tespit edilmesi aranmaktadır.

Her çeşit yapı, riskli yapı kapsamına girmemektedir. 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun’un Uygulama Yönetmeliği’nin 7’nci maddesinin birinci fıkrasında bu hususun altı çizilmiştir. Zira ilgili hükümde riskli yapı tespitinin, “*kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan yapılar ile hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar hakkında*” yapılabileceği belirtilmiştir. Bu tanım, 3194 Sayılı Kanun’un 5’inci maddesinde yer alan bina tanımıyla tamamen örtüşmektedir. Bu bilgilerden anlaşılacağı üzere, yalnızca bina statüsünde olan yapılar riskli yapı kapsamına girebilmektedir<sup>[61]</sup>. Bununla birlikte 6306 Sayılı Kanun’un Uygulama Yönetmeliği’nin 7’nci maddesi riskli yapıların kapsamını biraz daha daraltmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre “inşaat halinde olmama”, “ikamete elverişli olma” ve “statik bakımdan

[60] Oğuz Sancakdar, *İmar Hukuku*, Ankara, Seçkin, 2.Baskı, 2024, s.584.

[61] Ahmet Arif Ellek, “Riskli Yapı Hakkında Karar Alma Usulü ve Usuli Eksikliklerin Kararın Geçerliliğine Etkisi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, Temmuz 2021, s.377.

yapı bütünlüğü bozulmamış olma” şartları da kentsel dönüşüme tabi riskli yapıları sınırlandırmıştır<sup>[62]</sup>.

Riskli yapı tespiti yapıldıktan sonra, bu riskin nasıl bertaraf edileceği sorusu gündeme gelmektedir. Bu durumda bu riskin ortadan kaldırılabilmesi için yapı yıktırılır veya güçlendirme yoluna gidilir. Bununla birlikte 6306 Sayılı Kanun’un lafzından ve özünden anlaşılacağı üzere yıkımın kural, güçlendirmenin ise istisna olduğu anlaşılmaktadır. Bu açıklamalar ışığında yapı kayıt belgeli bir yapının riskli yapı olarak ilan edilip edilemeyeceği ve bu durumda nasıl bir yol izleneceği hususu üzerinde durulmalıdır.

Yapı kayıt belgeli yapılar da ”riskli yapı” olarak ilan edilebilir. Bunun nedeni olarak Kasapoğlu Turhan, İmar Kanunu’nun Geçici 16’ncı maddesinin beşinci fıkrasında yapı kullanma izni alınmamış veya yapı ruhsatı olmayan yapılarla ilgili cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesis edilebileceğini ve Geçici 16’ncı maddenin altıncı fıkrasında ise kat mülkiyeti kurulmuş olmasının 6306 Sayılı Kanun’un uygulanmasına mani olmayacağını göstermektedir. Bu bilgiler ışığında yapı kayıt belgeli yapıların da “riskli yapı” statüsünde yer alabileceği ve yıkım kararının alınabileceği söylenebilir.

## 2- Riskli Yapı Olarak İlan Edilen Yapı Kayıt Belgeli Yapının Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme

Bu başlık altında özellikle yapı kayıt belgeli yapıların riskli yapı olarak ilan edilmesi durumunda uygulanacak yıkım işleminin bu belgenin amacına uygun olup olmadığı ve 6306 Sayılı Kanun’da öngörülen idari yaptırımlar ile yapı kayıt belgesinin sağladığı sonuçların birbirine uygun olup olmadığı tartışılmıştır.

6306 Sayılı Kanun’un içeriği göz önünde bulundurulduğunda yıkım işleminin kural, güçlendirmenin ise istisna olduğu ortaya çıkmaktadır. Doktrinde kanunun bu tutumuyla ilgili eleştiriler bulunmaktadır. Ersöz’e göre yıkımı gerektirmeyen ve küçük tadilatlarla onarılabilecek yapılarla ilgili olarak yıkım kararının alınması mülkiyet hakkıyla bağdaşmayan bir husustur. Bununla birlikte 6306 Sayılı Kanun’un 1’inci maddesinde kanunun amacı “afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu

[62] Hüseyin Melih Çakır ve Barış Ülker, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapılarda Pay (Hisse) Satışı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 27, Sayı 2, Aralık 2021, s.1073.

*arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemek*” olarak açıklanmıştır. Kanunun lafzından anlaşılacağı üzere yenileme ve dönüştürmeye açıkça vurgu yapılmıştır. Bu sebeple, kanunda yapı sahiplerini yıkıma özendirici hükümler yerine yapıyı muhafaza edici hükümlerin yer alması gerektiği savunulmaktadır<sup>[63]</sup>.

Açar’a göre, 6306 sayılı Kanun’da yer alan tedbirlerin Anayasa ile koruma altına alınan mülkiyet hakkını ve konut hakkını kısıtladığını belirtilmiştir. Bununla birlikte yazar, kanunun amacının riskli olarak ilan edilen yapılar için afetlerden önce gereken tedbirlerin alınması olduğundan dolayı bu kısıtlamaların ölçülü olduğu sonucuna varılmıştır<sup>[64]</sup>.

Demirkol ve Bereket Baş’a göre riskli yapılar için yıkım işlemi uygulanırken mülkiyet hakkına saygılı olunması ve temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmaması gerekmektedir. 6306 Sayılı Kanun’daki düzenlemelerin bu riskleri taşıdığı belirtilmektedir<sup>[65]</sup>. Bu eleştirilerin arasında 6306 Sayılı Kanun’da yer alan riskli yapılara ilişkin kamu hizmetlerinin durdurulması da yer almaktadır<sup>[66]</sup>. Bize göre bu husus riskli yapı ilan edilen yapı kayıt belgeli yapılar için de önem arz etmektedir. Zira yukarıda belirttiğimiz

[63] Ersöz, “Yıkım Kararı”, *op. cit.*, s.139.

[64] Emre Açar, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapı Kavramı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 57, Ocak 2024, s.243.

[65] Selami Demirkol ve Zuhale Bereket Baş, “Kentsel Dönüşümün, 6306 Sayılı Kanun Kapsamında Hak ve Özgürlükler Açısından Ele Alınması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 108, Eylül 2013, s.67.

[66] 6306 Sayılı Kanun’un 4’üncü maddesinde “(1) Bakanlık veya uygulamayı yürütmesi hâlinde TOKİ veya İdare, riskli alanlarda, riskli yapıların bulunduğu taşınmazlarda ve rezerv yapı alanlarında bu Kanun kapsamındaki proje ve uygulamalar süresince her türlü imar ve yapılaşma işlemlerini geçici olarak durdurabilir.

(2) 3 üncü maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen taşınmazlar, tahsis ve devir işlemleri sonuçlandırılıncaya kadar Maliye Bakanlığınca satılamaz, kiraya verilemez, tahsis edilemez, ön izne veya irtifak hakkına konu edilemez.

(3) Uygulama sırasında Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından talep edilmesi hâlinde, hak sahiplerinin de görüşü alınarak, riskli alanlardaki yapılar ile riskli yapılara elektrik, su ve doğal gaz verilmez ve verilen hizmetler kurum ve kuruluşlar tarafından durdurulacağı” belirtilmiştir.

üzere bu belgeyle sağlanan sonuçlardan birisi de söz konusu yapının kamu hizmetlerinden faydalandırılmasının önünün açılmasıdır. Riskli yapılar için öngörülen kamu hizmetlerinin durdurulması tedbirinin yapı kayıt belgeli yapılar için uygun olmadığı düşüncesindeyiz.

Bununla birlikte Danıştay, yapı kayıt belgeli yapılara 6306 Sayılı Kanun'da riskli yapılar için öngörülen idari yaptırımların uygulanıp uygulanamayacağıyla ilgili net bir yaklaşım ortaya koyamamıştır. Kanaatimizce bu husus Danıştay'ın içtihatları ışığında şu açılardan yorumlanabilir: (i) Yapı kayıt belgesi alınmasının özel hükümlerin uygulanmasına engel teşkil edip edemeyeceği ve (ii) 6306 Sayılı Kanun'da yer alan idari yaptırımların mı yoksa yapı kayıt belgesinin sağladığı sonuçların mı lehe düzenleme oluşturduğu meselesi.

Danıştay yerleşik içtihatlarında, yapı kayıt belgesi alınmasının birtakım özel düzenlemelerin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği belirtilmektedir. Nitekim Danıştay Altıncı Dairesi'nin 12 Şubat 2020 tarih ve E.2018/4896, K.2020/1453 sayılı kararında, “*sit alanları, kültür varlıkları, ormanlar, meralar ve kıyılar gibi korunması gereken alanlar, ilgili özel kanunlarındaki düzenlemeler ile korunduklarından, bu alanlarda yapı kayıt belgesi düzenlenmiş olmasının, özel hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmediğine*” yer verilmiştir<sup>[67]</sup>. Bu kapsamda, kararda belirtilen yerlerle ilgili olarak yapı kayıt belgesinin alınmasının özel hükümlere engel oluşturmayacağı açıktır. Bununla birlikte 6306 Sayılı Kanun'da yer alan idari yaptırımlarla ilgili düzenlemelerin 3194 Sayılı İmar Kanunu'ndaki yapı kayıt belgesiyle ilgili düzenlemeler karşısında özel hüküm oluşturup oluşturmadığı sorusu gündeme gelmektedir.

Kanaatimizce, 6306 Sayılı Kanun'daki idari yaptırımlarla ilgili düzenlemeler, yapı kayıt belgesiyle ilgili düzenlemeler karşısında özel hüküm niteliğindedir. Bu sebeple yapı kayıt belgesi alınmasının, 6306 Sayılı Kanun'da riskli yapılar için gündeme gelebilecek idari yaptırımlara engel teşkil etmemektedir. Ne var ki, 6306 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde, “*Bu Kanun uyarınca yapılacak olan planlar, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununda ve imara ilişkin hükümler ihtiva eden özel kanunlar da dâhil olmak üzere diğer mevzuatta belirtilen kısıtlamalara tabi değildir. Bu*

[67] <https://karararama.danistay.gov.tr> ; Ayrıca bkz. Danıştay Altıncı Dairesi, 03 Aralık 2020 Tarih ve E.2019/17474, K. 2020/12031 Sayılı Kararı, (<https://karararama.danistay.gov.tr>.)

*Kanuna tabi riskli yapılar, riskli alanlar ve rezerv yapı alanları hakkında 7269 sayılı Kanunun uygulanıyor olması bu Kanunun uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği*” ortaya koyulmuştur. Dolayısıyla gerek Danıştay gerekse kanun koyucu, 3194 Sayılı Kanun’daki düzenlemelerin 6306 Sayılı Kanun’un uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği yaklaşımını benimsemektedirler.

Bu başlık altında tartışmamız gereken bir diğer husus da “lehe düzenleme” meselesidir. Bilindiği üzere lehe düzenleme, idare hukuku bağlamında idari yaptırımlar için söz konusu olmaktadır<sup>[68]</sup>. Nitekim idari yaptırımlar için genel kanun niteliği taşıyan 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu’nun<sup>[69]</sup> 5’inci maddesinde, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda<sup>[70]</sup> yer alan zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerin kabahatler hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. 5237 Sayılı Kanun’un atıf yapılan 7’nci maddesinde “*Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.*” ifadesine yer verilmiştir.

Bununla birlikte Danıştay yakın tarihli bir kararında “*Aktarılan kurallara göre idarî yaptırımlar bakımından ceza verilmesinin dayanağı kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukukî durumun dikkate alınabilmesi için dava konusu işlemin idarî yaptırım niteliğinde olması gerektiği*” belirtilerek lehe düzenlemeyi idari yaptırımlar açısından dikkate almıştır<sup>[71]</sup>.

Sonuç olarak, söz konusu değerlendirmede yalnızca 6306 Sayılı Kanun kapsamında idari yaptırımlar öngörülmüştür. Yapı kayıt belgesinin sağladığı sonuçlar ise şüphesiz idari yaptırım niteliğinde değildir. Bu sebeple 6306 Sayılı Kanun ile yapı kayıt belgesinin sağladığı sonuçlar arasında “lehe düzenleme” açısından bir değerlendirme yapılamaz. Öte yandan yapı kayıt belgesiyle, 6306 Sayılı Kanun’daki idari yaptırımların birbirleriyle örtüşmediği eleştirisi yapılabilir.

[68] Yaşar Güçlü, *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar*, Ankara, Seçkin, 4. Baskı, 2020, s.35-48.

[69] 31 Mart 2005 Tarih ve 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu.

[70] 12 Ekim 2004 Tarih ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu.

[71] Danıştay Onüçüncü Dairesi, 14 Haziran 2022 Tarih ve E.2021/2876, K.2022/2637 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>.)

Yapı kayıt belgeli yapıların riskli yapı olarak ilan edilmesiyle ilgili Kasapoğlu Turhan; bu yapılara güçlendirme imkanı verilebileceği, yalnız bunun geçici bir çözüm olduğunu belirtmektedir. Bunun yerine yapı kayıt belgeli yapıların kentsel dönüşüme tabi tutulması suretiyle yıktırılıp ruhsata uygun yapılar haline gelmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>[72]</sup>.

Biz de bu görüşler ışığında yapı kayıt belgeli binalarda, eğer basit onarım ve tadilatlarla binadaki risk ortadan kaldırılabiliyorsa güçlendirme imkanının uygulanması kanaatindeyiz. Zira yapı kayıt belgeli bir yapı hakkında yıkım kararının alınması, yapı kayıt belgesinin konusuna ve amacına aykırıdır. Çünkü bu belgenin sağlamış olduğu sonuçlardan birisi de alınmış yıkım kararlarının iptal edilmesidir. Bu husus, yapı kayıt belgesinin düzenleniş maksadına uymamaktadır. Çıkabilecek sorunları önlemek maksadıyla yapı kayıt belgesinin verilebilmesi için öncelikle söz konusu binanın riskli olup olmadığının tespitinin yapılması gerektiğini önermekteyiz. Tespite tabi tutulan binanın riskli olduğunun saptanması durumunda yapı kayıt belgesi verilmemesi kanaatindeyiz. Böylelikle yapı kayıt belgesinin sonuçlarıyla 6306 Sayılı Kanun'da öngörölmüş olan yaptırımlar arasındaki çatışma sona ermiş olacaktır.

## SONUÇ

Yapı kayıt belgesiyle ilgili düzenlemelerin tamamına bakıldığında, bu belgenin idare hukuku açısından ciddi sıkıntılar doğurabileceği gözlemlenmektedir. Nitekim tam da böyle olmuş, yapı kayıt belgesi 2018 yılında hukukumuzda yer almasından bu yana birçok idari davaya konu olmuştur.

Yasallık, belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri idare hukukunun özünü oluşturan ilkelere aittir. Bu ilkelere göre idare, tüm varoluşuyla meşruluğunu yasalardan almaktadır. Bu noktada e-Devlet sistemi üzerinden yapı kayıt belgesini hangi makamın düzenleyeceğinin yasalarda düzenlenmemiş olması, bu ilkelere ışığında bir sorun arz etmektedir. Her ne kadar bakanlık teşkilatının yorumlanmasıyla il teşkilatının yetkili olacağı belirtiliyor olsa da bu husus belirsiz ve karmaşık bir durum ortaya koymaktadır. Özellikle e-Devlet sisteminin kullanımının oldukça yaygın olduğu düşünüldüğünde söz konusu

[72] Kasapoğlu Turhan, "Yapı", *op. cit.*, s.821.

hususla ilgili yasal bir düzenleme bulunmaması, ileride yeni hukuki sorunlar ortaya çıkarabilecek niteliktedir.

Her ne kadar yapı kayıt belgesinin, kaçak yapıların kayıt altına alınmasını sağlamak gibi olumlu sonuçları olsa da, kanaatimizce olumsuz sonuçları daha ağır basmaktadır. Zira kanun koyucu yapı kayıt belgesiyle birlikte imar hukukuna uygun bir yapıda aranan şartları tersine çevirmiştir. Aynı zamanda yapı kayıt belgesinin geçerlilik süresinin muğlak ifadelerle belirtilmiş olması, bu hukuka aykırılığın uzun süreli devam edeceğinin sinyallerini vermektedir.

Yukarıda ifade olunduğu üzere yapı kayıt belgeli yapının “riskli yapı” olarak ilan edilmesi durumunda 6306 sayılı Kanun’da öngörülmüş olan idari yaptırımlarla yapı kayıt belgesinin sağladığı sonuçların bağdaşmadığına vurgu yapılmıştı. Bu sebeple yapı kayıt belgesinin verilebilmesi için önce söz konusu binanın riskli olup olmadığının tespitinin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Yapı kayıt belgesi gibi çok önemli sonuçları bünyesinde barındıran bir belgenin, kanun koyucu ve özellikle yetki konusunda idari makamlar tarafından dikkatlice incelenmesi ve imar hukuku esaslarının gözetilmesi büyük bir önem arz etmektedir. Bu da ancak yasallık, belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerinin doğru uygulanıp uygulanmadığıyla ilgili bir kaygı duyulmasıyla mümkün olabilecektir.

## KAYNAKÇA

- Açar, Emre, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapı Kavramı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 57, Ocak 2024, s.225-246.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Savaş, 15. Baskı, 2022.
- Ayanoğlu, Taner, *Yapı Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul, Vedat, 4. Baskı, 2014.
- Aydın, Gurur Kutay, *İmar Kirliliği Kapsamında Adli ve İdari Yaptırımlar* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Alphan Dinçkol), İstanbul, Maltepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2020 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 630049).
- Bell, John ve François Lichère, *Contemporary French Administrative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1. Baskı, 2022.
- Boz, Selman Sacit ve Yunus Eraslan, “İdari Yargılama Usulünde Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararları”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, Mayıs, 2020, s.389-423.
- Çağırın, Ahmet Can, *İmar Barışı Adı Altında Getirilen Düzenlemenin İmar Kanunu İle Korunan Kamusal Yarara Etkisi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Ali Akyıldız), Ankara, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2021 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 662554).
- Çakır, Hüseyin Melih, “Yapı Kayıt Belgesi” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, Eylül, 2018, s.15-92.
- Çakır, Hüseyin Melih ve Barış Ülker, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapılarda Pay(Hisse) Satışı” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 27, Sayı 2, Aralık, 2021, s.1066-1106.
- Çal, Sedat, *Türk İdare Hukukunda Ruhsat*, İstanbul, Seçkin, 2. Baskı, 2012.
- Demirkol, Selami ve Zuhale Bereket Baş, “Kentsel Dönüşümün, 6306 Sayılı Kanun Kapsamında Ele Alınması” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 108, Eylül, 2013,



- Ellek, Ahmet Arif, “Riskli Yapı Hakkında Karar Alma Usulü ve Usuli Eksikliklerin Kararın Geçerliliğine Etkisi” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, Temmuz 2021, s.375-393.
- Ergen, Cafer ve Veli Böke, *Kaçak Yapı*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2006.
- Ersöz, Ahmet Kürşat, “Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 3, Temmuz 2015, s.103-150.
- Gök, Hasan, “Küçük Ev (Tiny House) ve Ağaç Evlerin (Bungalov) İmar Hukukundaki Yeri” *Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, Aralık 2023, s.559-574.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Turgut Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, Turhan, 9. Baskı, 2017.
- Güçlü, Yaşar, *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar*, Ankara, Seçkin, 4. Baskı, 2020.
- Güleç, Elif Merve, *İmar Hukukunda Ruhsatsız Yapılar ve Ruhsatsız Yapılara Uygulanacak İdari İşlemler* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Metin Günday), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2019 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 605933).
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj, 11. Baskı, 2017.
- Kalabalık, Halil, *İmar Hukuku Dersleri*, Ankara, Seçkin, 12. Baskı, 2023.
- Karahanogulları, Onur, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan, 1. Baskı, 2022.
- Karahanogulları, Onur, *İdari Yargı: İdarenin Hukukla Zorlanması*, Ankara, Turhan, 1. Baskı, 2019.
- Kasapoğlu Turhan, Mine, “Yapı Kayıt Belgeli Yapılara Verilen Güçlendirme İzni” *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, Aralık 2021, s.779-824.
- Kaya, Cemil, “İptal Davalarında Menfaatin Aktüel Olması Şartının Anlamı ve Kapsamı” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 1, Haziran 2008, s.117-141.
- Levin, Ronald M., “Administrative Procedure and Judicial Restraint” *Harvard Law Review*, Cilt 129, Sayı 7, Mayıs 2016, s.338-349.
- Özay, İl Han, *Günışığında Yönetim*, İstanbul, Filiz, 3. Baskı, 2017.

Özdemir, Selman, “Mukayeseli Bir İnceleme: Yapı Denetiminde ‘İnşaata’ Başlama ve Yapı Ruhsatında ‘Yapıya’ Başlama” *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 25, Ocak 2023, s.63-106.

Özkaya Özlüer, Ilgın, “İmar Barışı Düzenlemesine Hukuki Bir Yaklaşım” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, Aralık 2018, s.313-340.

Sancakdar, Oğuz, *İmar Hukuku*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2024.

Seçkin, Sinan, “Yapı Kayıt Belgesinin İdarenin Deprem Dolayısıyla Sorumluluğuna Etkisi”, in Ayşe Nuhoglu ve Fulya İlçin Gönenç (Ed.), *Ulusal ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında Deprem Sempozyumu*, İstanbul, Medipol Üniversitesi Yayınları, 2021.

Sümer, Nuray, “Kamu Hizmetine Özgülenen Taşınmazlarda Ecrimisil Sorunu: İdareler Arası Ecrimisil Uyuşmazlıklarına İlişkin Danıştay Kararlarının Düşündürdükleri” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, Aralık 2020, s.900-922.

Ulu, Güher, *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2012.

Uşak, Burak ve Güler Yalçın, “İmar Barışı Düzenlemesi Üzerine Bir İçerik Analizi” *Türkiye Arazi Yönetimi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, Aralık 2019, s.1-10.

## KARARLAR

Anayasa Mahkemesi, 22 Kasım 1976 Tarih ve E.1976/27, K.1976/51 Sayılı *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkında Kanun Kararı*, *Resmi Gazete*, 10 Mayıs 1977, Sayı 15939.

Anayasa Mahkemesi, 04 Mayıs 2006 Tarih ve E.2006/64, K.2006/54 Sayılı *Telgraf ve Telefon Kanunu Kararı*, *Resmi Gazete*, 05 Ekim 2006, Sayı 26310.

Anayasa Mahkemesi, 11 Aralık 1986 Tarih ve E.1985/11, K.1986/29 Sayılı *İmar Kanunu Kararı* (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1986/29>).

- Anayasa Mahkemesi, 01 Haziran 2022 Tarih ve E.2021/15, K.2022/63 Sayılı Kararı (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/63>).
- Danıştay Sekizinci Dairesi, 22 Eylül 2022 Tarih ve E.2019/10026, K.2022/5055 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>).
- Danıştay Yedinci Dairesi, 21 Aralık 2012 Tarih ve E.2012/4237, K.2012/7610 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>).
- Danıştay Altıncı Dairesi, 07 Mayıs 1986 Tarih ve E.1986/65, K.1986/454 Sayılı Kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı 64-65.
- Danıştay Sekizinci Dairesi, 01 Ekim 1973 Tarih ve E.1972/3613, K.1973/2980 Sayılı Kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı 14-15.
- Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 09 Eylül 2016 Tarih ve E.2016/15550, K.2016/5897 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>).
- Danıştay Sekizinci Dairesi, 26 Eylül 2008 Tarih ve E.2008/1180, K.2008/5500 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>).
- Danıştay Altıncı Dairesi, 24 Şubat 2022 Tarih ve E.2019/18309, K.2022/2169 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>).
- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 13 Haziran 2022 Tarih ve E.2021/3624, K.2022/2139 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>).
- Danıştay Ondördüncü Dairesi, 19 Nisan 2018 Tarih ve E.2015/6674, K.2018/2917 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>).
- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 17 Ekim 2008 Tarih ve E.2005/400, K.2008/1801 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>).
- Danıştay Ondördüncü Dairesi, 21 Eylül 2012 Tarih ve E.2011/9232, K.2012/5970 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>).
- Danıştay Altıncı Dairesi, 30 Mart 2021 Tarih ve E.2019/14059, K.2021/4640 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>).
- Danıştay Altıncı Dairesi, 14 Mart 2008 Tarih ve E.2007/9678, K.2008/1744 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>).
- Danıştay Altıncı Dairesi, 12 Şubat 2020 Tarih ve E.2018/4896, K.2020/1453 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>).

Danıştay Altıncı Dairesi, 03 Aralık 2020 Tarih ve E.2019/17474,  
K.2020/12031 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>).

Danıştay Onüçüncü Dairesi, 14 Haziran 2022 Tarih ve E.2021/2876,  
K.2022/2637 Sayılı Kararı (<https://karararama.danistay.gov.tr>).

# Din ve Vicdan Özgürlüğü Görünümlerinde Takdir Marjı Doktrini (İdari Yargı İçtihatlarıyla)

Ezgi KIZILKAYA DOĞRU\*

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Doktor, Hâkim, ezgikizilkaya@hotmail.com, ORCID:0000-0003-2705-6189.

**Makale geliş tarihi:** 7 Mayıs 2024 **Makale kabul tarihi:** 19 Ağustos 2024

**Atf önerisi:** Kızılkaya Doğru, Ezgi, “Din ve Vicdan Özgürlüğü Görünümlerinde Takdir Marjı Doktrini (İdari Yargı İçtihatlarıyla)”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 4, Ekim 2024, s. 137-180. DOI: 10.30915/abd.1480219.

## **DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ GÖRÜNÜMLERİNDE TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ (İDARİ YARGI İÇTİHATLARIYLA)**

### **ÖZ**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki hukuki normların iç hukuka yerleştirilmesi yani esasları yerleştirme aşaması ve süreç temelli denetim yöntemi ile ulusal otoritelerin sözleşme taahhütlerini yerine getirmesini sağlayabilmek amacıyla yaşayan belge doktrini doğrultusunda ikincillik ilkesini ve bu ilkenin işlevsel bir aracı olan takdir marjına içtihatlarında yer vermiştir.

İçtihadi bir kavram olan takdir marjı doktrini, 24.06.2013 tarihinde imzaya açılan, tüm devletlerin onaylaması ile 01.08.2021 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye değişiklik getiren 15 no.lu protokol ile Sözleşmede metinsel olarak yerini almıştır. Bu protokol ile Sözleşme ve ek protokollerde tanımlanan hak ve özgürlükleri koruma sorumluluğunun ikincillik ilkesi gereğince öncelikle sözleşmecî devletlere ait olduğu ve sözleşmecî devletlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetleyici yargı yetkisine tabi olan takdir marjına sahip oldukları Sözleşme'nin önsözünün sonuna eklenmiştir.

Takdir marjı kavramı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlere Sözleşme'nin standartlarını uygularken kendi ulusal koşullarını dikkate almaya izin veren takdir ölçüsünü belirtmek için kullanılmaktadır. Sözleşmecî devletin olgusal durumları değerlendirmede Sözleşmede yer alan hükümleri uygulamada sahip olduğu serbestiyi ifade etmektedir. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf 46 devlet bulunmaktadır. Sözleşmecî devletlerin dilleri, dinleri, kültürleri, ideolojileri çeşitlilik içermektedir. Bu nedenle sözleşmecî devletler, din ve inanç özgürlüğü gibi Avrupa konsensüsünün bulunmadığı konularda geniş bir takdir marjına sahiptir. Ancak ulusal makamların takdir marjının denetimi ulusal yargı makamları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetimi ile el ele yürümektedir.

Bu çalışmada birinci bölümde takdir marjı doktrinin terminolojisi, kapsamı ve ilişkili olduğu insan hakları ilkeleri ele alınacaktır. İkinci bölümde ise din ve vicdan özgürlüğü görünümüleri takdir marjı konusu kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'ye ilişkin başvurulardaki içtihatları, Anayasa Mahkemesi ve idari yargı içtihatları ile ele alınacaktır. Böylece ikincillik ilkesi doğrultusunda takdir marjı tanınan din ve vicdan özgürlüğünün görünümüne ilişkin başlıklarda sözleşmecî devlet olarak temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerde, ulusal yargı makamı olarak idari yargı içtihatlarının sözleşmecî devletin yani davalı idarenin taahhütlerini yerine getirip getirmediğini denetleme kriterlerini ortaya çıkarmak amaçlanmaktadır. Zira ikincillik ilkesi ve takdir marjı, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ihlalleri önlemekte birincil yükümlülüğü sözleşmecî devletlerin ulusal makamlarına yüklemektedir. Bu nedenle takdir marjı kapsamında ulusal yargı makamı olarak idari yargı içtihatlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının denetimi ile el ele yürüyüp yürümediği ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** takdir marjı, ikincillik ilkesi, dinsel semboller, AİHS, içtihatlar.

## **THE MARGIN OF APPRECIATION AND VIEWS OF FREEDOM OF RELIGION AND THE CONSCIENCE (WITH ADMINISTRATIVE JURISPRUDENCE)**

### **ABSTRACT**

The European Court of Human Rights has included in its jurisprudence the principle of subsidiarity and the margin of appreciation, which is a functional tool of this principle, in line with the living document doctrine, in order to ensure that national authorities fulfill their contractual commitments through the placement of the legal norms in the European Convention on Human Rights into domestic law, that is, the stage of establishing the principles and the process-based control method.

The margin of appreciation doctrine, a jurisprudential concept, was introduced with protocol number 15. It is included textually in the contract. With this protocol, the Convention and protecting the rights and freedoms defined in the additional protocols by the principle of subsidiarity of responsibility, the contracting party must first belongs to the states and the contracting states have a margin of appreciation subject to the Court's supervisory jurisdiction. They are added to the end of the preamble of the Convention.

The concept of margin of appreciation indicates the degree of discretion that allows states parties to the European Convention on Human Rights to consider their national circumstances when applying the standards of the Convention. It refers to the contracting state's freedom to apply the provisions of the Convention in assessing factual situations. Because 46 states are party to the European Convention on Human Rights. The contracting states' languages, religions, cultures, and ideologies are diverse. Therefore, contracting states have a wide margin of appreciation on issues with no European consensus, such as freedom of religion and belief. However, the supervision of the margin of appreciation of national authorities goes hand in hand with the supervision of national judicial authorities and the European Court of Human Rights.

The terminology, scope, and related human rights principles of the margin of appreciation doctrine will be discussed in the first part of this study. The second part will discuss the issue of religious symbols and the margin



of appreciation within the scope of freedom of religion and conscience in the European Court of Human Rights jurisprudence regarding Turkey, the Constitutional Court, and administrative jurisdiction. Thus, it is aimed to reveal the criteria for monitoring whether the administrative jurisprudence, as the national judicial authority, fulfills the commitments of the contracting state, that is, the defendant administration, in the interventions made to fundamental rights and freedoms as a contracting state in matters related to religious symbols, which are granted a margin of appreciation in line with the principle of subsidiarity. Because the principle of subsidiarity and the margin of appreciation impose the primary obligation on the national authorities of the contracting states to prevent violations in the limitation of fundamental rights and freedoms, for this reason, within the scope of the margin of appreciation, it will be discussed whether administrative jurisprudence, as a national judicial authority, goes hand by hand with supervising the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

**Keywords:** margin of appreciation, principle of subsidiarity, religious symbols, european convention on human rights, jurisprudences.

## GİRİŞ

Takdir marjı doktrini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer almazken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından doğmuştur. İçtihat enstrümanlarının en tartışılabilirlerinden olan takdir marjı doktrin Mahkeme tarafından kavram olarak açıklanmamıştır<sup>[1]</sup>. Takdir marjı kavramı, 24.06.2013 tarihinde imzaya açılan, tüm devletlerin onaylaması ile 01.08.2021 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye değişiklik getiren 15 No.lu Protokolle Sözleşmede yerini almıştır. Buna göre Sözleşme ve Protokollerinde yer alan hak ve özgürlükleri koruma sorumluluğu ikincillik ilkesi uyarınca öncelikle sözleşmeciler devletlere aittir. Sözleşmeciler devletler bu yükümlülüklerini yerine getirirken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetleyici yargı yetkisine tabi bir takdir marjına sahiptir. Takdir marjı kavramı Sözleşmenin önsözünde yerini alsa da kavramın tanımlanması hususunun değiştiği söylenemez. Zira Mahkeme tarafından ya da Sözleşmede takdir marjı kavramı henüz tanımlanmamıştır.

Takdir marjı kavramı, tanımının ve kapsamının belirsizliği nedeniyle ikincillik ilkesi gibi bir ilke olarak yer almaktansa Strazburg içtihatlarında ulusal makamların Sözleşmede yer alan yükümlülüklerini yerine getirirken manevra alanına atıf yapan bir doktrin olarak yer almaktadır<sup>[2]</sup>. Takdir marjı doktrininin ise sözleşmeciler devletlerin uluslararası insan hakları sözleşmelerindeki hakların sınırlandırılması halinde sınırlamalara ilişkin seçecekleri yöntemlerde sahip olduğu serbestliği ifade ettiği söylenebilir<sup>[3]</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, takdir marjına ilişkin içtihatlarında sıklıkla ulusal makamların, yerel ihtiyaç ve koşullarla ilgili olarak uluslararası

[1] Andrew Legg, *The Margin of Appreciation In International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, s.15.

[2] Steven Reer, "The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation", *UCL Human Rights Review*, Sayı 3, 2010, s.2.

[3] Yutaka Arai, *The Margin of Appreciation Doctrine and The Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp/Oxford/New York: Intersentia, 2002, s.2-3.

yargıca göre doğrudan bir demokratik meşruiyete ve daha iyi bir konuma sahip olduklarını vurgulamaktadır<sup>[4]</sup>.

Takdir marjı doktrini, 01.08.2021 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye değişiklik getiren 15 No.lu Protokolde “margin of appreciation/marge d’appréciation” olarak, 15 No.lu Protokolün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin internet sitesinde yer alan Türkçe çevirisinde takdir alanı<sup>[5]</sup>, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Terimler Sözlüğünde<sup>[6]</sup> takdir payı, Türkçe literatürde ise takdir alanı<sup>[7]</sup>, takdir marjı, takdir payı, takdir yetkisi<sup>[8]</sup>, takdir hakkı gibi kelimelerle ifade edilmektedir. Ulusal yayınlarda terim birliği bulunmamakla birlikte söz konusu doktrin takdir alanı, takdir marjı ve takdir payı ifadeleri kavramını karşılarken bu ifadelerden yargı organlarınınca sıklıkla kullanılan takdir hakkı ve takdir yetkisi “margin of appreciation” kavramını karşılamamaktadır<sup>[9]</sup>.

15 No.lu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin önsözüne içtihatlarında da yer aldığı şekilde “margin of appreciation/ marge d’appréciation” kavramı ile yazınsal görünümüne büründüğü göz önüne alındığında “margin” kelimesine karşılık gelen kelimenin “marj” olması ve bu kelimenin Türk Dil Kurumu tarafından da kabul edilmesi nedeniyle bu çalışmada Şirin’in de tercih ettiği gibi marj kelimesinin kullanılması tercih edilecektir.

[4] Emre Birden, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Yükümlülüklerle Aykırı Tedbirler Alabilme Yetkisinin Sınırı Olarak Keyfilik Yasağı”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 5, Sayı 10, 2016, s.420.

[5] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin internet sitesinde yer alan Türkçe çevirisi, Erişim Tarihi:14.04.2024 [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf), B.T: 05.05.2024.

[6] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Terimler Sözlüğü, Erişim Tarihi:14.04.2024, <https://rm.coe.int/168070c41e>.

[7] Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Ek Kitapları Serisi-4*, Avrupa Konseyi, 2018, s.23.

[8] Ümit Kılıç, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Sınırlamanın Dar Yorumu İlkesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 2, 2020, s.599.

[9] Tolga Şirin, “Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, 2013, s.361.

## I. TAKDİR MARJI DOKTRİNİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından doğan takdir marjı doktrinin kapsamı insan hakları alanında sıklıkla sorun olarak görünmektedir. Sözleşme'nin uygulanmasında kendi rolünü ve Sözleşme'nin düzenlediği hakların içeriğini ve sözleşmecî devletlerin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin kapsamını tespit ederken takdir marjı doktrinine başvuran Mahkemenin özellikle politik çatışma alanlarında ya da din, ahlak gibi hassas alanlarda sözleşmecî devletlerin tepkisini çekmemek için başvurması bu doktrini inceleyen her yazarın haklı olarak doktrinin uygulanmasında açıklık olmamasından yakınmasına ve farklı sistematiklerle konuyu ele almalarına neden olmaktadır<sup>[10]</sup>. Hasan Tahsin Gökcan'a göre ikincillik ilkesi, devletlerin egemenlik yetkilerine saygı ilkesi ve Sözleşme hükümlerinin yerel gereklilikler dikkate alınarak uygulanması hususu takdir marjı doktrinin en önemli dayanaklarıdır. Tolga Şirin tarafından ise Sözleşme sisteminin devamını sağlama ihtiyacı, kendi kendini sınırlama ilkesi, yaşayan belge enstrümanı ve ortak Avrupa konsensüsünün olmadığı durumda kültürel göreceliğe imkân tanıma ihtiyacı da takdir marjı doktrinine dayanak olarak gösterilebilir<sup>[11]</sup>.

### A) AVRUPA KONSENSÜSÜ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi henüz öngörülebilir, belirli ve etkili bir Avrupa konsensüsü standardı oluşturamamıştır. Ancak içtihatlar incelendiğinde Avrupa konsensüsünün, Sözleşme sisteminin temelini oluşturan kolektif yaklaşımın gerektirdiği ortak zemini ve Sözleşme ile ulusal hukuk sistemleri arasındaki etkileşimi ifade ettiği söylenebilir<sup>[12]</sup>. Avrupa konsensüsü kısaca bir konu hakkında Avrupa Konseyi üyesi devletlerde fikir birliği olarak tanımlanabilir. Mahkeme tam bir uzlaşma aramamaktadır. Belli yönde eğilimi yeterli görmektedir. Örneğin X, Y ve Z/Birleşik Krallık davasında sözleşmecî devletlerde cinsiyet değişikliğinin

[10] Ali Rıza Çoban, "Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 57, Sayı 3, 2008, s.190.

[11] Şirin, *op.cit.*, s.379.

[12] Egemen Esen, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Ulusal Makamlarla İlişkisi: Sorumluluk Paylaşımı", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı*, 2020, s.301.

yasal olarak tanınması yönünde eğilim tespit ettiğini belirtmiştir<sup>[13]</sup>. Bununla birlikte bir konu hakkında Avrupa konsensüsü mevcut ise uygulama veya mevzuatıyla konsensüs dışında kalan sözleşmeci devlete öğretide “kara koyun” denilmektedir<sup>[14]</sup>. Sözleşmeci devletlerden uygulama veya mevzuatıyla farklı kaldığı için bir topluluk içerisinde farklılık olarak kara koyun simgesi taşıyan bu sözleşmeci devletin durumu o alanda Avrupa konsensüsü olmadığı anlamına gelmez.

AİHM, Sözleşme'nin yaşayan bir belge olması nedeniyle günün koşulları ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Bununla birlikte insan haklarının korunması bakımından zamanla daha yüksek standartlara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, demokratik toplumların temel değerlerine aykırılığı değerlendirirken daha katı tutum sergilemektedir. Mahkeme, aslında bir bakıma sözleşmeci devletlerin Sözleşmeyi uygularken ne ölçüde takdir marjından yararlanabileceğini belirlemeyi amaçlamaktadır<sup>[15]</sup>. Mahkeme önüne gelen başvuruya ilişkin konuda sözleşmeci devletler arasında ne ölçüde fikir birliği ya da ortak zemin olduğuna bakmaktadır. Avrupa konsensüsünün olmadığı durumlarda takdir marjı genişlemektedir. Bu durumda Mahkemenin Sözleşme'nin ihlal edilmediğini tespit etme ihtimali yükselmektedir. Öte yandan Avrupa konsensüsünün varlığı halinde ise takdir marjı daralacak ve bu defa Mahkemenin Sözleşme'nin ihlal edildiğini tespit etme ihtimali artacaktır<sup>[16]</sup>.

## B) İKİNCİLLİK

İkincillik yani subsidiarite, kökeni Latince askeri bir terim olarak ihtiyat birliği gibi kavramlar için kullanılan temelde yardım etmek, desteklemek

[13] AİHM, *X. Y. ve Z./Birleşik Krallık*, No 21830/93, 22 Nisan 1997.

[14] Luzius Wildhaber, Arnaldu Hjartarson, Stephen Donnelly, “No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, Cilt 33, Sayı 7, 2013, s.260.

[15] Ali Bal, “Kölelik, Zorla Çalıştırma ve Benzer Uygulamalara İlişkin Yasağın Uluslararası Hukuk ve Aihm İçtihatları Çerçevesinde Gelişimi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı 2, 2019, s.68-69.

[16] Wildhaber, Hjartarson, Donnelly, *op.cit.*, s.250.

anlamına gelmektedir<sup>[17]</sup>. İkcillik ilkesi ilk kez sözleşmeci devletlerin 2000 yılında Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın kabulü ile resmen insan hakları belgelerine taşınmıştır<sup>[18]</sup>. Yakın dönemde daha da gelişerek takdir marjı doktrini ile birlikte 15 no.lu Ek protokolle yazınsal düzenlemeye kavuşmuştur. 15 no.lu Ek Protokolün ön sözünde sözleşmeci devletlerin, 18-19 Şubat 2010 tarihinde Interlaken'da, 26-27 Nisan 2011 tarihinde İzmir'de ve 19-20 Nisan 2012 tarihinde Brighton'da düzenlenen konferanslarda kabul edilen deklarasyonları dikkate alarak ve Mahkemenin Avrupa'da insan haklarının korunmasındaki egemen rolünü sürdürebilmesinin temini ihtiyacını değerlendirerek Mahkemenin denetleyici yargı yetkisine tabi bir takdir marjına sahip oldukları konusunda mutabık kaldıkları yer almaktadır. Böylece çalışmanın başında da belirtildiği üzere ikincillik ilkesi de takdir marjı doktrini ile birlikte normatif görünüme 15 no.lu protokolün 1. maddesi ile kavuşmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıcı Robert Spano'ya göre Mahkeme ikincillik ilkesi çağına girmiştir. Spano, ikincillik ilkesinin ve takdir marjının sözleşmenin önsözüne eklenmesiyle birlikte son yıllarda Mahkeme için daha sağlam ve tutarlı bir ikincillik kavramı geliştirmesi için önemli bir teşvik yaratıldığını ileri sürmektedir<sup>[19]</sup>.

İkcillik ilkesi, AİHM içtihatlarında ilk defa 1968 yılında Belçika dil davası kararında karşımıza çıkmaktadır. Bu kararda Mahkeme, ikincillik ilkesi gereğince kendisini yetkili ulusal makamların yerine koyamayacağını ve ayrımcılığın keyfi gerekçelere dayanıp dayanmadığını incelerken toplum hayatına belirginlik kazandıran yasal ve toplumsal gerçekleri göz ardı edemeyeceğini belirtmiştir<sup>[20]</sup>. Sözleşme tarafından tesis edilen koruma mekanizması insan haklarını koruyan ulusal sistemlere göre ikincil niteliktedir. Sözleşme, her bir sözleşmeci devlete içerdiği hak ve özgürlükleri ilk elden güvence altına alma görevini bırakmaktadır. Mahkeme ancak ikincil

[17] Ömer E. Egeligi, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı*, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2021, s.4.

[18] Derya Doğru, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini*, Ankara, Turhan Kitapevi, 2019, s.25.

[19] Robert Spano, "Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity", *Human Rights Law Review*, Cilt 14, Sayı 3, 2014, 490-491.

[20] AİHM, *Belçika Eğitim Dili Davası/Belçika*, No:1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, Ş. 10, 23 Temmuz 1968

olarak tüm iç hukuk yolları tüketildikten sonra müdahil olur<sup>[21]</sup>. İkincillik ilkesi açısından iç hukuk yollarının tüketilmesi usuli bir boyuttur. İkincillik ilkesini gerçekleştirmek için esasa ilişkin boyut ise takdir marjı doktrini bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahkemenin ikincil yetkisinin görünümü takdir marjı doktrindir<sup>[22]</sup>. Mahkeme sözleşmecî devletleri belli bir takdir marjından yararlandırırken ikincilliği sağlamaktadır. Bununla birlikte takdir marjı, sözleşmecî devletlerin yükümlülükleri ile egemenliklerini dengelemeye de araç olmaktadır<sup>[23]</sup>.

### C) ORANTILILIK

Orantılılık, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvuru olan önlem ile ulaşılmak istenilen amaç arasında olması gereken ölçüdür. Başka bir ifadeyle orantılılık temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması ile elde edilecek genel yarar ile hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasından doğan kişisel zarar arasındaki denge olarak ifade edilebilir<sup>[24]</sup>. Strazburg organları tutarlı bir şekilde orantılılık ilkesinin, bireyin temel hak ve hürriyetleri ile genel kamunun menfaati yani bu iki zıt çıkar arasındaki adil ve makul dengenin sağlanması için yapılacak hesaplamaların doğasında olduğunu savunmuştur<sup>[25]</sup>. Hukukumuzda orantılılık kavramı, ölçülülük kavramının alt başlığı olarak karşımıza çıkmaktadır. 1982 Anayasası'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklerin demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeyi bünyesinde barındırmaktadır. Elverişlilik, öngörülen müdahalenin amacı gerçekleştirmeye elverişli olması anlamına gelmektedir. Gereklilik, amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını, orantılılık ise bireyin hakkına

[21] AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık*, No:5493/72, Ş. 48, 07 Aralık 1976.

[22] Matthew Saul, "The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments", *Human Rights Law Review*, Cilt 15, Sayı 4, 2015, s.749.

[23] Egemen Esen, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini*, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2020, s.103.

[24] Doğru, *op.cit.*, s.12.

[25] Arai, *op.cit.*, s.14.

yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengeyin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir<sup>[26]</sup>. AİHM içtihatlarında elverişlilik açıkça bulunmasa da sınırlama ile seçilen aracın meşru amaçla orantılılığını incelemektedir<sup>[27]</sup>.

Temel hak ve özgürlüklerin sözleşmecî devletler tarafından sınırlandırılması halinde sınırlandırmanın temel hak ve hürriyetin ihlaline neden olup olmadığı hususunda orantılılık denetimi yapılmaktadır. Bu durumda orantılılığı çevreleyen mantıksal sorunlardan biri insanlar için optimal koruma seviyesinin nasıl belirleneceğidir. Koruma standardı uluslararası kuruluşlar tarafından önceden belirlenmişse cevap oldukça basit olabilir ancak uluslararası bir standardın olmadığı durumlarda cevap çok daha zordur. Takdir marjı doktrini tam da burada kendini göstermektedir<sup>[28]</sup>. Bu nedenle uluslararası insan hakları hukukunda orantılılık ilkesinin doğru bir tasvirini sağlamanın anahtarı takdir marjı ile ilişkisinin anlaşılmasına bağlıdır<sup>[29]</sup>. Bu yönüyle orantılılık, devletlerin takdir marjını aşp aşmadığının tespit edilmesinde Mahkemenin kullandığı bir araçtır<sup>[30]</sup>. Bununla birlikte insan haklarının etkili korunması ilkesiyle yakın ilişki içerisindeki orantılılık ilkesi takdir marjının aşırı geniş kullanımına karşı en güçlü siperi oluşturmaktadır<sup>[31]</sup>.

[26] Anayasa Mahkemesi, 11 Nisan 2012 Tarih ve E.2011/111, K.2012/56 sayılı 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin (A) fıkrasında yer alan ibarenin iptali istemine ilişkin kararı, 05 Mayıs 2016 Tarih E. 2016/16, K.2016/16 sayılı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 63. maddesiyle değiştirilen 143. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "verilecek ceza yarı oranında artırılır." ibaresinin iptali istemine ilişkin kararı.

[27] Esen, *op.cit.*, s.114.

[28] Enzo Cannizzaro, "Proportionality and Margin of Appreciation in the Whaling Case: Reconciling Antithetical Doctrines?" *The European Journal of International Law*, Sayı 4, 2016, s.1068.

[29] Legg, *op.cit.*, s.177.

[30] Erdoğan Keskin, "AİHM'nin Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 69, Sayı 3, 2020, s.1390.

[31] Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", *Cambridge Yearbook Legal Studies*, S.14, 2012, s.409.



Yutaka Arai Takahashi orantılılık ile takdir marjı arasındaki bağlantıyı madeni paranın iki yüzü olarak betimlemektedir<sup>[32]</sup>. Çünkü takdir marjı ile orantılılık arasında ters ilişki söz konusudur. Yani orantılılık denetiminin yoğunlaştığı anda takdir marjı daralır, orantılılık denetiminin esnediği anda ise takdir marjı genişler.

Marjın dar olduğu anlarda Mahkemenin Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar verme olasılığı yüksektir. Jan K. bu durumu şöyle bir metaforla anlatmaktadır: Marj burada sıırıkla atlama yarışmasındaki sıırık gibi çalışır. Mahkeme çııtayı sözleşmeci devletin ihlalden kaçınması için aşması gereken belirli bir yüksekliğe koyar. Dar bir marj söz konusu ise zor bir sıırıçrama, geniş bir marj söz konusu ise kolay bir sıırıçrama olacağı açıktır<sup>[33]</sup>.

#### **D) DEMOKRATİK TOPLUMDA GEREKLİLİK**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile korunan hak ve özgürlüklere sözleşmeci devlet tarafından yapılan bir müdahale, zorlayıcı bir sosyal ihtiyaca cevap veriyorsa ve özellikle, izlenen amaçla orantılıysa ve ulusal makamlarca müdahaleyi haklı kılmak için ileri sürülen gerekçeler ilgili ve yeterli ise, meşru amaç bakımından demokratik bir toplumda gerekli olarak görülebilecektir<sup>[34]</sup>.

Müdahalenin gerekli olup olmadığına ilişkin son değerlendirme Sözleşme'nin gereklerine uygunluğu ortaya çıkarmak için Mahkeme'nin incelemesine tabidir. Bu bağlamda yetkili ulusal makamlara bir takdir marjı bırakılmalıdır. Bu marjın aralığı değıışmekle birlikte Sözleşme hakkının birey açısından önemi, müdahalenin niteliğı ve müdahale ile izlenen amaç gibi bazı faktörlere dayanır<sup>[35]</sup>. Tehlikede olan hakkın, bireye sıkı sıkı bağılı veya asli hakları etkili kullanması için önemli olduğı hallerde takdir marjı, daha dar olmaya eğilimlidir. Bir bireyin varlığı veya kimliğinin özellikle

[32] Arai, *op.cit.*, s.14.

[33] Jan Kratochvil, "The Inflation of The Margin of Appreciation by The European Court Of Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Cilt 29, Sayı 3, 2011, s.329.

[34] AİHM, *Coster/Birleşik Krallık*, No:24876/94, § 104, 18 Aralık 2001.

[35] AİHM, *S.ve Marper/Birleşik Krallık*, No 3056204, §.101-102, 04 Aralık 2008.

mühim bir yönünün tehlikede olması halinde ise devlete tanınan takdir marjı sınırlanacaktır<sup>[36]</sup>.

## II. TAKDİR MARJI, DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÖRÜNÜMLERİ

### A) DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesi herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğunu düzenlemektedir. Bu hakkın kapsamında din değiştirmenin, tek başına ya da toplu olarak, kamuya açık ya da kapalı olarak ibadet etmenin ve dinini veya inancını açıklamanın da bulunduğunu belirtmektedir. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün önemi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında demokratik bir toplumun temellerinden biri olarak sıkça vurgulanmıştır. Zira din özgürlüğü, inananların kimliklerini ve hayatlarını oluşturmada oldukça önemli bir faktördür<sup>[37]</sup>. Vicdan özgürlüğü, herhangi bir durumda bireye düşünce aşılamanın ya da dayatmanın önlenmesi anlamına gelir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine, Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında düşünce ve vicdan bendine oranla din bendine daha çok başvuru yapıldığı söylenebilir<sup>[38]</sup>.

Düşünce, bireyin içsel yaşamında yani ruh dünyasında yer aldığı sürece düzenlenemez ve sınırlandırılmaz. Vicdan ve inanç da mutlak olmakla birlikte devlet tarafından dokunulamaz<sup>[39]</sup>. Bu nedenle düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün iç boyutunda takdir marjından söz edilemez. Dış boyutunda ise topluca ya da tek başına, aleni ya da kapalı olarak inancını veya dinini dışa

[36] AİHM, *Sabanchyeva/Rusya*, No:38450/05, Ş. 134, 06 Haziran 2013.

[37] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 9. Madde rehberi, Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü, Avrupa Konseyi, 2015.

[38] Sabahattin Nal, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 57, Sayı 4, 2002, s.69.

[39] Zeki Hafızoğulları, "Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Tarafı Olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Laiklik, Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 70, Sayı 1, (2012), s.165.

urma özgürlüğünde<sup>[40]</sup> ise sınırlandırma sebepleri bulunduğu takdir marjından söz edilebilir. Bir inancın 9. madde korumasından faydalanabilmesi için ciddi bağlılık ve önem seviyesi ve belirli bir ikna ediciliğe sahip olması gerekmektedir. Yani inanç, insan yaşamı ve davranışının önemli ve temel bir yönüne ilişkin olmalı ve Avrupa demokratik toplumunda korunmaya değer addedilmelidir<sup>[41]</sup>.

Dünyada birçok din ve bu dinlere bağlı çok sayıda mezhep bulunduğu demokratik bir toplum gereği herkesin inancına saygı gösterilmesini sağlamak için bu din veya inancı açıklama özgürlüğüne ve ibadete sınırlandırmalar getirilmesi mümkündür. Bu nedenle Sözleşme'nin 9. maddesinin 2. fıkrası din veya inancı açıklama özgürlüğünün sınırlama sebeplerine yer vermektedir. Buna göre din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir. AİHM, sözleşmeciler devletlere bu konuda bir takdir marjı tanımakla birlikte takdir marjı ile el ele yürüyen denetim ile din veya inanç açıklama özgürlüğüne getirilen müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelemektedir. Burada ispat yükü sözleşmeciler devlet üzerindedir. Yani sözleşmeciler devletin din veya inanç açıklama özgürlüğüne takdir marjı kapsamında yaptığı bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli bir müdahale olduğunu ispatlayabilmesi gerekmektedir. Uygulamada bu ölçütlere göre yapılan sınırlandırmanın bir sosyal ihtiyacı karşılaması veya gidermesi gereklidir. AİHM çeşitli kararlarında sınırlandırma hususundaki bu ölçütlerin saptanması ve uygulanmasında devletin bir takdir marjı bulunduğunu da vurgulamaktadır. AİHM'e göre 9. maddenin ikinci fıkrasının belirlediği ölçüt ve koşulların delillerinin gerekçeleriyle gösterilmesi gerekmektedir. Zira sadece kanundaki sözcüklerin tekrar edilmesinin delil ya da gerekçe olduğundan söz edilemez<sup>[42]</sup>. Bu müdahale acil bir sosyal ihtiyaca cevap vermeli, güdülen meşru amaçla orantılı olmalı, ilgili ve yeterli nedenlerle gerekçelendirilmelidir.

[40] Osman Doğru, Atilla Nalbant, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, Cilt:1, Ankara, Avrupa Konseyi, 2012, s.121.

[41] AİHM, *Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık*, No:7511/76, Ş. 36, 25 Şubat 1982.

[42] Sulhi Dönmezer, "Din, Vicdan ve Kanaat Özgürlüğü", *Erdem İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, Cilt 15, Sayı 42, 2005, s.3.

Gereklilik testi uygulanırken yani sözleşmeci devletlere tanınan takdir marjı değerlendirilirken bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olarak haklı gösterilip gösterilemediği hususu dikkate alınmalıdır. Toplumların içinde dinsel olguya bakış farklılıkları olduğu gerçeğini dikkate alan Mahkeme, demokratik toplumda gereklik değerlendirilmesinde sözleşmeci devletlere geniş bir takdir marjı tanımaktadır<sup>[43]</sup>. Mahkeme, sözleşmeci devlet tarafından ileri sürülen gerekçenin bazı kökten dinci akımların başka dinlere mensup olan veya dini vecibelerini yerine getirmeyen kişilere baskı uygulamasını engelleme ihtiyacına dayandığı hallerde de sözleşmeci devletlere takdir marjı tanımaktadır<sup>[44]</sup>. Buradaki takdir marjının kaynağı bir dini yapıdan kaynaklanmamakta bilakis o yapının ülkede bir baskı tehdidi oluşturma ihtimalinden kaynaklanmaktadır.

Mahkeme, orantılılık incelemesi yaparken bir temel hak ve özgürlüğe müdahalenin gerekliği ve içeriği hususunda sözleşmeci devletlere belirli bir takdir marjı tanımaktadır. Demokratik bir devlette, devlet ve dinler arasındaki ilişkilerde siyasi sorunlar oluştuğunda ulusal makamlara takdir marjı tanınması önemlidir. Zira AİHM, din veya inancı açıklama hakkına yönelik bir sınırlamanın gerekli olup olmadığı konusunda karar vermesi için sözleşmeci devletlere geniş bir takdir marjı tanımaktadır. Belirli bir konuda takdir marjının genişliğini belirlemek için Mahkeme, somut olaya özgü meselenin yanı sıra Sözleşme'nin 9. maddesinin kapsamına giren genel meseleyi, yani demokratik bir toplumun yaşaması için hayati önem taşıyan gerçek dinsel çoğulculuğu korumanın gerekliğini de göz önünde bulundurmaktadır<sup>[45]</sup>. Ancak bireylerin kendi kişisel otonomileri kapsamında aldıkları din güdümlü kararlar söz konusu olduğunda sözleşmeci devletin takdir marjı daralmaktadır.

[43] Bengü Merve Derin Türkoğlu, “İnanç Özgürlüğünün İç Boyutu”, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, Cilt:5, Sayı 8, 2022, s.128.

[44] AİHK, *Şeyma Karaduman/Türkiye*, No:16278/90, 03 Mayıs 1993.

[45] AİHM, *S.A.S/Fransa*, No:43835/11, Ş. 157, 01 Temmuz 2014.

## B) DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜNDE TAKDİR MARJI GÖRÜNÜMLERİ

### 1- Genel Olarak

Farklı anlamları taşıma özelliğine sahip iletişim araçları din ve vicdan özgürlüğünün görünümüleri olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bu görünümler bazı topluluklarda kutsalı çağrıştırmakta bazı topluluklarda ise kimlik görünürlüğü şeklinde ortaya çıkarak kendilerinden her bahsedildiğinde farklı çağrışım yapma özelliğine sahiptir<sup>[46]</sup>. Din ve vicdan özgürlüğü görünümüleri aslında tartışma alanına kamusal alan ile birlikte girmektedir. Kamusal alanda devlet otoritesinin yansımaları olarak dinsel bir simge kullanıldığında laik ve ideolojik arasındaki ilişki ivme kazanmaktadır. AİHM, kamusal alanlarda dini simgelerin kullanılması konusunda konsensüs olmadığını belirterek sözleşmecî devletlere takdir marjı tanırken diğer taraftan da demokratik toplumda gereklilik yorumunda diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin korunması hususunu göz önüne almakta ve laiklik ilkesine bağlı kalmaktadır. Ancak bu konu hakkında sözleşmecî devletler tarafından geliştirilen politikalar ulusal geleneklere bağlı olarak çeşitlilik gösterdiğinden takdir marjı doğal olarak genişlemektedir<sup>[47]</sup>.

### 2- Kıyafetler

Din ve vicdan özgürlüğünün dışsal boyutu kişinin düşüncesini, inancını ve dinini dışa vurma şeklidir<sup>[48]</sup>. Dini hayatının başlıca bir ilkesi haline getiren bir kişi bu inancı namaz kılmak, topluca namaz kılmak, ayinlere katılmak gibi diğerlerinin yanı sıra dini semboller ve kıyafetler giyerek başkalarına iletebilir. İnsanlar başörtüsü takarak ya da buna benzer dini sembollerini vücutta kullanarak din ve inançlarını dışa vurmada bunları araç olarak kullanabilir<sup>[49]</sup>. Başörtüsü takmanın bir ibadet şekli mi veya kültürel bir gereklilik mi ya

[46] Hayrettin Kurt, “İnanç Özgürlüğü Bağlamında Dini Sembollerin Kullanımının Mukayeseli Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt17, Sayı 1–2, 2013, s.203.

[47] Ali Baltacı, “Avrupa Okullarında Dini Simgelerin Yasallığı”, *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, Sayı 21, 2017, s.45-80.

[48] AİHM, *Kokkinakis/Yunanistan*, No:14307/88, Ş. 17, 25 Mayıs 1993.

[49] Doğru, *op.cit.*, s.47.

da dini bir gereklilik mi olduğuna kişinin kendisi karar verecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ranjit Singh/Fransa başvurusunda verdiği kararda dinsel bir sembolün toplumda nasıl algılandığı konusunun ulusal makamların takdir marjında olduğunu belirtmiştir<sup>[50]</sup>. Danıştay söz konusu içtihadı atıf yaptığı kararında başörtüsünün kuvvetli dış sembol veya pasif dış sembol olarak sayılmasının, toplumların yapısına göre nasıl algılandığına göre değişeceğini ve bu belirlemenin ulusal makamların takdir marjına bırakıldığını belirtmiştir<sup>[51]</sup>. Aktif güçlü dış sembol, bireyleri bir dine inanmaya zorlamak ya da ikna edici yöntemlerle bir dini benimsetmeye çalışmak anlamına gelmektedir. Bu durumda inanmayan bireyler ise dışlanmaktadır. Pasif dış sembolün ise bir dine inanmaya zorlama ya da bir dini benimsemeye ikna etmeye çalışma gibi özelliği yoktur<sup>[52]</sup>.

Üniversite diploması üzerinde başörtülü bir fotoğraf kullanmak isteyen başvuruçunun bu isteğinin reddedilmesi üzerine yapılan başvuruda Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, kılık kıyafete ilişkin düzenlemelerin üniversitenin cumhuriyetçi, laik niteliğini koruma amacını güttüğünü, başvuruçunun okula kayıt yaptırırken bu koşuldan haberdar olduğunu, sözleşmecî devletin takdir marjına sahip olduğunu ve 9. madde kapsamında bir müdahale oluşturmadığını belirtmiştir<sup>[53]</sup>.

Fransa'da kamuya açık yerlerde yüzün gizlenmesi için tasarlanmış giysilerin giyilmesi üzerindeki yasağa ilişkin yasal düzenleme hakkında yapılan başvuruda AİHM, birlikte yaşamının koşullarını güvenceye alma amacı taşımasından ötürü haklı olarak kabul edilebileceğini, Avrupa'da kamuya açık yerlerde peçe takılmasının yasaklanmasının gerekip gerekmediğine ilişkin bir konsensüs bulunmadığını, demokratik bir toplumda düşüncelerin çok farklılaşabileceği genel politikaya ilişkin meselelerde sözleşmecî devletin geniş bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir. Bahse konu olayda davalı

[50] AİHM, *Ranjit Singh/Fransa*, No:27561/08, 30 Haziran 2009.

[51] Danıştay İkinci Dairesi, 02 Kasım 2017, E.2016/10078, K.2017/6692 sayılı kararı. (www.uyap.gov.tr)

[52] Ömer Sarıaslan, "Kamusal Alanda Dini Semboller: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Tarafsızlık adına Ayrımcılık", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 2, 2023, s.1061.

[53] AİHK, *Karaduman/Türkiye*, No:16278/90, 03 Mayıs 1993.

sözleşmeci devlete tanınan takdir marjının genişliği dikkate alındığında, Mahkeme ilgili yasağın taşınılan amaçla diğer anlamıyla başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasının bir parçası olarak birlikte yaşamının koşullarının sağlanmasıyla orantılı görerek sözleşmenin 9. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir<sup>[54]</sup>. Fransa'dan sonra Belçika da yüzü tamamen veya kısmen kapatan kıyafetlerin giyilmesini kamuya açık alanlarda yasaklamıştır. Söz konusu yasak burka yasağı olarak bilinmektedir. Bu konuda yapılan başvuruda Mahkeme, benzer şekilde demokratik toplumda birlikte yaşam sürdürebilmek için müdahalenin gerekli olduğunu ve sözleşmeci devletlerin ülkelerindeki yerel politik koşulları ve ihtiyaçları mahkemeden daha iyi bilebileceklerinden ötürü sözleşmeci devlete takdir marjı tanımıştır<sup>[55]</sup>. Mahkemenin sözleşmeci devletler tarafından dini sembollere ilişkin getirilen sınırlamaları incelerken sözleşmeci devletlere geniş takdir marjı tanımakla birlikte işin esasına girmekten kaçınmakta ve defansif tutum sergilediği söylenebilir<sup>[56]</sup>.

Ehliyetteki fotoğrafın başının açık olması gerektiğine ilişkin düzenlemenin din ve vicdan özgürlüğüne müdahale ettiğinden bahisle yapılan başvuruda AİHM, ehliyet başvurusu sırasında sarıkların çıkarılmasının kamu güvenliği açısından gerekli olduğu ve süreklilik arz etmediğini dikkate alarak bu tür kontrollerin uygulanmasına ilişkin detaylı düzenlemelerin sözleşmeci devletin takdir marjında bulunduğu sonucuna varmıştır<sup>[57]</sup>.

Erkek bir görevli tarafından Marakeş'teki Fransa Baş konsolosluğunda yapılan kimlik kontrolünde başörtüsünü çıkarması istenilen başvuruçunun bunu reddetmesi nedeniyle kendisine Fransa vizesi verilmediği ve din özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruda AİHM, baş örtüsünün kamu güvenliği için kısa süre çıkarılması gerektiğinden bahisle sözleşmeci devletin takdir marjı alanında hareket ettiğini belirtmiştir<sup>[58]</sup>. AİHM, başvuruçunun başörtüsünü sadece bir kadının önünde çıkarılması yönündeki talebinin reddini de sözleşmeci devletin takdir marjı kapsamında

[54] AİHM, *S.A.S/Fransa*, No:43835/11, §.155-157, 01 Temmuz 2014.

[55] AİHM, *Dakir/Belçika*, No:4619/12, §. 59-60, 11 Temmuz 2017.

[56] Doğru, *op.cit.*, s.176.

[57] AİHM, *Shingara Mann Singh/Fransa*, No:24479/07, 13 Kasım 2008.

[58] AİHM, *El Morsli/Fransa*, No:15585/06, §. 2, 04 Mart 2008.

görmekle birlikte orantısız da bulmamıştır. Mahkeme burada orantısız bir müdahale olmadığını belirtmişse de bir orantılılık gerekçesi de ortaya koyamamıştır. Zira burada sarığını kısa süreliğine çıkarmak istemeyen erkek ile başörtüsünü çıkarmak istemeyen kadın arasında oldukça fark bulunmaktadır. Şöyle ki kadınların dini inancı gereği başörtüsü kullanma sebebi karşı cinse haram olduğuna inandıkları saçlarını örtmek istemeleridir. Bu nedenle meselenin bir kadın görevli ile çözülebileceği göz önüne alındığında söz konusu müdahalenin orantılı olduğundan çok da söz edilemez. Burada orantılılığın takdir marjı ile el ele yürütüldüğünden bahsetmek pek de mümkün değildir. Takdir marjı orantılılık el ele yürümesi gerekirken Erkan Duymaz bu durumu isabetli olarak takdir marjının adeta orantılılık ile etkisizleştirilmesi olarak nitelendirmiştir<sup>[59]</sup>. Bu durum aynı zamanda takdir marjı doktrinine getirilen eleştirilerden biri olan AİHM'nin içtihatlarında takdir marjı arkasında çifte standart olup olmadığı eleştirisini akla getirmektedir.

Türkiye'de üniversitelerde uygulanan baş örtüsü yasağına ilişkin yapılan başvuruda AİHM, bir dinin veya inancın kamusal alanda dışa vurulması konusunda Avrupa konsensüsünün bulunmadığını ve bu nedenle dini sembol kullanımına ilişkin düzenlemelerin ülkeden ülkeye değişiklik göstermesi nedeniyle bu tür kuralların kapsamı ve biçimine ilişkin tercihin kaçınılmaz olarak sözleşmeciler devletlerin takdir marjı içerisinde olduğunu belirtmiştir. Ancak buradaki takdir marjı da şüphesiz Mahkemenin denetimindedir. Mahkeme, takdir marjının denetiminde ulusal makamlar tarafından alınan önlemlerin haklı ve orantılı olup olmadığını incelemektedir. Mahkeme, bahse konu olayda takdir marjını sınırlarken demokratik bir toplum için gereklilik kapsamında kamu düzenini, başkalarının hak ve özgürlüklerini ve dini çoğulculuğu koruma hususlarını önemsemektedir<sup>[60]</sup>. Sözleşme'nin 9. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen sınırlama nedenlerinin uygulanması esnasında, Mahkemenin her sözleşmeciler devletin kendine özgü koşullarını, hukuk sistemleri arasındaki bazı temel farklılıkları göz önüne alması nedeniyle, benzer olaylarda farklı sonuçların ortaya çıkması mümkündür.

[59] Erkan Duymaz, "Dini Sembol ve Kıyafet Sınırlamalarında İki Farklı Yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Uluslararası Yükümlülükleri Bakımından Tahlili", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 64, Sayı 4, 2015, s.1140.

[60] AİHM, *Leyla Şahin/Türkiye*, No:44774/98, Ş. 110, 19 Kasım 2005.



Mahkeme burada Türkiye’de demokratik toplumun sürekliliğinin sağlanması açısından laiklik ilkesinin korunması amacıyla alınan tedbirin gerekli olduğuna ve Türkiye’nin takdir marjı içerisinde hareket ettiğini belirtmiştir. Zira laiklik ilkesi Türkiye’de anayasal sistemin temel değeridir<sup>[61]</sup>. Anayasa Mahkemesi de kişinin dinini açıklama özgürlüğünün, laiklik ilkesinin Devlet’in demokratik değerlerinin garantörü olarak oynadığı rolün savunulması amacıyla sınırlanabileceğine karar vermiştir. Laiklik, özgürlük ve eşitlik prensiplerinin kesişme noktasıdır. Laiklik aynı zamanda bireylerin aşırı uçlardaki hareketlerce uygulanan dış baskılardan korunmasına da yardımcı olur. Devlet’in bağımsız hakem olma rolü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 9. madde kapsamındaki içtihatlarıyla da bağdaşmaktadır<sup>[62]</sup>.

11 ve 12 yaşlarında iki Müslüman kız çocuğunun Fransa’da, ortaokulda okurken başörtüsüyle beden eğitimi dersine girmelerine izin verilmemesine ve okuldan uzaklaştırılmalarına ilişkin yapılan başvurularda AİHM, sözleşmeci devlete bu konuda verilen geniş takdir marjı kapsamında yaklaşarak yarışan menfaatler arasında adil bir denge kurmaya çalışmıştır. Başörtüsü yasağının yalnızca beden eğitimi dersiyle sınırlı kalması nedeniyle demokratik bir toplumda gerekli olmadığından bahsedilemeyeceğini belirtmiştir<sup>[63]</sup>. Devlet okullarındaki dini sembol sınırlamaları konusunda Mahkeme’nin takdir marjı teorisine dayanarak orantılılık testini uygulamaktan kaçındığı ileri sürülebilir. Zira öğrencilerin başörtüsüne alternatif tekliflerinin okul yönetimi tarafından geri çevrilmesi orantılılık yorumunda değerlendirilmemiştir. Bu husus tamamen sözleşmeci devletlerin takdir marjına bırakılmıştır<sup>[64]</sup>. Yani AİHM, dini sembol ve kıyafet kullanımı üzerindeki sınırlamalar söz konusu olduğunda sözleşmeci devletlere geniş bir takdir marjına bırakmakla birlikte takdir marjını denetlerken bu sınırlamaları katı bir şekilde incelememektedir.

Kamu çalışanlarının herhangi bir dini sembol taşıyarak veya dini kıyafet giyerek görevlerini yerine getirip getiremeyeceği konusunda AİHM’nin

[61] Şennur Ağırbaşlı, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 101, 2012, s.99.

[62] Jim Murdoch, *Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 9. Maddesinin Uygulanmasına Dair Klavuz Kitap*, Avrupa Konseyi, 2007, s.37.

[63] AİHM, *Doğru/Fransa*, No:27058/05, §.72-77, 04 Aralık 2008.

[64] Duymaz, *op.cit.*, s.1156.

genel bir içtihadı yoktur. Bununla birlikte, ilkökul öğretmenleri, öğretim üyeleri<sup>[65]</sup> ve sağlık çalışanlarını<sup>[66]</sup> ilgilendiren kararları bulunmaktadır<sup>[67]</sup>. İlkokul öğretmenin başörtüsü ile derse girememesine ilişkin başvuruda AİHM, başörtüsünü güçlü bir dini sembol olarak betimlemektedir. Zira AİHM'ye göre öğretmenin baş örtülü olması, demokratik toplumlarda bütün öğretmenlerin öğrencilerine aktarmakla yükümlü oldukları hoşgörü, başkalarına saygı ve bilhassa eşitlik ve ayrımcılık yapmama mesajıyla kolayca bağdaşmaz. Bu sembolün küçük yaştaki öğrenciler üzerinde baskı oluşturabileceğini, başvurusunun inancını açıklama özgürlüğü ile öğrencilerin din ve vicdan özgürlüğü arasında adil bir denge kurulduğunu, ulusal makamların kendilerine tanınan takdir marjı içerisinde kaldığını belirtmiştir<sup>[68]</sup>.

Din ve vicdan özgürlüğünün görünümü olarak kıyafetler başlığı takdir marjı doktrini ile birlikte bu aşamaya kadar AİHM içtihatlarıyla ele alınmıştır. Ancak konu idari yargı içtihatları kapsamında ele alınmadan önce idari yargı içtihatlarına AİHM içtihatları ile birlikte yön veren Anayasa Mahkemesi içtihatları ışığında da ele alınmalıdır. Anayasa'nın 24. maddesinde düzenlenen din ve vicdan özgürlüğü, herkesin din veya inancını açığa vurma özgürlüğünü, din ve inancını değiştirme özgürlüğünü, kişilerin diledikleri inanç ve kaniya sahip olmalarını, herhangi bir inanç ve kanaate sahip olmamalarını güvenceye almaktadır. Din özgürlüğü 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devletin vazgeçilmez unsurlarındandır. Din özgürlüğünün korunabilmesi için çoğulculuk ve tarafsızlık anlayışı baz alınan bir demokrasi gereklidir. Zira çoğulcu bir tanıma siyaset sayesinde devletin herhangi bir dini ya da ideolojiyi benimsemesi mümkün olmaz. Böylece devlet toplumda herkese karşı eşit mesafede olmaya zorlanır. Çoğulculuk halinde herkes toplumsal ve siyasal yaşama kendi kimliğiyle katılabilir. Çoğulcu toplumda devletin yükümlülüğü insanların inançlarının ve kendi dünya görüşlerinin gereğine uygun olarak yaşamasını sağlamaktır.

[65] AİHM, *Kurtulmuş/Türkiye*, No:65500/01, 24 Ocak 2006.

[66] AİHM, *Chaplin/Birleşik Krallık*, No:59842/10, 15 Ocak 2013, *Ebrahimian v. Fransa*, B. No:64846/11, 26 Kasım 2015.

[67] Şirin, Duymaz, *op.cit.*, s.105.

[68] AİHM, *Dahlab/İsviçre*, No:42393/98, 15 Şubat 2001.

Din özgürlüğünü koruyan diğer bir anlayış ise laikliğin getirisi olan tarafsızlıktır<sup>[69]</sup>. Laik devlet, bireylerin inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri siyasal düzenleri çeşitliliği koruyarak inşa eder. Anayasa'nın 2. maddesinde gerekçesinde de tanımlandığı gibi laiklik, devletin niteliğinde hayat bulan, her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmemesini, ibadetini yapabilmesini ve dini inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tâbi kılınmamasını sağlayan ve en önemlisi din ve vicdan hürriyetini teminat altına alan bir kavram olarak tanımlanabilir. Laiklik bünyesinde negatif yükümlülük olarak devlete bireylerin din özgürlüğüne zorunlu nedenler olmadıkça müdahale edilmemesi yükümlülüğünü ve pozitif yükümlülükler olarak da devletin din özgürlüğünün önündeki engelleri kaldırması, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkanları sağlaması yükümlülüklerini barındırmaktadır<sup>[70]</sup>. Sözleşmecî devletlerin laiklik ilkesine yaklaşımları hususunda geniş bir takdir marjı vardır. AİHM, din ve devlet arasında arasındaki bu tartışmalarda ulusal makamların rolünün önemini vurgulamaktadır<sup>[71]</sup>.

Dini inanç gereği başörtüsü kullanılması nedeniyle devlet memurluğundan çıkarılmanın din özgürlüğünü ihlal ettiğinden bahisle yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun başörtüsü takmasının başkalarının inançlarına müdahale ettiğine ilişkin hususlarının derece mahkemeleri tarafından ortaya konulmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle başvuruçunun din özgürlüğüne yapılan müdahalenin kamu düzeninin korunması için hangi zorunlu toplumsal ihtiyaca karşılık geldiğinin anlaşılmadığına dikkat çekerek başvuruya konu müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olmadığına karar vermiştir<sup>[72]</sup>. Anayasa Mahkemesi,

[69] Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, 25 Haziran 2014 tarih ve 2014/256 Başvuru Numaralı Tuğba Arslan Kararı, § 54, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/256>).

[70] Anayasa Mahkemesi, 20 Eylül 2012 tarih ve E.2012/65, K.2012/128 sayılı 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun bazı maddelerinin iptali istemine ilişkin kararı.

[71] Esen, *op.cit.*, s.163.

[72] Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, 18 Temmuz 2018 tarih ve 2015/8491 Başvuru Numaralı B. S.kararı, § 102, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/8491>).

AIHM'den farklı bir çıkarıma varmıştır. AIHM, başörtüsüne ilişkin başvurularda Türkiye'de demokratik toplumun sürekliliğinin sağlanması açısından laiklik ilkesinin korunması amacıyla alınan tedbirin gerekli olduğunu ve Türkiye'nin takdir marjı içerisinde hareket ettiğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi ise din ve vicdan özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı hususunda kamu gücünü kullanan organların ve yargı makamlarının belli bir takdir marjı bulunduğunu kabul etmekle birlikte takdir marjının Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olduğunu belirtmiştir<sup>[73]</sup>. Anayasa Mahkemesine göre laiklik ilkesinin korunması amacıyla din özgürlüğüne müdahalenin meşru bir neden olabilmesi için müdahaleye maruz kalan kişinin başkalarının inançlarına müdahale eden, baskıcı, tahrik edici, kendi inancını zorla dayatma amacı bulunmalı ya da toplumsal işleyişi tahrip ettiğinin, birtakım karışıklıklara ve düzensizliklere neden olduğunun delillendirilebilmesi gerekmektedir<sup>[74]</sup>. Anayasa Mahkemesi, başörtüsü takarak dinin açıklanmasının yasaklanabilmesi için de benzer şekilde başkalarının hak ve özgürlüklerinden yararlanmalarını engelleyen çok önemli gerekçelere dayanılması gerektiğini belirtmiştir<sup>[75]</sup>. Yasa koyucunun takdir marjı kapsamında din ve vicdan özgürlüğüne yaptığı müdahalelerin Anayasa Mahkemesi tarafından yine takdir marjı kapsamında yerel ihtiyaçlar ve koşullar göz önünde bulundurularak denetlendiği söylenebilir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, AIHM'den farklı olarak takdir marjı kapsamında din ve vicdan özgürlüğüne yapılan müdahalenin bireyin salt başörtülü olmasının yeterli ve makul gerekçe olamayacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, Türkiye'de demokratik toplumun sürekliliğinin sağlanması açısından laiklik ilkesinin korunması amacıyla gerekli olabilmesi için müdahaleye maruz kalan kişinin eylemlerinin diğer bireylerin temel hak ve özgürlüğünün ihlal edilmesine neden olduğunun delillendirilebilmesini aramaktadır.

[73] Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, 20 Mayıs 2015 tarih ve 2013/7443 Başvuru Numaralı Esra Nur Özbek kararı, § 76, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/7443>).

[74] Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, 25 Haziran 2014 tarih, 2014/256 Başvuru Numaralı Tuğba Arslan kararı, § 142, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/256>).

[75] Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, 22 Kasım 2018 tarih, 2015/269 Başvuru Numaralı Sara Akgül kararı, § 92, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/269>).

Çalışmanın bu kısmına kadar din ve vicdan özgürlüğünün bir görünümü olarak kıyafetler başlığı takdir marjı doktrini kapsamında AİHM içtihatları ve Anayasa Mahkemesi içtihatları ışığında ele alınmıştır. Din ve vicdan özgürlüğünün bir görünümü olarak kıyafetler konusu kamu görevlileri ve öğrenciler yönünden idari yargı içtihatlarına da konu olmaktadır. Danıştay, kamuda görev yapan kadın personelin kıyafetleri ile ilgili sınırlandırmanın kaldırılmasına ilişkin Yönetmelik değişikliğinin iptali istemiyle açılan davada AİHM'nin bu hususta sözleşmeci devletlere takdir marjı tanındığına dikkat çekmiştir. Danıştay'a göre bir sınırlamanın aksine din ve vicdan hürriyeti kapsamında devlete düşen pozitif yükümlülük gereği serbestlik getirilmiştir. Danıştay gerek iç hukukumuzda gerekse Uluslararası Sözleşmelere göre idareye tanınan takdir marjı alanında yapılan dava konusu düzenlemede, laiklik ilkesi ile temel hak ve hürriyetlerin kullanılması konusunda bir orantısızlık, kamu yararına ve hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır<sup>[76]</sup>. Danıştayın buradaki yaklaşımı Anayasa Mahkemesi ile benzerlik göstermektedir. Danıştay, ulusal makamın takdir marjı çerçevesinde kamuda görev yapan kadın personelin kıyafetlerine ilişkin sınırlamanın kaldırılmasına yönelik düzenleme yaptığını belirtmiştir. Bu düzenlemenin de laiklik ilkesi ile kamu yararına ve hukuka aykırılık olmadığına karar vermiştir.

Bu konuda kamu görevlileri açısından bir diğer vaka ise Türk Silahlı Kuvvetleri mensubu kadın çalışanların resmi üniformaları ile birlikte desensiz giysileri yüzlerini kapatmayacak şekilde takabileceğine ilişkin Yönetmelik değişikliğinin iptali istemiyle açılan davadadır. Danıştay bu kararında AİHM'nin Singh/Fransa kararına atıfla başörtüsünün “kuvvetli dış sembol” veya “pasif dış sembol” olarak sayılması hususunun toplumların yapısına ve nasıl algılandığına göre değiştiğinden bahisle sözleşmeci devletlerin takdir marjı bulunduğuna değinmiştir. Buradan hareketle Danıştay, ülkemizde başörtüsünün tarihi, dini ve kültürel boyutuyla uzun yıllar toplumun büyük bir kısmında kabul gördüğü ve gündelik yaşamın bir parçası haline geldiğini belirterek toplum algımıza göre baş örtüsünün “pasif bir sembol” olarak görüldüğünü dile getirmiştir. Danıştay, ulusal makamın takdir marjı

[76] Danıştay İkinci Dairesi, 02 Kasım 2017 tarih ve E.2016/10078, K.2017/6692 sayılı kararı. (www.uyap.gov.tr) Söz konusu kararın azlık oyunda ise dava konusu düzenlemenin kamu hizmetlerinin sunumunda hizmetten yararlanan vatandaşların kamu personelinin tarafsızlığından şüpheye düşmesine neden olabileceği yönünde azlık oyu bulunmaktadır.

bağlamında yaptığı dava konusu düzenlemede laiklik ilkesi ile temel hak ve özgürlüklerin kullanılması konusunda hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir<sup>[77]</sup>. Danıştay, baş örtüsünü pasif bir sembol olarak betimleyerek Türk Silahlı Kuvvetleri mensubu kadın çalışanların başörtüsü kullanmasına serbestlik getiren bu düzenlemenin ulusal makamın takdir marjı çerçevesinde olduğunu belirtmiştir.

Din ve vicdan özgürlüğüne kiyafetler açısından yapılan müdahalelere ilişkin diğer düzenlemeler ise genellikle ulusal makamların idari işlemleri olarak karşımıza çıkmaktadır Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun fotoğrafı belgelerde başörtülü, sakallı gibi tanınmayı zorlaştırıcı fotoğrafların kabul edilmemesine ve kullanılmamasına ilişkin kararının iptali istemiyle açılan davada Danıştay, temel hak ve özgürlüğüne getirilen sınırlamanın ancak kanunla yapılabileceğinden bahisle dava konusu kuralın iptaline karar vermiştir<sup>[78]</sup>. Yine Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Meslek Kurallarınının 20. maddesinde yer alan başları açık olarak ibaresinin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği ve Kanunun amacını aşan nitelikte bir düzenleme yapıldığından bahisle iptal kararı vermiştir<sup>[79]</sup>. Danıştay, müdahalenin kanunla yapıp yapılmadığı üzerinde durulmuştur. Zira müdahale kanunla düzenlenmediği sürece sözleşmecî devletin takdir marjından bahsedilemez. Din ve vicdan özgürlüğüne müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesine göre ancak kanunla yapılabileceği açık olmakla birlikte bu durum karşımıza şekli anlamda kanun ve maddi anlamda kanun kavramlarını çıkarmaktadır. AİHM'ye göre müdahale şekli anlamda bir kanuna dayanmak zorunda değildir. Anayasa Mahkemesine göre ise müdahale mutlaka yasama organı tarafından kanun olarak çıkarılan bir düzenlemeye dayanmalıdır<sup>[80]</sup>. Buradan hareketle

[77] Danıştay İkinci Dairesi, 19 Kasım 2020 tarih ve E.2017/1671, K.2020/3436 sayılı kararı, (www.uyap.gov.tr).

[78] Danıştay Sekizinci Dairesi, 19 Şubat 2018 tarih ve E.2013/413, K.2018/886 sayılı kararı, (www.uyap.gov.tr).

[79] Danıştay Sekizinci Dairesi, 14 Haziran 2017 tarih ve E.2015/2467, K.2017/5306 sayılı kararı, (www.uyap.gov.tr).

[80] Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 06 Ekim 2015 tarih ve 2013/275 Başvuru Numaralı, Mustafa Aydın kararı, § 38, (https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/275).

Danıştayın, Anayasa Mahkemesi'nin görüşünü benimsediği söylenebilir. Yani temel hak ve özgürlüklere müdahale eden idari düzenlemeler şekli anlamda kanun olmadıklarından kanunla müdahale şartını sağlamamakta bu nedenle de ulusal makamların takdir marjından söz edilememektedir.

### 3- Dinsel İşaretler

Dinsel işaretler, bireyin sosyal hayatında, iş ortamında veya girdiği her ortamda kullanılabileceğinden inanç özgürlüğü konusunda evrenseldir. Dini semboller farklı inançların dışı yansıma aracıdır. Bu nedenle dini sembol kullanan kişinin ya da kullanılan yerin inanç, kültür ve tarihi değerlerini barındırır. Dini sembollerin, bireyin özel hayatı dışında bir alanda mesela kamusal alanda kullanılması halinde ise devletin müdahalesi söz konusu olmaktadır<sup>[81]</sup>. Bununla birlikte konu ile ilgili düzenleme yetkisinin kullanılmasında ve çeşitli dinler, ibadetler ve inançlarla ilişkisinde devlet, tarafsız olmalıdır<sup>[82]</sup>. Bu zorunluluk dini inançların veya bu inançların açığa vurma araçlarının meşru olup olmadığını belirlemek konusunda bir takdir marjı tanınmadığı anlamına gelmektedir. Bu zorunluluk kapsamında sözleşmeci devlet, aynı gruba dahil olsalar bile karşı görüşe sahip toplulukların birbirlerine hoşgörü göstermelerini sağlamalıdır<sup>[83]</sup>. Ancak bu tarafsızlığı temin edecek usulleri belirleme konusunda her bir sözleşmeci devlet bir takdir marjından yararlanmaktadır.

AİHM'ye göre Avrupa demokratik toplumunun mihenk taşları çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirlilik<sup>[84]</sup>. Bununla birlikte kişinin insan haklarına sırf insan olmaktan ötürü sahip olduğu anlayışını barındıran insan haklarının evrenselliği ile devletlerin kültürel ve politik değerlerinin çeşitliliği arasında sürekli bir çatışma vardır. Bu çatışmanın temelinde kültürel farklılıklar nedeniyle hiçbir ideoloji, din veya kültürün dünyadaki

[81] Hayrettin Kurt, "İnanç Özgürlüğü Bağlamında Dini Sembollerin Kullanımının Mukayeseli Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1-2, 2013, s.202.

[82] AİHM, *Metropolitan Church of Bessarabia and Others/Moldova*, No:45701/99, § 116, 13 Aralık 2001.

[83] AİHM, *Manoussakis ve diğerleri/Yunanistan*, No:18748/91, § 44, 26 Eylül 1996.

[84] AİHM, *Kokkinakis/Yunanistan*, No:14307/88, § 39, 25 Mayıs 1993.

tüm insan hakları ihlallerine neden olan olayların çözümünde tek başına başarılı olamayacağı düşüncesi bulunmaktadır. Ancak takdir marjı doktrininin bu konuda kültürel farklılıkların dile getirilmesini sağlayarak dengeleyici olacağı iddia edilmektedir<sup>[85]</sup>.

Sözleşmeci devletler, kültürel farklılıklarına karşın insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik sözleşmelere attıkları her imza ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda egemenliklerinden kişi hak ve özgürlüğü lehine hukuk sistemlerinin izin verdiği oranda vazgeçmektedirler<sup>[86]</sup>. Bu nedenle dini semboller konusunda sözleşmeci devlet tarafından ileri sürülen gerekçenin bazı köktendinci akımların başka dinlere mensup olan veya dini vecibelerini yerine getirmeyen kişilere baskı uygulamasını engelleme ihtiyacına dayandığı hallerde sözleşmeci devlet makamlarına belirli bir marjı tanınmaktadır<sup>[87]</sup>. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü gibi hassas bir alanda AİHM içtihatlarıyla sözleşmeci devletlere tanınan bu takdir marjı AİHM denetimi ile el ele yürümektedir.

AİHM, bireylerin özellikle işverenleri tarafından boyunlarına görünür bir biçimde haç takmalarına getirilen sınırlamalara ilişkin olarak, iç hukukun dinlerini dışa vurma haklarını yeterince korumadığından bahisle yapılan başvuruda sağlıklı bir demokratik toplumun çoğulculuğu ve çeşitliliği hoş görmeye ve sürdürmeye ihtiyaç duyduğu ve dini hayatının merkezi ilkelerinden biri haline getirmiş bir birey için inancını başkalarına iletmenin önemli olduğu yorumunu yapmıştır. Haçın mütevazı bir haç olduğu ve başvurucunun profesyonel görünümüne zarar veremeyeceğini kaydetmiştir. Ulusal makamların, özellikle de mahkemelerin, özel bir şirketin çalışanları bakımından aldığı tedbirlerin orantılılığını değerlendirmeleri istendiğinde takdir marjı içinde hareket ettiklerini vurgulamıştır. Ancak şirketin çıkarlarına çok fazla önem verilerek dengenin başvurucu aleyhine bozulduğundan bahisle Sözleşmenin 9. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>[88]</sup>. AİHM benzer tutumunu sarık, şalvar ve cübbeler giyerek asaları ile şehir turu yapan aczimendi tarikatı mensubu başvurucuların dinlerini açığa vurmaları

[85] Doğru, *op.cit.*, s.41.

[86] Ağırbaşı, *op.cit.*, s.484.

[87] AİHK, *Şeyma Karaduman/Türkiye*, No:16278/90, 03 Mayıs 1995.

[88] AİHM, *Eweida ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, No:48420/10, § 89-95, 15 Ocak 2013.



nedeniyle mahkûm edildiklerinden bahisle yapılan başvuruda da ortaya koymuştur. AİHM, başvurucuların yalnızca dini bir törene katılmak amacıyla bir caminin önünde toplandığını, dini inançlarını yaymak için kamuya açık sokak ve meydanlarda yoldan geçen kişiler üzerinde uygunsuz bir baskı oluşturma arayışında olduklarını gösteren hiçbir delilin bulunmadığına dikkat çekerek Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>[89]</sup> Söz konusu kararda Yargıç Sajo mutabık görüşünde Türkiye'nin laik anayasal sistemine saygı göstermek ve her türlü yanlış anlaşılmayı önlemek için, bu kararın Türkiye'nin anayasal değerlerinin temelini oluşturan laiklik ilkesine ve uygulanabilir takdir marjına nasıl uygun olduğunu açıklamıştır. Yargıç Sajo'ya göre *"Laikliğe saygı gösterilmesi, yalnızca kamu düzeni gereksinimlerine uygun davranması istenen bireylerin değil, Devletin de bazı yükümlülükler üstlenmesini gerektirir. Bir Devletin kurucu değerlerini ve kamu düzeni gereksinimlerini ve bu düzeni korumaya yönelik araçları belirlemek tabii ki anayasal sistemin işidir. Bu takdir marjı çerçevesinde Devlet, laikliğin özel durumunda olduğu gibi, anayasal hedefleri hayata geçirmek için alınması gereken önlemleri Sözleşmeye uygun bir şekilde belirlemelidir. Belirli tarihsel koşullarda, Devletin takdir marjı dahilinde ulusal düzeyde özel önlemler alması haklı bulunabilir. Özellikle giyim tarzıyla dini inançları açığa vurma şeklini kısıtlayan geniş uygulamaları haklı gösteren bazı tarihsel ve özel koşullar mevcuttur. Bununla birlikte mevcut davada, ulusal makamlar ne kaçınılmaz bir sosyal ihtiyaç ve ne de başvuruların mahkûmiyetini haklı gösterecek özel yasa hükümlerini ortaya koymamaktadır. Oysa, Sözleşmeye taraf olan Devletler amaçlarına ulaşmak için genel olarak kabul görmüş nezaket kurallarına ve anayasal yorumlamalara uygun geniş bir takdir marjına sahiptir. Mevcut davada, ulusal mahkemeler ceza kanununu uygularken dini açığa vurma özgürlüğünü dikkate almamış ve Hükümet de demokratik bir toplumda mevcut davadaki bu mahkûmiyetin gerekli olduğunu ve kamu düzenini ne şekilde bozduğunu açıkça ortaya koyamamıştır. İşte gerekli olan bu incelemenin yapılmaması Sözleşme tarafından teminat altına alınan din özgürlüğü hakkının ihlaline sebep olmuştur."*<sup>[90]</sup> Yani sözleşmeci devlet takdir marjı kapsamında başvurucuların dini inançlarını açığa vurma özgürlüğüne yaptığı müdahaleyi yeterli gerekçeye dayandıramamıştır. Bu

[89] AİHM, *Abmet Arslan ve Diğerleri/Türkiye*, No:41135/98, § 50, 23 Şubat 2010.

[90] Yargıç Sajo'nun bu karardaki mutabık görüşü kararın Türkçe çevirisinden derlenerek aktarılmıştır. Bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22ite mid%22:\[%22001-120454%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22ite mid%22:[%22001-120454%22]})

açından bakıldığında somut vakada başvuruçuların dini inançlarını açığa vurmak için özel kıyafet giymelerinin kamu düzenini tehdit ettiğini ya da tehdit etme riski taşıdığını veya başkaları üzerinde baskı oluşturduğunu gösteren herhangi bir unsurun bulunmadığı belirtilerek bu hususun yeterli gerekçe ile ortaya konulmadığı üzerinde durulmuştur.

Ulusal geleneklerin farklılıkları nedeniyle sözleşmeci devletlerin politikalarının çeşitlilik göstermesi, diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin korunması ya da nasıl korunacağı hakkında da görüş birliği olmaması ve bütün paydaşların çıkarları arasında adil bir denge kurulması nedeniyle gerekli olan takdir marjı, özellikle eğitim sisteminde dini simgelerin tartışılmasında da gündemi oluşturmaktadır<sup>[91]</sup>.

Bir ebeveyn, çocuklarının okuduğu sınıflardan haçların kaldırılması istemiyle yaptığı başvurunun reddi üzerine iç hukuk yollarını tükettikten sonra AİHM'ye bu haçların dünya görüşü olan laiklik ilkesine ters düştüğünden bahisle başvurmuştur. AİHM, nasıl Katolik inancına sahip olan ebeveynler çocuklarını yetiştirme ve eğitime hakkı kapsamında okullara haç asılmasını talep etmiyorlarsa başvurunun da haçların kaldırılmasını talep edemeyeceğini belirterek sözleşmeci devletin takdir marjı içerisinde hareket ettiğine karar vermiştir<sup>[92]</sup>. Dini inanca ilişkin sembollerin kamusal alandaki görünürlüğü konusunda önceki kararlarda sözleşmeci devletlere daha dar takdir marjı tanınırken bu karar ile takdir marjı genişletilmiştir. Çünkü Mahkeme sözleşmeci devletler arasında devlet okullarında dinsel sembollerin kullanıp kullanılmayacağı konusunda Avrupa Konsensüsünün bulunmadığını belirtmiştir<sup>[93]</sup>.

Danıştayın da AİHM ile konuya benzer yaklaştığı söylenebilir. Şöyle ki, bir derneğin çocukları camiye götürmeye ilişkin bir projenin duyurulmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan dava buna örnek gösterilebilir<sup>[94]</sup>.

[91] Baltacı, *op.cit.*, s.55.

[92] AİHM, *Lautsi ve Diğerleri/İtalya*, No:30814/06, § 63-77, 18 Mart 2011.

[93] Esen, *op.cit.*, s.164-165. Önceki dönem içtihatlar: AİHM, *Hasan Eylem Zengin*, No:1448/04, § 51, 52, 09 Ekim 2007, *Folgero ve Diğerleri/Norveç*, No:15472/02, § 84, 29 Haziran 2007.

[94] Danıştay İdari Dava Daireler Kurulu, 16 Şubat 2022 tarih ve E.2021/1877, K.2022/474 sayılı kararı. (www.uyap.gov.tr)

Danıştay bu kararında ilk olarak Milli Eğitim Temel Kanununda Anayasanın başlangıcındaki temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış haline getirmiş yurttaşlar olarak yetiştirmenin Türk Milli Eğitiminin genel amacı olarak düzenlendiğine değinmiştir. Bununla birlikte Danıştay, bu amaç ve ilkelerin öğrencilere kazandırılması sırasında kullanılacak eğitim ve öğretim yöntemleri ve araçları yönünden anılan kanunda bir belirleme yapılmadığı için bu hususta davalı idareye takdir yetkisi tanındığına dikkat çekerek davalı idarenin takdir yetkisi çerçevesinde hareket ettiğinden bahisle davanın reddine karar vermiştir. Bahse konu kararın temyiz edilmesi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ise oy çokluğuyla temyiz isteminin reddine karar vermiştir. Söz konusu kararın azlık oyunda ise küçüklerin din eğitimi ve öğretiminin bir parçası olarak din kültürü öğretmenlerinin eşliğinde kanuni temsilcilerinin isteğine bağlı olarak ibadet yerlerine götürülmelerinde bir aykırılık bulunmamakta ise de aynı işlevin bir dernek ya da tarikat tarafından yerine getirilmesinin milli eğitimin temel amaçlarıyla bağdaşmayacağı vurgulanmıştır. Eğitim ve öğretimin amaç ve ilkelerinin öğrencilere kazandırılması sırasında kullanılacak eğitim ve öğretim yöntemleri ve araçları yönünden sözleşmecî devletlerin takdir marjı bulunmaktadır. Bahse konu davada ulusal makam olan yasa koyucunun bu konuda bir belirleme yapmamasını Danıştay, yasama organının bu konuyu idarenin takdir yetkisine bırakması olarak değerlendirmiştir. Ancak AİHM'nin takdir marjına bıraktığı alanlarda temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahaleler yönünden denetim AİHM ile el ele yürüdüğü gibi sözleşmecî devletlerin takdir marjı kapsamında ulusal makam olan idarelerin işlem ya da eylemleri de idari yargı denetimindedir. Azlık oylarında da bu hususa değinilmiş olup, davaya konu işlemin bir dernek ya da tarikat tarafından yerine getirilmesinin yasama organı tarafından belirlenen milli eğitimin temel amaçlarıyla bağdaşmadığı tespitine yer verilmiştir. Burada bazı akımların başka dinlere mensup olan veya dini vecibelerini yerine getirmeyen öğrencilere baskı uygulamasını engelleme ihtiyacı sözleşmecî devlet makamlarının belirli bir marjı kapsamında pozitif yükümlülüklerini gündeme getirmektedir.

#### 4- Dini Lider

Sözleşmeci devletin, bölünmüş bir dini topluluğun bir liderini kayıran şekilde ya da topluluğu kendi isteklerine aykırı bir şekilde tek bir liderlik altında toplanmaya zorlamak amacıyla hareket etmesi din özgürlüğü hakkına ilişkin bir müdahale anlamına gelmektedir. Bu müdahalenin din özgürlüğünü ihlal etmemesi için AİHM bu müdahalenin keyfi olmaması, yönetime kısıtlanmayan bir takdir yetkisi sağlayan yasal hükümlere dayandırılmaması ve gerekli açıklık ve öngörülebilirlik standartlarını karşılaması bakımından kanunla öngörülmüş olması gerektiğini belirtmektedir<sup>[95]</sup>.

Devletin dini cemaatlerin veya dinsel azınlık gruplarının din ve inançlarından kaynaklanan uygulama davranışlarına müdahalenin gerekliliğini ve orantılılığını değerlendirmede bir takdir marjı bulunmaktadır. Buna karşın bu takdir marjı hem hukuki durumu hem de hukuk kurallarının uygulanmasına yönelik kararları kapsayacak şekilde denetime tabidir. Yargı organları ve kamu gücünü kullanan organlar aynı inancın mensupları arasında görülen somut olaydaki gibi farklılıkları din özgürlüğü bakımından tek başına çözümlenmek için yeterince donanımlı da değildir. Dolayısıyla devletin yapması gereken farklı grupların menfaatlerini uzlaştırmak için tedbirler almak ve girişimlerde bulunmaktır<sup>[96]</sup>.

Din ve vicdan özgürlüğünün görünümü olarak dini liderin seçimi ve seçim usullerini belirleyen mevzuat düzenlemeleri idari yargıda dava konusu edilmektedir. Bu hususta Türkiye Ermenileri Patriğinin seçimine ilişkin esasların düzenlenmesine yönelik 2019 Yılı Patrik Seçim Talimatnamesi'nin patrik Adayı Olabilme Şartları başlıklı 25. maddesinin 1. fıkrasının b) ve (c) bentleri, Patrik Adaylarının Belirlenmesi başlıklı 23. maddesi ve 29. maddesinin son paragrafının iptali istemiyle açılan davada verilen karar ele alınabilir. Davacılar bu düzenlemenin episkoposların adaylığının kısıtlayarak gerek adayların ve gerekse seçmenlerin seçme ve seçilme özgürlüğü ile din ve vicdan özgürlüğünü ihlal eder mahiyette olduğu ileri sürülmüştür. Danıştay, İstanbul Ermeni Patrikliği Makamı için yapılacak seçimin dünya genelinde yaşayan Ermenileri kapsamadığını, yalnızca Türkiye'de yaşayan

[95] AİHM, *Hasan ve Chaus/Bulgaristan*, No:30985/96, §.82-83, 26 Kasım 2000.

[96] Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, 20 Mayıs 2015 tarih ve 2013/7443 Başvuru Numaralı Esra Nur Özbey kararı, §. 76, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/7443>).

Ermeni cemaatine mahsus olduğunu belirtmiştir. Patrik seçilecek kişinin görev yapacağı patrikhanede bir silsileyi takip ederek episkoposluk unvanını kazanmasının ve 1863 tarihli Nizamname'nin 1. maddesinde ifade edildiği üzere Ermeni cemaatinin başkanı olmasının yanı sıra Türk (Osmanlı) devletinin kanunlarının uygulayıcısı olan Patriğin, ülkemizin sosyal, idari yapısını bilmesinin gerek Türk toplumu ve devleti gerekse Türkiye'de yaşayan Ermeni cemaati ile ilişkilerinin sağlıklı olması bakımından önem arz ettiği dikkate alındığında adayların "İstanbul Ermeni Patrikhanesine mahsus episkoposlar" arasından belirleneceğini öngören düzenlemenin din özgürlüğüne, kamu yararı amacına ve hizmet gereklerine uygun olduğuna karar vermiştir<sup>[97]</sup>.

Sözleşmeci devletler özellikle hassas bir alan olan dini cemaatlerle ilişkilerinde geniş bir takdir marjına sahiptir. Ancak demokratik bir toplumda devlet, ilkesel olarak dinî cemaatlerin dinî liderlerini nasıl seçeceklerine ve kendilerini nasıl yöneteceklerine karışamaz. Bununla birlikte dinî cemaatlerin liderlerini seçmesine ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda kamu gücünü kullanan organların karşılaşılabilecekleri ilk zorluk, söz konusu uygulama davranışının gerçekten var olup olmadığı ve statüsünün ne olduğunun tespitinde ortaya çıkmaktadır. İkinci zorluk ise dinsel kuralların veya o topluluğun geleneğine ait kuralların neler olduğunun tespit edilmesidir. Dinî liderlerin seçilmesi ve seçilmiş belirli bir dinî liderin yönetiminde bir cemaat hayatının inancın uygulaması kapsamında kaldığı konusunda bir kuşku yoktur<sup>[98]</sup>.

## 5- Beslenme

Dinler arasında hangi hayvanların yenebileceği ve ne şekilde kesilerek yenebileceği arasında farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin bazı Yahudi toplulukları yalnızca ciğerlerinde tüm yapışmalardan arınmış olduğu tespit edilen bir hayvanın etini yani pürüzsüz anlamına gelen glatt eti

[97] Danıştay 10. Dairesi, 30 Mayıs 2023 tarih, E.2019/11710, K.2023/2882 sayılı kararı (www.uyap.gov.tr)

[98] Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, 22 Mayıs 2019 tarih ve 2014/17354 Başvuru Numaralı Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan kararı, § 101, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/17354>

yemektedir<sup>[99]</sup>. Olağan kaşruttan daha katı talimatlara göre kesilen glatt et yemek isteğinde bulunan bir Fransız ortodoks yahudi dini derneğın, kurban kesme ritüelini gerçekleştirmek amacıyla kendi hayvan kesicilerini yetkilendirme konusunda gerekli iznin verilmesinin ulusal makamlarca reddedildiğinden bahisle yapılan başvuruda AİHM, bu müdahalenin sözleşmecı devletlerin takdir marjı kapsamında orantısız bir müdahale olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, başvuran dernek ve üyelerinin söz konusu eti temin edebilmeleri nedeniyle, Sözleşme'nin 9. maddesi anlamında din özgürlüğü hakkının kişisel olarak kurban kesme ritüelini gerçekleştirme ve sertifikalandırma sürecine katılma hakkını kapsamadığını belirtmiştir<sup>[100]</sup>.

İslam dininde Hanefi mezhebine göre etinin yenilmesi helâl olan bir hayvanın dine uygun olarak kesilmesi için besmele çekilerek nefes borusu, yemek borusu ve bunların yanlarında yer alan iki damarın kesilmesi gerekir<sup>[101]</sup>. Bayılma veya sersemletme, seri kesim, sulu yolum gibi yöntemlerin dine uygunluğu hep tartışılmaktadır. Batı ülkelerinde hayvan kesiminde farklı usuller uygulanmakla birlikte hayvana eziyet etmeden canını almak amaçlanmaktadır. Belçika'nın Flaman ve Valon bölgelerinde helal kesime izin verilmeyen ve hayvanların önceden bayılılmadan kesilmesini yasaklanmasına ilişkin başvuruda AİHM, din özgürlüğüne yapılan söz konusu müdahalede hayvan refahının korunması amacıyla ulusal makamların takdir marjını aşmadıklarına karar vermiştir<sup>[102]</sup>. Mahkeme, devlet ve din arasındaki ilişkilerle ilgili olan ve konsensüsün bulunmadığı mevcut davadaki gibi durumlarda müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirilirken ulusal makamlara geniş bir takdir marjı tanınması gerektiği kanaatindedir. Mahkeme, başvuruçuların dini inançlarına uygun et elde etmenin zorlaşacağına ilişkin şikayetleri yönünden ise orantılılık incelemesi yaparak diğer bölgelerden veya ülkelerden gelen etlere erişimin mümkün olduğunu kaydetmiştir. Dolayısıyla Mahkeme ulusal makamların kendilerine tanınan takdir marjını aşmadıkları ve orantılı bir tedbir aldıkları sonucuna

[99] <https://www.kosheralliance.org/tr/kosher/kosher-guideline/>

[100] AİHM, *Cha-are Shalom ve Tsedek/Fransa*, No:27417/95, Ş. 82-84, 27 Haziran 2000.

[101] Mustafa Boran, "Kurban İbadeti ve Bazı Güncel Meseleler", *Helal ve Etik Araştırmaları Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2020, s.73.

[102] Mustafa Tayar, Merve Doğan, "Helal Kesim", *Akademik Platform Helal Yaşam Dergisi*, 1, S.2, (2019) s.68.

varmıştır. Bu durumda AİHM'nin dini kesim usullerine göre beslenme ritüelini tamamen sözleşmecî devletlerin takdir marjına bıraktığı söylenebilir.

Hukukumuzda hayvanların kesilmesi 5119 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun 12. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre hayvanların kesilmesi dini kuralların gerektirdiği özel koşullar dikkate alınarak hayvanı korkutmadan, ürkütmeden, en az acı verecek şekilde, hijyenik kurallara uyularak ve usulüne uygun olarak bir anda yapılacağı düzenlenmiştir. Kurban Hizmetlerinin Diyanet İşleri Başkanlığınca Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin hayvanların kesimi başlıklı 21. maddesinde de hayvanların kesimi, kurban kesim yerlerinde kurbanını kendisi kesmek isteyen ehil kişilerce veya kasaplığı meslek edinmiş ya da kurban kesim elemanı yetiştirme ve geliştirme kursu bitirme belgesine sahip kişiler tarafından, dini kuralların gerektirdiği özel koşullar dikkate alınarak, korkutmadan, ürkütmeden, en az acı verecek şekilde, temizlik kurallarına uyularak ve usulüne uygun olarak bir anda yapılacağı düzenlenmiştir. Dini kuralların gerektirdiği özel koşullar kapsamında Müslüman toplumlarda kesimden önce bayıltmaya izin verilip verilmeyeceği sorusu tartışma konusu olmaya devam etmektedir<sup>[103]</sup>. Kanatlı hayvan kesimlerinde elektrikle bayıltma yönteminde bazen elektrik şokuna dayanamayan hayvanların kalbinin durduğu ve neticede öldüğü, yüksek voltaj sebebiyle hayvanlarda kas kasılmalarına, kemik ve kanat kırıklarına, deride renk bozukluklarına ve etlerde kanamalara rastlanabildiği bu nedenle de İslam Fıkıh Akademisi<sup>[104]</sup>, kesimden önce tavukların elektrikle bayıltılması işleminin caiz olmadığına karar vermiştir. Başka bir Fıkıh uzmanı Hüsâmeddin Afâne ise tavukların ölümüne yol açmadığı sürece elektrikle bayıltmanın caiz olacağı yönünde fetva vermiştir<sup>[105]</sup>. Bununla birlikte Hanefi mezhebine göre hayvan bayılırsa kesim esnasında canlı olduğu

[103] Cemalettin Sarıçoban, Hasan Yetim, “Helal ve Sağlıklı Et ve Et Ürünleri Üretimi”, *Helal ve Etik Araştırma Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2020, s.60

[104] Uluslararası İslam Fıkıh Akademisi 1981 yılında İslam İş birliği Teşkilatına (İslam Konferansı Teşkilatı) bağlı olarak kurulmuştur. Amacı, İslam hukuku alanındaki çalışmalara yardımcı olmak, modern hayatın ortaya çıkardığı problemlere İslam hukukuna uygun çözümler üretmektir. Bknz:<https://zakat.unhcr.org/blog/tr/fetva/uluslararasi-islam-fikhi-akademisi-suudi-arabistan>.

[105] Yahya Şenol, “Kur’an’a göre Hayvansal Gıdalarda Helallik Ölçüleri”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013, s.283.

sürece damarları çabucak kesilirse yenilmesi caizdir<sup>[106]</sup>. Din İşleri Yüksek Kurulu tarafından kurbanın bilinen klasik yöntemle kesilmesinin asıl olduğu ancak kurbanı fazla eziyet vermemek amacıyla kesim esnasında hayvanın elektrik şoku, narkoz veya benzeri bir yöntemle bayıltılarak kesilmesinin caiz olduğu belirtilmiştir. Ancak hayvanın bayıldıktan sonra ölmeden boğazından kesilmesi gerekir<sup>[107]</sup>. Görüldüğü üzere hayvanların kesilmeden önce bayıltılmasına ilişkin yöntemler ve kesim zamanına ilişkin durum İslam inancı içerisinde kendi içerisinde farklı yaklaşımlar barındırmaktadır. Bu nedenle Din İşleri Yüksek Kurulu tarafından alınan karara ya da bu karar doğrultusunda helal et sertifikası verilen iş yerlerine ilişkin işlemlerde ya da mevzuatsal düzenlemelerde Danıştay ya da idari yargı derece mahkemelerinin nasıl karar vereceği ulusal yargı makamlarının takdir marjı kapsamına ilişkin bir tartışma olacaktır. İş bu çalışma tarihi itibarıyla idari yargıda bu yönde bir yargılama konusu tespit edilememiştir.

## 6- Kutsal Günler

Sözleşmeci devletlerin her birinde farklı dinlere mensup insanlar yaşamakta ve farklı dinler için farklı günler kutsal sayılmaktadır. Dini inançları gereği insanlar bu günlerde ibadet etmek isteyebilir. Dini inanç gereği kutsal sayılan gün ya da günlerin ve bugünün ya da günlerin tatil olup olmayacağı hususunda bir konsensüs bulunmadığından bu hususta sözleşmeci devletlerin takdir marjı bulunduğu söylenebilir. AİHM, bir seyahat acentesinde müdür yardımcısı olarak çalışan Hristiyan bir başvurunun pazar günleri çalışmayı reddetmesinden dolayı işten çıkartılmasına ilişkin başvuruda<sup>[108]</sup> ve kamu elektrik şirketinde çalışan Müslüman başvurunun dini bayram kutlaması için izinli olmadan işe gitmemesi nedeniyle işten çıkartılmasına ilişkin başvuruda<sup>[109]</sup> 9. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. AİHM'in bu yaklaşımı zorunlu çalışma halleri hariç olmak üzere temelde bireylerin çalışma saatlerini işe girmeden önce bilmelerine ve dini gereklilikleri arasında

[106] Vehbe Zuhayli, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, c.4, s.467.

[107] Din İşleri Yüksek Kurulu'nun 24.02.2010 tarihli kararı. *Mecma'u'l-Fıkıh, Karârât ve Tevsiyât*, 28 Haziran-3 Temmuz 1997 tarihli Karar, s:314-318.

[108] AİHM, *Stedman/Birleşik Krallık*, No:29107/95, 09 Nisan 1997.

[109] AİHM, *X/Birleşik Krallık*, B No:8160/78, 12 Mart 1981.



çatışma olması halinde işten ayrılabilmelerinin mümkün olduğu ön kabulüne dayanmaktadır<sup>[110]</sup>.

08/01/2016 tarih ve 29587 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Cuma İzni” konulu 2016/1 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile Cuma Namazı saatinin mesai saatine denk gelmesi halinde, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlardan isteyenlere mesai kaybına neden olmaksızın izin verileceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, tüm kamu görevlilerini kapsayan bir mesai düzenlemesi yapılmadığı, çalışma saatleri konusunda mevcut düzende bir değişikliğe gidilmediği, hiçbir kamu görevlisine doğrudan izin verilmediği gibi Genelge ile öngörülen izni kullanmak istemeyen kamu personeli açısından bir hak kaybına da sebep olunmadığı, mesai saatlerinin değiştirilmediği ve öğle tatilinde bir kısıtlamaya gidilmediğini tespit etmiştir. Sadece cuma namazının mesai saatlerine denk geldiği zamanlarda ve namaz vaktiyle sınırlı olarak izin verilmesi hususunda, kamu görevlilerinden isteyenlere imkan tanıyan ancak diğerleri açısından herhangi bir kısıtlama ya da yükümlülük getirmeyen bir düzenleme yapıldığını belirtmiştir<sup>[111]</sup>. Danıştay, Sözleşmeciler devletlerin takdir marjı kapsamında kalan kutsal gün ve saatlerin tatil olup olmayacağı hususunda ulusal makamın, Cuma namazı saatinin mesai saatine denk gelmesi halinde kamu kurumu çalışanlarından isteyenlere mesai kaybına neden olmaksızın izin verilmesine ilişkin düzenlemesinin dini inanç hürriyeti kapsamında kamu yararı, hizmet gerekleri ve üst hukuk normlarına aykırı olmadığına karar vermiştir.

Ülkemizde 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanununun 2. maddesinde Ramazan ve Kurban bayramlarının dini bayram olduğu ve bu günlerin tatil olduğu, 4. maddesinde hafta tatilinin pazar günü olduğu düzenlenmektedir. Farklı dinlerin kutsal günlerine ilişkin düzenleme ise bulunmamaktadır. Cuma gününün zaman zaman pazar günü yerine tatil edilmesi hususu tartışılabilir. Sözleşmeciler devletler takdir marjı kapsamında bu hususta düzenleme yapmak zorunda değildir. Ancak kanunda Ramazan ve Kurban bayramlarının tatil olduğunun düzenlenmesi

[110] Şirin, Duymaz, *op. cit.*, s.93.

[111] Danıştay On ikinci Dairesi, 17 Mart 2022 tarih, E.2018/4526, K.2022/1243 sayılı kararı. (www.uyap.gov.tr)

nedeniyle diğer dinlerin kutsal günlerinin de o inanca mensup kişilere tatil olmasının düzenlenmesi isabetli olacaktır.

## SONUÇ

AİHM içtihatlarından doğan takdir marjı doktrini, tanımı ve kapsamı açısından kaygan ve ele avuca sığmaz niteliği nedeniyle oldukça gri ve Avrupa Konsensüsünün bulunmadığı alanlarda görülen insan hakları açısından bıçak sırtı bir manevra aracıdır. AİHM tarafından henüz öngörülebilir, belirli ve etkili bir Avrupa konsensüsü standardı da oluşturulamamıştır. Takdir marjı kavramının ikincillik ilkesi ile birlikte hatta ikincillik ilkesini gerçekleştirme aracı olarak 01.08.2021 tarihinde yürürlüğe giren 15 no.lu protokol ile sözleşmenin önsözünde yerini alması da bu durumu değiştirdiği söylenemez.

Sözleşmecî devletlerin birbirinden farklı inançlara sahip bireylerden oluşması nedeniyle Avrupa konsensüsünün bulunmadığı bir alan olan din ve vicdan özgürlüğü bu duruma meselenin hassasiyetinin de eklenmesiyle birlikte takdir marjının en geniş olduğu alanlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Din ve vicdan özgürlüğünün görünümüleri olan kıyafetler, dinsel semboller, dini lider, beslenme ve kutsal günler açısından AİHM içtihatları incelendiğinde sözleşmecî devletlere AİHM denetimi ile el ele yürüyen geniş takdir marjı tanındığı söylenebilir. Yani sözleşmecî devletlerin takdir marjı kapsamında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelerinde hak ihlaline neden olup olmadığı AİHM tarafından denetlenmektedir. AİHM bu denetlemeyi ulusal mahkeme kararları üzerinden yapmaktadır. Bu nedenle çalışmada din ve vicdan özgürlüğünün görünümüleri olan kıyafetler başlığı altında AİHM'nin, Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın baş örtüsü yasaklarına ilişkin içtihatlarına yer verilmiştir. Baş örtüsünü yasaklamaya ilişkin düzenlemeler AİHM tarafından orantılılık denetimi yapılmaksızın doğrudan sözleşmecî devletlerin takdir marjında görülmüştür. Ancak bu konuda Anayasa Mahkemesi ve idari yargı içtihatlarının AİHM'den farklılık içerdiği sonucuna varılmıştır. Şöyle ki AİHM, baş örtüsü yasaklarına ilişkin düzenlemeleri Türkiye'ye ilişkin başvurularda laiklik ilkesi ışığında demokratik toplumda gerekli bularak sözleşmecî devletlerin takdir marjında görmektedir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay ise AİHM'den farklı olarak Türkiye'de demokratik toplumun sürekliliğinin sağlanması açısından laiklik ilkesinin korunması amacıyla gerekli olabilmesi için müdahaleye maruz kalan kişinin eylemlerinin diğer

bireylerin temel hak ve özgürlüğünün ihlal edilmesine neden olduğunun delillendirilebilmesini aramaktadır. AİHM, baş örtüsünü güçlü bir dinsel sembol olarak nitelendirirken Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, takdir marjı kapsamında pasif bir dinsel sembol olarak görmektedir. Aktif veya pasif sembol nitelendirmesinin önem arz ettiği diğer bir konu ise çalışmada ele alınan din ve vicdan özgürlüğünün diğer görünümü olan haç vb. dinsel işaretlerdir. AİHM'nin Eweida ve Diğerleri/Birleşik Krallık ve Ahmet Arslan ve diğerleri/Türkiye kararları göz önüne alındığında haç, sarık vb. dinsel işaretlerde pasif sembol yaklaşımının ağır bastığı söylenebilir. Danıştayın da benzer yaklaşımı benimsediği sonucuna varılmıştır.

Çalışmada ele alınan din ve vicdan özgürlüğünün görünümleri olarak dini lidere ve kutsal günlere ilişkin hususlarda sözleşmeci devletlere tanınan takdir marjı kapsamında ulusal idari yargı içtihatlarının sözleşmeci devletin yani davalı idarenin taahhütlerini yerine getirip getirmediğini denetleme kriterlerini ortaya çıkararak AİHM denetimi ile el ele yürüdüğü söylenebilir. Beslenme başlığı altında ele alınan konuda ise henüz idari yargı içtihadına rastlanılmamıştır.

Sonuç olarak takdir marjı tanınan din ve vicdan özgürlüğünün görünümüne ilişkin konularda ulusal yargı makamı olarak idari yargı mahkemelerinin, sözleşmeci devletin yani davalı idarenin Sözleşmeye ilişkin taahhütlerini yerine getirip getirmediğini denetleme kriterlerinin odak noktası uluslararası hukukla uyumlulaşma, anayasa ile teminat altına alınan ilkeler ile bu alanda pozitif adımların eşit şekilde atılıp atılmadığı olmalıdır. Böylece sözleşmeci devlet olarak ikincillik ilkesi gereğince Sözleşme ve Protokollerinde yer alan hak ve özgürlükleri koruma sorumluluğu yerine getirmiş olacak, temel hak ve özgürlüklerin ihlali kaynağında giderilmiş olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Ağırbaşı, Şennur, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 101, 2012, s. 83-102.
- Arai, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and The Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp/Oxford/New York: Intersentia, 2002.
- Bal, Ali, “Kölelik, Zorla Çalıştırma ve Benzer Uygulamalara İlişkin Yasağın Uluslararası Hukuk ve AİHM İçtihatları Çerçevesinde Gelişimi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı 2, 2019, s.55-112.
- Baltacı, Ali, “Avrupa Okullarında Dini Simgelerin Yasallığı”, *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, Cilt 21, Sayı 1, 2017, s. 45-80.
- Birden, Emre, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Yükümlülüklere Aykırı Tedbirler Alabilme Yetkisinin Sınırı Olarak Keyflik Yasağı”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 5, Sayı 10, 2016, s. 409-475.
- Boran, Mustafa, “Kurban İbadeti ve Bazı Güncel Meseleler”, *Helal ve Etik Araştırmaları Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2020.
- Cannizzaro, Enzo, “Proportionality and Margin of Appreciation in the Whaling Case: Reconciling Antithetical Doctrines?”, *The European Journal of International Law*, Cilt 27, Sayı 4, 2016, s. 1061-1069.
- Çoban, Ali Rıza, Strazbourg’da Herküllere İhtiyacımız var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 3, 2008, s. 187-224.
- Doğru, Derya, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019
- Doğru, Osman, Nalbant Atilla, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, Cilt:1, Ankara, Avrupa Konseyi, 2012.
- Dönmezer, Sulhi, “Din, Vicdan ve Kanaat Özgürlüğü”, *Erdem İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, Cilt 15, Sayı 42, 2005, s. 1-30.
- Duymaz, Erkan, “Dini Sembol ve Kıyafet Sınırlamalarında İki Farklı Yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları

- Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Uluslararası Yükümlülükleri Bakımından Tahlili”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 64, Sayı 4, 2015, s. 1113-1160.
- Egeliği, Ömer E., *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı, On iki Levha Yayınları, On iki Levha Yayınları*, 2021.
- Esen, Egemen, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini*, On iki Levha Yayınları, 2020.
- Esen, Egemen, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Ulusal Makamlarla İlişkisi: Sorumluluk Paylaşımı”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı*, Cilt 3, 2020, s.285-346.
- Gökcan, Hasan Tahsin, “Bireysel Başvuruda İkincilik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 135, 2018, s. 9-76.
- Hafizoğulları, Zeki, “Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Tarafı Olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Laiklik, Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2012, s. 163-175.
- İnceoğlu, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Ek Kitapları Serisi-4*, Avrupa Konseyi, 2018.
- Keskin, Erdoğan, “AİHM’nin Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 69, Sayı 3, 2020, s. 1379-1414.
- Kılınç, Ümit, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Sınırlamanın Dar Yorumu İlkesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 2, 2020, s. 599-623.
- Kratochvil, Jan, “The Inflation of The Margin of Appreciation by The European Court Of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Cilt 29, Sayı 3, 2011, s. 324-357.
- Kurt, Hayrettin, “İnanç Özgürlüğü Bağlamında Dini Sembollerin Kullanımının Mukayeseli Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1–2, 2013, s. 201-232.

- Legg, Andrew, *The Margin of Appreciation In International Human Rights Law: Deference and Proportionally*, Oxford University Press, 2012.
- Murdoch, Jim, *Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinin Uygulanmasına Dair Klavuz, AİHS İnsan Haklar El Kitabı*, Avrupa Konseyi, 2007.
- Nal, Sabahattin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 57, Sayı 4, 2002, s. 65-93.
- Reer, Steven, "The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation", *UCL Human Rights Review*, Cilt 3, 2010, s.1-14.
- Sarıaslan, Ömer, "Kamusal Alanda Dini Semboller: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Tarafsızlık adına Ayrımcılık", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, sayı 2, 2023, s.1061.
- Saul, Matthew, "The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments", *Human Rights Law Review*, Cilt 15, Sayı 4, 2015, s.745-774.
- Spano, Robert, "Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity", *Human Rights Law Review*, Cilt 14, Sayı 3, 2014, s. 487-502.
- Spielmann, Dean, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", *Cambridge Yearbook Legal Studies*, Sayı 14, 2012, s. 381-418.
- Şenol, Yahya, "Kur'an'a göre Hayvansal Gıdalarda Helallik Ölçüleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s.283.
- Şirin, Tolga, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, 2013, s.359-399.
- Şirin, Tolga ve Duymaz Erkan, *Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri*, Türkiye Barolar Birliği yayınları, 2016.
- Tayar, Mustafa, Doğan Merve ve Helal Kesim, *Akademik Platform Helal Yaşam Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2019, s.62-76.

Türkoğlu Derin Merve Bengü, İnanç Özgürlüğünün İç Boyutu, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, Cilt 5, Sayı 8, 2022, s.121-142.

Wildhaber Luzius, Hjartarson Arnaldu, Donnelly Stephen, “No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, Cilt 33, Sayı 7, 2013

Zuhayli Vehbe, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, Cilt 4, 1994.

### **AİHM KARARLARI**

Ahmet Arslan ve Diğerleri/Türkiye, B. No:41135/98, K.T:23.02.2010

Belçika Eğitim Dili Davası/Belçika, B. No:2126/64 K.T: 23.07.1968

Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık, B. No:7511/76, K.T:25.02.1982

Cha-are Shalom ve Tsedek/Fransa, B. No:27417/95, K.T:27.06.2000

Chaplin/Birleşik Krallık, B. No:59842/10, K.T:15.01.2013

Dahlab/İsviçre, B. No:42393/98, K.T: 15.02.2001

Dakir v. Belçika, B. No: 4619/12, K.T:11.07.2017

Doğru/Fransa, B. No:27058/05, K.T:04.12.2008

Ebrahimian v. Fransa, B. No:64846/11, K.T:26.11.2015

Eweida ve Diğerleri/Birleşik Krallık, B. No:48420/10, K.T:15.01.2013

El Morsli/Fransa, B. No:15585/06, K.T:04.03.2008

Handyside/Birleşik Krallık, B. No:5493/72, K.T:07.12.1976

Kervancı/Fransa, B. No:31645/04, K.T:04.12.2008

Kokkinakis/Yunanistan, B. No:14307/88, K.T:25.05.1993

Kurtulmuş/Türkiye, B. No:65500/01, K.T:24.01.2006

Leyla Şahin/Türkiye, B. No:44774/98, K.T:19.11.2005

Lautsi ve Diğerleri/İtalya, B. No:30814/06, K.T:18.03.2011

Mann Singh/Fransa, B. No:24479/07, K.T:11.06.2007

Manoussakis ve diğerleri/Yunanistan, B. No:18748/91, K.T:26.09.1996

Metropolitan Church of Bessarabia and Others/Moldova, B. No:45701/99,  
K.T:13.12.2001

Moskova Yehova Şahitleri/Rusya, B. No:302/02, K.T:10.06.2010

Ranjit Singh, B. No:27561/08, K.T:30.06.2009

S.A.S/Fransa, B. No:43835/11, K.T:01.07.2014

Stedman/Birleşik Krallık, B. No:29107/95, K.T:09.04.1997

Şeyma Karaduman/Türkiye, B. No:16278/90, K.T:03.05.1995

X/Birleşik Krallık, B. No:8160/78, K.T:12.03.1981

X., Y. ve Z./Birleşik Krallık, B. No:21830/93, K.T:22.04.1997

#### **ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI**

B. S., B. No:2015/8491, K.T:18.07.2018

E:2012/65, K:2012/128, K.T:20.09.2012

Esra Nur Özbey, B. No:2013/7443, K.T:20.05.2015

Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan, B. No:2014/17354,  
K.T:22.05.2019

Tuğba Arslan, B. No:2014/256, K.T:25.06.2014

Sara Akgül, B. No:2015/269, K.T:22.11.2018

E:2011/111, K:2012/56, K.T:11.04.2012, E:2016/16, K:2016/37,  
K.T:05.05.2016.



# Türkiye’de Devlet Üniversitelerinde Rektör Yardımcılığı: Mevzuat, Uygulama ve Profil Üzerine Bir Araştırma

Fatih GÜLER\*  
Çağrı ÇOLAK\*\*

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Doç. Dr., Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, fatih.guler@comu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-5365-5700.

\*\* Doç. Dr., Trabzon Üniversitesi, cagricolak@trabzon.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-5806-9084.

**Makale geliş tarihi:** 12 Mayıs 2024 **Makale kabul tarihi:** 15 Eylül 2024

**Atf önerisi:** Güler, Fatih ve Çağrı Çolak, “Türkiye’de Devlet Üniversitelerinde Rektör Yardımcılığı: Mevzuat, Uygulama ve Profil Üzerine Bir Araştırma”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 4, Ekim 2024, s.181-218. **DOI:** 10.30915/abd.1482807.

## TÜRKİYE'DE DEVLET ÜNİVERSİTELERİNDE REKTÖR YARDIMCILIĞI: MEVZUAT, UYGULAMA VE PROFİL ÜZERİNE BİR ARAŞTIRMA

### ÖZ

Üniversitelerin sistemi; öğrenci, akademisyen ve idari personelden oluşan sacayakları üzerine inşa edilmiştir. Özellikle araştırma, eğitim ve öğretim faaliyetlerinin sürdürülmesi açısından her bir üniversite, Weberyen bürokrasi tarzında bir teşkilatlanmaya sahiptir. Söz konusu teşkilatlanmanın zirve makamı ya da başka bir deyişle en üst amiri rektörlerdir ve onlar görev, yetki ve sorumluluklarını yerine getirirken yardıma ihtiyaç duyarlar. Bu çerçevede 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda rektörlere, çalışmalarında kendilerine yardımcı olmak amacıyla rektör yardımcısı atama yetkisi tanınmıştır. Literatürde rektörlerin atanmaları, profilleri, hedefleri ve yetkilerine yönelik birçok çalışma bulunmasına karşın rektör yardımcılarının benzer bağlamlarda incelenmemesi araştırmanın çıkış noktasını oluşturmakta ve özgün değerini yansıtmaktadır. Bu çalışmada rektör yardımcılığı makamının Türk yükseköğretim sistemindeki tarihsel gelişimi, rektör yardımcılarının atanmaları ve rektörlük makamına vekâletleri, onların görev süreleri ve yetkileri ve de onlara tanınan mali ve hukuki haklar ele alındıktan sonra; 2024 yılı Ocak ayı itibarıyla devlet üniversitelerinde göreve devam eden rektör yardımcılarının ilişkin profil verileri (cinsiyet, doçentlik temel alanı, profesörlük süresi ve idari görev deneyimi dağılımları) ortaya konulmaktadır.

**Anahtar Sözcükler:** rektör yardımcısı, rektör yardımcılığı, devlet üniversitesi, yükseköğretim.

## VICE RECTORSHIP IN STATE UNIVERSITIES IN TÜRKİYE: A RESEARCH ON LEGISLATION, PRACTICE AND PROFILE

### ABSTRACT

The system of universities was built on trivets consisting of students, academics and administrative staff. Each university has a Weberian bureaucracy-style organization, especially in terms of conducting research, education and training activities. The highest authority, or in other words, the highest authority of the organization in question is the rectors, and they need help in performing their duties, powers and responsibilities. In this regard, the Higher Education Law No. 2547 gives the rectors the authority to appoint vice rectors to assist them in their work. Although there are numerous studies in the literature on the appointment, profile, objectives and powers of rectors, the fact that vice-rectors have not been studied in a similar context forms the starting point of the research and reflects its original value. In this study, after discussing the historical background of the position of vice rector in the Turkish higher education system, the appointment of vice rectors, and their procuratorship to the rectorate, their tenure and powers, and the financial and legal rights granted to them as of January 2024, profile data (the distribution of gender, basic field of associate professorship, tenure of professorship, and distribution of administrative duties) are presented for vice rectors who continue to work in state universities.

**Keywords:** vice rector, vice rectorship, state universities, higher education.

## GİRİŞ

Üniversitelerin sistemi; öğrenci, akademisyen ve idari personelden oluşan sacayakları üzerine inşa edilmiştir. Özellikle araştırma, eğitim ve öğretim faaliyetlerinin sürdürülmesi açısından her bir üniversite, Weberyen bürokrasi tarzında bir teşkilatlanmaya sahiptir. Türk kamu yönetimi kültürünün doğal bir yansıması olarak yükseköğretim teşkilatlanması bağlamında en önemli ve dikkat çeken unsur rektördür.

Uluslararası gezgin bir kelime olarak kabul edilen ve hemen hemen bütün dünya dillerinde ortak olan<sup>[1]</sup> “rektör” sözcüğü etimolojik olarak Latince *regere* (yönetmek) fiilinden türetilmiştir<sup>[2]</sup>. Türk Dil Kurumu (TDK) sözlüğünde “üniversitenin tüzel kişiliğini temsil eden, yönetimden, eğitim ve öğretimin düzenli yürütülmesinden sorumlu profesör”<sup>[3]</sup> olarak tanımlanan ve Fransızca kökenli olarak kabul edilen rektör sözcüğünün Türkçeye transferi, 1933 yılındaki üniversite reformuna dayanmaktadır. Faşist rejimden kaçan veya onun tarafından ülkeden uzaklaştırılan Alman bilim insanlarının rol oynadığı 1933 üniversite reformu<sup>[4]</sup>, üniversite teşkilatının zirve makamında yer alanlara o güne değin verilen isim olan “emin” teriminin yerine “rektör” sözcüğünün kullanılması hususunda milat teşkil etmiştir<sup>[5]</sup>.

- [1] Oğuzhan Durmuş, “Köken Bilgisi Araştırmalarında Sözcüksel Benzerlikler Nasıl Değerlendirilmelidir? (Türkiye Türkçesi ve Çuvaşça Örneğinde),” *Trakya Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 11, Ocak 2016, s.24-25.
- [2] Erdoğan Kartal, “Üniversite Kavramına Dair Yabancı Sözcükler Üzerine Köken Bilimsel (Etimolojik) Bir Çözümleme,” *2. Yaşam Boyu Eğitim Dünya Kongresi*, Antalya, 14- 15 Nisan 2017.
- [3] TDK, “Güncel Türkçe Sözlük”, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 15 Aralık 2023).
- [4] Selman Yaşar, *1933 Üniversite Reformu Sürecinde Ankara’da Görevli Alman Uzmanlar ve Yaptıkları Çalışmalar*, Ankara, İksad, 2021.
- [5] Yücel Namal ve Tunay Karakök, “Atatürk ve Üniversite Reformu 1933,” *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, Sayı 1, Nisan, 2011, s.32; Ali Rıza Erdem, “Atatürk’ün Liderliğinde Üniversite Reformu: Yükseköğretim ve Bilim Tarihimizde Dönüm Noktası”, *Belgi Dergisi*, Sayı 4, Temmuz 2012, s.382.

Üniversite teşkilatının en üst hiyerarşik amiri olarak rektörün yetki alanı oldukça geniştir<sup>[6]</sup>. Rektörlerin sahip olduğu yetkileri hukuken veya fiilen rektör yardımcılara devredebilmeleri, bu bağlamda rektör yardımcılığı makamını da dikkate değer kılmaktadır. Nitekim rektörlerin artan iş yükleri doğrultusunda özellikle kurum içi iş akışlarında rektör yardımcılarının daha görünür oldukları rahatlıkla iddia edilebilir. Yükseköğretim mevzuatının kanun ve daha alt düzeydeki normlarında rektör yardımcılarının görev, yetki ve sorumluluklarının sürekli artması, söz konusu görünürlüğe bir yandan zemin hazırlamakta diğer yandan ise meşruiyet oluşturmaktadır.

Rektörlerin atanma süreçleri, görev ve yetkileri, sosyo-demografik özellikleri, geçmiş akademik ve idari deneyimleri, vizyonları ve beklentileri gibi başlıklar akademik çalışmalara konu olmasına rağmen<sup>[7]</sup>; rektör yardımcılığı makamı ve rektör yardımcılarının profili literatürde çok boyutlu ve kapsamlı bir şekilde incelenmemiştir<sup>[8]</sup>. Türkçe literatürde rektör yardımcılığını münhasıran ele alan bir çalışmaya rastlanmadığı gibi, doğrudan bu amaçla yapılmasa da rektör yardımcılığının incelendiği araştırmalarda konunun daha çok kadın temsili bazında ele alındığı ve bu oranının düşüklüğüne dikkat çekildiği görülmektedir<sup>[9]</sup>. Üniversite yönetiminde etkin görev üstlenen ve üniversite

- 
- [6] Adem Yaman ve Servet Özdemir, “Yükseköğretim Yönetici Görüşlerine Göre Yükseköğretimde Yeniden Yapılanma İhtiyacı”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, Nisan 2016, s.5.
- [7] Suna Kavili Arap, “Türkiye’de Rektör Belirleme Süreci ve ‘Mütevelli Heyeti’ Tartışmaları,” *Memleket Siyaset Yönetim*, Cilt 6, Sayı 16, Aralık 2011, s.1-32; Durmuş Günay ve Muharrem Kılıç, “Cumhuriyet Dönemi Türk Yükseköğretiminde Rektör Seçimi ve Atamaları,” *Yükseköğretim Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, Haziran 2011, s.34-44; Nihat Erdoğan ve Murat Esen, “Türkiye’de Üniversite Rektörlerinin Sosyo-Demografik Özellikleri ve Kariyer Hazırlıkları,” *Yükseköğretim Dergisi*, Sayı 1, Temmuz 2014, s.44-53; Çınar Can Evren, “2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 13/b-4 Hükmü Uyarınca Yapılan Görevlendirmelerin Hukuki Tahlili,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 24, Sayı 3, Temmuz 2020, s.305-323.
- [8] Ramazan Baştürk, “Türkiye’deki Üniversitelere Atanan Rektörlerin Bağlı Oldukları Fakültelelere Göre Dağılımının İncelenmesi,” *E-Uluslararası Eğitim Araştırmaları Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, Mart 2011, s.63.
- [9] Özlem Atay, Emre Gürgen ve Emre İmamoğlu, “Türkiye’de Kadın Akademisyenlerde Algılanan Cam Tavan Sendromu Araştırması,” *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 13, Sayı 2, Temmuz 2022, s.176.

kültürü ve topluluğunu şekillendirmek bağlamında sorumluluk sahibi olan rektör yardımcılarının<sup>[10]</sup>, üniversitenin stratejik hedefleri doğrultusunda rektörün vizyonunu yansıtan projeleri yönetme bağlamında da önemli roller üstlenmektedirler<sup>[11]</sup>.

Bu çalışmada rektör yardımcılığı makamının Türk yükseköğretim sistemindeki tarihsel gelişimi, rektör yardımcılarının atanmaları ve rektörlük makamına vekâletleri, onların görev süreleri ve yetkileri ve de onlara tanınan mali ve hukuki haklar ele alındıktan sonra; 2024 yılı Ocak ayı itibarıyla faaliyetini sürdüren 129 devlet üniversitesinde göreve devam eden 350 rektör yardımcısına ilişkin profil verileri (cinsiyet, doçentlik temel alanı, profesörlük süresi ve idari görev deneyimi dağılımları) ortaya koyulmaktadır.

## I. REKTÖR YARDIMCILIĞI MAKAMININ TÜRK YÜKSEKÖĞRETİM SİSTEMİNDEKİ TARİHSEL GELİŞİMİ

13.06.1946 tarihli Üniversiteler Kanunu'nda rektör yardımcılığı ile ilgili bir hükme yer verilmemiş, rektörün görev başında olmadığı durumlarda rektör tarafından tespit edilen bir dekanın rektörlüğe vekâlet etmesi düzenlenmiştir. Bu tarihten sonra kurulan bazı üniversitelerin kuruluş kanunlarında rektör yardımcılığı makamına yer verilse de<sup>[12]</sup> tüm üniversitelerde rektör yardımcılığı makamının ihdas edilmesi 1973 yılında olmuştur. 1971 yılı Ekim ayında İstanbul Üniversitesi, İstanbul Teknik Üniversitesi, Ankara Üniversitesi, Ege Üniversitesi ve Hacettepe Üniversitesi tarafından hazırlanan Üniversiteler Ortak Kanunu Tasarısı'nda rektör yardımcılığı makamından bahsedilmiştir. Bunun da etkisiyle rektör yardımcılığı makamı Türk yükseköğretim sistemine ilk kez 20.06.1973 tarih ve 1750 sayılı Üniversiteler Kanunu ile girmiştir<sup>[13]</sup>.

[10] Baştürk, *op. cit.*, s.63.

[11] Süleyman Doğan, "2006'dan Sonra Kurulan Üniversitelerde Rektörlerin 2023 Hedefleri," *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, Sayı 1, Nisan 2017, s.139-149; Ayşe Sena Özdemir, "Rektör ve Rektör Yardımcılarının Liderlik Özelliklerinin Uygulamadaki Rollerini," *Uluslararası Liderlik Çalışmaları Dergisi: Kuram ve Uygulama*, Cilt 6, Sayı 2, Temmuz 2023, s.131.

[12] Örneğin 08.06.1967 tarih ve 892 sayılı Hacettepe Üniversitesi Kurulması Hakkındaki Kanun'un 4'üncü maddesi.

[13] İdil Arıkan, *Türk Anayasa Hukukunda Yükseköğretim*, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Merih Öden), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana

Rektör yardımcısı, farklı ülkelerin idari sistemlerinde *provost*<sup>[14]</sup>, *pro vice-chancellor*<sup>[15]</sup>, *chancellor*<sup>[16]</sup>, *vice-president*<sup>[17]</sup> gibi kavramlara karşılık gelmektedir. Dünyanın önde gelen üniversitelerine bakıldığında MIT<sup>[18]</sup>, Harvard<sup>[19]</sup> ve Stanford<sup>[20]</sup> üniversitelerinde *provost* ifadesinin tercih edildiği görülmektedir. Rektör yardımcılığına karşılık gelen diğer bir kavram olarak *pro-rector* ifade edilebilir<sup>[21]</sup>. Alman kökenli bu kavram 1933 üniversite reformunda Alman bilim insanların görev alması sebebiyle Türk literatürüne aktarılmış fakat kalıcı olmamıştır. 1933 tarihli üniversite reformundan on gün sonra kabul edilen 10.06.1933 tarih ve 2291 sayılı Ankara Yüksek Ziraat Enstitüsü Kanununda lafzen *pro-rector* makamından bahsedilmesine rağmen, atanmaları, görev ve yetkileri hakkında bir hükme yer verilmemiştir.

Rektör yardımcılarının atanma usulü ülkeden ülkeye farklılık arz etmektedir. Örneğin, rektör yardımcılarının; Litvanya’da rektörün önerisi

---

Bilim Dalı, Anayasa Hukuku Bilim Dalı, 2011, 82; Mehmet Yavuz, “Yükseköğretim Yönetiminde Dönüşüm ve Türkiye İçin Alternatif Yönetim Modeli Önerisi,” (Uzmanlık Tezi), Kalkınma Bakanlığı, 2012, s.114.

- [14] Kemal Gürüz, *Dünyada ve Türkiye’de Yükseköğretim Tarihçe ve Bugünkü Sevk ve İdare Sistemleri*, Ankara, Cem Ofset, 2003, s.73.
- [15] Yavuz, *op. cit.*, s.55.
- [16] Talip Küçükcan ve Bekir Gür, *Türkiye’de Yükseköğretim Karşılaştırmalı Bir Analiz*, Ankara, SETA Yayınları, 2009, s.101.
- [17] Gürüz, *op. cit.*, s.243.
- [18] MIT, “Provost”, [https://provost.mit.edu/about/Office\\_of\\_Provost/](https://provost.mit.edu/about/Office_of_Provost/), (Erişim Tarihi: 18 Ocak 2024).
- [19] Harvard University, “Provost”, <https://provost.harvard.edu/>, (Erişim Tarihi: 18 Ocak 2024).
- [20] Stanford University, “Provost”, [https://facts.stanford.edu/administration/presidents\\_provost/](https://facts.stanford.edu/administration/presidents_provost/), (Erişim Tarihi: 18 Ocak 2024)
- [21] Zehra Gülmüş ve Murat Erbek. “Yükseköğretim Kurumlarında Terminoloji Yönetimi: Türkçe-Almanca Dil Çiftine Yönelik Bir Çalışma”, *III. Uluslararası Sözlükbilimi Sempozyumu Bildiri Kitabı*, Eskişehir, 3-4 Kasım 2016.

üzerine yönetim kurulu<sup>[22]</sup>, Yunanistan’da rektörle birlikte Eğitim Bakanı<sup>[23]</sup>, İsveç’te de rektörün önerisi üzerine senato<sup>[24]</sup> tarafından atandıkları görülmektedir. Ülkemizde rektör yardımcılarının atanması konusundaki belirleyici aktör bizzat rektörün kendisidir.

1750 sayılı Kanun’un 13. maddesine göre, rektörün seçimini takip eden bir ay içinde, rektörün senatoya önereceği iki kat aday arasından, bir veya iki adet aylıklı profesörün rektör yardımcısı olarak seçilmesi ve rektörün görev başında olmadığı durumlarda rektörlük görevine rektör yardımcılarının birinin vekâlet etmesi öngörülmüştür. Kanunun gerekçesinde rektör yardımcılığı makamının ihdas edilmesi ile ilgili olarak rektörün görevlerinin ağırlığının göz önünde bulundurulduğu ifade edilmiştir<sup>[25]</sup>. 1750 sayılı Kanun’da rektör yardımcılarının senato ve üniversite yönetim kurullarının üyesi olduğuna da yer verilmiştir. Mezkûr kanunun birçok maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesine rağmen<sup>[26]</sup> başvuru ve kararlarda rektör yardımcılığı makamının ihdasına yönelik bir talep veya iptal durumu söz konusu olmamıştır<sup>[27]</sup>.

Güncel yükseköğretim mevzuatında rektör yardımcılarının senato ve yönetim kurulundaki pozisyonları kısmi olarak geçerliliğini sürdürmektedir.

- 
- [22] İbrahim Çankaya ve Fatih Töremen, “Türkiye, Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri Üniversite Yönetimlerinin Karşılaştırılması,” *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 7, Sayı 13, Mart 2014, 157.
- [23] İhsan Doğramacı, *Türkiye’de ve Dünyada Yükseköğretim Yönetimi*, Ankara, Meteksan, 2007, s.52.
- [24] Gürüz, *op. cit.*, s.263.
- [25] Millet Meclisi, 889 Sıra Sayılı Üniversiteler Kanunu Tasarısı ve Millî Eğitim ve Plân Komisyonları Raporları (1/622), 1972, s.9.
- [26] Gülsün Atanur Başkan, *1750 Sayılı Üniversiteler Kanunu ile 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun Örgüt Yapısı ve Yönetim Süreçleri Açısından Karşılaştırılması*, Doktora Tezi, Danışman Ziya Bursalıoğlu, Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eğitim Yönetimi, Teftişi, Planlaması ve Ekonomisi Bilim Dalı, 1990, 14.
- [27] Anayasa Mahkemesi, 25/02/1975 tarih ve E.1973/38, K.1975/23 Sayılı Kararı; Anayasa Mahkemesi, 25/02/1975 tarih ve E.1973/39 ve K.1975/24 Sayılı Kararı; Anayasa Mahkemesi, 25/02/1975 tarih ve E.1973/35, K.1975/25 Sayılı Kararı; Anayasa Mahkemesi, 25/02/1975 tarih ve E.1973/37, K.1975/22 Sayılı Kararı.



Bu bağlamda 2547 sayılı Kanun'da da rektör yardımcılarını senatonun doğal üyeleri arasında yer almış, ancak üniversite yönetim kurulunun doğal üyeleri arasında gösterilmemiştir. Diğer bir deyişle, rektör yardımcılarını yalnızca oy hakkı olmaksızın yönetim kurulu toplantılarına katılabilmek için izin verilmiştir. Bu doğrultuda rektör yardımcılarının üye olarak üniversite yönetim kurulu toplantılarına katılmaları ve oy kullanmaları, hukuken mümkün değildir<sup>[28]</sup>.

Türk yükseköğretim sisteminde rektör yardımcılığı yerleşik ve kabul görmüş bir kavram ve makamdır. Ancak bunun bir istisnası, 2017 yılında 7034 sayılı Kanun ile kurulan Türk-Japon Bilim ve Teknoloji Üniversitesinde görülmektedir. Söz konusu üniversitenin kurulmasına esas teşkil eden "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Japonya Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyeti'nde Türk-Japon Bilim ve Teknoloji Üniversitesinin Kurulmasına Dair Anlaşma"nın 7. maddesine göre kurulacak üniversitede rektör yardımcısının dışında akademik işlerden sorumlu ayrı bir rektör yardımcısı görevlendirilmesi düzenlenmiştir. Nitekim Türk-Japon Bilim ve Teknoloji Üniversitesinin kurumsal internet sayfası incelendiğinde, rektör yardımcısının dışında *provost* adıyla yabancı uyruklu bir profesörün görevlendirildiği görülmektedir.

## II. REKTÖR YARDIMCISI SAYISI VE NİTELİĞİ

1750 sayılı Kanun'un yerini alan 04.11.1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun ilk hâlinde, rektörün, çalışmalarında kendisine yardım etmek üzere, üniversitenin aylıklı profesörleri arasından en çok üç kişiyi beş yıl için rektör yardımcısı olarak seçmesi öngörülmüştür. Kanunun lafzından açıkça anlaşıldığı üzere rektör yardımcısı atanabilmek için üniversitenin aylıklı profesörü olmak en temel gerekliliktir. Ancak söz konusu aylıklı profesörün kadrosunun ilgili üniversitede bulunması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bilindiği üzere 2547 sayılı Kanun'un 40. maddesine göre öğretim üyeleri, ihtiyacı olan üniversitenin isteği ve kendi arzusu üzerine ve ilgili yönetim kurullarının görüşü, rektörün önerisi ile Yükseköğretim Kurulu (YÖK) tarafından, istekte bulunan üniversitenin birimlerinde en az bir eğitim-öğretim yılı için görevlendirilebilirler.

[28] Sayıştay Temyiz Kurulu, 03/03/2021 Tarih ve 2017/45080 Dosya ve 2021/49135 Tutanak Numaralı Kararı.

Yükseköğretim Yürütme Kurulunun 15.09.1994 tarih ve 28 sayılı Karar’ında, 2547 sayılı Kanun’un 40/b maddesi uyarınca üniversitelerde görevlendirilen öğretim üyelerine rektör yardımcısı olarak görev verilmesinin mevzuata uygun olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Sayıştay Temyiz Kurulu, kadrosu başka bir üniversitede olmasına rağmen ilgili üniversiteye YÖK Başkanlığı tarafından dekan olarak atanan profesörün, ayrıca rektör yardımcısı olarak da atanmasının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir<sup>[29]</sup>.

20.08.2016 tarih ve 6745 sayılı Kanun’un 14. maddesiyle rektör yardımcılarının görev süresini belirleyen beş yıl ifadesi “*kendi rektörlük görev süresiyle sınırlı olmak kaydıyla*” şeklinde değiştirilmiş ve rektör yardımcılarının görev süresi rektörün görev süresi ile sınırlandırılmıştır. Kanunun, Türkiye Büyük Millet Meclisinde (TBMM) kabulü sürecinde gerek komisyonda gerekse de genel kurulda maddeye yönelik eleştiriler ifade edilmiştir. Rektör yardımcılarının görev süresinin rektörün görev süresiyle bağlantılı olmaması gerektiğine vurgu yapılarak yardımcılarının görev sürelerinin üç yıl olması ve senato tarafından seçilmesi önerilmiştir<sup>[30]</sup>. Ancak bu değişiklik önerileri kabul edilmemiş ve madde yukarıdaki hâliyle kanunlaşmıştır. Bunun dışında muhalefet partilerinin bu düzenleme özelinde esaslı bir itirazı ve geniş kapsamlı bir değişiklik önerisi olmamıştır. Genel kurul sürecinde siyasi partilerin, madde üzerinde esasa ilişkin olmayan ve yalnızca maddenin lafzına yönelik sınırlı değişiklik önerilerinin olduğuna tanıklık edilmiş, ancak bu önerilerini de geri çektikleri görülmüştür<sup>[31]</sup>.

Açıköğretim sisteminin giderek yaygınlaşması nedeniyle akademik birimleri arasında “açıköğretim fakültesi” bulunduran ve merkezî sınav sistemi ile ölçme değerlendirme süreçlerini yürüten üniversiteler, ilave akademik ve idari iş yükleriyle karşı karşıya kalmıştır. 07.03.1990 tarih ve 3614 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile merkezî açıköğretim yapmakla görevli

[29] Sayıştay Temyiz Kurulu, 20/09/2011 tarih ve 2006/31447 Dosya ve 2011/33647 Tutanak Numaralı Kararı.

[30] TBMM Genel Kurulu, 26. Dönem 1. Yasama Yılı TBMM Tutanak Dergisi 23. Cilt 127. Birleşim 18 Ağustos 2016 Perşembe, (2016), 84-86; TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu, 26. Dönem 1. Yasama Yılı Sıra Sayısı: 411 Türkiye Varlık Fonu Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde ... Kanun Teklifi (2/571) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, (2016), s.111-112.

[31] TBMM Genel Kurulu, *op.cit.*, s.83-84.

üniversitelerde, gerekli hâllerde rektör tarafından beş rektör yardımcısı seçilebilmesine imkân tanınmıştır. 2012 yılında YÖK tarafından hazırlanarak Millî Eğitim Bakanlığına sunulan ancak resmîyet kazanmayan Yükseköğretim Kanunu taslağında öğrenci sayısı elli binin üzerinde olan üniversitelerde rektör yardımcısı sayısının yönetim kurulu kararıyla beşe çıkarılabilmesi önerilmiştir<sup>[32]</sup>. Bu önerinin arka planında her üniversitenin ihtiyacı olan rektör yardımcısı sayısı ve profilinin farklı olabilmesi<sup>[33]</sup> yer almaktadır. Rektör yardımcısı sayısı bağlamında üst sınır getirmek, bazı üniversitelerin idari kapasitesini zorlamakta ve yasal sınır nedeniyle rektör danışmanlarına rektör yardımcısına benzer yetkiler verilmesine veya tedviren yapılan görevlendirmelerle yasal sınırın aşılmasına yol açmaktadır<sup>[34]</sup>.

Rektör yardımcılığı konusunda istisnai bir uygulama da mevcuttur. 2016 tarih ve 6757 sayılı kuruluş Kanunu ile Millî Savunma Üniversitesi, rektör yardımcılığı açısından diğer devlet üniversitelerinden farklı bir konumdadır. Mezkûr kanuna göre Millî Savunma Üniversitesine rektör yardımcısı atama yetkisi Millî Savunma Bakanına ait olup, görevlendirilecek azami rektör yardımcısı sayısı dört olarak belirlenmiştir. Uygulamada ise bu rektör yardımcılarının ikisinin akademik personel, diğer ikisinin ise general/amiral rütbesindeki subaylar arasından atandığı görülmektedir.

### III. REKTÖR VEKİLİ OLARAK REKTÖR YARDIMCILARI

Rektör yardımcılarının en önemli işlevlerinden biri rektörlük makamına vekâlet etme yetki ve görevidir. Uluslararasılaşma hedefleri doğrultusunda rektörlerin sık sık yurt dışına çıkma gerekliliği oluşmakta veya insani ve hukuki durumlarda (yıllık izin, hastalık izni vb.) rektör görevinin başından kısa süreli de olsa ayrılabilir. 2547 sayılı Kanun, rektörlük makamına vekâlet etme hak ve yetkisini rektör yardımcılara tanımıştır. Rektör, görevi başında bulunmadığı zaman, yardımcılarında birisini yerine vekil olarak bırakmak durumundadır. Ayrıca vekâlet süresinin iki haftayı geçtiği

[32] YÖK, *Yükseköğretim Kanunu Taslağı*, 2012, s.13.

[33] Quentin Thompson, “Yabancı Gözüyle Türk Yükseköğretim Sisteminin Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Yükseköğretim Konferansı*, Ankara, 14- 15 Kasım 2005, s.56.

[34] YÖK, *Türkiye'nin Yükseköğretim Stratejisi*, 2007, s.54.

durumlarda YÖK'e bilgi verilmesi, altı aydan fazla olduğu hâllerde ise yeni bir rektör atanması gerekmektedir.

Rektör yardımcısı, rektöre vekâlet ettiği durumlarda rektöre ait yetkileri kullanma hak, yetki ve sorumluluğuna sahiptir. Zira vekâlet kurumu kamu hizmetlerinin kesintisiz olarak devam etmesine aracılık etmektedir. Danıştay, mevzuatta rektöre tanınmış atama benzeri önemli yetkilerin rektör yardımcısı tarafından kullanılmasını istikrarlı şekilde hukuka aykırı olarak görme eğilimindedir<sup>[35]</sup>. Bununla birlikte Danıştay, rektör yardımcısının rektöre vekâlet ettiği durumlarda, rektöre ait yetkilerin rektör yardımcısı tarafından kullanılmasında bir hukuka aykırılık görmemektedir<sup>[36]</sup>.

Rektör yardımcısının rektör vekili olarak karar verdiği idari işlemlere, rektör tarafından yapılan vekâlet görevlendirmesi meşruiyet kazandırmaktadır. Sağlık ve günlük hayatın doğal akışında öngörülemeyen birtakım durumlar nedeniyle böyle bir görevlendirme yapılamamışsa, buna ilişkin tevsik edici belgeyle birlikte varsa daha önceden buna yönelik alınmış karara, yoksa idari teamüllere göre hareket edilmesi gerekmektedir. Çünkü idari yargı organları rektör tarafından kullanılması gereken yetkilerin rektör yardımcısı tarafından rektör vekili sıfatıyla kullanılmasından kaynaklı uyuşmazlıklarda rektör yardımcılarının vekâlet onaylarının bulunması gerektiğine işaret etmektedir<sup>[37]</sup>.

Rektör yardımcılarının rektörlüğe vekâlet etmeleri, ancak rektörlük kadrosunun dolu olduğu ve rektörün göreve devam ettiği durumlarda geçerlidir. Eğer bir şekilde rektörlük kadrosu boşalmışsa, rektör yardımcılarının vekâlet etme durumu mümkün olamamaktadır<sup>[38]</sup>. 2547 sayılı Kanun'da veya başka bir düzenlemede rektör kadrosunun boşalması durumunda vekâleten görevlendirmenin ne şekilde yapılacağı yönünde bir düzenleme

[35] Danıştay 8. Daire, 25/02/2021 Tarih ve E. 2016/12313, K.2021/1189 Sayılı Kararı; Danıştay 8. Daire, 12/02/2022 Tarih ve E. 2020/2212, K.2022/7604 Sayılı Kararı; Danıştay 5. Daire, 06/05/1992 Tarih ve E. 1992/38, K.1992/1327 Sayılı Kararı.

[36] Danıştay 2. Daire, 15/12/2020 Tarih ve E. 2018/3313, K.2020/3419 Sayılı Kararı.

[37] Danıştay 5. Daire, 24/03/1992 Tarih ve E.1991/4101, K.1992/712 Sayılı Kararı.

[38] Danıştay 8. Daire, 14/11/2001 Tarih ve E. 2001/2054, K.2001/5012 Sayılı Kararı.

olmadığından dolayı genel hükümlere göre hareket edilmesi gerekmektedir.<sup>[39]</sup> Bu doğrultuda uygulamada rektör kadrosunun boşalması durumunda YÖK tarafından vekâleten geçici görevlendirme yapıldığına tanıklık edilmektedir.

#### **IV. REKTÖR YARDIMCILARININ ARTAN SORUMLULUKLARI VE ONLARA TANINAN MALİ VE HUKUKİ HAKLAR**

Kanun koyucu, rektör yardımcılarının üstlendikleri sorumluluklar doğrultusunda onlara ilave birtakım maddi haklar ve muafiyetler tanımıştır. 25.06.1973 tarih ve 1765 sayılı Üniversite Personel Kanunu, rektör yardımcılara aylıklarına esas göstergelerinin hesaplanmasında ilave mali haklar tanımıştır. 1765 sayılı Kanun'un yerini alan 11.10.1983 tarih ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'na göre rektör yardımcıları idari görev ödeneğinden istifade ettikleri gibi üniversite ödeneği ve ek gösterge haklarından da artırımlı olarak yararlanmaktadırlar.

21.01.2010 tarih ve 5947 sayılı Kanun'da rektör ve genel sekreterin yanında rektör yardımcılara da gelir getirici katkılarına bakılmaksızın, üniversite yönetim kurulunun uygun gördüğü birimin döner sermaye hesabından yönetici payı olarak ayrılan tutar üzerinden ek ödeme yapılacağı düzenlenmiştir.

Üstelik kanun koyucu, rektör yardımcılara yapılacak ödemeyi rektörden az, genel sekreterden ise fazla olacak şekilde ayarlamıştır. Bu çerçevede yapılacak ödemenin tutarı ek ödeme matrahının, rektörler için yüzde 600'ünü, rektör yardımcıları için yüzde 300'ünü, genel sekreterler için ise yüzde 200'ünü geçmemektedir. Döner sermaye ile ilgili düzenlemenin TBMM Genel Kurulu görüşmeleri esnasında, "*üniversitelerin gerçekten en sıkı görev yapan elemanları*" olarak ifade edilen rektör yardımcıları için

[39] Sayıştay Temyiz Kurulu, 02/01/2022 Tarih ve 2019/49790 Dosya ve 2022/52437 Tutanak Numaralı Kararı; Sayıştay Temyiz Kurulu, 02/01/2022 Tarih ve 2019/49778 Dosya ve 2022/52447 Tutanak Numaralı Kararı; Sayıştay Temyiz Kurulu, 02/01/2022 Tarih ve 2019/49826 Dosya ve 2022/52445 Tutanak Numaralı Kararı; Sayıştay Temyiz Kurulu, 02/01/2022 Tarih ve 2019/49791 Dosya ve 2022/52442 Tutanak Numaralı Kararı; Sayıştay Temyiz Kurulu, 02/01/2022 Tarih ve 2019/49799 Dosya ve 2022/52441 Tutanak Numaralı Kararı; Sayıştay Temyiz Kurulu, 02/01/2022 Tarih ve 2019/49792 Dosya ve 2022/52439 Tutanak Numaralı Kararı.

öngörülen %300’lük oranın %400’e çıkartılmasını içeren bir değişiklik önergesi milletvekilleri tarafından verilmiş, ancak kabul edilmemiştir<sup>[40]</sup>.

2020 yılında kabul edilen 7243 sayılı Kanun ile rektör, rektör yardımcısı ve genel sekretere, döner sermaye gelirleri dışında üniversitenin teknokent, teknopark, teknoloji transfer ofisi ve iktisadi işletmeler ve iştirakleri gibi gelir getirici müesseseler ve birimleri sebebiyle ayrıca huzur hakkı, yönetici payı, koordinatörlük, danışmanlık ve benzeri ücret ödenmeyeceği düzenlenmiş; böylece rektör yardımcılarında ödenecek ilave ödenekler bağlamında uygulamada bir üst sınır getirilmiştir.

Öte yandan rektör yardımcıları, zamanlarının tamamına yakını üniversitenin idari işleri için harcadıklarından araştırma ve eğitim-öğretim faaliyetlerine yeterince zaman ayıramamaktadır<sup>[41]</sup>. Bununla bağlantılı olarak, 2547 sayılı Kanun’un ilk hâlinde rektör yardımcılarının ders yükleri ile ilgili bir özel bir hüküm bulunmamasına rağmen, 2010 yılında kabul edilen 5947 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan değişiklikle rektör yardımcılarının ders verme yükümlülüğü kaldırılmıştır.

Kanun koyucu, rektör yardımcılarında görevleri gereği birtakım hukuki ayrıcalıklar tanıdığı gibi idari sorumluluklarını da aynı oranda artıran bir tutum sergilemektedir. Bu doğrultuda 2547 sayılı Kanun, rektör yardımcılarının rektörlük makamına vekâlet etmeleri, yetkileri ve görevlerini göz önünde bulundurarak son soruşturma açılması konusundaki süreç bağlamında rektör yardımcılarını, rektörlerle aynı yetki ve usul çerçevesinde değerlendirmektedir. Bu doğrultuda rektör yardımcılarında son soruşturma açılıp açılmamasına rektörlerde olduğu gibi, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek üç kişilik kurul karar vermektedir. 2547 sayılı Kanun’un, değişik statüdeki kişilerin birlikte suç işlemeleri hâlinde soruşturma usulünün üst dereceli görevliye göre belirlenmesi ilkesi doğrultusunda rektör yardımcısı ile suç işledikleri iddia edilmesi durumunda, son soruşturma açılıp açılmamasına rektörlerde olduğu gibi, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek

[40] TBMM Genel Kurulu, 23. Dönem 4. Yasama Yılı TBMM Tutanak Dergisi 58. Cilt 48’nci Birleşim 14 Ocak 2010 Perşembe, s.1011-1019.

[41] Üstün Ergüder *et al.*, *Neden Yeni Bir Yükseköğretim Vizyonu?*, İstanbul, Sabancı Üniversitesi İstanbul Politikalar Merkezi, 2006, s.54.

üç kişilik kurulun karar vermesi gerekmekte olup aksi yönde uygulamalar idari yargı organlarında hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir.<sup>[42]</sup>

Üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları ve dekan yardımcısı, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve yardımcısı ile üniversite genel sekreterleri hakkında son soruşturma açılıp açılmaması konusunda karar verilecek kurulda, rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen iki rektör yardımcısının bulunması öngörülmüştür.<sup>[43]</sup> Yukarıda ifade edildiği gibi, rektör yardımcısı hakkında son soruşturma açılması konusunda bir karar verilmesi gerekiyorsa, bu konuda Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek üç kişilik kurul yetkili olmakla birlikte, rektör yardımcılığı görevinden önceki konularla ilgili kurul üyesi olan rektör yardımcısından birisi hakkında karar verilmesi gerekiyorsa<sup>[44]</sup> veya ilk soruşturma sürecinde rektör yardımcısı görev almışsa, ilgili rektör yardımcısının toplantıya katılmaması gerektiği açık bir şekilde belirtilmiştir.<sup>[45]</sup>

15.04.2020 tarih ve 7243 sayılı Kanun'la rektörlüğe bağlı birimlerdeki akademik personel ve daire başkanı kadrosunun dengi ve üstü kadrolarda bulunanlar için teşkil edilecek disiplin kurulunun başkanı da rektör yardımcısı olarak belirlenmiştir. Özellikle akademik personel açısından disiplin kavramının akademik özgürlük bağlamındaki önem göz önünde

[42] Danıştay 1. Daire, 24/04/2018 Tarih ve E. 2018/573, K.2018/658 Sayılı Kararı; Danıştay 1. Daire, 06/06/2018 Tarih ve E. 2018/1068, K.2018/987 Sayılı Kararı; Danıştay 1. Daire, 05/03/2019 Tarih ve E. 2019/400, K.2019/311 Sayılı Kararı.

[43] Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü, 27/1/2021 Tarih ve 2018/38015 Başvurulu Numaralı *Ramazan Baytemir (2)* Kararı, § 20-22; Dilşat Yılmaz, "Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri," *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1-2, Haziran 2013, s.101-125; Sinan Seçkin, "Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında Görev Yapan Personel Hakkında Ceza Soruşturması Yürütülmesi Usulü," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 28, Sayı 1, Haziran 2022, s.62-98.

[44] Danıştay 1. Daire, 03/10/2017 Tarih ve E. 2017/1584, K.2017/1596 Sayılı Kararı.

[45] Danıştay 1. Daire, 03/05/2006 Tarih ve E. 2006/295, K.2006/481 Sayılı Kararı; Danıştay 1. Daire, 09/06/2017 Tarih ve E. 2017/1043, K.2017/1097 Sayılı Kararı; Danıştay 1. Daire, 24/04/2018 Tarih ve E. 2018/754, K.2018/647 Sayılı Kararı.

bulundurulduğunda<sup>[46]</sup> rektör yardımcısının akademik personel ile ilgili bir disiplin kurulu başkanı olmasının arz ettiği önemin vurgulanmasında fayda görülmektedir.

## V. İDARİ BİR MAKAM OLARAK REKTÖR YARDIMCILIĞI

Rektör yardımcılığı makamının üniversite teşkilatı içerisindeki yerinin teorik açıdan biraz karmaşık olduğu ifade edilebilir. Buna sebebiyet veren durumlar; konunun 2547 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenmemesi, alt düzey normların birbiriyle çelişen hükümler ihtiva etmesi, uygulamanın ise bunlardan daha farklı bir çizgide ilerlemesi şeklinde sıralanabilir. Öte yandan rektör yardımcılarının genelde akademik birimlerden sorumlu olduğu varsayılabilir, rektör vekili oldukları süre zarfında hem akademik hem de idari teşkilattan sorumlu oldukları şüphe götürmez bir gerçektir.

Rektör yardımcılarının akademik personel olmaları ve rektör yardımcılığı ile ilgili hükümlere Üniversitelerde Akademik Teşkilât Yönetmeliği'nde yer verilmesi rektör yardımcılığı makamının akademik bir makam olduğu; dolayısıyla üniversitelerin akademik teşkilatları olan fakülteler, enstitüler ve yüksekokullardan sorumlu olduğu sonucuna ulaştırır. Diğer yandan 07.10.1983 tarih ve 124 sayılı Yükseköğretim Üst Kuruluşları ile Yükseköğretim Kurumlarının İdari Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye göre genel sekreterin üniversite idari teşkilatının başı ve bu teşkilatın çalışmasından rektöre karşı sorumlu olduğuna dair hüküm doğrultusunda, rektör yardımcısına bu kapsamda tanımlanan bir yetki ve görevin olmaması; onların idari bir pozisyonda olmadıkları ve yalnızca akademik teşkilatlardan sorumlu oldukları şeklinde yorumlanabilir. Bununla birlikte çalışmanın genelinde gözlemlendiği üzere Türk üniversitelerinde akademik ve idari görevlerin sınırları geçişken ve müphemdir. Özellikle mali niteliği haiz akademik konular ve ücretli eğitim verilen birimler (sürekli eğitim merkezleri, dil eğitimi) söz konusu olduğunda akademik ve idari sınırları belirlemek son derece güçtür.

Üniversitelerin kısa ve orta vadeli programları arasında en önde gelen başlıklardan biri kalite güvencesidir. Kalite güvencesi, akademik hedeflerin yanında idari hizmetlerin kalite düzeyini de artırmayı içermektedir.

[46] Veysel Dinler, "Akademik Özgürlüğün Sınırı Üzerine Sorular," *Muhafazakâr Düşünce Dergisi*, Cilt 9, Sayı 35, Mart 2013, s.248-249.



23.11.2018 tarihli Yükseköğretim Kalite Güvencesi ve Yükseköğretim Kalite Kurulu Yönetmeliği'ne göre üniversitelerde bu komisyonun başkanlığını rektör, rektörün bulunmadığı zamanlarda ise rektörün görevlendireceği rektör yardımcısı yapmaktadır. Uygulamada ise kalite komisyonları üzerinden ilerleyen bu sürecin temel aktörleri rektör yardımcılardır. Rektör yardımcılarının idari bir makam olarak kabul edilmemelerine rağmen, idari hizmetlerin iyileştirilmesinin hedeflendiği süreçlerin temel koordinatörü olmanın ötesinde yürütücülük görevleri de içerecek biçimde komisyonun başkanlığını üstlenmeleri bir çelişki olarak görülebilir. Benzer şekilde 18.06.2020 tarihli Yükseköğretim Kurumları Döner Sermaye İşletmelerinin Kurulmasına İlişkin Yönetmelik hükümlerine göre üniversitelerin yönetim kurulları döner sermaye işletmesini idare etmek üzere yürütme kurulu oluşturabilir ve yetkilerini uygun gördüğü ölçüde yürütme kuruluna devredebilir. Yürütme kurulu, ilgili yükseköğretim kurumunun yönetim kurulu tarafından seçilecek bir rektör yardımcısı, üç öğretim elemanı (dekan ve yükseköğretim müdürü de olabilir) ve döner sermaye işletme müdürü olmak üzere beş kişiden oluşur. Yönetmelikte yürütme kurulu açısından bir başkanlık makamı öngörülmesi de uygulamada bu yürütme kurullarının başkanlığı görevini ağırlıklı olarak rektör yardımcılarını üstlenmektedir.

Üniversitelerin kurumsal internet sayfalarındaki rektör yardımcılarının görev dağılımlarına bakıldığında, teşkilatlanma açısından genel sekreterliğe bağlı olan daire başkanlıklarının rektör yardımcılarını arasında bölüştürüldüğüne ve rektör yardımcılarının daire başkanlıklarından sorumlu olduklarına tanıklık edilmektedir. Rektör yardımcılarının görev dağılımlarının belirlenmesinde akademik uzmanlık alanlarının göz önünde bulundurulması oldukça önemlidir.<sup>[47]</sup> Örneğin; sağlık bilimleri temel alanında görevli rektör yardımcısının üniversitenin sağlık yönetimi politikalarından, hukuk temel alanında görevli rektör yardımcısının üniversitenin genel hukuki konularından, eğitim bilimleri temel alanında görevli rektör yardımcısının üniversitenin eğitim-öğretim politikalarından, mühendislik temel alanında görevli rektör yardımcısının üniversitenin altyapı ve üstyapı konularından sorumlu olması beklenir. Konuyla ilgili alan araştırmalarından rektörlerin,

[47] Cemalettin İpek, "Yönetim Bilimindeki Gelişmeler Bağlamında Eğitim Yönetimi ve Yeni Üniversiteler" in Necmettin Tozlu, Vefa Taşdelen ve Mehmet Önal (Ed.), *Dünyada ve Türkiye'de Üniversite*, Ankara, Bayburt Üniversitesi Yayınları, 2016, s.377-397.

görev dağılımı yaparken bu durumu göz önünde bulundurdıklarına ulaşılmaktadır<sup>[48]</sup>. Mali konularda görevlendirilen rektör yardımcılarının ilgili konularda uzmanlığı olan akademisyenler arasından seçilmesinin önemi açık olmakla birlikte<sup>[49]</sup> özel nitelik gerektiren bu gibi konularda rektör yardımcılığına akademisyen olmayan kişilerin de atanabilmesine yönelik öneriler, YÖK tarafından yasa tasarısı önerisi olarak 1996 yılında Başbakanlığa sunulmuştur<sup>[50]</sup>.

YÖK, değişik zamanlarda hazırladığı başka raporlarda da rektör yardımcılığına akademisyen olmayan kişilerin atanabilmesi konusunda, üniversite yönetimlerine inisiyatif sağlanması gerekliliğini vurgulamaktadır<sup>[51]</sup>. Üniversite yöneticilerinin görev ve yetki alanlarının tam olarak belirlenmemesinin üniversitelerde yetki ve fonksiyon açısından çatışmalara yol açtığı bilirse de<sup>[52]</sup> günümüzde üniversitelerin çoğunluğunda rektör yardımcılarının görev dağılımı ayrıntılı olarak tespit edilmekte ve kamuoyuna sunulmaktadır. Bunun yanında Sayıştay'ın güncel kararlarında rektör yardımcılarının harcama yetkilisi olarak belirlenmesi<sup>[53]</sup> ve kantinlerin

[48] Emin Öztürk, *Rektör Bakış Açısıyla Türkiye'de Üniversite Yönetimi: Yönetim Süreçleri Kapsamında Nitel Bir Analiz*, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Bertan Akyol) Aydın Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eğitim Bilimleri Ana Bilim Dalı, 2022, s.67.

[49] Türker Kurt, Bekir Gür ve Zafer Çelik, "Türkiye Yükseköğretim Sisteminde Reform İhtiyacı ve Devlet Üniversitelerinde Mütevelli Heyeti Yönetiminin Uygulanabilirliği", *Eğitim ve Bilim*, Cilt 42, Sayı 189, Şubat 2017, s.59.

[50] YÖK, *Türk Yükseköğretim Sistemi 1994-1995'ten 1995-1996'ya Gelişmeler*, 1996, s.97; YÖK, *Türk Yükseköğretiminin Bugünkü Durumu*, 1998, s.107-108; YÖK, *Türk Yükseköğretiminin Bugünkü Durumu*, 2000, s.142-143.

[51] YÖK, *Türkiye'nin Yükseköğretim Stratejisi*, 2007, s.54.

[52] Mehmet Meccek ve Hüsna Doğan, "Müdür Yardımcıları ve Yüksek Okul Sekreteri Arasındaki Ast-Üst İlişkisi Örneği Esasında Meslek Yüksekokullarında Yaşanan Görev ve Yetki Uyuşmazlıkları ve Çözüm Önerileri," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 22, Sayı 1, Haziran 2014, s.27-57; Fatih Mehmet Çuhadar, *Akademisyenlerin Çatışma Nedenleri ve Sonuçları*, Konya, Eğitim Yayınevi, 2019, s.27.

[53] Sayıştay Temyiz Kurulu, 13/03/2012 Tarih ve 2007/35170 Dosya ve 2012/34577 Tutanak Numaralı Kararı; Sayıştay Temyiz Kurulu, 15/01/2013 Tarih ve 2008/35230 Dosya ve 2013/36118 Tutanak Numaralı Kararı; Sayıştay Temyiz Kurulu, 21/01/2014

kiralınması gibi salt idari nitelikteki işlemlerin rektör yardımcısı onayı ile yapılması<sup>[54]</sup>; rektör yardımcılığı makamının akademik olmasının yanı sıra idari bir yönünün de bulunduğunu göstermektedir. Sayıştay, rektör yardımcısının açıkça görevlendirilmediği durumlarda veya yalnızca bir daire başkanlığının rektör yardımcısına bağlı olması durumlarında, rektör yardımcısının mali sorumluluğunun doğmadığına işaret etmektedir<sup>[55]</sup>. Ancak Sayıştay'ın; sürece onay, izin vb. idari işlemlerle müdahil olan rektör yardımcısının sorumluluğunun doğduğuna<sup>[56]</sup> ve imzaladığı protokollere dayanan hukuka aykırı ödemelerden de sorumlu olduğuna yönelik kararları<sup>[57]</sup>, rektör yardımcılığının salt akademik bir makam olmadığı tezini güçlendirmektedir.

---

Tarih ve 2006/31023 Dosya ve 2014/38286 Tutanak Numaralı Kararı; Sayıştay Temyiz Kurulu, 13/09/2017 Tarih ve 2012/39559 Dosya ve 2017/43268 Tutanak Numaralı Kararı; Sayıştay Temyiz Kurulu, 04/04/2018 Tarih ve 2012/39559 Dosya ve 2017/44274 Tutanak Numaralı Kararı; Sayıştay Temyiz Kurulu, 14/02/2018 Tarih ve 2013/40012 Dosya ve 2013/44068 Tutanak Numaralı Kararı; Sayıştay Temyiz Kurulu, 12/02/2020 Tarih ve 2014/40931 Dosya ve 2020/47209 Tutanak Numaralı Kararı; Sayıştay Temyiz Kurulu, 05/12/2018 Tarih ve 2013/40012 Dosya ve 2018/45398 Tutanak Numaralı Kararı; Sayıştay Temyiz Kurulu, 12/02/2020 Tarih ve 2014/40922 Dosya ve 2020/47208 Tutanak Numaralı Kararı; Sayıştay Temyiz Kurulu, 21/09/2022 Tarih ve 2019/50801 Dosya ve 2022/52332 Tutanak Numaralı Kararı; Sayıştay Temyiz Kurulu, 14/12/2022 Tarih ve 2018/46692 Dosya ve 2022/52601 Tutanak Numaralı Kararı.

- [54] Sayıştay Temyiz Kurulu, 27/06/2018 Tarih ve 2014/41366 Dosya ve 2018/44731 Tutanak Numaralı Kararı.
- [55] Sayıştay 7. Daire, 22/10/2020 Tarih ve 2018/409 Dosya ve 2020/167 İlam Numaralı Kararı.
- [56] Sayıştay Temyiz Kurulu, 26/04/2016 Tarih ve 2011/39157 Dosya ve 2016/41829 Tutanak Numaralı Kararı; Sayıştay 2. Daire, 15/05/2014 Tarih ve 2012/35208 Dosya ve 2014/223 İlam Numaralı Kararı; Sayıştay 2. Daire, 25/11/2014 Tarih ve 2013/35265 Dosya ve 2014/97 İlam Numaralı Kararı; Sayıştay 2. Daire, 22/01/2015 Tarih ve 2013/35287 Dosya ve 2015/134 İlam Numaralı Kararı; Sayıştay 5. Daire, 22/09/2020 Tarih ve 2018/433 Dosya ve 2020/173 İlam Numaralı Kararı.
- [57] Sayıştay Temyiz Kurulu, 22/06/2022 Tarih ve 2012/39106 Dosya ve 2022/52237 Tutanak Numaralı Kararı; Sayıştay 2. Daire, 16/09/2014 Tarih ve 2011/35244 Dosya ve 2014/154 İlam Numaralı Kararı.

## VI. ARAŞTIRMAYA İLİŞKİN BİLGİLER

### A) ARAŞTIRMANIN AMACI VE ARAŞTIRMA SORULARI

Bu çalışmada, yukarıda kavramsal ve yasal dayanaklarından bahsedilen rektör yardımcılığı makamının Türkiye’deki uygulamasına yönelik bilgiler sunulduktan sonra hâlihazırda görev yapan rektör yardımcılarının profilinin incelenmesi amaçlanmaktadır.

Bu çerçevede çalışmada yanıt verilen araştırma soruları aşağıda sıralı bir biçimde sunulmaktadır:

- Rektör yardımcılarının cinsiyet dağılımı nasıldır?
- Rektör yardımcılarının doçentlik temel alanlarına göre dağılımı nasıldır?
- Rektör yardımcılarının profesörlük sürelerine yönelik dağılımı nasıldır?
- Rektör yardımcılarını kariyerlerinde hangi idari görevleri yerine getirmiştir?
- Mevcut rektörler arasından kariyerinde rektör yardımcılığı görevi olanların oranı kaçtır?

### B) ARAŞTIRMANIN ÖRNEKLEMİ

Bu çerçevede araştırmanın örneklemini 2024 Ocak ayında faaliyetini sürdüren 129 devlet üniversitesi oluşturmaktadır. Vakıf üniversitelerinin araştırma evreninde yer almasına rağmen örnekleme dâhil edilmemesinin nedeni, özellikle küçük ölçekli vakıf üniversitelerinin uygulamada idari açıdan birçok standarttan uzak olmasıdır.

Devlet üniversitelerinde toplam 350 adet rektör yardımcısı görev yapmaktadır. Ayrıca rektör yardımcısı sayısı kurumdan kuruma değişiklik göstermektedir. Bu bağlamda devlet üniversitelerinin rektör yardımcısı sayısına göre dağılımı Tablo 1’de gösterilmektedir.

**Tablo 1: Devlet Üniversitelerinin Rektör Yardımcısı Sayısına Göre Dağılımı**

<i>Rektör Yardımcısı Sayısı</i>	<i>Üniversite Sayısı</i>	<i>Dağılım Oranı</i>
1	7	%5,43
2	33	%25,57
3	82	%63,57
4	4	%3,10
5	3	%2,33
<i>Toplam</i>	<i>350</i>	<i>%100</i>

Yukarıda ifade edildiği gibi rektör, en çok üç adet aylıklı profesörü rektör yardımcısı olarak atayabilmektedir. Buradan hareketle, iki ve üç rektör yardımcısının atandığı üniversite sayısının diğerlerine nazaran fazla olması, söz konusu normun bir sonucu olarak yorumlanabilir. Yalnızca bir rektör yardımcısının atandığı yedi üniversiteye bakıldığında ise bunlardan dördünün 2016, diğer üçünün de 2007 yılından sonra kurulduğu; üstelik bunlardan ikisinin “profesör” ünvanlı akademisyen sayısının en az olduğu ilk on devlet üniversitesi arasında yer aldığı görülmektedir.

Kanun koyucu, rektör yardımcısı sayısı bağlamında bir üst sınır öngörmesine rağmen asgari bir sayı öngörmemiştir. Bu doğrultuda rektörlerin bir veya iki rektör yardımcısı görevlendirme konusunda takdir yetkisinin olduğu açıktır. Bununla birlikte 2547 sayılı Kanun’un, üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları ve dekan yardımcısı, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve yardımcısı ile üniversite genel sekreterleri hakkında son soruşturma açılıp açılmaması konusunda, rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen rektör yardımcısından oluşacak üç kişilik kurulun yetkili olduğuna dair hükmü gereği sadece bir rektör yardımcısının görevlendirildiği durumlarda bu kurulun hukuken teşekkül etmesi mümkün olmamaktadır. Bu durumda ilgili kurul Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından oluşturulduğundan<sup>[58]</sup>, bir rektör yardımcısı görevlendirilmesi uygulamasının son soruşturma gibi hassas ve zaman zaman sıklıkla başvurulması gereken bir konuyla ilgili üniversite bünyesinde gerekli kurumsal yapıların teşkil edilememesi gibi çok da tercih edilmeyecek bir duruma sebebiyet verebileceği ifade edilebilir.

[58] Danıştay 1. Daire, 07/06/2017 Tarih ve E. 2017/819, K.2017/1136 Sayılı Kararı.

Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) tarafından yayımlanan 2023 Yükseköğretim Programları ve Kontenjanları Kılavuzu’na göre akademik teşkilatında açıköğretim yoluyla öğretime devam eden bölüm ve programı olan dört üniversite bulunmaktadır. Bunlar; Anadolu Üniversitesi, İstanbul Üniversitesi, Ankara Üniversitesi ve Atatürk Üniversitesidir. 2547 sayılı Kanun’un verdiği cevaz doğrultusunda bu üniversitelerin rektörleri, beş adet rektör yardımcısı atayabilmektedir. Söz konusu üniversitelerden Ankara ve Atatürk Üniversitelerinde beş, Anadolu Üniversitesinde dört, İstanbul Üniversitesinde ise üç rektör yardımcısı mevcuttur.

Şüphesiz rektör yardımcısı sayısı konusunda 2547 sayılı Kanun’da her ne kadar bir üst sınır koyulsa da bu sayıdan daha az rektör yardımcısı atamak rektörün takdirindedir. Bu durum bazen idari teamüllerden bazen de rektörün yönetim tarzından kaynaklanmaktadır. Örneğin 31 Temmuz 2023 tarihinde rektörü değişen ve akademik teşkilatında açıköğretim yoluyla öğretime devam eden bölüm ve programı olan İstanbul Üniversitesinde önceki dönem beş rektör yardımcısı görevli iken, mevcut dönemde üç rektör yardımcısı bulunmaktadır.

Öte yandan, akademik teşkilatında açıköğretim yoluyla öğretime devam eden bölüm ve program olmamasına rağmen dört üniversitede üçten fazla rektör yardımcısı atanması hususunun altını çizmekte fayda vardır. Bu üniversitelerde üçten fazla rektör yardımcısı atanmasının “tedviren atama” ile gerekçelendirildiği görülmektedir.

Bilindiği üzere kanuni dayanağı olmayan<sup>[59]</sup> ve bu yönüyle kanuni idare ilkesine de aykırılık teşkil eden<sup>[60]</sup> tedviren atama usulünün hukuki mesnedi 17.05.1987 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 99 Seri Numaralı Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliği’nin 2. maddesinde yer alan ifadedir:

*Asilde aranan şartlara sahip vekil memur bulunamadığı takdirde, hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir görevin öncelikle varsa*

[59] Selman Sacit Boz, “Tedviren Görevlendirme Usulünün Hukukiliği ve Sonuçları,” *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1, Haziran 2023, s.197.

[60] Ayşe Aslı Yücesoy, “Kanuni İdare İlkesi Çerçevesinde Tedviren Görevlendirme Usulü,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 26, Sayı 1, Nisan 2018, s.143.

*yardımcıları yoksa asilde aranan şartlara en yakın personel tarafından tedviren gördürülmesi mümkün görülmektedir.*

Madde hükmünden anlaşıldığı üzere tedviren atamanın gerçekleştirilmesi açısından iki temel koşul bulunmaktadır. Birincisi, boş bir kadro olması; ikincisi de asil için aranan şartlara sahip personelin bulunmamasıdır. Akademik teşkilat açısından bir örnek vermek gerekirse 2547 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre bölüm başkanı, bölümün aylıklı profesörleri, bulunmadığı takdirde doçentleri, doçent de bulunmadığı takdirde doktor öğretim üyeleri arasından atanmaktadır. Örneğin bir bölümde sadece öğretim görevlisi kadrosunda öğretim elemanı varsa, hatta bu öğretim görevlileri arasında doçent unvanı almış öğretim elemanı olsa dahi doçent kadrosuna atanmamışsa (aylıklılık değil ise), bu öğretim görevlisinin bölüm başkanlığına atanmasına yönelik işlem tedviren atama olarak kabul edilebilir. Bu doğrultuda bölüm başkanlığı kadrosunun boş olması ve kadrolu öğretim üyesi bulunmaması durumunda öğretim görevlisi kadrosunda görevli bir öğretim elemanının tedviren bölüm başkanı olarak atanması kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi açısından bir gereklilik olmakla birlikte tedviren atamaya ilişkin şekil şartlarını da taşıdığı ifade edilebilir.

Üçten fazla rektör yardımcısı uygulamasında hem boş bir kadro olmaması hem de üniversitede aylıklı profesör olduğu gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, kanuni dayanaktan yoksun olan tedviren atamanın şartlarının dahi gerçekleşmediği açıktır.

Buradan hareketle akademik teşkilatında açıköğretim yoluyla öğretime devam eden bölüm ve program olmamasına rağmen üçten fazla rektör yardımcısı atayan üniversitelerde mevcut durumunun hukuki dayanak açısından tartışmalı oluşuna dikkat çekilmekle birlikte, üniversitelerin gelişen idari ve akademik ihtiyaçları göz önünde bulundurularak rektör yardımcısı sayısı konusunda yeni bir düzenleme yapılmasının gerekliliği ifade edilebilir.

### C) ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ

Çalışmada nitel bir veri analiz yöntemi olarak doküman analizi kullanılmıştır<sup>[61]</sup>. Rektör yardımcılarında ait veriler sırasıyla, üniversitelerin kurumsal internet sayfalarından, Yükseköğretim Akademik Arama (YÖKAKADEMİK) arayüzünden ve rektör yardımcılarının kişisel akademik sayfalarından elde edilmiştir. Ardından söz konusu verilere ilişkin dağılım oranları ve istatistiklerden istifade edilerek rektör yardımcılarının profiline ilişkin bulgulara ulaşılmıştır.

### D) ARAŞTIRMANIN BULGULARI

#### 1- Rektör Yardımcılarının Cinsiyet Dağılımı

Devlet üniversitelerindeki rektör yardımcılığı görevindeki kadın oranı, 2020 tarihli bir araştırmada %9, 2017 tarihli bir araştırmada ise %11 olarak tespit edilmiştir<sup>[62]</sup>. 2014 tarihli bir araştırmada devlet üniversitelerinin %14,3'ünde kadın rektör yardımcısının görevlendirildiği ifade edilmiştir<sup>[63]</sup>. Kadın rektör yardımcısı oranının 2005 tarihli ve on altı üniversiteyi kapsayan diğer bir araştırmada %11, 2010 tarihli bir araştırmada tüm üniversitelerde %7 ve 2023 tarihli diğer bir araştırmada ise yine tüm üniversitelerde %17 olarak tespit edildiği görülmektedir<sup>[64]</sup>.

[61] Bilgen Kırıl, "Nitel Bir Veri Analizi Yöntemi Olarak Doküman Analizi," *Siirt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 8, Sayı 15, Haziran 2020.

[62] Sibel Hoştut, "Türkiye'de Devlet Üniversitelerinin Yönetim Kurullarında Kadın Temsili," *Akdeniz Kadın Çalışmaları ve Toplumsal Cinsiyet Dergisi*, Cilt 3, Sayı 2, Kasım, 2020, s.261; Ahmet Tunç, "Türk Kamu Personel Yönetiminde Yönetici Kadınların Oranı: Devlet Üniversiteleri Açısından Bir İnceleme," *Yasama Dergisi*, Sayı 32, Ocak 2017, s.77.

[63] Ezgi Cevher, "Üniversite Yönetimlerinde Cinsiyete Dayalı Mesleki Ayrımcılığın Araştırılması," *Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*, Cilt 3, Sayı 2, Aralık 2014, s.119.

[64] Edip Örucü, Recep Kılıç ve Taha Kılıç, "Cam Tavan Sendromu ve Kadınların Üst Düzey Yönetici Pozisyonuna Yükselmelerindeki Engeller: Balıkesir İli Örneği," *Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, Sayı 2, Haziran 2007, s.122; Özlem Özkanlı, "Türkiye'de Üniversitelerde Üst Düzey Kadın Yöneticilerin Karşılaştıkları Kültürel ve Yapısal Engeller," *Mülkiye Dergisi*, Sayı 268, Şubat 2010, s.267; Hilmiye Kısa, Meltem Akca ve Ceyhan Yıldırım, "Kadınların Üst Yönetimdeki Görünürlüğü: Yükseköğretim



Bu araştırma örneğinde incelenen 129 devlet üniversitesinde görevli 350 rektör yardımcısının 50'sinin (%14,29) kadın olduğu tespit edilmiştir. Yaklaşık yirmi yıllık süreç incelendiğinde rektör yardımcılığı makamında kadın temsili konusunda kayda değer bir artış olduğunu söylemek oldukça güçtür.

17.01.2024 tarihli YÖK istatistiklerine göre devlet üniversitelerinde görevli profesör sayısının 30.334 ve bunlardan 10.338'inin (%34,8) kadın olduğu göz önünde bulundurulduğunda rektör yardımcılığı makamında kadın temsiline düşük olduğu daha açık bir şekilde görülmektedir.

## 2- Rektör Yardımcılarının Doçentlik Temel Alanlarına Göre Dağılımı

Rektör yardımcılarının doçentlik temel alanlarına göre gruplandırılması, rektör yardımcılığı makamına hangi temel alanlarda uzman olan kişilerin atandığını görmek ve bu çerçevede bir rektör yardımcısı profiline ulaşmak açısından son derece önemlidir.

Tablo 2'de söz konusu gruplandırmaya ilişkin veriler ve ilgili temel alanlardaki toplam profesör sayıları karşılaştırmalı bir şekilde yer almakta ve buradan hareketle çeşitli oranlara ulaşılmaktadır. Doçentlik temel alanındaki rektör yardımcısı sayısının ilgili alandaki profesör ünvanlı akademisyen sayısına oranının en yüksek olduğu temel alanlar sırasıyla; "Hukuk", "İlahiyat", "Mühendislik" ve "Sosyal, Beşerî ve İdari Bilimler" iken, bu oranın en düşük olduğu temel alanlar "Spor", "Güzel Sanatlar" ve "Filoloji" şeklinde ortaya çıkmaktadır.

**Tablo 2: Rektör Yardımcılarının Doçentlik Temel Alanlarına Göre Dağılımı**

Doçentlik Temel Alanı	Rektör Yardımcısı Sayısı	Rektör Yardımcısı Oranı	Profesör Sayısı	Rektör Yardımcısı / Profesör Oranı
Mühendislik	76	%21,71	4.366	%1,74
Sosyal, Beşerî ve İdari Bilimler	74	%21,14	4.823	%1,53
Sağlık Bilimleri	68	%19,43	10.344	%0,66
Fen Bilimleri ve Matematik	50	%14,28	4.005	%1,25

Kurumlarında Bir Araştırma," *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Sayı 3, Ekim 2023, s.845.

Türkiye'de Devlet Üniversitelerinde Rektör Yardımcılığı:  
Mevzuat, Uygulama ve Profil Üzerine Bir Araştırma

Ziraat ve Orman ve Su Ürünleri	27	%7,71	1.798	%1,50
Eğitim Bilimleri	18	%5,14	1.536	%1,17
İlahiyat	14	%4,00	801	%1,75
Hukuk	8	%2,28	313	%2,56
Filoloji	5	%1,42	784	%0,64
Güzel Sanatlar	4	%1,14	649	%0,62
Mimarlık-Planlama-Tasarım	4	%1,14	473	%0,85
Spor	2	%0,57	354	%0,57
<i>Toplam</i>	<i>350</i>	<i>%100</i>	<i>30.246</i>	

“Hukuk” ve “Sosyal, Beşerî ve İdari Bilimler” temel alanlarının rektör yardımcılığı oranı anlamında ön plana çıkması; “Spor”, “Güzel Sanatlar” ve “Filoloji” temel alanlarından daha az rektör yardımcısı atanması; rektörlerin yardımcı atarken hukuki ve idari donanımlarından istifade etme yönünde bir eğilim ortaya koyduklarını ve rektör yardımcılığını idari yönü ağır basan bir pozisyon olarak algıladıklarını göstermektedir.

Paralel olarak “Eğitim Bilimleri” temel alanındaki rektör yardımcısı sayısının azlığı, yine söz konusu makamın akademikten ziyade idari yönünün önemsendiği sonucunu desteklemektedir.

Sağlık bilimleri temel alanlı rektör yardımcısı sayısı yüksek, oranı ise düşüktür. Sağlık bilimleri temel alanlı rektör yardımcısı sayısının yüksek olması, üniversitelerin toplumsal katkı anlamında lokomotif olan üniversite hastaneleri gibi idari yönü baskın olan konularda rektörlerin, alan tecrübesini önemsediklerine işaret etmektedir. Bununla birlikte sağlık bilimleri alanında rektör yardımcısı oranının düşük olması ise ilgili alandaki profesör sayısının açık ara en fazla olmasından kaynaklanmaktadır.

Diğer taraftan mühendislik temel alanlı rektör yardımcısı sayısı ve oranının yüksekliği ise rektör yardımcılığının akademik bir görev olarak algılandığı izlenimi uyandırmaktadır. Mühendislik temel alanlı rektör yardımcılarında bakıldığında özellikle teknik üniversitelerin ön plana çıktığı göze çarpmaktadır. Teknik üniversitelerin rektör yardımcılığı kadrolarının tamamının veya çok büyük bir çoğunluğunun mühendislik temel alanından olduğu görülmektedir. Örneğin, altı adet teknik üniversitede, mühendislik temel alanına mensup toplamda on sekiz rektör yardımcısı görev yapmaktadır.

### 3- Rektör Yardımcılarının Profesörlük Sürelerine Göre Dağılımı

Türkiye’de bir akademisyenin lisans mezuniyetinden yaklaşık 15-20 yıl sonra profesör ünvanını alabildiği söylenebilir. Buradan hareketle rektör yardımcılığının, kırklı yaşlardan itibaren akademisyenlerin üstlenebildikleri görev ve sorumluluklar arasında yer aldığı ileri sürülebilir.

Tablo 3, devlet üniversitelerinde görev yapan rektör yardımcılarının profesörlük sürelerine göre dağılımını göstermektedir.

**Tablo 3: Rektör Yardımcılarının Profesörlük Sürelerine Göre Dağılımı**

Profesör Süresi	Rektör Yardımcısı Sayısı	Rektör Yardımcısı Oranı
1-2 Yıl	36	%10,28
3-5 Yıl	85	%24,29
5-10 Yıl	127	%36,29
10-20 Yıl	89	%25,43
20 Yıl Üzeri	13	%3,71
<i>Toplam</i>	<i>350</i>	<i>%100</i>

Tablo 3’e bakıldığında rektörlerin, profesörlük süresi 1-2 yıl olan veya 20 yıl üzeri olan akademisyenleri daha az tercih ettiği görülmektedir. Bu bağlamda profesörlük süresi 5-10 yıl arasında olanların en çok tercih edildiği, bunları sırasıyla 3-5 yıl ve 10-20 yıl profesörlük süresi olan akademisyenlerin takip ettiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Öte yandan, örnekleme yer alan 350 rektör yardımcısının ortalama profesörlük süresinin yaklaşık sekiz buçuk yıl olduğu tespit edilmiştir.

### 4- Rektör Yardımcılarının İdari Deneyimlerine Göre Dağılımı

Rektör yardımcılarının idari deneyimleri ya da daha açık bir ifadeyle akademik teşkilatların zirve makamlarında görev yapıp yapmadıkları, profil açısından incelenmeye değer bir başka konudur. Söz konusu dağılım Tablo 4’te gösterilmektedir.

**Tablo 4: Rektör Yardımcılarının İdari Deneyimlerine Göre Dağılımı**

Makam	Rektör Yardımcısı Sayısı	Oran
Dekanlık	176	%50,29
Enstitü Müdürlüğü	33	%9,42
Meslek Yüksekokulu / Yüksekokul Müdürlüğü	22	%6,28
Bölüm Başkanlığı	43	%12,28
İdari Görev Yok	76	%21,71
<i>Toplam</i>	<i>350</i>	<i>%100</i>

Yukarıdaki tabloda istatistiksel bütünlüğü sağlamak adına rektör yardımcılarının daha önceki idari deneyimlerinden daha kıdemli olduğu kabul edilen (kıdem sıralaması: dekanlık, enstitü müdürlüğü, meslek yüksekokulu müdürlüğü, bölüm başkanlığı) ilk görev esas alınmış diğer görevler ise ihmal edilmiştir. Örneğin rektör yardımcısı daha önceden hem bölüm başkanlığı hem de dekanlık yapmışsa, sadece dekanlık esas alınmıştır.

Rektör yardımcılarının yaklaşık yarısının daha önceden dekanlık görevini yürütmüş olması, dekanlık görevinin rektör yardımcılığı görevinden önce önemli bir yöneticilik basamağı olduğu ve rektörlerin rektör yardımcısı atama sürecinde bu hususu göz önünde bulundurduğu savını güçlendirmektedir. Bu bağlamda mevcut rektör yardımcılarının %9,42’sinin enstitü müdürlüğü ve %6,28’inin ise yüksekokul (YO) / meslek yüksekokulu (MYO) müdürlüğü yapmış olması dikkat çekmektedir. Öte yandan yapılan inceleme sonucunda 350 rektör yardımcısından 76’sının (%21,7) yukarıda sıralanan makamlara ilişkin bir deneyiminin bulunmadığı tespit edilmiştir.

### 5- Rektörlerin Rektör Yardımcılığı Deneyimine Göre Dağılımı

Rektör yardımcılığı Anayasa Mahkemesi tarafından üst düzey bir kamu görevi olarak tanımlanmaktadır<sup>[65]</sup>. Bu doğrultuda “Ulusal ve Resmî Bayramlar ile Mahallî Kurtuluş Günleri, Atatürk Günleri ve Tarihî Günlerde Yapılacak Tören ve Kutlamalar Yönetmeliği” hükümlerine göre başkent dışındaki illerde tebrikata giriş sırasında rektör yardımcıları, vali yardımcılar, kaymakamlar, il genel kolluğunun en üst amirleri, il genel meclisi başkanı ile ilçe belediye başkanlarından hemen sonra altıncı sırada genel ve özel bütçeli

[65] Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü, 16/7/2014 Tarih ve 2012/1184 Başvuru Numaralı *Nilgün Halloran* Kararı, § 62.

kuruluşların üst yöneticileri, valilikçe belirlenecek sayıda silahlı kuvvetler mensupları, hakimler, savcılar, noter odası başkanı, iktidar partisi, ana muhalefet partisi ve TBMM’de grubu bulunan diğer partilerin (alfabetik sıraya göre) il başkanlarından önce tebrikata girmeleri, rektör yardımcılarının protokoldeki yerini göstermesi açısından önemlidir. Benzer şekilde “Sayın Cumhurbaşkanı Tarafından Uygun Bulunan Başkent Protokol Listesi”ne göre Ankara’daki üniversitelerin rektör yardımcılarının; Yüksek Seçim Kurulu Üyeleri, merkez valileri ve büyükelçileri, Devlet Denetleme Kurulu Üyeleri, Kamu Denetçiliği Kurumu Denetçileri, Tuğgeneraller / Tuğamiraller ve YÖK Genel Sekreterinden önce tebrikata girmeleri rektör yardımcılarının protokoldeki yeri açısından bir diğer önemli uygulamadır<sup>[66]</sup>.

Yükseköğretim kurumlarına ilişkin mevzuat ve uygulama, üniversitelerin akademik ve idari teşkilatlanmasında rektör yardımcılarının önemini ön plana çıkarmaktadır. Rektör yardımcılarının görev yoğunluğunun artması ve yetki alanlarının sürekli olarak genişlemesi, mevcut rektör yardımcılarının gelecekte rektörlük için en güçlü adaylar olduğu ya da başka bir deyişle rektörlük kariyeri açısından rektör yardımcılığının önemli bir basamak olduğu yönündeki düşünceleri güçlendirmektedir. Mevcut rektörler arasında önceden rektör yardımcılığı görevini ifa edenlerin oranının da yer aldığı Tablo 5, bu konuda bir fikir vermektedir.

**Tablo 5: Rektörlerin İdari Deneyimlerine Dağılımı**

Makam	Rektör Sayısı	Oran
Rektör Yardımcılığı	43	%33,33
Dekanlık	29	%22,48
Enstitü Müdürlüğü	9	%6,97
Meslek Yüksekokulu / Yüksekokul Müdürlüğü	9	%6,97
Bölüm Başkanlığı	15	%11,62
İdari Görev Yok	24	%18,60
<i>Toplam</i>	<i>129</i>	<i>%100</i>

Yukarıdaki tabloda istatistiksel bütünlüğü sağlamak adına rektörlerin daha önceki idari deneyimlerinden daha kıdemli olduğu kabul edilen

[66] Ankara Valiliği, “Sayın Cumhurbaşkanı Tarafından Uygun Bulunan Başkent Protokol Listesi”, <http://ankara.gov.tr/kurumlar/ankara.gov.tr/ankara2017/dosyalar/2018/BaskentProtokolListesi.pdf>, Erişim Tarihi: 10 Ocak 2024.

Türkiye'de Devlet Üniversitelerinde Rektör Yardımcılığı:  
Mevzuat, Uygulama ve Profil Üzerine Bir Araştırma

(kıdem sıralaması: rektör yardımcılığı, dekanlık, enstitü müdürlüğü, meslek yüksekokulu müdürlüğü, bölüm başkanlığı) ilk görev esas alınmış diğer görevler ise ihmal edilmiştir. Örneğin rektör daha önceden hem rektör yardımcılığı hem de dekanlık yapmışsa, sadece rektör yardımcılığı esas alınmıştır. 2014 tarihli bir araştırmada devlet üniversiteleri rektörlerinin %8,8'inin daha önceden rektör yardımcılığı görevinde bulunduğu tespit edilmiştir<sup>[67]</sup>. Tablo 5'in ilk satırında 2024 Ocak ayı için bu oranın %33,33 olarak tespit edildiği görülmektedir.

**Tablo 6: Rektörlerin Doçentlik Temel Alanlarına Göre Dağılımı**

Doçentlik Temel Alanı	Rektör Sayısı	Rektör Oranı	Profesör Sayısı	Rektör / Profesör Oranı
Mühendislik	29	%22,48	4.366	%0,66
Sosyal, Beşeri ve İdari Bilimler	32	%24,81	4.823	%0,66
Sağlık Bilimleri	27	%20,93	10.344	%0,26
Fen Bilimleri ve Matematik	13	%10,08	4.005	%0,32
Ziraat ve Orman ve Su Ürünleri	3	%2,326	1.798	%0,17
Eğitim Bilimleri	4	%3,101	1.536	%0,26
İlahiyat	14	%10,85	801	%1,75
Hukuk	4	%3,101	313	%1,28
Filoloji	1	%0,775	784	%0,13
Güzel Sanatlar	1	%0,775	649	%0,15
Mimarlık-Planlama-Tasarım	0	%0	473	%0
Spor	1	%0,775	354	%0,28
<i>Toplam</i>	<i>129</i>	<i>%100</i>	<i>30.246</i>	<i>%100</i>

Rektörlerin doçentlik temel alanlarının (Tablo-6) rektör yardımcılarının doçentlik temel alanlarıyla (Tablo-2) çapraz analizi yapıldığında; doçentlik temel alanlarında rektör ve rektör yardımcıları oranı bağlamında dengeli bir dağılım olduğu görülmektedir. Bu dağılımdan ayrıık olan ilahiyat temel alanında, ilahiyat temel alanlı rektör oranının ilahiyat temel alanlı rektör yardımcısı oranından anlamlı düzeyde yüksek olduğu, ziraat ve orman ve su ürünleri temel alanlı rektör yardımcısı oranının ziraat ve orman ve su

[67] Erdoğmuş ve Esen, *op. cit.*, s.51.

ürünleri temel alanlı rektör oranından anlamlı düzeyde yüksek olduğu ifade edilebilir.

**Tablo 7: Rektör ve Rektör Yardımcılarının Doçentlik Temel Alanı Uyum Oranı**

Doçentlik Temel Alanı	Uyum Oranı
Mühendislik	%37
Sosyal, Beşerî ve İdari Bilimler	%26
Sağlık Bilimleri	%30
Fen Bilimleri ve Matematik	%31
Ziraat ve Orman ve Su Ürünleri	%44
Eğitim Bilimleri	%8
İlahiyat	%14
Hukuk	%0
Filoloji	%0
Güzel Sanatlar	%50
Mimarlık-Planlama-Tasarım	%0
Spor	%0
<i>Ortalama</i>	<i>%27</i>

Yukarıdaki tabloda rektör ve rektör yardımcılarının doçentlik temel alanı uyumu incelenmiştir. Uyum oranının tespitinde = (Rektörle aynı doçentlik temel alanlı rektör yardımcısı sayısı/toplam rektör yardımcısı sayısı) \*100 formülasyonu uygulanmıştır. Genel anlamda tüm doçentlik temel alanların ortalaması alındığında, rektör ve rektör yardımcılarının doçentlik temel alanları uyumunun %27 olduğu görülmektedir. Bu bağlamda rektörlerin genelde üç rektör yardımcısı atadığı göz önünde alındığında (Tablo-1) bunlardan birini kendi doçentlik temel alanındaki profesörlerden atadığı, diğer ikisini farklı doçentlik temel alanındaki profesörlerden atadığı ifade edilebilir. Üç ve daha az sayıda rektörün olduğu doçentlik temel alanındaki (filoloji, spor, mimarlık-planlama tasarım, ziraat ve orman ve su ürünleri) uyum oranının anlamlı sonuç vermeyeceği varsayıldığında; mühendislik doçentlik temel alanında uyum oranının anlamlı derecede yüksek olduğu, sosyal, beşerî ve idari bilimler, sağlık bilimleri, fen bilimleri ve matematik doçentlik temel alanlarında uyum oranının ortalamaya yakın olduğu görülmektedir. İlahiyat ve eğitim doçentlik temel alanlarında uyum oranının anlamlı derecede düşük olması, hukuk temel alanında uyum oranının %0 olması ise dikkat çekicidir.

**Tablo 7: Rektör ve Rektör Yardımcılarının Doçentlik Temel Alanı Uyum Oranı Dağılımı**

Doçentlik Temel Alanı Uyum Oranı	Frekans
0	57
0-25	2
26-50	47
51-75	14
76-99	0
100	9
<i>Toplam</i>	<i>129</i>

Tablo-7'deki veriler incelendiğinde rektörlerin rektör yardımcısı atama süreçlerinde doçentlik temel alanını ciddi bir argüman olarak değerlendirdiklerini söylemek güçtür. Zira rektörlerin %44'ü aynı doçentlik temel alanından rektör yardımcısı ataması yapmamıştır. Bununla beraber uyum oranının %100 olduğu dokuz üniversitenin biri hariç tamamının teknik üniversite ve sağlık bilimlerine özgülenmiş üniversite olması, teknik üniversite ve sağlık bilimlerine özgülenmiş üniversitelerde uyum oranının %71 olması dikkat çekicidir.

## SONUÇ

Üniversitelerin küreselleşen dünyada değişimin hızını yakalamak gibi bir işleve sahip olmaları, onlar için etkin ve verimli bir teşkilatlanma düzenini zorunlu kılmaktadır. Söz konusu teşkilatlanmanın zirvesinde yer alan rektörlerin; bu bağlamda üniversitelerin kurumsal kimliklerini güçlendirme, kuruluş amaçları doğrultusunda özgün bilimsel çalışmalar yapma, toplumsal katkıyı artırma gibi birçok amaca tüm yükü tek başına üstlenerek ulaşabilmeleri mümkün değildir. Tam da bu noktada rektörlerin en önde gelen destekçileri, aynı zamanda kendilerine vekâlet etme yetkileri bulunan rektör yardımcılarıdır.

Üniversitelerin öğrenci sayılarının ve akademik birimlerinin artması, hedeflerinin çeşitlenmesi, kalite ve uluslararasılaşma çabaları rektör yardımcılarının önemini gün geçtikçe daha da artırmaktadır. Rektör yardımcılarının doçentlik temel alanları, rektörlerin rektör yardımcılığını ağırlıklı olarak idari yönlü bir makam olarak gördükleri savını desteklemektedir. Üstelik mevzuata göre genel sekreterlik hiyerarşisindeki daire başkanlıklarının



rektör yardımcılarının görev alanlarına dâhil edilmesi, uygulamanın teoriden farklı olduğunu göstermektedir. Konuya ilişkin Sayıştay içtihatları da rektör yardımcılığının idari teşkilatlanmadaki yerinin net bir şekilde tespit edilmesinin önemine işaret etmektedir.

Devlet üniversitelerinde görevli kadın profesör sayısına oranla kadın rektör yardımcısı sayısının az olması ve son yirmi yılda bu veri için kayda değer bir artışın yaşanmaması düşündürücüdür. “Kota” benzeri uygulamalar, bu makam için de tartışılabilir. Öte yandan 2547 sayılı Kanun’un rektör yardımcısı sayısına ilişkin üst sınırının bazı üniversiteler açısından yeterli olmadığı ve bu durumun bazen tedviren görevlendirmelerle bazen de rektör yardımcısı yetkisinde rektör danışmanları aracılığıyla aşıldığı görülmektedir. Bu çerçevede daha önceki YÖK önerileri de göz önünde bulundurulmak suretiyle öğrenci ve/veya akademisyen sayısı ölçüt alınarak rektör yardımcısı sayısı belirlenebilir.

Cumhurbaşkanlığının ve YÖK’ün atama politikaları doğrultusunda, çalışmada da görüldüğü üzere rektörlük için rektör yardımcılığı, rektör yardımcılığı için ise dekanlığın birer kariyer basamağı oluşturduğu öne sürülebilir. Ayrıca üniversite yöneticiliğinde deneyim esaslı bir atama politikası yürütülmesinin, üniversitelerin sunduğu kamu hizmeti standardının yükselmesine katkı sağlama potansiyeli taşıdığı ifade edilebilir.

## KAYNAKLAR

- Ankara Valiliği. “Sayın Cumhurbaşkanı Tarafından Uygun Bulunan Başkent Protokol Listesi” <http://ankara.gov.tr/kurumlar/ankara.gov.tr/ankara2017/dosyalar/2018/BaskentProtokolListesi.pdf>. (Erişim Tarihi: 10 Ocak 2024)
- Arıkan, İdil. *Türk Anayasa Hukukunda Yükseköğretim*, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Merih Öden), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Anayasa Hukuku Bilim Dalı, 2011.
- Atanur Başkan, Gülsün, *1750 Sayılı Üniversiteler Kanunu ile 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun Örgüt Yapısı ve Yönetim Süreçleri Açısından Karşılaştırılması*, (Doktora Tezi, Danışman Ziya Bursalıoğlu), Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eğitim Yönetimi, Teftişi, Planlaması ve Ekonomisi Bilim Dalı, 1990.
- Atay, Özlem, Emre Gürgen ve Emre İmamoğlu “Türkiye’de Kadın Akademisyenlerde Algılanan Cam Tavan Sendromu Araştırması”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 13, Sayı 2, Temmuz 2022, s. 170-182.
- Baştürk, Ramazan, “Türkiye’deki Üniversitelere Atanan Rektörlerin Bağlı Oldukları Fakültelere Göre Dağılımının İncelenmesi”, *E-Uluslararası Eğitim Araştırmaları Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, Mart 2011, s. 50-64.
- Boz, Selman Sacit, “Tedviren Görevlendirme Usulünün Hukukiliği ve Sonuçları”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1, Haziran 2023, s. 191-216.
- Can Evren, Çınar, “2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 13/b-4 Hükmü Uyarınca Yapılan Görevlendirmelerin Hukuki Tahlili”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 24, Sayı 3, Temmuz, 2020, s. 305-323.
- Cevher, Ezgi. “Üniversite Yönetimlerinde Cinsiyete Dayalı Mesleki Ayrımcılığın Araştırılması.” *Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*, Cilt 3, Sayı 2, Aralık 2014, s.108-131.

- Çankaya, İbrahim ve Fatih Töremen, “Türkiye, Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri Üniversite Yönetimlerinin Karşılaştırılması”, *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 7, Sayı 13, Mart, 2014, s. 151-163.
- Çuhadar, Fatih Mehmet, *Akademisyenlerin Çatışma Nedenleri ve Sonuçları*, Konya, Eğitim Yayınevi, 2019.
- Dinler, Veysel, “Akademik Özgürlüğün Sınırı Üzerine Sorular”, *Muhafazakâr Düşünce Dergisi*, Cilt 9, Sayı 35, Mart, 2013, s. 239-261.
- Doğan, Süleyman, “2006’dan Sonra Kurulan Üniversitelerde Rektörlerin 2023 Hedefleri.” *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, Sayı 1, Nisan 2017, s. 139-149.
- Doğramacı, İhsan, *Türkiye’de ve Dünyada Yükseköğretim Yönetimi*, Ankara, Meteksan, 2007.
- Durmuş, Oğuzhan. Köken Bilgisi Araştırmalarında Sözcüksel Benzerlikler Nasıl Değerlendirilmelidir? (Türkiye Türkçesi ve Çuvaşça Örneğinde),” *Trakya Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 11, Ocak, 2016, s. 17-35.
- Erdem, Ali Rıza, “Atatürk’ün Liderliğinde Üniversite Reformu: Yükseköğretim ve Bilim Tarihimizde Dönüm Noktası”, *Belgi Dergisi*, Sayı 4, Temmuz 2012, s. 376-388.
- Erdoğan, Nihat ve Murat Esen, “Türkiye’de Üniversite Rektörlerinin Sosyo-Demografik Özellikleri ve Kariyer Hazırlıkları”, *Yükseköğretim Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1, Temmuz 2014, s. 44-53.
- Ergüder, Üstün *et al.* *Neden Yeni Bir Yükseköğretim Vizyonu?*. İstanbul, Sabancı Üniversitesi İstanbul Politikalar Merkezi, 2006.
- Gülmüş, Zehra ve Murat Erbek. “Yükseköğretim Kurumlarında Terminoloji Yönetimi: Türkçe-Almanca Dil Çiftine Yönelik Bir Çalışma”, *III. Uluslararası Sözlükbilimi Sempozyumu Bildiri Kitabı*, Eskişehir, 3-4 Kasım 2016.
- Günay, Durmuş ve Muharrem Kılıç. “Cumhuriyet Dönemi Türk Yükseköğretiminde Rektör Seçimi ve Atamaları.” *Yükseköğretim Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, Haziran 2011, s. 34-44.

- Gürüz, Kemal, *Dünyada ve Türkiye'de Yükseköğretim Tarihçe ve Bugünkü Sevk ve İdare Sistemleri*, Ankara, Cem Ofset, 2003.
- Hoştut, Sibel, "Türkiye'de Devlet Üniversitelerinin Yönetim Kurullarında Kadın Temsili." *Akdeniz Kadın Çalışmaları ve Toplumsal Cinsiyet Dergisi*, Cilt 3, Sayı 2, Kasım 2020, s. 250-269.
- İpek, Cemalettin, "Yönetim Bilimindeki Gelişmeler Bağlamında Eğitim Yönetimi ve Yeni Üniversiteler." in Necmettin Tozlu, Vefa Taşdelen ve Mehmet Önal (Ed.), *Dünyada ve Türkiye'de Üniversite*, Ankara, Bayburt Üniversitesi Yayınları, 2016.
- Kartal, Erdoğan. "Üniversite Kavramına Dair Yabancı Sözcükler Üzerine Köken Bilimsel (Etimolojik) Bir Çözümleme.", *2. Yaşam Boyu Eğitim Dünya Kongresi*, Antalya, 14- 15 Nisan 2017.
- Kavili Arap, Suna, "Türkiye'de Rektör Belirleme Süreci ve 'Mütevelli Heyeti' Tartışmaları", *Memleket Siyaset Yönetim*, Cilt 6, Sayı 16, Aralık 2011, s. 1-32.
- Kıral, Bilgen, "Nitel Bir Veri Analizi Yöntemi Olarak Doküman Analizi", *Siirt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 8, Sayı 15, Haziran 2020, s. 170-189.
- Kısa, Hilmiye, Meltem Akca ve Ceyhan Yıldırım, "Kadınların Üst Yönetimdeki Görünürlüğü: Yükseköğretim Kurumlarında Bir Araştırma", *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 3, Ekim 2023, s. 835-851.
- Kurt, Türker, Bekir Gür ve Zafer Çelik, "Türkiye Yükseköğretim Sisteminde Reform İhtiyacı ve Devlet Üniversitelerinde Mütevelli Heyeti Yönetiminin Uygulanabilirliği", *Eğitim ve Bilim*, Cilt 42, Sayı 189, Şubat, 2017, s.49-71.
- Küçükcan, Talip ve Bekir Gür, *Türkiye'de Yükseköğretim Karşılaştırmalı Bir Analiz*, Ankara, SETA Yayınları, 2009.
- Mecek, Mehmet ve Hüsna Doğan, "Müdür Yardımcıları ve Yüksek Okul Sekreteri Arasındaki Ast-Üst İlişkisi Örneği Esasında Meslek Yüksekokullarında Yaşanan Görev ve Yetki Uyuşmazlıkları ve Çözüm Önerileri." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 22, Sayı 1, Haziran 2014, s. 27-57.

- Namal, Yücel ve Tunay Karakök, “Atatürk ve Üniversite Reformu 1933.” *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, Sayı 1, Nisan, 2011, s. 27-35.
- Örücü, Edip, Recep Kılıç ve Taha Kılıç, “Cam Tavan Sendromu ve Kadınların Üst Düzey Yönetici Pozisyonuna Yükselmelerindeki Engeller: Balıkesir İli Örneği.” *Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, Haziran, 2007, s. 117-135.
- Özdemir, Ayşe Sena, “Rektör ve Rektör Yardımcılarının Liderlik Özelliklerinin Uygulamadaki Rollerini”, *Uluslararası Liderlik Çalışmaları Dergisi: Kuram ve Uygulama*, Cilt 6, Sayı 2, Temmuz 2023, s. 124-136.
- Özkanlı, Özlem, “Türkiye’de Üniversitelerde Üst Düzey Kadın Yöneticilerin Karşılaştıkları Kültürel ve Yapısal Engeller,” *Mülkiye Dergisi*, Cilt 34, Sayı 268, Şubat 2010, s. 265-279.
- Öztürk, Emin, *Rektör Bakış Açısıyla Türkiye’de Üniversite Yönetimi: Yönetim Süreçleri Kapsamında Nitel Bir Analiz*, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Bertan Akyol), Aydın Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eğitim Bilimleri Ana Bilim Dalı, 2022.
- Seçkin, Sinan, “Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında Görev Yapan Personel Hakkında Ceza Soruşturması Yürütülmesi Usulü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 28, Sayı 1, Haziran, 2022, s. 62-98.
- Thompson, Quentin, “Yabancı Gözüyle Türk Yükseköğretim Sisteminin Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Yükseköğretim Konferansı*, Ankara, 14- 15 Kasım 2005.
- Tunç, Ahmet, “Türk Kamu Personel Yönetiminde Yönetici Kadınların Oranı: Devlet Üniversiteleri Açısından Bir İnceleme.” *Yasama Dergisi*, Sayı 32, Ocak, 2017, s. 64-80.
- Yaman, Adem ve Servet Özdemir, “Yükseköğretim Yönetici Görüşlerine Göre Yükseköğretimde Yeniden Yapılanma İhtiyacı”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, Nisan 2016, s.2-37.
- Yaşar, Selman, *1933 Üniversite Reformu Sürecinde Ankara’da Görevli Alman Uzmanlar ve Yaptıkları Çalışmalar*. Ankara, İksad, 2021.

- Yavuz, Mehmet, “Yükseköğretim Yönetiminde Dönüşüm ve Türkiye İçin Alternatif Yönetim Modeli Önerisi”, Uzmanlık Tezi, Kalkınma Bakanlığı, 2012.
- Yılmaz, Dilşat, “Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1-2, Haziran 2013, s. 101-125;
- YÖK, *Türk Yükseköğretim Sistemi 1994-1995’den 1995-1996’ya Gelişmeler*, 1997.
- YÖK, *Türk Yükseköğretiminin Bugünkü Durumu*, 1998.
- YÖK, *Türk Yükseköğretiminin Bugünkü Durumu*, 2000.
- YÖK, *Türkiye’nin Yükseköğretim Stratejisi*, 2007.
- YÖK, *Yükseköğretim Kanunu Taslağı*, 2012.
- Yücesoy, Ayşe Aslı, “Kanuni İdare İlkesi Çerçevesinde Tedviren Görevlendirme Usulü”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 26, Sayı 1, Nisan 2018, s. 127-147.

# Polisliğin Tarih Öncesi: Modern Öncesinden, Modern Döneme İktidar-Toplumsal Kontrol İlişkisinin Dönüşümü

Buket KARAMAN\*

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Arş. Gör. Dr. Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, buket.karaman@kocaeli.edu.tr , **ORCID:** 0000-0002-2931-0315.

**Makale geliş tarihi:** 27 Mayıs 2024 **Makale kabul tarihi:** 12 Eylül 2024

**Atıf önerisi:** Karaman, Buket, “Polisliğin Tarih Öncesi: Modern Öncesinden, Modern Döneme İktidar-Toplumsal Kontrol İlişkisinin Dönüşümü”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 4, Ekim 2024, s.219-251. **DOI:** 10.30915/abd.1490736.abd.1490736.

## **POLİSLİĞİN TARİH ÖNCESİ: MODERN ÖNCESİNDEN, MODERN DÖNEME İKTİDAR-TOPLUMSAL KONTROL İLİŞKİSİNİN DÖNÜŞÜMÜ**

### **ÖZ**

Polis kurumunun tarihi, modern devletle eş zamanlı başlamakla birlikte; modern anlamından bağımsız, işlevsel niteliğine odaklanan bir kavram olarak kullanıldığında daha geniş bir anlam ve tarihe sahiptir. İşlevsel anlamıyla kullanılan polis kavramının tarihini ilksel toplumlara kadar götürmek mümkündür. Modern devlet öncesi siyasi iktidarın toplumsal kontrol pratiklerini incelemek, polis kurumunun güncel anlamının daha iyi kavranabilmesini sağlar. Siyasi iktidar tarih boyunca biçimsel ve özsel pek çok değişikliğe uğramış, toplumsal kontrol faaliyetleri de hem devlet iktidarının biçimsel değişimine hem de toplumsal ilişkilerin ekonomi-politik dönüşümüne göre farklılaşmıştır. Ancak modern öncesi toplumlarda polislik faaliyetlerinin ortak noktası, bizatihi iktidar tarafından merkezi olarak değil, daha ziyade toplumun yerel güçleri, kurumları ve normları aracılığıyla hayata geçirilmesidir. Osmanlı Devleti örneğinde de devlet iktidarının niteliğinin, toplumsal kontrol faaliyetindeki iz düşümü, sahip olduğu bazı özgün ve yerel özelliklere rağmen, Avrupa devletlerindeki iktidar-polislik ilişkisine benzerdir. Toplumsal kontrolün yerel kurumlardan merkezi devlete devri ile şiddet araçlarının tekelleşmesi sağlandığı için, modern devletin ve modern polis kurumunun doğum tarihi ortaktır. Bu ortaklık birbirine göbekten bağlı bir ilişkilenenin başlangıç noktasıdır.

**Anahtar Kelimeler:** polis, toplumsal kontrol, devletsiz toplumlar, pre-modern devletler, modern devlet.



## **THE PREHISTORY OF POLICE: THE TRANSFORMATION OF THE POWER-SOCIAL CONTROL RELATIONSHIP FROM THE PRE-MODERN PERIOD TO THE MODERN PERIOD**

### **ABSTRACT**

The history of the police institution begins simultaneously with the modern state; however, when used as a concept focusing on its functional nature, independent of its modern meaning, it has a broader significance and history. The history of the concept of the police, used in its functional sense, can be traced back to primitive societies. Examining the social control practices of political power before the modern state helps to better understand the contemporary meaning of the police institution. Throughout history, political power has undergone many formal and substantive changes, and social control activities have varied according to both the formal transformation of state power and the political economy transformation in social relations. However, the common feature of policing activities in pre-modern societies is that they were implemented not centrally by the power itself but rather through the local forces, institutions, and norms of society. In the example of the Ottoman Empire, the nature of state power and its reflection in social control activities, despite some unique and local characteristics, was similar to the power-policing relationship in European states. The transfer of social control from local institutions to the central state, ensuring the monopolization of the means of violence, marks the common birth date of the modern state and the modern police institution. This commonality is the starting point of an intrinsically linked relationship.

**Keywords:** police, social control, stateless societies, pre-modern states, modern state.

## GİRİŞ

Modern öncesi toplumların toplumsal kontrol pratiklerinin araştırılması, bize iktidar-polis ilişkisi, cezalandırma politikası bağlamında fikir vermesi nedeniyle, modern polislik kurumunun anlamının belirlenmesinde katkı sağlayan bir başlangıç noktasıdır. Çünkü tarihsel olarak iktidarın ve toplumsal kontrol pratiklerinin dönüşümü birbirini etkileyen süreçler olmuştur. Bu nedenle şiddetin henüz tekelleşmediği, ilksel veya devletsiz toplumlarda toplumsal kontrolün nasıl sağlandığına bakmak, modern devlette hukuk-şiddet ilişkisini anlamak için tarihsel maddeci yöntem bakımından zorunludur. Bununla birlikte devletsiz olarak yaşayan toplumların geçmişte olduğu gibi günümüzde de varlığını sürdürdüğü savunulur<sup>[1]</sup>. Dolayısıyla devletsiz toplumların toplumsal kontrol pratiklerini incelemek yalnızca tarih öncesine yapılan bir kazı çalışması değil; aynı zamanda bugün var olan devletsiz toplumdaki imkân ve sınırları değerlendirme fırsatı da sunan bir araştırma konusudur.

İlksel toplumların, toplumsal kontrol ve düzen sağlama faaliyetleri teknik olarak modern bir polislik olarak nitelendirilemez. Modern polisliğin ortaya çıkışı aşağıda ortaya konacağı üzere modern devletle eş zamanlıdır. Dolayısıyla modern devlet öncesi toplumların siyasi ve idari yapısının modern devletten çok farklı olması nedeniyle bu toplumdaki polislik pratikleri de oldukça farklıdır. Bu nedenle öncelikle toplumsal düzenin inşacısı olan polis kavramının anlamı ve nerede başlayıp nerede bittiği değerlendirilmiştir. Polis kavramı, yalnızca modern bürokratik polis örgütünü işaret edecek şekilde değil, geniş anlamıyla toplumsal kontrolü sağlayan bütün mekanizmaları kapsayacak şekilde ele alınmıştır. Polis kavramının geniş anlamı tercih edildiği için de çalışma boyunca, toplumsal kontrol faaliyetleri ve polislik (modern devlet sonrası oluşan bürokratik polis örgütü özel olarak vurgulanmadıkça) aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır. Polislik, toplumsal düzeni sağlama faaliyeti olarak iktidar ve yasa kurumlarıyla da yakından ilişkilidir. Bu bağlamda, devletsiz toplumlarda iktidar ve yasanın şekli ve maddi görünümünü de araştırılmıştır. Zira modern bürokratik polis aygıtının olmadığı bu toplumlarda, kişilerin iktidar ve yasayla olan ilişkilerinin kendisi, çoğunlukla toplumsal kontrolü sağlayan araçlardır. Bu bağlamda siyasi iktidar ve yasa kavramlarının da geniş anlamları tercih

[1] Marc Abélés, *Devletin Antropolojisi*, Çev. Nazlı Ökten, Ankara, Dipnot, 1. Baskı, 2012, s.60-66.

edilerek, toplumsal düzeni sağlayan gelenek-görenek kuralları, din kuralları, siyasi iktidar ve toplum arasındaki ilişkilerin niteliği de araştırılmıştır. Polis ve yasa kavramlarının genel çerçevesi belirlendikten sonra, çeşitli ilksel veya devletsiz toplumlardaki toplumsal kontrolü sağlayan araçların neler olduğu tespit edilmiştir.

Devletsiz toplumlarla modern devlet arasında pre-modern devlet dediğimiz çeşitli geleneksel devlet biçimleri var olmuştur. Bu bağlamda devlet kurumunun tarih sahnesine çıkışının “neden ve nasıl”ı araştırılarak devletin, modern devlet aşamasına gelene kadar geçirdiği biçimsel ve özsel dönüşümler kısaca ortaya konmuştur. Devamında modern devlet öncesi bu geleneksel devletlerde toplumsal kontrolü sağlayan polislik pratiklerine ilişkin genel bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır. Kent devletlerinden modern devlete kadar tarih boyunca devletin biçim ve içeriği çok fazla değişikliğe uğradığı gibi, farklı coğrafyalarda bu değişimlerin getirdiği biçimsel ve özsel nitelikler de birbirinden oldukça farklıdır. Bu nedenle Batı’daki pre-modern devletlerde toplumsal kontrolü sağlayan kurumlar, her bir devlet tipi için ayrı ayrı detaylandırılmamış, modern devlet aşamasına gelene kadarki tarihsel sürecin genel hatlarıyla bir portresi çizilmiştir. Bu genel çerçevenin ardından daha somut inceleme nesnesi olarak, Osmanlı Devleti’nde modern devlet öncesi toplumsal kontrol mekanizmaları tercih edilmiştir.

Osmanlı Devleti’nin modern devlete geçiş öncesindeki siyasi ve idari yapısının niteliği ortaya konarak; devletin biçimi ve yapısıyla, toplumsal kontrol araçları arasındaki karşılıklı ilişkinin nasıl kurulduğunun tespit edilmesi hedeflenmiştir. Osmanlı Devleti’nin farklı tarihsel dönemlerde büründüğü farklı biçimler tespit edildikten sonra Osmanlı’da modernleşme öncesinde toplumsal kontrolü sağlayan polislik araçları incelenmiştir. Son olarak Tanzimat sonrası bürokratik bir polis örgütünün kurulmasıyla, modern devlet yapısının inşasının eş zamanlılığı tespit edilerek, modern devletin şiddet tekeli ele geçirmesiyle birlikte bu tekeli hayata geçiren en güçlü aracının polis kurumu olduğu tezi, Osmanlı Devleti örneği üzerinden sınanmıştır.

## I. İLKSEL VEYA DEVLETSİZ TOPLUMLARDA TOPLUMSAL KONTROL VEYA POLİSLİK

### A) POLİS KAVRAMI NEREDE BAŞLAR, NEREDE BİTER?

Tarihteki siyasi ve hukuki kurumları modern devlet sonrası oluşan kavram ve kurumlar setiyle yorumlamak anakronik bir yaklaşımdır. Bu nedenle ilksel veya devletsiz toplumları<sup>[2]</sup>, modern devletin siyasal kurum ve normlarına sahip olmadığı gerekçesiyle, siyasi iktidarın hiç olmadığı toplumlar olarak nitelendirmek doğru olmaz<sup>[3]</sup>. *İlksel/devletsiz toplumlarda iktidar olgusu az veya çok görülmele birlikte bu iktidarın yoğunluğunun ve siyasallık karakterinin, farklı toplumlarda farklı boyutlarda olduğu görülmüştür*<sup>[4]</sup>. Pek çok antropolog, merkezileşmiş iktidarın olmadığı ilksel toplumlarda şef, lider, reis, önder gibi iktidarların olduğunu ve bu sıfatlarla anılan iktidarların genellikle zor kullanma yetkisinden yoksun olduklarını ortaya koymuştur<sup>[5]</sup>. Bu toplumlarda iktidarın zor kullanma yetkisini içermeyen zayıf bir iktidar biçimi olması topluluk içindeki nüfusun az oluşu ve yüz yüze iletişimin mümkün olmasıyla açıklanmıştır. Bu görüşe göre az nüfus ve yüz yüze iletişim, iktidarın merkezileşerek zor kullanmayı içerecek şekilde genişlemesini engellemiştir<sup>[6]</sup>. Buna karşılık örneğin Batı Afrika'daki bazı devletsiz toplumlarda liderlerin, toprağın verimliliğinden, kadınların üremelerine kadar kamusal ve özel alanın düzenlenişleriyle ilgili yetkileri olduğu ve hatta gerektiğinde şiddet kullanma yetkilerinin de bulunduğu söylenmiştir<sup>[7]</sup>.

[2] İlksel toplum, devletsiz olarak yaşayan, zor gücüne sahip bir iktidarın olmadığı, ilk toplumları işaret eden bir kavram olup, tarihsel olarak devletin henüz icat edilmediği bir dönemle sınırlı bir toplumsal yapıdır. Devletsiz toplum kavramı ise tarihsel bir dönemle sınırlı olmayıp modernite sonrası ve hatta günümüzde de örnekleri görülebilen, bir devlet iktidarı altında yaşamayan tüm toplumları kapsar. Bu nedenle ilksel ve devletsiz toplum kavramları tümüyle aynı toplumsal yapıyı işaret etmez. Çalışmada ilksel ve/veya devletsiz toplum ifadesi bu nedenle birlikte kullanılmıştır.

[3] Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2014, s.16.

[4] Mehmet Tefik Özcan, *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol*, İstanbul, On İki Levha, 2. Baskı, 2012, s.185.

[5] Uygun, *op.cit.*, s.17-21.

[6] Özcan, *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol*, *op.cit.*, s.195.

[7] Cemal Bali Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, Ankara, Dost, 7. Baskı, 2014, s.131.

İlksel/devletsiz toplumlarda siyasi iktidarın var olup olmadığı tartışmasına benzer olarak bu toplumlarda yasa veya hukuk gibi toplumsal kuralların varlığı da antropologlarca tartışılmıştır. Hukuku veya yasayı, merkezi bir iktidar tarafından oluşturulmuş, kendisine uyulması için polis-jandarma gibi zor aygıtlarını gerektiren ve nihayet kendisine uyulmadığı takdirde yaptırım öngörülen modern bir kural ve kurumlar bütünü olarak tarif edersek, elbette bu toplumlarda yasadan bahsedemeyiz<sup>[8]</sup>. Hukuk normlarının, toplumsal ilişkileri düzenleyen din kuralları, ahlak kuralları, gelenek görenek gibi normlardan ayrılması modern devlet ve modern hukukla birlikte gerçekleşen bir farklılaşmadır. Bu nedenle devlet öncesi toplumlarda yasanın hiçbir formda olmadığını iddia edersek anakronizm sığınağına burada da düşmüş oluruz. Malinowski, devlet öncesi (kendi ifadesiyle yabanıl) toplumlarda, uzun süre hukuk, yasa gibi kavramların olmadığını savunmuştur. Buna karşılık Melanezya kabilesi üzerine yaptığı incelemeler sonucunda bu kabiledaki evlilik, soy bağı, suç ve ceza, mübadele ilişkilerinin gelenek kurallarıyla düzenlendiğini tespit etmiştir. Malinowski'ye göre “Yasanın güçlerini, merkezi yetke, yasalar, mahkemeler ve polis-jandarma öğeleriyle bir arada değerlendirirsek, ilkel bir toplumda, yasaların uygulanmasına, zorla kabul ettirilmesine gerek bulunmadığı, bunlara kendiliğinden uyulduğu sonucuna varmamız kaçınılmaz olur.”<sup>[9]</sup> Redfield'e göre *de ilksel toplumlarda tasvip edilmeyen davranışların, kişiler üzerinde çok daha etkili olan kutsal ve doğaüstü yaptırımlarla cezalandırılması nedeniyle bu toplumlar hukuka çok az ihtiyaç duyarlar*<sup>[10]</sup>. Dolayısıyla bu toplumlardaki inanç ve gelenek görenek sistemleri modern devletteki hukukun işlevine sahiptir.

[8] Toplumsal bir normun hukuk normu olarak kabul edilebilmesi için hukuk sosyolojisi perspektifinden bazı kriterler aranır. Bir normun sosyolojik olarak hukuk normu sayılabilmesi için, verili bir toplumsal grubun tabi olduğu iktidar tarafından herkese uygulanabilir bir norm olması ve bu norma uyulmadığı takdirde iktidar tarafından kurgulanmış bir yapı tarafından yargılanarak müeyyideye tabi olması aranır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Tevfik Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, İstanbul, On İki Levha, 5. Baskı, 2001, s.64.

[9] Bronislaw Malinowski, *Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek*, Çev. Şemsa YeğİN, İstanbul, İthaki, 1. Baskı, 2016, s.22.

[10] Robert Redfield, “İlkel Hukuk,” Çev. H. Burak Gemalmaz, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LX, Sayı 1-2, 2000 s.305.

Nihayet ilksel veya modern öncesi toplumlarda polis kurumunun olup olmadığı sorusuna verilen yanıt da bir kurum veya yapının tarihsel olarak araştırılmasında benimsenen yaklaşıma göre değişkenlik gösterir. Polis kurumu modern ve teknik anlamıyla kullanıldığında, elbette modern devlet öncesinde şiddet araçlarının tekelleşmediği bir toplumda polislikten bahsedilemez. Ancak polis kurumunu toplumsal kontrol mekanizması olarak daha geniş ve işlevsel yönüne işaret edecek şekilde ele alırsak modern öncesi dönemde de polislik işlevini yerine getiren kurumlar bulmamız mümkündür. Çünkü bir toplumun devletsiz olması veya zor gücünü elinde bulduran bir iktidarın olmayışı o toplumlarda toplumsal düzenin sağlanmasına ilişkin hiçbir kuralın veya geleneğin olmadığı anlamına gelmez. Toplumsal kontrol her ne kadar modern devletle birlikte bir polis aygıtı şeklinde cisimleşse de modern öncesi toplumlarda da toplumsal düzenin devamını sağlayan bazı kurumlar ve normlar vardır.

Polis kurumunu, “toplumsal normların uygulanmasını denetleyen ve insanların can ve mal güvenliğinin korunmasını sağlayan örgütlenmeler” olarak tanımlarsak, ilksel veya devletsiz toplumlarda da polislik kurumu benzeri toplumsal kontrol mekanizmalarının olduğu söylenebilir. Çünkü devletsiz toplumlarda da modern bir polis örgütü olmasa da toplumsal düzeni sağlayan birtakım normlar vardır ve bu normlara uyulmasını sağlayan ve düzen bozulduğunda düzenin yeniden inşasını sağlamaya yönelik araçlar mevcuttur. Hatta toplumsal normlara uyulmasının sağlanması, başka bir deyişle düzenin sağlanması faaliyeti topluluğun kendisi tarafından yerine getiriliyorsa, bu yapı “informel ilkel topluluk polisliği” olarak da adlandırılmıştır<sup>[11]</sup>. Bayley’e göre “Polis, gruptaki kişilerarası ilişkileri fiziksel güç kullanarak düzenlemek amacıyla bir grup tarafından yetkilendirilmiştir. Bu tanımın üç asli unsuru bulunmaktadır: Fiziksel güç, içe dönük kullanım ve kolektif yetkilendirme.”<sup>[12]</sup> Bu tanıma göre toplumsal düzeni sağlayan yapıyı polis olarak nitelendirmek için ne modern devlete ne de bürokratik bir örgütlenmeye ihtiyaç vardır. Bayley’in tanımına göre polislik bakımından belirleyici olan şey toplum içi şiddet kullanma yetkisinin varlığı ve bunun kolektif bir yetkilendirmeye dayanması olgusudur. Bununla birlikte toplumsal

[11] Ali Çağlar, “Polis ve Polisliğin Ortaya Çıkışı: Sosyolojik Bir İnceleme,” *Polis Bilimleri Dergisi*, Cilt 1, Sayı 4, 1999, s.123-124.

[12] David Bayley, *Patterns of Policing*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1985, s.7.

düzenin sağlanmasında rol oynayan kurumların adına teknik anlamda “polis” denilip denilemeyeceği kavramsal bir tartışmadır ve bu çalışmanın amacı kavramın sınırlarının belirlenmesi değil, polislik kurumunun tarihsel kökenlerinin ortaya çıkarılmasıdır. Bu kapsamda aşağıda, hukuk ve siyaset antropolojisi alanında yapılmış araştırmalardan yola çıkarak aşağıda ilksel veya devletsiz toplum olarak nitelendirilen toplumlardaki toplumsal kontrol mekanizmalarına bir projeksiyon tutulacaktır.

## **B) ÇEŞİTLİ İLKSEL VEYA DEVLETSİZ TOPLUMLARDA TOPLUMSAL KONTROLÜ SAĞLAYAN KURUMLAR**

Schwartz ve Miller, polisi “normların uygulanmasını kısmen veya tamamen sağlayan uzmanlaşmış bir silahlı güç” olarak tanımlayarak elli bir ilksel toplum üzerinde danışma, arabuluculuk ve polis kurumlarını inceledikleri araştırmada, bu toplulukların sadece yirmi tanesinde polis kapsamına girecek kurumlar tespit etmişlerdir. Bu toplulukların on sekizinde arabuluculuk, bazılarında hem polis hem arabuluculuk müesseselerinin olduğu gözlenmiştir. Polisliğin bulunduğu bu ilksel toplumların on sekizinde ortak olan özellik, paranın kullanılmaya başlandığı bir ekonomiye sahip olmaları ve sınırlı ölçüde de olsa toplumsal uzmanlaşmanın mevcut olmasıdır. Dolayısıyla bu toplumlarda, mülkiyet ve miras ilişkileri oluştuğunu ve bu toplumsal ilişkilerde çıkan uyuşmazlıkların çözülmesinde polislik tipi kurumlar kullanılmaya başlandığını söylemek mümkündür<sup>[13]</sup>.

Hoebel de ilksel toplumlardaki anlaşmazlıkların “monkalun” adı verilen resmi arabulucular vasıtasıyla çözüme kavuşturulduğunu tespit etmiştir. Hoebel’e göre “monkalun” adı verilen bu arabuluculuk kurumu, uyuşmazlıkların çözülmesine hizmet ettiği için dolaylı olarak toplumsal düzenin inşasının da bir aracı sayılır<sup>[14]</sup>. Bir başka devletsiz toplum örneği Kalinga toplumunda, kişiler arasındaki uyuşmazlıkların misilleme veya arabuluculuk yöntemiyle çözüldüğü görülmüştür. Bu toplumda kişilerin bir menfaati ihlal edildiğinde, karşı tarafın buna aynen misliyle karşılık verdiği görülmüştür. Bu durum taraflar arası çatışmanın kan davasına dönüşmesine neden olduğu için bu uyuşmazlıkların, güvenilir kişilerden arasından tayin edilen arabulucular tarafından sağlanması yoluna gidilmiştir. Söz konusu

[13] R. D. Schwartz ve J. C. Miller “Legal Evaluation and Societal Complexity,” *American Journal of Sociology*, Sayı 70, 1964, s.159-169.

[14] E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man*, New York, Atheneum, 1976, s.114.

arabulucuların görevi bir yargılama yapmaktan ziyade karşılıklı taleplerin bir uzlaşmayla neticelendirilmesini sağlamaktır<sup>[15]</sup>.

Ashanti toplumu gibi bazı ilksel toplumlarda ise toplumsal düzenin sağlanmasından sorumlu olan şef, güçlü bir iktidardır. Bu bağlamda suçluları cezalandırma ve gerektiğinde ölüm cezası veya organ kesme cezası yoluyla fiziksel zor kullanma yetkisine sahiptir<sup>[16]</sup>. Tanala kabilesi örneğinde ise anlaşmazlıkların bir çeşit “yaşlılar kurulu” aracılığıyla çözüldüğü görülmüştür. Yaşlılar kurulunun uyuşmazlıkların çözüm yetkisi kapsamında; suç işleyenleri lanetlemek, suç işlemekte ısrar edenleri gerekirse öldürmek veya sürgüne göndermek, ev ve mallarına el koymak gibi “yargı benzeri” ve zor kullanma yetkileri vardır<sup>[17]</sup>.

Nuer toplumunda lider denilen kişiler, esas olarak hitabet gücüyle bilinen ve bu özellikleri sayesinde lider olarak belirlenen kişilerdir. Bu nedenle Nuer toplumunda toplumsal uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözen arabulucular bu liderler olmuştur. Nuer liderlerinin arabuluculuk yetkileri bağlamında, normları çiğneyenleri “lanetlemek” veya şiddet olaylarının görüldüğü uyuşmazlıklarla ise hitabet yeteneğiyle uyuşmazlığı sonlandırmak gibi yetkileri vardır. Bu bağlamda Nuer toplumunda, lider kültürünün zor kullanma yetkisinin olmadığı, anlaşmazlıkların barışçıl olarak çözülmesinin esas alındığı görülmüştür. Örneğin bir cinayet işlendiğinde, karşı tarafın misillemesi sonucu kan davası başlarsa ve öldüren kişi liderin yanına sığınır, maktulün akrabalarının, lidere saygı duydukları için artık cinayet failinin peşini bırakmak durumunda kaldıkları gözlenmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki Nuerler’in liderlerini kutsal kabul etmelerinin, bu liderlere uyuşmazlıkları çözme yetkisi dışında imtiyazlı bir konum sağlamadığı görülmüştür<sup>[18]</sup>.

Devletsiz toplumları araştıran bir başka hukuk antropoloğu Diamond da incelediği toplumlardaki “şef”lerin görevinin, toplumsal anlaşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesini sağlamak olduğunu tespit etmiştir. Diamond, ele aldığı toplumlardaki şeflerin taraflara tavsiye vermek veya telkinde bulunmak dışında hüküm verme yetkilerinin olmadığını tespit etmiştir.

[15] Özcan, *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol*, *op.cit.*, s.209-210.

[16] Özcan, *Ibid.*, s.227.

[17] Özcan, *Ibid.*, s.306.

[18] Akal, *op.cit.*, s.191.



Bu toplumlardaki şeflerin de zor kullanma yetkisi yoktur. Şeflerin yalnızca küçük ölçekli siyasal kararlar alabildiği, bu kararların ise kabiledaki özgür erkeklerden oluşan bir meclisin onayına sunulduktan sonra geçerlilik kazandığı görülmüştür. Meclisin yönetiminden de din görevlilerinin sorumlu olduğu görülürken; bunun dışında toplumsal düzenin sağlanmasında önem arz eden şeyin toplumsal ilişkiler ağı ve toplumsal normlar, gelenekler olduğu tespit edilmiştir. Diamond'ın araştırdığı toplumlarda, aile temelli olanlarda babanın iktidarı, akrabalık ilişkileri, ortak menfaatlere dayalı gruplar arası ilişkiler, zenginlik, başarılı savaşçı olmak, bilgelik, toplum tarafından onaylanma arzusu, suçun karşılığında gelecek olan misilleme korkusu gibi olgular toplumsal düzenin inşasını sağlayan normlar ve ilişkilerdir. Dolayısıyla Diamond, bu toplumlarda polis veya benzeri bir yapının olmadığını savunmuştur<sup>[19]</sup>.

Melanezya toplumunda toplumsal geleneklere uymayan davranışların suç olarak nitelendirildiği, bu suçlara karşılık olarak büyü, toplumsal dışlama ve kendini öldürme (intihar) gibi cezalandırma pratikleri geliştirildiği görülmüştür. Malinowski'ye göre Melanezya toplumundaki gelenek normlarının uygulanmasında ve cezalandırılmasında genellikle esneklik ve hoşgörü ön plandadır<sup>[20]</sup>. Örneğin ensest yasağı, cezaya tabi bir geleneksel normdur ancak bu normun uygulanmasında akrabalık bağı uzaklaştıkça ensest bağışlanma ve hoş görülme oranının o ölçüde arttığı görülmüştür. Yasaların yaptırım gücünün, kabile tarafından mantıklı bulunup, benimsenmesine ve akrabalık ilişkilerinin kuvvetli olması nedeniyle toplumsal dışlamadan duyulan korkuya dayandığı savunulmuştur<sup>[21]</sup>. Melanezya kabilesinde reise karşı saygısızlık anlamına gelen davranışlar (reisin başından yüksek bir yerde durmak, omzunun ya da boynunun tabu sayılan bölgelerine dokunmak, reise karşı sövmek, hakaret etmek, reisin kız kardeşine üstü kapalı cinsel göndermelerde bulunmak gibi), yaptırımı mızraklanmak olan en ağır suçlardandır. Büyücülük cezasının da son derece etkili bir müeyyide olduğunu belirten Malinowski'ye göre büyüçülük sınıfsal olarak güçlü olanların çıkarına olan bir cezalandırma olduğu için uzun

[19] Arthur Sigismund Diamond, *Primitive Law: Past and Present*, London, Methuen and Co., 1971, s.185-186/ 242-243.

[20] Malinaowski, *op.cit.*, s.38.

[21] *Ibid.*, s.62.

vadede yasa ve düzenin koruyucusu işlevi gören bir pratiktir. Suç işleyen kişinin kendini cezalandırmak veya eski saygınlığını geri kazanmak için intiharı, toplumsal normların kişiler üzerinde son derece etkili olduğunu ve toplumdan dışlanma korkusunun, yasa ve düzenin korunmasını sağlayan en önemli olgulardan biri olduğunu gösterir<sup>[22]</sup>.

Morgan, soy esasına dayalı ilksel toplumlarda yönetime ve siyasal alana dair de birtakım normların bulunduğunu ortaya koymuştur. İncelediği kabilelerde, reislerin göreve gelme ve görevden alınmasına ilişkin kararlar, savaş ve barış durumunda sahip oldukları yetkiler gibi yönetime ilişkin konularda, kararların soy kurulu denilen organlarda alındığını tespit etmiştir<sup>[23]</sup>. Soy kurulları kabile içinde toplumsal düzenin sağlanmasıyla da görevlidir. Soy kurulu, o kabiledaki ergin olan kadın ve erkeklerin tamamından oluşan bir demokratik meclis gibidir. Gündelik işlere ilişkin kararları reis kendisi alabilirken genel yararı ilgilendiren konuların soy kurulunda görüşülüp, karara bağlandığı görülmüştür. Ayrıca soy kurulları toplumsal uyumsuzlukların çözümü, suçların cezalandırılması ve kamu yararını ve esenliğini ilgilendiren diğer pek çok konuda karar almaya yetkilidir. Farklı soya dayalı kabile toplumları zamanla birleşerek kabile konfederasyonları olarak örgütlenmişler, kabile konfederasyonlarında da kamu düzeni ve kamu yararının sağlanması, her soyun reisinden oluşan reisler kurulunun görevi olmuştur<sup>[24]</sup>.

Plains Kızılderilileri de benzer şekilde yasama, kolluk, askerlik gibi tüm kabileyi ilgilendiren kararların alındığı konsey tipi örgütlenmelere sahiptir<sup>[25]</sup>. Lowie'ye göre bu askeri toplumlardaki bu konseyler basit formda kolluk örgütü ve hukuk mahkemesi işlevi de görmüştür. Lowie, bu toplumlarda av sırasında düzen ve nizamın sağlanması için bedensel cezalar, illegal elde

[22] *Ibid.*, s.94.

[23] L. Henry Morgan, *Eski Toplum*, Çev. Ünsal Oskay, İstanbul, İnkılap, 1. Baskı, 2015, s.154/168.

[24] *Ibid.*, s.219-220; Ayrıca bkz: Friedrich Engels, *Ailenin, Özet Mülkiyetin ve Devletin Kökeni*, Çev. Kenan Somer, Ankara, Sol, 4. Baskı, 1992, s.122-123.

[25] Redfield, *op.cit.*, s.301.

edilmiş av hayvanlarının kamulaştırılması, mülkiyete zarar vermek veya daha uç örneklerde ölüm cezası gibi cezalar verildiğini tespit etmiştir<sup>[26]</sup>.

Yerel klanlardan oluşan, kendi içlerinde savaşın yasak olduğu, fiziksel şiddet ve iktidar baskısının olmadığı başsız bir toplum olan Mkako'larda da büyücülük, sihirli ilaçlar gibi sembolik şiddet araçları yaygındır<sup>[27]</sup>. Toplumda otorite yaşlı-genç, erkek-kadın, kıdemliler-kıdemsizler arasındaki ilişkilerde görülür. Kıdemlilerin geleneklere uymayanları, kötü talih ve hastalık gibi doğüstü yaptırımlarla cezalandırdığına inanılmıştır. Topluluk içinde fiziksel şiddet yasak olmakla birlikte topluluk dışında savaş toplumsal düzenin bir parçası olmuştur. Uzun süren savaşlar esnasında güç ve karizma özellikleriyle öne çıkan savaş liderlerinin kıdemlilerin de desteğini kazanmaları sonucu askeri yetkilerini siyasal alana da yaymaya çalıştığı gözlenmiştir. Mkako'larda liderin yetkileri savaşla sınırlı olduğu için bu yetkilerin merkezileşerek tekelleşmesi pek mümkün olmamıştır<sup>[28]</sup>. Ancak yine de savaşta elde ettiği otoriteyi kaybetmek istemeyen bazı liderlerin, yasa dışı görünmeyen şiddet biçimlerine başvurabildiği gözlenmiştir. Rougier'in tespitine göre yasal şiddet ve yasa dışı şiddet arasındaki sınır belirsizleştiği oranda Mkako toplumunda lider, bu şiddet kullanma yetkisini kendi yararına saptırmıştır<sup>[29]</sup>. Rougier'e göre lider otoritesini sağlamlaştırmak, iktidarını yeniden üretmek için şiddet kullanırken bu şiddet karşıtlarını yaratmış; bu karşı şiddetin liderin kendisine yönelmesi tehlikesi karşısında liderlerin zor kullanma yetkileri her şeye rağmen tekelleşmemiştir<sup>[30]</sup>.

[26] Robert Harry Lowie, *The Origin of the State*, New York, Harcourt, Brace and Co., 1927, s.103.

[27] Rlisabeth Rougier Copet, "Le Mal Court: Başsız Bir Toplumda Görünen ve Görünmeyen Şiddet- Kamerun'daki Mkakolar," in Riches, David (Ed.), *Antropolojik Açıdan Şiddet*, Çev. Dilek Hattatoğlu, İstanbul Ayrıntı, 1. Baskı, 1989, s.72.

[28] *Ibid.*, s.77-79.

[29] Copet, Mkako toplumundaki liderlik yetkilerinin suistimal edilmesini şöyle örnekler: "İki önder yarıştılar ve bunlardan Mbwa adlı olanı, öteki önder Ndelele bütün adamlarıyla birlikte köyden ayrılıp avlanmaya gittiği zaman inisiyatifi ele aldı. Mbwa köye saldırdı ve yağmaladı. 'Köyde kalan yaşlı Mkako erkeklerini öldürdü, cesetlerini pişirdi, sonra muz yapraklarına sarıp yediler.," *Ibid.*, s.74.

[30] *Ibid.*, s.89-90.

Görüldüğü gibi ilksel veya devletsiz toplumlarda toplumsal kontrolü sağlayan araçlar bulunmakla birlikte bu araçlar dini, sosyolojik ve geleneksel normlar tarafından şekillendirilmiştir. Toplumsal kontrolü ve düzenin inşasını sağlamaya yönelik bu araçlar polislik işlevinin nüveleri sayılabilir<sup>[31]</sup>.

## II. PRE-MODERN DEVLET BİÇİMLERİNDE TOPLUMSAL KONTROL VEYA POLİSLİK

### A) PRE- MODERN DEVLET NEREDE, NASIL BAŞLAR; NEREDE BİTER?

Toplumların devletli yaşama geçişine ilişkin farklı tarihlendirmeler söz konudur. Arkeolojik kaynaklara göre devlet kurumunun oluşması, M.Ö. 6000’li yıllara kadar geri götürülebilirken, yazılı ve resmi kaynaklar bu tarihi M.Ö. 4000-3000’li yıllara dayandırır<sup>[32]</sup>. Devletin ne zaman ortaya çıktığına ilişkin tarihin belirsizliğinde olduğu gibi, nasıl ve neden ortaya çıktığı konusu da tartışmalıdır<sup>[33]</sup>. Engels “Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni” adlı eserinde devletin ortaya çıkmasına neden olan şeyin aile ve özel mülkiyet olduğunu savunmuştur. Özel mülkiyetin ortaya çıkmasıyla birlikte oluşan zenginliğin, kabile düzeninin komünist gelenekleri karşısında korunması ihtiyacı doğmuştur. Engels’e göre zengin sınıfın, sermayesini korumak için özel mülkiyeti kutsallaştıracak ve koruyacak; aynı zamanda özel mülkiyet edinmenin biçimleri üzerine toplum tarafından “yasaya uygunluk” mührü basacak bir kurum inşa etme çabası, mülk sahibi olan sınıfın, mülksüz sınıfı sömürmesi hakkını ve onun üzerinde egemenlik kurma hakkını sağlayan devlet kurumunun ortaya çıkmasına neden olmuştur<sup>[34]</sup>.

[31] Ferdan Ergut, *Modern Devlet ve Polis Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Toplumsal Denetimin Diyalektiği*, İstanbul İletişim, 2. Baskı, 2012, s.21-22; Yukarıda yer verilen (bkz. s.6) Bayley’in polis tanımından da hareketle ilksel toplumlardaki toplumsal kontrol pratikleri polislik işinin nüveleri sayılır. Bayley, *Patterns of Policing, op.cit.*, s.7.

[32] Charles Tilly, *Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu*, Çev. Kudret Emiroğlu, Ankara, İmge, 1. Baskı, 2001, s.18; Michael Mann, *The Sources of Social Power: A History of Power from the Beginning to A.D. 1760*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, s.34.

[33] Robert L. Carneiro, “Devletin Kökeni Üzerine Bir Teori.”, Çev. Aslan Delice, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2006, s.251-262.

[34] Engels, *op.cit.*, s.139.

Tilly'e göre devletin ortaya çıkışını hazırlayan şey soy bağı esasına dayalı toplumların, askeri gücü örgütlenme kapasitelerindeki artışıdır<sup>[35]</sup>. Bu bağlamda sermayenin birikimi ve yoğunlaşması şehirlerin ortaya çıkmasına neden olurken zor araçlarındaki birikim ve yoğunlaşma da devletin ortaya çıkmasına neden olmuştur<sup>[36]</sup>. Kabile toplumları arasındaki savaşlar, askeri gücün yoğunlaşarak ordu biçiminde örgütlenmesine neden olurken; orduların ihtiyaçlarının karşılanmasının yönetimi de sivil halkın denetimi ve yönetimini sağlayacak, sivil kadrolar şeklinde örgütlenen devlet aygıtının oluşmasında etkili olmuştur. Dolayısıyla Tilly'e göre “devleti ortaya çıkaran şey zordur.”<sup>[37]</sup>

Maisels, Sümer kent devletlerinden yola çıkarak devletin ortaya çıkışına neden olan şeyin “yetkinin yoğunlaşması ve uzmanlaşması, yatay ilişkilerin (akrabalık ilişkileri) yerini ast-üst dikey siyasal ilişkilerin alması” olduğunu savunmuştur<sup>[38]</sup>. Oppenheimer'a göre devleti ortaya çıkaran olgular; çalışanlarla soyguncular, köylülerle çobanlar, alçak vadilerdeki topraklarda yaşayanlar ve yüksek yaylalarda yaşayanlar arasındaki zıtlıklar ve çatışmalardır. Bu zıtlık ilişkisi içinde olan iki farklı toplum arasındaki savaşlar devletin oluşmasına zemin hazırlamıştır<sup>[39]</sup>. Clastres devletin ortaya çıkışına dışsal ve içsel etkenlerin neden olmuş olabileceğini söyler. Buna göre devletin ortaya çıkışı, bir kabileye saldıran yabancı bir başka kabilenin, orayı fethederek egemenliği altına alması gibi dışsal bir nedene bağlı olabileceği gibi; dini liderlerin (peygamberlerin) söylemlerinin toplumda yarattığı iktidarın yoğunlaşması gibi içsel bir nedene de bağlı olabilir<sup>[40]</sup>.

Devletin neden ve nasıl ortaya çıktığına ilişkin temel tartışmalar “kabaca” veya “jenerik” olarak bu kavramsal ve tarihsel izleklerden oluşur. Devlet,

[35] Tilly, *op.cit.*, s.47.

[36] *Ibid.*, s.42.

[37] *Ibid.*, s.47.

[38] Charles Keith Maisels, *Uygarlığın Doğuşu -Yakındoğu'da Avcılık ve Toplayıcılıktan Tarıma, Kentlere ve Devlete Geçiş*, Çev. Alaeddin Şenel, Ankara, İmge, 1. Baskı, 1999, s.491.

[39] Franz Oppenheimer, *Devlet*, Çev. Alaeddin Şenel ve Yavuz Sabuncu, İstanbul, Engin, 1. Baskı, 1997, s.66.

[40] Pierre Clastres, *Devlete Karşı Toplum*, Çev. Mehmet Sert ve Nedim Demirtaş, İstanbul, Ayrıntı, 3. Baskı, 2011, s.163/174.

ortaya çıktığı andan itibaren tarihsel, toplumsal koşullara, üretim ilişkilerinde meydana gelen dönüşümlere bağlı olarak sürekli değişen biçim ve içeriğe sahiptir. Modern devlet öncesi devlet formları, kent devletlerinden, feodal devlete, tarihsel ve toplumsal koşullara bağlı olarak birbirinden farklı veya benzer özellikler gösterebilir. Bu bağlamda Eisenstadt, modern devlet öncesi devlet tiplerinin tamamı için, modern öncesine işaret edecek şekilde “geleneksel devlet” kavramını kullanır. Eisenstadt’a göre geleneksel devlet tipinin içinde; patrimonyal imparatorluklar, göçebe veya fetihçi imparatorluklar, kent devletleri, feodal devletler, merkezi tarihsel bürokratik devletler yer alır<sup>[41]</sup>. Held’in geleneksel devlet sınıflandırmasına göre ise geleneksel devlet kavramı, feodal devletleri, zümreye dayalı aristokratik devletleri ve mutlakiyetçi devletleri kapsar<sup>[42]</sup>. Bu çalışmada da geleneksel devlet kavramı modern devlet öncesindeki devlet biçimlerinin tamamını kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

Geleneksel devlet biçimlerinden modern devlete geçişe neden olan olgular, coğrafi keşiflerle birlikte ticaret burjuvazisinin ortaya çıkışı, Orta Çağ kilisesinin mutlak egemenliğine karşı dinde reformun ve rönesansın başlaması, mutlakiyetçi kralların iktidarlarını merkezileştirmek amacıyla burjuva sınıftan güç devşirmesi ve nihayet bütün bu süreçlerle ilişkili olarak feodalitenin çözülmesi olgularıyla, çok jenerik bir şekilde, özetlenebilir. Mann’a göre, devletin altyapısal iktidarını güçlendirerek merkezileşmesiyle birlikte toplumsal kontrolü sağlayıcı, önleyici gözetim ve denetim aygıtının kurulması da modern devletin ortaya çıkmasına neden olan etkendir<sup>[43]</sup>. Öte yandan Emsley’e göre modern devlet, polis ve jandarma aracılığıyla

[41] Shmuel Noah Eisenstadt, *The Political Systems of Empires*, New Jersey, Transaction Publishers, 1993, s.10-11.

[42] David Held, “The Development of the Modern State,” in S.Hall ve B. Gieben (Ed.), *Formations of Modernity*, Cambridge, Polity Press, 1992, s.78.

[43] Michael Mann, “The Autonomous Power of the State: Its Origins, Mechanisms and Results,” *Archives Europeennes de Sociologie*, Sayı 25, 1984, s.113-114. Ayrıca Mann, altyapısal iktidarı “devletin sivil topluma fiilen nüfuz etme ve siyasal kararları geniş kesimlerde lojistik olarak yürürlüğe koyabilme kapasitesi” olarak tanımlar. Devletin altyapısal iktidarının güçlenmesi, merkezileşerek toplumun her alanına nüfuz etmeye başlamasıyla gerçekleşir. Altyapısal iktidarın bireylere sunduğu hizmetler geliştikçe gözetim, denetim faaliyetleri de artmış ve bunun bir sonucu olarak güvenlik aygıtı da giderek gelişmiştir., *Ibid.*, s.113-114.

gerçekleştirilen bir kolonizasyon sürecinin sonucunda oluşmuştur<sup>[44]</sup>. Zira ordudan özerk bir polis örgütünün kurulması, bölünmüş feodal iktidarı merkezileştirmeyi hedefleyen “doğrudan yönetime” geçişi de sağlayan bir gelişmedir. Dolayısıyla polis kurumunun oluşması ve modern devletin ortaya çıkışı ve birbirine göbekten bağlı süreçlerdir<sup>[45]</sup>.

## **B) GENEL HATLARIYLA PRE-MODERN DEVLET BİÇİMLERİNDE TOPLUMSAL KONTROL VEYA POLİSLİK**

Modern devlet öncesi devlet biçimleri (geleneksel devlet) modern devletten farklı toplumsal düzen inşası pratiklerine sahiptir. Zira toplumsal kontrolün kemikleşmiş aracı olan polis kurumu modern devletin icadıdır. Farklı geleneksel devlet tiplerinde toplumsal güvenlik aygıtları devlet örgütlenmesinin biçimine, merkezileşme kapasitesine ve üretim ilişkilerine göre farklılık göstermiştir. Genellikle devletin ilk formu olarak anılan kent devletlerinde toplumsal düzeni ve güvenliği sağlayan ordu dışında herhangi bir aygıt görülmez. Ordunun görevi ise dış ilişkilerle, savaş ve barışa ilişkin işlerle, sınırlıdır. Devlet içinde toplumsal düzen ve güvenliği sağlayan kurumsallaşmış bir örgüt yoktur.

Antik Yunan’da, demokrasi döneminde toplumsal düzenin sağlayıcısı olan şeyin bir ölçüde de demokratik kurum ve normlar olduğu söylenebilir. Toplumsal anlaşmazlıkların çözülmesi, suçluların cezalandırılması halk mahkemelerinin görevidir. Her Atina yurttaşının kura ile jüri olabildiği bu halk mahkemelerinde yargılamayı yapanın bizzat halk oluşundan yola çıkarak, Atina devletinde toplumsal kontrolü sağlayan şeyin, ilksel veya devletsiz toplumlardakine benzer olarak, toplumsal normların kendisi ve bu normlara uyulmaması durumunda verilecek cezalarla birlikte toplumdan dışlanma korkusu olduğu ileri sürülebilir. Zira Antik Yunan’da askeri komutanın yetkileri devlet topraklarının dışıyla sınırlı kaldığı, sivil alanda yurttaşların bu komutanın iktidarını tanımaktan kaçındığı görülmüştür<sup>[46]</sup>. Babil, Mısır gibi kent devletlerinde toplumsal kontrol faaliyeti, askerler ve kral muhafızları

[44] Clive Emsley, “Peasants, Gendarmes and State Formation,” in M. Fullbrook (Ed.), *National Histories and European History*, London, UCL Press, 1993, s.69-93.

[45] Buket Karaman, *Polisin Zor ve Silah Kullanma Yetkisi ve Bu Yetkinin İnsan Hakları Standartlarına Uygunluğu*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2023, 11.

[46] Morgan, *op.cit.*, s.386.

tarafından yerine getirilmiştir. Roma İmparatorluğunda toplumsal düzeni ve güvenliği sağlamak kralın görevidir. İmparatorluğun sınırlarının genişlemesi sonucunda artan güvenlik ihtiyacı, güvenliğin sağlanması için uzmanlaşmış birimlerin kurulmasına neden olmuştur<sup>[47]</sup>.

Orta Çağ feodal devletlerinde de parçalı siyasi yapı nedeniyle devletin kurumsallaşmış bir kolluk gücü yoktur. Dış güvenliğin sağlanması işi ordu tarafından yerine getirilse bu ordunun düzenliliği ve sürekliliğinden de söz edilemez. Orta Çağ'da feodal toplum yapısının belirgin özelliği olan kast sistemi, farklı sınıfların sürekli birbiriyle çatışma halinde olmasına neden olmuş ve iktidarın merkezileşerek şiddet tekelinin kurulmasını zorlaştırmıştır. Feodal devlet merkezi bir iktidara sahip olmadığı için, toplumun tamamına nüfuz etme kapasitesinden yoksundur. Feodal devlet, örf ve adet kurallarınca kabul edilen hakların kötüye kullanımının bir sonucu olarak, oç alma ve bireyin kendi adaletini sağlama pratiklerinin gelenek haline geldiği, gündelik şiddetin toplumun her alanına yayıldığı bir dönemdir<sup>[48]</sup>. Giddens, geleneksel devletlerde iktidarın; vergilerin toplanmasını veya genel düzenin korunmasını engellemedikçe, eşkıyalar, yağmacılar, kan davaları, çete şiddeti gibi gündelik şiddet olaylarını önlemek için özel bir çaba göstermediğini, olaylara müdahale etmediğini savunmuştur<sup>[49]</sup>. Bu devletlerde toplumsal kontrol ve güvenlik ordu veya yerel kuvvetler aracılığıyla sağlanmaya çalışılmıştır. Güvenliğin yerel güçler tarafından sağlanmasında, o yerel bölgede/mahallede yaşayan kişilere orada meydana gelen suç ve asayiş sorunlarıyla ilgili “kolektif sorumluluk” atfedilmesi esası işlevsel olmuştur<sup>[50]</sup>.

Orta Çağ'da özel alandan siyasal alana kadar toplumun bütününe kuşatan Kilise de zaman zaman bir toplumsal kontrol aygıtı rolü üstlenmiştir. Bazı toplumlarda Pazar gününün tanrıya ait olduğu inancına dayalı olarak kan

[47] Füsün Sokullu Akıncı, *Polis-Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi: Polis Alt- Kültürü ve İnsan Hakları*, İstanbul, Gümüş, 1. Baskı, 1990, s.21- 23.

[48] Marc Bloch, *Feodal Toplum*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara, Doğu Batı, 5. Baskı, 2015, s.645.

[49] Anthony Giddens, *Ulus Devlet ve Şiddet*, Çev. Cumhuriyet Atay, İstanbul, Kalkedon, 2. Baskı, 2008, s.86-87.

[50] Ferdan Ergut, “Polis Çalışmaları İçin Kavramsal Bir Çerçeve,” in Noémi Lévy, Nadir Özbek ve Alexandre Toumarkine (Ed.), *Jandarma ve Polis Fransız ve Osmanlı Tarihçiliğine Çapraz Bakışlar*, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt, 1. Baskı, 2009, s.44.



davasının yasaklandığı görülürken bu silah bırakma geleneği “tanrının ateşkesi” olarak adlandırılmıştır. Zamanla bu silah bırakma geleneği bayram günlerini ve pazar gününden önceki üç günü de kapsar hale gelmiş ve böylece haftanın dört günü geçerli olan “şiddetsizlik anlaşması” toplumsal kontrolü sağlayan etkili bir araç haline almıştır. Bunun dışında Kilise’nin köylülere, “barışa uyacaklarına yemin etmeleri, kiliseleri ve fakirleri ezmemeleri ve mallarına zarar vermemelemleri bunlardan aldıklarını geri vermeleri” yönündeki buyrukları da Kilisenin toplumsal barışın sağlanması ve güvenlik konusunda etkili kurumlardan biri olduğunun örneği olarak gösterilebilir<sup>[51]</sup>.

Polis kurumu nihayet feodal devletin çözülmesi sonucunda ortaya çıkan otorite boşluğunu doldurmak ve düzenin inşasını aynı zamanda iktidarın merkezileşmesini sağlamak üzere oluşturulmuştur.<sup>[52]</sup> Polis, ilk kurulduğu dönemlerde örgütsel ve işlevsel olarak orduyla iç içedir. Ordudan özerk bir modern polis örgütünün ortaya çıkışı 19. yüzyıla dayanır. Modern polis örgütünün oluşturulmasında modern devletin toplumsal kontrol işlevindeki genişleme rol oynamıştır. Giderek daha da merkezileşme arzusunda olan modern liberal ulus devlet, iktidarının yeniden üretimini, toplum üzerindeki denetim ve gözetim ağını güçlendirerek sağlamaya çalışmıştır. Sanayi devrimi sonrasında 19. yüzyılın başlarından itibaren başlayan işçi isyanlarının bastırılması, kentli burjuva azınlığın köyden kente göç eden yoksullardan kendilerini ve mülklerini koruma gayesi, sanayileşmenin etkisiyle kent nüfusunun çoğalması ve yoksulluğun artmasıyla orantılı olarak suçların artması, toplumsal düzeni tepeden tırnağa inşa etme yetkisiyle donatılmış modern bürokratik polis örgütünün oluşturulmasına neden olmuştur<sup>[53]</sup>.

[51] Bloch, *op.cit.*, s.650-651.

[52] Mark Neocleous, *Toplumsal Düzenin İnşası -Polis Erkinin Eleştirel Teorisi*, Çev. Ahmet Bekmen, İstanbul, H2O, 1. Baskı, 2013, s.36.

[53] J.A. Conley, “The Police in Urban America 1860-1920,” in W.G. Bailey (Ed.), *The Encyclopaedia of Police Science*, London, Garland Publishing, 1989, s.439-446.

## C) OSMANLI DEVLETİ'NDE MODERNLEŞME ÖNCESİ TOPLUMSAL KONTROL VEYA POLİSLİK

### 1- Osmanlı Devleti'nin Biçimi: Feodal Devlet- Mutlakiyetçi Devlet- Modern Devlet Tartışması

Modern devlet biçiminin Avrupa'da ortaya çıkışı feodalitenin çözüldüğü 16.-17. yüzyıllara kadar götürülebilirse de feodal devletten veya diğer geleneksel devlet tiplerinden modern devlete geçiş, toplumların ekonomik ve siyasi yapısına bağlı olarak, farklı coğrafyalarda farklı tarihlerde gerçekleşmiştir. Bu nedenle her siyasal toplumun modern devlet biçimine geçiş tarihine ilişkin ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir.

Osmanlı Devleti'nin modern devlet formunu alması yaklaşık olarak 19. yüzyıla tekabül etse de bu tarihten önce Osmanlı Devleti'nin biçiminin ne olduğu da tartışmalıdır. Çünkü çok geniş bir coğrafyaya ve tarihsel döneme yayılan Osmanlı Devleti'nin modern devlet öncesi siyasi ve idari yapısı da İmparatorluğun farklı tarihsel dönemlerine ve farklı coğrafyalarına göre değişkenlik arz etmiştir. Osmanlı İmparatorluğu, Avrupa'daki feodalizme benzer bir tımar sistemine sahip olmakla birlikte klasik Avrupa feodalizminden farklılaşan pek çok özelliğe sahiptir. Güçlü merkezi otoritesi, sahip olduğu görece düzenli ordu ve yargı sistemi ile klasik bir feodal devletten farklıdır. Bu bağlamda Berkes, Osmanlı Devleti'nin feodal devlet olmadığını savunurken<sup>[54]</sup>; Köprülü'ye göre Osmanlı kendine has bir İslam feodalizmidir<sup>[55]</sup>. İnalçık ise Osmanlı'nın Tanzimat öncesi klasik döneminde uygulanan tımar sisteminin, köylü ve askeri sınıfın devletle olan ilişkilerinde doğrudan sultana bağlı olmaları, bu ilişkilerin kanunlarla düzenlenmiş merkezi bir bürokrasiyle kurulması ve sıkı bir şekilde denetlenmesi nedeniyle, Avrupa feodalizminden farklı olduğunu ortaya koymuştur<sup>[56]</sup>.

Avrupa feodalizminin karakteri, toplumsal sınıflar arasındaki farklılığın hiyerarşik ve katı bir kast sistemine dayanması, siyasi yapının parçalı

[54] Niyazi Berkes, *Türkiye İktisat Tarihi*, İstanbul, Gerçek, 1. Baskı, 1969, c. I, s.7-31.

[55] M. Fuad Köprülü, "Orta Zaman Türk İslam Feodalizmi," *Belleten*, Sayı 19, 1941, s.319-334.

[56] Halil İnalçık, *Osmanlı İmparatorluğunun Ekonomik ve Sosyal Tarihi*, Çev. Halil Berktaş, İstanbul, Eren, 1. Baskı, 2000, c. I, s.110.

olması, devlet iktidarının, dini otorite (Kilise), ordu ve aristokrasi arasında paylaşılması ve bu sebeple iktidarın tekelleşmemesi özellikleriyle belirginleşir. Buna karşılık Osmanlı Devleti'nde iktidarın, bireyler, toplumsal ve siyasi yapılar üzerindeki denetim ve kontrol yetkisi çok daha fazladır. Özellikle Osmanlı padişahının aynı zamanda halife sayılması, ordunun başı olması, dini ve askeri otoritenin doğrudan devlete bağlı olmasına neden olmuştur. Bu nedenle Osmanlı'nın kurduğu denetim ve gözetim aygıtları çok daha güçlü merkezi devlet sistemi, Avrupa feodalizminin bölünmüş siyasi ve idari yapısından çok daha farklıdır. İnalçık'a göre Osmanlı Devleti'nin feodal devlet tipine en benzer olduğu dönem, merkezi otoritenin zayıfladığı ve ayan rejiminin güçlendiği 18. yüzyıl dönemidir<sup>[57]</sup>.

Osmanlı Devleti feodal devletten farklılaşan pek çok özellik taşımakla birlikte, 19. yüzyıla kadar olan dönemde, modern devlet olarak da nitelendirilemez. Nitekim Eisenstadt, geleneksel devlet tiplerine ilişkin yaptığı sınıflandırmada Osmanlı Devleti'ni, "merkezi tarihsel bürokratik devlet" tipi içinde ele değerlendirmiştir<sup>[58]</sup>. Öte yandan Osmanlı Devleti'nin modernleşme öncesi döneminin mutlakiyetçi devlet tipine yakın olduğu da söylenmiştir. Hatta Anderson, mutlakiyetçi devletleri incelerken Osmanlı Devleti'nin despotik mutlakiyetçi devlet olduğunu tespit etmiştir<sup>[59]</sup>. Mutlakiyetçi devletin "geleneksel" döneme mi yoksa "modern" döneme mi ait olduğu konusu tartışmalıdır<sup>[60]</sup>. Poggi'ye göre mutlakiyetçi devlet, modern devletin ilk ve arkaik biçimidir<sup>[61]</sup>. Giddens ise mutlakiyetçi devletin modern devletten ziyade geleneksel devlete daha yakın bir biçim olduğunu

[57] Halil İnalçık, *Devlet-i Aliyye Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar I*, İstanbul, Türkiye İş Bankası, 1. Baskı, 2009, s.197.

[58] Eisenstadt merkezi bürokratik devletlere örnek olarak; Mısır, Babil, İna ve Aztek gibi antik imparatorluklar, Çin, Pers, Sasani, Roma, Helen, Bizans, Osmanlı, İran İmparatorlukları ve mutlak monarşi çağındaki Batı Avrupa devletlerini göstermiştir. Eisenstadt, *op.cit.*, s.10-11.

[59] Perry Anderson, *Mutlakiyetçi Devletin Kökenleri*, Çev. Uygur Kocabaşoğlu, İstanbul, İletişim, 1. Baskı, 2023, s.397-398/ 344.

[60] Chistopher Pierson, *Modern Devlet*, Çev. Neşet Kutluğ ve Burcu Erdoğan, İstanbul, Çivi yazıları, 2. Baskı, 2014, s.66.

[61] Gianfranco Poggi, *Devlet Doğası, Gelişimi ve Geleceği*, Çev. Aysun Babacan, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 3. Baskı, 2011, s.58-71.

savunmuştur.<sup>[62]</sup> Anderson da mutlakiyetçi devletin, parçalanmış feodalizmin kalıntıları ile modern devlet arasında kalan bir form olduğunu söyler. Anderson'a göre mutlakiyetçi devlet, feodal ekonomiyle kapitalist ekonomi arasında bir geçiş rejimidir. Devletin biçiminin ve burjuva ve aristokrat sınıfı arasındaki düzenin, feodalite sonrasında gelmekte olan kapitalizme hazırlanmasıyla ilgilidir.<sup>[63]</sup> Dolayısıyla mutlakiyetçi devlet her ne kadar merkezi bürokratik bazı kurumlarıyla modern devlete benzeyen nitelikleri haiz olsa da kapitalizmle paralel modernleşme aşamalarını henüz içermediği için tam bir modern devlet formu olarak değerlendirilemez. Bu nedenle Osmanlı Devleti için feodal devlet sıfatı uygun bir niteleme olmadığı gibi modern devlet sıfatı da uygun değildir. Nitekim Zürcher de Osmanlı'nın modern devlete geçiş adımlarını 18. yüzyıl sonları ve özellikle 19. yüzyılda başlayan ıslahat hareketleri ve meşrutiyet dönemiyle başlatır.<sup>[64]</sup> Tanzimat reformları ve meşrutiyet dönemi devletin idari ve hukuki yapısındaki gelişmelerle birlikte, Osmanlı Devleti geleneksel devletten modern devlete evrilmeye başlamıştır. Osmanlı'da çıkarılan nizamnamelerle bürokratik bir polis teşkilatının kurulması da bu döneme rastlar. Bu bağlamda Avrupa'da modern devletin ortaya çıkması ile modern bürokratik bir polis teşkilatının oluşması arasındaki diyalektiğin, Osmanlı Devleti için de geçerli olduğu söylenebilir.

## 2- Osmanlı Devleti'nde Modernleşme Öncesi Toplumsal Kontrol veya Polislik

Osmanlı Devleti'nde toplumsal düzen ve güvenlikten sorumlu birincil makam, devlet iktidarının başı olan sultandır. Hiyerarşik olarak vezir-i azam sultandan sonra güvenlik konusundaki en yetkili kişidir. Bunun dışında subaşı, asesbaşı, kadı ve muhtesipler devletin güvenliğinden sorumlu başlıca idari makamlardır. Ayrıca yeniçeriler esas olarak dış güvenliğin sağlanmasında etkili bir kurum olmakla birlikte iç güvenliğin sağlanmasında ve toplumsal düzeninin inşasında da etkili olan bir kurumdur. Yeniçerileri ağalarının şehirleri gezerek kanunlara aykırı davranışlara falaka, sürgün,

[62] Giddens, *op.cit.*, s.120/143.

[63] Anderson, *op.cit.*, s.16/ 15-37.

[64] Erik Jan Zürcher, *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi*, Çev. Yasemin Saner, İstanbul, İletişim, 30. Baskı, 2015, s.15-16.

hapis ve hatta idam cezası verme gibi yetkileri vardır<sup>[65]</sup>. Taşra idaresinde kolluk ve asayişin sağlanmasından sorumlu en üst makam beylerbeyi ve sancakbeyleridir<sup>[66]</sup>. Güvenliğin ve toplumsal kontrolün sağlanmasında kadı da en etkili aktörlerden biridir. Kadıların uyuşmazlıkları çözmek dışında, çarşı, pazarları gezerek halkı, giyim kuşamından gündelik davranışlarına kadar “ahlak zabıtası” gibi denetleme ve gerekli gördüğünde müdahale etme yetkisi vardır<sup>[67]</sup>.

Osmanlı gibi geniş bir coğrafyaya yayılan imparatorlukta merkezi yönetimin taşranın en ücra köşelerine kadar nüfuz edebilmesini sağlayan şey, güvenlik ve toplumsal kontrolün yerel güçler tarafından sağlanmasıdır. Toplumsal kontrolün sağlanmasında görevli olan yerel kurumlara genellikle vergi muafiyetleri tanınmış ya da yerel kaynaklardan kendilerine gelir tahsis edilmiştir. Yerelde güvenliğin sağlanmasında ahiler ve imamlar en etkili kurumlardandır. 19. yüzyılın ikinci yarısına kadar mahalle yönetiminin başı, Padişah tarafından atanan imamlardır. İmamlar, mahalleye yerleşmek isteyen kişilere onay (mürur tezkeresi) vermekten, “sakıncalı” veya “ahlaka aykırı” gördükleri kişileri mahalleden sürgün etmeye kadar doğrudan düzen inşası yetkilerine sahiptir<sup>[68]</sup>. Ahiler, kamu düzeni bozulduğunda şehrin idaresini ele alarak kamu düzenini sağlamakla görevlidir<sup>[69]</sup>. Ahiliğin uzantısı olan lonca teşkilatı da üretim standartlarının belirlenmesinden, lonca üyelerine verilecek cezalara varana kadar, iç işleyişiyle ilgili konularda özerk kararlar

[65] Emre Aydilek, *Devlet Güvenlik İlişkisi*, Ankara: Gece Kitaplığı, 1. Baskı, 2020, s.136-138.

[66] Osmanlı’da toplumsal denetimin sağlanmasında görevli kişi ve kurumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Ibid.*, 134-143.

[67] Derviş Okçabol, *Türk Zabıta Tarihi ve Teşkilat Tarihçesi*, Ankara, Polis Akademisi, 1. Baskı, 2016, s.44-54.

[68] İlber Ortaylı, *Tanzimat’tan Sonra Mahalli İdareler (1840-1848)*, Ankara, TODAİE, 1. Baskı, 1974, s.95.

[69] M. Fuad Köprülü, *Osmanlı İmparatorluğu’nun Kuruluşu*, Ankara, Atava Kültür, 1972, s.156.

alabilen bir kurumdur. Loncaların ve mahallede imamların aldığı kararların genellikle kadılar tarafından doğrudan onaylandığı görülmüştür<sup>[70]</sup>.

Osmanlı'da modernleşme öncesi toplumsal kontrolün sağlanmasında etkili olan bir diğer kurum dini cemaatler ve vakıflardır<sup>[71]</sup>. Örneğin Rumların işledikleri suçlar nedeniyle Patrik tarafından aforoz edilecekleri yönünde uyarıldıkları görülmüştür:

*“Eşkıyalığa ve hırsızlığa yataklık yapan köylerin nüfusunun çoğunlukla Rum milletinden ve Cezayir-i Sebi abalisinden olmasından dolayı ‘hırsız ve serseri güruhunun’ hanelerde saklanmasının çok büyük ‘günah’ olduğunun ve hatta ‘mesfurları görüp de zabıtana haber vermeyen ve muktedir oldukları halde tutup teslim etmeyen aforozlu olacağı’nın’ ilan edilmesi Rum Metropolithanesine ‘tenbih’ olundu. Hatta Patrik tarafından gerek İzmir şehri ve gerek köyleri kiliselerinde okutturulmak üzere bazı tenbihatın yapılmasının pek çok faydalı olacağı düşünüldü. Bunlara ilaveten herhangi bir hırsızlık ve uygunsuzluğun meydana geldiği köylerin bu durumdan cümleten sorumlu tutulmasına ve oluşacak zararı tanzim etmekle yükümlü olmalarına karar verildi.”<sup>[72]</sup>*

Yerel güvenliğin ve toplumsal kontrolün sağlanmasında kullanılan etkili yöntemlerden bir diğeri de yerel halkın silahlandırılarak asayişin sağlanmasıyla

[70] Nurcan Abacı, *Bursa Şehri’nde Osmanlı Hukukunun Uygulanması (17. Yüzyıl)*, Ankara, Kültür Bakanlığı, 1. Baskı, 2001, s.203-207.

[71] İlber Ortaylı, *Osmanlı’da Değişim ve Anayasal Rejim Sorunu*, İstanbul, İş Bankası Kültür, 4. Baskı, 2015, s.268.

[72] Alp Yücel Kaya, “19. Yüzyıl Ortasında İzmir’de Mülkiyet, Emniyet ve Zaptiyeler”, in Noémi Lévy, Nadir Özbek ve Alexandre Toumarkine (Ed.), *Jandarma ve Polis Fransız ve Osmanlı Tarihçiliğine Çapraz Bakışlar*, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt, 1. Baskı, 2009, s.193. Kaya, İ.MVL (İrade Meclis-i Vala) 268/10261 (16/C/1269) arşivinden aktarmıştır.

sorumlu tutulması uygulamasıdır<sup>[73]</sup>. Kırsal kesimin büyük bir kısmının devlet eliyle silahlandırılması bir yandan yerel halkın kendi kendisinin polisi olmasını sağlarken bir yandan da geniş coğrafyaya yayılan fakat merkezi bürokratik bir güvenlik örgütü olmayan imparatorluğun, merkezi otoritesini taşraya aksettirmesinin en kestirme yolu olarak görülmüştür. Ancak bu bilinçli silahlandırma politikası, 16. yüzyılın sonlarından itibaren, yerelde asayişin sağlanması amacıyla sapmış ve milis güçlerin “eşkîya” sıfatıyla merkezi otoriteye karşı örgütledikleri isyanlara dönüşmüştür. Eşkîyalık, Hobsbawm’a göre yoksulluk ve zulme karşı bir toplumsal protesto olarak ortaya çıkmıştır<sup>[74]</sup>. Özellikle, seyyar tüccarlara ve kervan güzergahlarına saldırmaktan, şehirleri kuşatıp halktan haraç almaya kadar çeşitli isyan hareketleriyle somutlaşan Celali İsyânları’ndan itibaren eşkıyalar devlete olan itaatsizliğin sembolü olmuştur. Öyle ki Celali İsyânları’nın bastırılmasından sonra bile bu eşkıya imgesi, bütün toplumsal muhalefetin baskılanmasında, devletin halkın desteğini almak için ileri sürdüğü bir anarşi tehdidinde dönüştürülmüştür<sup>[75]</sup>.

Osmanlı’da asayiş ve güvenliğin sağlanması konusunda bir müeyyide biçimi olarak kolektif sorumluluk ilkesi uygulanmıştır. Ergut’a göre kolektif sorumluluk ilkesi, bütün pre-modern devletlerde toplumsal kontrolün sağlanması amacıyla, az veya çok başvurulan bir uygulamadır<sup>[76]</sup>. Kolektif sorumluluk ilkesi yukarıda sayılan tüm kurum ve yapılarla birlikte suç ve asayişle mücadele işini esas olarak mahallenin, yerelin bir sorunu ve sorumluluğu olarak gören bir anlayış yaratmıştır. Kolektif sorumluluk ilkesi temel olarak suçluların yakalanmasından bölge halkını sorumlu tutarak, yakalanamaması halinde de suçlunun yaşadığı düşünülen yerel halka kolektif olarak para cezası veya o kişinin sürgün edilmesi gibi başka diğer yaptırımlar uygulanması esasına dayanır<sup>[77]</sup>. Gerber’in aktarımına göre, “1810 yılında

[73] Karen Barkey, *Eşkîyalar ve Devlet Osmanlı Tarzı Devlet Merkezileşmesi*, Çev. Zeynep Altuok, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt, 2. Baskı, 2016, s.159.

[74] Eric J. Hobsbawm, *Primitive Rebels*, Manchester, Manchester University Press, 1971, s.73-74.

[75] Barkey, *op.cit.*, s.160.

[76] Ergut, *Modern Devlet ve Polis*, *op.cit.*, s.367-368.

[77] *Ibid*, s.86-96.

Ankaralılar devlet tarafından istenilen suçlunun teslim edilmemesi üzerine 100.000 kuruş cezaya çarptırılmışlardı. Başka bir durumda Erzincanlılar kendi bölgelerinde bir yeniçerinin öldürülmesi nedeniyle 20.000 kuruşluk bir ceza ödemek zorunda kalmışlardı.”<sup>[78]</sup>

Asker kaçaklarını ihbar yükümlülüğü, serserilerin denetimi, şehirlerin korunması, kalelerin güvenliği, şehre giren çıkan kişilerin denetimi, “ahlaka mugayir” davranışlarda bulunanların toplumdan dışlanması pratikleri, yerel halkın kolektif olarak sorumlu tutulduğu alanlardan bazılarıdır. Bununla birlikte kolektif sorumluluk ilkesi, 16. yüzyıl sonlarından itibaren başlayan eşkiya isyanlarıyla devletin mücadele etme yöntemi olarak da görülmüştür. Osmanlı’da yerel kurum ve yapılardan müteşekkil polislik pratiği daha çok devletin taşradaki kamu düzenini ve toplumsal kontrolünü sağlaması faaliyetlerine odaklanmıştır. Suçluların cezalandırılması veya kontrolü daha ikincil bir amaç olmuştur<sup>[79]</sup>. Gerber de Osmanlı hükümetinin yerel halk arasındaki basit asayiş ve suç olaylarına genellikle kayıtsız kaldığını tespit etmiştir. Devletin düzenini tehdit eden veya vergilerin toplanmasında güçlük yaratan bir durum olmadıkça, yereldeki adi suçlara müdahale edilmediği görülmüştür<sup>[80]</sup>. Bu da devletin yerelde asayişin sağlanmasıyla ilgili temel derdinin, gerçek suçlularla mücadele veya güvenliği sağlamak değil kamu düzeninin korunması, devletin kendi varlığına tehdit olarak gördüğü olayların bastırılması şeklinde “devlet akli”na dayalı bir polislik pratiğinin inşa edildiğinin göstergesidir.

Osmanlı’da toplumsal kontrol ve güvenlik, Tanzimat dönemine kadar yerel inisiyatifler aracılığıyla sağlanmıştır. Kolektif sorumluluk ilkesine dayalı polislik pratiği 1810’lara kadar varlığını sürdürmüştür. Polis örgütünün kurulmasına etki eden olgulardan biri yeniçerilerin işlevsiz bir teşkilat haline gelmesidir. 1826 yılında kaldırılan yeniçeri ocağının yerine kurulan polis örgütünün ilk yıllarında ise polis görevlilerinin ordunun içinden seçildiği görülmüştür. Ergut, Osmanlı Devleti’nde polis kurumunun tarihsel olarak dört kırılma noktasıyla şekillendiğini tespit eder. Bu bağlamda ilk kritik eşik, kolektif sorumluluğa dayalı polislik pratiğinin terk edilerek, ayrı bir kurum olarak polis teşkilatının oluşturularak çift yönlü polisliğe; yani dolaylı

[78] *Ibid*, s.86.

[79] *Ibid*, s.121.

[80] Haim Gerber, *State, Society and Law in Islam*, New York, Suny Press, 1994, s.125.



idareden doğrudan idareye geçildiği aşamadır. Polisin taşradaki etkisinin güçlenerek, toplumsal ve siyasal süreçlere müdahalesinin yoğunlaştığı ve devletin en güçlü denetim aygıtı haline gelmeye başladığı evre ikinci dönüm noktasıdır. Üçüncü önemli evre, polisin ordudan özerkleşerek ayrı bir bürokratik örgüt olarak teşkilatlandığı dönemdir. Dördüncü olarak temelleri atılmış modern, özerk, bürokratik polis teşkilatının, görev ve yetkilerinin çoğalarak, uzmanlaşmış bir kamu düzeni polisliği anlayışının yerleşmesiyle, polis aygıtı bugünkü modern halini almıştır<sup>[81]</sup>.

Tanzimat dönemine kadar güvenlikten sorumlu yerel güçlere bu iş karşılığında yerel kaynaklardan gelir tesis edilip, vergi muafiyetleri tanınırken; Tanzimat sonrası dönemde güvenlik görevlilerinin vergi muafiyetinin kaldırılarak hazineden maaşa bağlanmaları; herkesin tabi olduğu ceza kanunlarına tabi kılınarak faaliyet-sorumluluk esaslarının yeniden düzenlenmesi hem Osmanlı'nın bürokratikleşmesi hem de devletin şiddet tekeli eline geçirmesini sağlamıştır<sup>[82]</sup>.

## SONUÇ

Devletsiz toplumlarda toplumsal kontrolü sağlayan araçlar arasında arabuluculuk kurumu, gelenek kuralları, aile arası akrabalık ilişkileri, dini inanışlar, büyücülük, toplumdan dışlanma korkusu, şeflerin barışçıl arabuluculuk misyonunda cisimleşen karizmatik otoritesi, sayılabilir. Devletsiz toplumlardaki toplumsal düzeni inşa eden bu pratikler polislik kurumunun nüveleridir. Bu toplumlarda güçlü ve zora dayalı bir siyasi iktidar figürü olmadığı için şiddet araçlarının tekelleşerek polislik işinin profesyonelleşmesi mümkün olmamıştır.

Tilly'nin de ifade ettiği gibi devleti ortaya çıkaran şey “zor”dur. Modern devlet öncesi geleneksel devlet tiplerinde şiddet araçlarının tekelleşmesi mümkün olmadığı için bu devletler de bürokratik bir polis örgütüne sahip değildir. Belki de tersinden söylersek bu devletlerin toplumsal kontrolün sağlanması amaçlayan merkezi bürokratik bir polis örgütünden yoksun olmaları, şiddet tekelinin kurulmasına engel olmuştur. Çünkü modern devletin ortaya çıkışı ve modern polis teşkilatının kurulması birbirine

[81] Ergut, *Modern Devlet ve Polis*, *op.cit.*, s.77-129.

[82] Kaya, *op.cit.*, s.199.

karşılıklı neden sonuç ilişkisiyle bağlı olan iki olgudur. Nitekim devleti ortaya çıkaran şey “zor” ise modern devleti ortaya çıkaran şey de bu “zor” kullanma yetkisinin merkezi, bürokratik bir devlet formunda tekelleşmesidir. Modern devlet öncesi geleneksel devletlerde toplumsal kontrol ve güvenliğin; ordu, yerel güçler, örf adet kuralları, dini inançlar aracılığıyla, merkezi iktidardan görece bağımsız veya uzak kurumlarla, sağlanması ve merkezi iktidarın da kendi varlığına tehdit olarak görmediği olaylara müdahale etmekten kaçınma eğilimi şiddet araçlarının tekelleşmesini engellemiştir.

Osmanlı Devleti'nin modernleşme öncesi siyasi ve idari yapısı Avrupa feodalizminden oldukça farklıdır. Merkeziyetçi özellikleriyle Avrupa feodalizmin ayrılan Osmanlı Devleti'nin, feodal ekonomiyle kapitalist ekonomi arasında bir geçiş rejimi olarak tarif edilen mutlakiyetçi devletin despotik versiyonu olduğu söylenmiştir. Osmanlı'da güvenliğin sağlanmasında Avrupa'da olduğu gibi askeri güçler ve Osmanlı bürokrasisin kurum ve makamları etkilidir. Ancak Osmanlı'da toplumsal kontrol işi daha çok yerelin güvenliğinin tesisini hedefleyen kurumlar üzerinden yürütülmüştür. Geniş coğrafyaya yayılan İmparatorluk rejiminin taşraya nüfuz edebilmesi; imamlar, ahiler, kadılar, dini cemaat ve vakıflar, eşkıyalar gibi yerel güçlerle mümkün olabilmıştır. Bu kurumlara eşlik eden en etkili toplumsal kontrol normu ise “kolektif sorumluluk” ilkesi olmuştur. Kolektif sorumluluk esasıyla toplumun kendi kendisinin polisliğini yapması sağlanarak, mahallenin “düzene” uygun davranması sağlanmaya çalışılmıştır. Toplumsal kontrolün yerel güçlere ve kolektif sorumluluk esasına dayandırılması aynı zamanda devletin basit suç olaylarına müdahale etmeyerek yerel halkı kendi haline bıraktığının bir göstergesidir. Buna karşılık devletin güvenliğini veya “beka”sını tehlikeye atan veya vergilerin toplanmasını zorlaştıran düzen bozucu faaliyetlere devletin müdahil olduğu görülmüştür. Giddens'in, geleneksel devletlerin; vergilerin toplanmasını veya genel düzenin korunmasını engellemedikçe gündelik şiddet olaylarına müdahale etmediği, yönündeki tespitinin Osmanlı Devleti için de geçerli olduğu görülmüştür.

Devletin güvenlik aygıtının, bugün modern bürokratik bir polis örgütü halini almasına rağmen günümüzde de polislik pratiğinin ağırlık kazandığı konuların, suçla mücadelede çok, devletin ulaşamadığı yerelin denetim ve gözetimine odaklanan “kamu düzeni” polisliği olması<sup>[83]</sup>, polislik kurumunun,

[83] Modern polislik işinin suçla mücadelede çok toplumun “potansiyel” suçluluğunun denetimine ve toplumsal kontrol amacına yönelik olduğu yönünde bkz: David

toplum yararına bir güvenlik kamu hizmeti olmaktan ziyade devletin baskı aygıtı olarak kullanıldığını gösterir.

### KAYNAKÇA

- Abacı, Nurcan, *Bursa Şehri'nde Osmanlı Hukukunun Uygulanması (17. Yüzyıl)*, Ankara, Kültür Bakanlığı, 1. Baskı, 2001.
- Abélés, Marc, *Devletin Antropolojisi*, Çev. Nazlı Ökten, Ankara, Dipnot, 1. Baskı, 2012.
- Akal, Cemal Bali *İktidarın Üç Yüzü*, Ankara, Dost, 7. Baskı, 2014.
- Anderson, Perry, *Mutlakiyetçi Devletin Kökenleri*, Çev. Uygur Kocabaşoğlu, İstanbul, İletişim, 1. Baskı, 2023.
- Aydilek, Emre, *Devlet Güvenlik İlişkisi*, Ankara: Gece Kitaplığı, 1. Baskı, 2020.
- Barkey, Karen, *Eşkıyalar ve Devlet Osmanlı Tarzı Devlet Merkezileşmesi*, Çev. Zeynep Altıok, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt, 2. Baskı, 2016.
- Bayley, David, *Patterns of Policing*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1985.
- Bayley, David, *Police for the Future*, New York, Oxford University, 1994.
- Berkes, Niyazi, *Türkiye İktisat Tarihi*, İstanbul, Gerçek, 1. Baskı, 1969, c. I.
- Bloch, Marc, *Feodal Toplum*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara, Doğu Batı, 5. Baskı, 2015.
- Carneiro, Robert L., “Devletin Kökeni Üzerine Bir Teori.”, Çev. Aslan Delice, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2006, s. 251-262.
- Clastres, Pierre, *Devlete Karşı Toplum*, Çev. Mehmet Sert ve Nedim Demirtaş, İstanbul, Ayrıntı, 3. Baskı, 2011.

---

Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University, 2001, s.7/ 20; David H. Bayley, *Police for the Future*, New York, Oxford University, 1994, s.3/ 34.

- Conley, J.A., “The Police in Urban America 1860-1920,” in W.G. Bailey (Ed.), *The Encyclopaedia of Police Science*, London, Garland Publishing, 1989.
- Copet, Rlisabeth Rougier, “Le Mal Court: Başsız Bir Toplumda Görünen ve Görünmeyen Şiddet- Kamerun’daki Mkakolar,” in Riches, David (Ed.), *Antropolojik Açıdan Şiddet*, Çev. Dilek Hattatoğlu, İstanbul Ayrıntı, 1. Baskı, 1989.
- Çağlar, Ali, “Polis ve Polisliğin Ortaya Çıkışı: Sosyolojik Bir İnceleme,” *Polis Bilimleri Dergisi*, Cilt 1, Sayı 4, 1999, s. 121-132.
- Diamond, Arthur Sigismund, *Primitive Law: Past and Present*, London, Methuen and Co., 1971.
- Eisenstadt, Shmuel Noah, *The Political Systems of Empires*, New Jersey, Transaction Publishers, 1993.
- Emsley, Clive, “Peasants, Gendarmes and State Formation,” in M. Fullbrook (Ed.), *National Histories and European History*, London, UCL Press, 1993.
- Engels, Friedrich, *Ailenin, Özet Mülkiyetin ve Devletin Kökeni*, Çev. Kenan Somer, Ankara, Sol, 4. Baskı, 1992.
- Ergut, Ferdan, “Polis Çalışmaları İçin Kavramsal Bir Çerçeve,” in Noémi Lévy, Nadir Özbek ve Alexandre Toumarkine (Ed.), *Jandarma ve Polis Fransız ve Osmanlı Tarihçiliğine Çapraz Bakışlar*, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt, 1. Baskı, 2009.
- Ergut, Ferdan, *Modern Devlet ve Polis Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Toplumsal Denetimin Diyalektiği*, İstanbul İletişim, 2. Baskı, 2012.
- Garland, David, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University, 2001.
- Gerber, Haim, *State, Society and Law in Islam*, New York, Suny Press, 1994.
- Giddens, Anthony, *Ulus Devlet ve Şiddet*, Çev. Cumhur Atay, İstanbul, Kalkedon, 2. Baskı, 2008.

- Held, David, “The Development of the Modern State,” in S. Hall ve B. Gieben (Ed.), *Formations of Modernity*, Cambridge, Polity Press, 1992.
- Hobsbawm, Eric J., *Primitive Rebels*, Manchester, Manchester University Press, 1971.
- Hoebel, E. Adamson, *The Law of Primitive Man*, New York, Atheneum, 1976.
- İnalçık, Halil, *Osmanlı İmparatorluğunun Ekonomik ve Sosyal Tarihi*, Çev. Halil Berktaş, İstanbul, Eren, 1. Baskı, 2000, c. I.
- İnalçık, Halil, *Devlet-i Aliyye Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar I*, İstanbul, Türkiye İş Bankası, 1. Baskı, 2009.
- Karaman, Buket, *Polisin Zor ve Silah Kullanma Yetkisi ve Bu Yetkinin İnsan Hakları Standartlarına Uygunluğu*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2023.
- Kaya, Alp Yücel, “19. Yüzyıl Ortasında İzmir’de Mülkiyet, Emniyet ve Zaptiyeler”, in Noémi Lévy, Nadir Özbek ve Alexandre Toumarkine (Ed.), *Jandarma ve Polis Fransız ve Osmanlı Tarihçiliğine Çapraz Bakışlar*, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt, 1. Baskı, 2009.
- Köprülü, M. Fuad, “Orta Zaman Türk İslam Feodalizmi,” *Bellekten*, Sayı 19, 1941, s. 319-334.
- Köprülü, M. Fuad, *Osmanlı İmparatorluğu’nun Kuruluşu*, Ankara, Atava Kültür, 1972.
- Lowie, Robert Harry, *The Origin of the State*, New York, Harcourt, Brace and Co., 1927.
- Malinowski, Bronislaw, *Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek*, Çev. Şemsa Yeğin, İstanbul, İthaki, 1. Baskı, 2016.
- Maisels, Charles Keith, *Uygarlığın Doğuşu -Yakındoğu’da Avcılık ve Toplayıcılıktan Tarıma, Kentlere ve Devlete Geçiş*, Çev. Alaeddin Şenel, Ankara, İmge, 1. Baskı, 1999.

- Mann, Michael, “The Autonomous Power of the State: Its Origins, Mechanisms and Results,” *Archives Europeennes de Sociologie*, Sayı 25, 1984, s. 109-136.
- Mann, Michael, *The Sources of Social Power: A History of Power from the Beginning to A.D. 1760*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- Morgan, L. Henry, *Eski Toplum*, Çev. Ünsal Oskay, İstanbul, İnkılap, 1. Baskı, 2015.
- Neocleous, Mark, *Toplumsal Düzenin İnşası -Polis Erkinin Eleştirel Teorisi*, Çev. Ahmet Bekmen, İstanbul, H2O, 1. Baskı, 2013.
- Okçabol, Derviş, *Türk Zabıta Tarihi ve Teşkilat Tarihçesi*, Ankara, Polis Akademisi, 1. Baskı, 2016.
- Oppenheimer, Franz, *Devlet*, Çev. Alaeddin Şenel ve Yavuz Sabuncu, İstanbul, Engin, 1. Baskı, 1997.
- Ortaylı, İlber, *Tanzimat'tan Sonra Mahalli İdareler (1840-1848)*, Ankara, TODAİE, 1. Baskı, 1974.
- Ortaylı, İlber, *Osmanlı'da Değişim ve Anayasal Rejim Sorunu*, İstanbul, İş Bankası Kültür, 4. Baskı, 2015.
- Özcan, Mehmet Tevfik, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, İstanbul, On İki Levha, 5. Baskı, 2001.
- Özcan, Mehmet Tevfik, *İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol*, İstanbul, On İki Levha, 2. Baskı, 2012.
- Pierson, Christopher, *Modern Devlet*, Çev. Neşet Kutluğ ve Burcu Erdoğan, İstanbul, Çiviyazıları, 2. Baskı, 2014.
- Poggi, Gianfranco, *Devlet Doğası, Gelişimi ve Geleceği*, Çev. Aysun Babacan, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 3. Baskı, 2011.
- Redfield, Robert, “İlkel Hukuk,” Çev. H. Burak Gemalmaz, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LX, Sayı 1-2, 2000, s. 287-308.
- Schwartz, R. D. ve Miller, J. C., “Legal Evaluation and Societal Complexity,” *American Journal of Sociology*, Sayı 70, 1964, s. 159-169.

- Sokullu Akıncı, Füsun, *Polis-Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi: Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları*, İstanbul, Gümüş, 1. Baskı, 1990.
- Tilly, Charles, *Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu*, Çev. Kudret Emiroğlu, Ankara, İmge, 1. Baskı, 2001.
- Uygun, Oktay, *Devlet Teorisi*, İstanbul, On İki Levha, 1. Baskı, 2014.
- Zürcher, Erik Jan, *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi*, Çev. Yasemin Saner, İstanbul, İletişim, 30. Baskı, 2015.





# Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Dava Zamanaşımı

Zeynep ARIKAN\*  
Abdullah ARIKAN\*\*

---

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. zeynep.arikan@deu.edu.tr. **ORCID:** 0000-0001-6710-171X.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. abduallah.arikan@trabzon.edu.tr. **ORCID:** 0000-0002-4039-0352.

**Makale geliş tarihi:** 11 Haziran 2024 **Makale kabul tarihi:** 16 Eylül 2024  
**Atf önerisi:** Arıkan, Zeynep ve Abdullah Arıkan, “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Dava Zamanaşımı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 4, Ekim 2024, s.253-296. **DOI:** 10.30915/abd.1499447.

## VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARINDA DAVA ZAMANAŞIMI

### ÖZ

Çalışma muhtevasında vergi kaçakçılığı suçlarında dava zamanaşımının ne zaman işlemeye başlayacağı, sürenin uzunluğu ve zamanaşımının durması olgusunun özellikli halleri ele alınmaktadır. Çalışmada yanıltıcı veya sahte belge kullanma fiillerinde suç tarihinin kanuni deftere kaydın gerçekleştirildiği gün olduğu ve çift defter tutma fiilinin kesintisiz bir suç mahiyeti taşıdığı görüşleri benimsenmiştir. Ayrıca mezkûr suçlar açısından kovuşturma şartı olarak mütalaa alınması ve vergi incelemelerinin belli bir süre içerisinde başlanılıp bitirilmesi mecburiyetleri dolayısıyla Türk Ceza Kanunu hükümleri esas alınarak saptanacak zamanaşımı sürelerinin inceleme süresi olan beş yıla kayıtlandığı tespiti yapılarak bu konuda yeni bir kanuni düzenlemeye gereksinim olup olmadığı da tartışılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** ceza hukukunda zamanaşımı, dava zamanaşımı, vergi kaçakçılığı suçları, mütalaa, vergi incelemesi.

## STATUTE OF LIMITATIONS FOR TAX EVASION CRIMES

### ABSTRACT

In the scope of the study, when the statute of limitations starts to run in tax evasion crimes, the length of the period and the specific situations of the suspension of the statute of limitations in terms of the relevant crimes are discussed. In the study, it was adopted that the crime date for the acts of using misleading or forged documents is the day of recording in the legal book and that the act of keeping double books is an uninterrupted crime. In addition, it has been determined that the limitation periods to be determined based on the provisions of the Turkish Penal Code are recorded as five years, which is the examination period, due to the obligation to obtain an opinion as a condition of prosecution for the mentioned crimes and to start and finish tax examinations within a certain period of time, and it is also discussed whether there is a need for a new legal regulation on this issue.

**Keywords:** statute of limitations in criminal law, statute of limitations for lawsuits, tax evasion crimes, opinion, tax audit.

## GİRİŞ

Gerek özel gerekse kamu hukukundan kaynaklanan alacak-borç ilişkilerinde alacaklının alacağını izleme hususundaki ihmali davranışının neticesi olarak alacağın talep edilebilirliğini ortadan kaldıran zamanaşımı olgusu<sup>[1]</sup>, ceza hukuku alanında da kabul görmekte ve alanın eski kurumlarından birini meydana getirmektedir<sup>[2]</sup>. Öyle ki günümüz uygulamasından farklılıklar taşısaya da kurumun ceza hukukundaki yansımalarına Eski Yunan'da, Roma'da ve Cermen hukukunda rastlanılmaktadır<sup>[3]</sup>. Fakat belirtmek gerekir ki, ceza hukuku alanındaki mevcudiyetinin yerindeliği tartışmalıdır<sup>[4]</sup>. Tüm bu tartışmalar bir yana, günümüzde çağdaş hukuk düzenlerinin tamamında<sup>[5]</sup>, işlenmiş bir suçun belli bir süre içerisinde soruşturulup kovuşturulmaması ya da infaz edilmemesi ihtimallerinde cezalandırma ile hedeflenen sosyal yararının ortadan kalkacağı kabulüyle zamanaşımına yer verilmektedir<sup>[6]</sup>.

[1] Mualla Öncel *et al.*, *Vergi Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 29. Bası, 2020, s.142.

[2] Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, 2022, s.768.

[3] Sulhi Dönmezer *et al.*, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt III Cezalar-Güvenlik Tedbirleri-İnfaz*, İstanbul, Der Yayınları, 14. Bası, 2020, s.424 vd.; Kayıhan İçel *et al.*, *Yaptırım Teorisi (3. Kitap)*, İstanbul, Beta Yayınları, 2. Bası, 2002, s.333 vd.; Mehmet Emin Artuk *et al.*, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, 2020, s.1023 vd.; Demirbaş, *op. cit.*, s.768 vd.

[4] Faruk Erem, *Türk Ceza Hukuku Cilt: 1 Genel Hükümler*, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, Dördüncü Bası, 1958, s.643; Dönmezer *et al.*, *op. cit.*, s.426.

[5] Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Us-A Yayıncılık, 5. Baskı, 2012, s.536.

[6] Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, 2022, s.757; Bu sebebin yanı sıra belli bir sürenin geçmesiyle toplumun daha evvel işlenmiş bulunan bir suçu unutacağı, suç işleyen kimsenin yakalanma endişesi altında manevi ceza çekmiş olduğu, ilgili süre zarfında yeni bir suç işlemeyerek uslandığı, psikolojik açıdan değişim geçirdiği ve delillerin zamanla kaybolacağı gibi hususlar da ceza hukukunda zamanaşımının yer almasına yönelik diğer gerekçeleri meydana getirmektedir. Bkz. Erem, *op. cit.*, s.643-645; Dönmezer *et al.*, *op. cit.*, s.428-431; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s.667-671; İçel *et al.*, *op. cit.*, s.335-337; Artuk *et al.*, *op. cit.*, s.1026-1029; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s.647-649; Demirbaş, *op. cit.*, s.770-771; Mahmut Koca ve İlhan

Hemen belirtelim ki ceza hukuku alanındaki zamanaşımı türleri olan dava ve ceza zamanaşımı, aksi yönde kanuni bir düzenleme bulunmadığından, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK)'nun 359. maddesinde hüküm altına alınan vergi kaçakçılığı suçları açısından da uygulanabilir vaziyettedir. Genel mahiyetteki bu saptamanın akabinde işbu çalışma muhtevasında öncelikle dava zamanaşımı özelinde ceza hukuku alanındaki zamanaşımı kurumu genel bir bakış açısıyla irdelenecektir. Bunun ardından dava zamanaşımı kurumuna doğrudan vergi kaçakçılığı suçları özelinde yaklaşılabilecektir. Bu kapsamda öncelikle vergi kaçakçılığı suçlarında dava zamanaşımının ne zaman işlemeye başlayacağı ortaya konulacaktır. Bunun için hangi suç tiplerinin sırf hareket, hangilerinin ise netice suçu olduğu ve farklı suç fiilleri bakımından suç tarihinin ne olduğu üzerinde durulacaktır. Ardından ilgili suçlar bağlamında zamanaşımı süresinin uzunluğu tespit edilmeye çalışılacaktır. Tabii bu konuda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nin 66. maddesinin ilk fıkrası çerçevesinde vergi kaçakçılığı suçları için VUK'un 359. maddesi muhtevasında öngörülen hapis cezaları baz alınarak saptanacak süre ile VUK'un başka bazı hükümleri dikkate alındığında çoğu zaman fiili olarak işlemesi mümkün olabilecek süre birbirinden farklılık arz etmektedir. Zira ilgili suçların ortaya çıkarılmasında idarece yürütülecek vergi incelemelerinin dava zamanaşımından daha az bir süreyle sınırlandırılması ve yetkili birimlerce mütalaa verilmesinin kovuşturma şartı olarak öngörülmesi mezkûr farklılığı doğurmaktadır. Son olarak ise, vergi kaçakçılığı suçlarında dava zamanaşımının durması ya da kesilmesi ile alakalı özellikli durumlara temas edilecektir.

## I. CEZA HUKUKUNDA DAVA ZAMANAŞIMI KURUMUNA GENEL BİR BAKIŞ

Ceza hukukunda zamanaşımı olgusu, borç ilişkilerini konu edinen hukuk dallarından farklı olarak, devletin cezalandırma yetkisini sona erdirmek suretiyle<sup>[7]</sup> devlet ile kişiler arasındaki ceza veya infaz ilişkisini

---

Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, 2022, s.751-752; Fahri Gökçen Taner, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s.35 vd.; Mehmet Emin Alşahin, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s.17 vd.; Süleyman Özar, *Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s.30-35.

[7] Demirbaş, *op. cit.*, s.768; Taner, *op. cit.*, s.51; Alşahin, *op. cit.*, s.7.

düşürmektedir<sup>[8]</sup>. Böyle olunca da failin bu durumdan yararlanmak isteyip istemediğine bakılmaksızın suçun zamaşaşımına uğrayıp uğramadığı ilgili makamlarca re'sen nazara alınmaktadır<sup>[9]</sup>.

Zamaşaşımının ceza hukuku alanında dava ve ceza zamaşaşımı şeklinde iki türü bulunmaktadır. Eğer suçun işlenmesinden sonra belli bir zaman aralığı içerisinde zamaşaşımını durduran ya da kesen hallerin mevcudiyetine karşın mahkûmiyet hükmü kesinleşmiyorsa dava zamaşaşımından, hüküm kesinleştikten veya infaz kesintiye uğradıktan sonra vuku bulabilecek kesme hallerine rağmen belli bir süre içerisinde infaz edilemiyorsa ceza zamaşaşımından söz edilir<sup>[10]</sup>.

### A) DAVA ZAMAŞIMI SÜRESİNİN SONA ERMESİNİN DOĞURDUĞU SONUÇ

Dava zamaşaşımı süresinin sona ermesi ihtimalinde ceza davası açılmaz ya da daha önce açılmış olan davaya devam edilemez<sup>[11]</sup>. Nitekim zamaşaşımı olgusu soruşturma aşamasında tespit edilirse savcılık makamının kovuşturmayaya yer olmadığı yönünde karar vermesi gerekir. Fakat soruşturma aşaması tamamlanıp, kovuşturma aşamasına geçildikten sonra saptanması halinde ise mahkemece düşme kararı verilir<sup>[12]</sup>. Bu durum daha sonra yani

[8] Dönmezer *et al.*, *op. cit.*, s.423.

[9] Dönmezer *et al.*, *op. cit.*, s.433; Önder, *op. cit.*, s.667; İçel *et al.*, *op. cit.*, s.339; Bahsi geçen durum TCK'nin 72. maddesinin 2. fıkrasında açık bir şekilde zikredilmiş bulunmaktadır.

[10] Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 22. Baskı, 2022, s.613, 622; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 13. Baskı, 2012, s.606, 613.

[11] Dönmezer *et al.*, *op. cit.*, s.434; İçel *et al.*, *op. cit.*, s.339; Artuk *et al.*, *op. cit.*, s.1034; Hakeri, *op. cit.*, s.606, 613; Alşahin, *op. cit.*, s.7-8.

[12] Mehmet Emin Artuk ve Mehmet Emin Alşahin, "Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamaşaşımı", *MÜHFHAD (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan)*, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s.29, 31; Berrin Akbulut, "Dava Zamaşaşımı Sürelerinin Başlaması", *EÜHFHD*, Cilt 8, Sayı 2, 2013, s.150-152; Koca ve Üzülmez, *op. cit.*, s.765-767; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op. cit.*, s.758; Alşahin, *op. cit.*, s.75; Özar, *op. cit.*, s.142-143.

kanun yolu aşamasında fark edilirse, bu kez de bölge adliye mahkemesi ya da Yargıtay işin esasına girmeyerek düşme kararı verir<sup>[13]</sup>.

Vurgulamak gerekir ki, kovuşturma aşamasında zamanaşımı süresinin dolduğu tespiti üzerine beraat değil, düşme kararı verilir. Bu durum, bölüm başlığı “Dava ve Cezanın Düşürülmesi” ve kenar başlığı “Dava zamanaşımı” olan TCK’nin 66. maddesinde “kamu davası...geçmesiyle düşer” denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir<sup>[14]</sup>.

Düşme kararı verilecek olmasının bir neticesi olarak, zamanaşımı süresinin dolması halinde ceza verilmesi başka bir deyişle suçun işlendiğini sabit görme anlamına gelecek hükmün açıklanmasının geri bırakılması ya da ön ödeme gibi kurumların herhangi birinin tatbiki de mümkün olmaz<sup>[15]</sup>.

## B) DAVA ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN HESAPLANMASI

Dava zamanaşımı kurumu TCK’nin 66 ve 67. maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Altmış altıncı maddede öncelikli olarak zamanaşımı süresinin nasıl hesaplanacağı hüküm altına alınmıştır. İlk fıkrada sürenin, aksine bir düzenleme bulunmadığı müddetçe, suça uygulanacak cezanın ağırlığına<sup>[16]</sup> başka bir deyişle miktarına<sup>[17]</sup> göre belirleneceği öngörülmüştür. Buna göre zamanaşımı süresi, işlenen suç için gereken hapis cezası ağırlaştırılmış müebbet ise otuz yıl, müebbetse yirmi beş yıl, yirmi yıldan aşağı değilse yirmi yıl, beş yıldan fazla ve fakat yirmi yıldan azsa on beş yıl ve beş yıldan fazla değil veya adli para cezası ise sekiz yıl olarak tayin edilmiştir. İkinci fıkrada

[13] Koca ve Üzülmöz, *op. cit.*, s.766; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, İstanbul, Beta Yayınları, 3. Bası, 2013, s.568.

[14] Ancak Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)’nin 223. maddesinin 9. fıkrasında açıkça zikredildiği üzere, beraat kararının derhal verilmesinin mümkün olduğu hallerde düşme kararı verilemeyeceğinden, zamanaşımı süresi dolmuş olsa dahi beraat kararı verilmesi gerekir. Bkz. Akbulut, *op. cit.*, s.151; Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-2*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 12. Bası, 2022, s.174.

[15] Akbulut, *op. cit.*, s.152; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.613-614.

[16] Erem, *op. cit.*, s.651; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınevi, 20. Baskı, 2014, s.463; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.615; Zafer, *op. cit.*, s.564; Koca ve Üzülmöz, *op. cit.*, s.755.

[17] İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 18. Baskı, 2022, s.1060; Soyaslan, *op. cit.*, s.650; Akbulut, *op. cit.*, s.154.

suçun belli yaş aralıklarında işlenmesi hali, zamanaşımı süresini azaltan bir sebep olarak düzenlenmiştir. Buna göre zamanaşımı süresi, suçun işlendiği tarihte fail on iki yaşını doldurmuş ve fakat on beş yaşını doldurmamışsa yarı, on beş yaşını doldurmuş ve fakat on sekiz yaşını doldurmamış ise üçte bir oranında azalacaktır. Dördüncü fıkrada ise sürenin tayininde belli bir suç için seçimlik ceza öngörülmesi halinde hapis cezasının dikkate alınacağı ve hapis cezasının alt ve üst sınırlarına yer verilmesi durumunda üst sınırın esas alınacağı hüküm altına alınmıştır.

Altmış altıncı maddenin 3. fıkrasında, sürenin hesaplanması noktasında baz alınacak hapis cezasının tespitinde dosyada yer alan deliller nazara alındığında daha ağır cezaya sebebiyet verecek nitelikli hallerin de göz önünde bulundurulacağı ifade edilmiştir. Üçüncü fıkra hükmünün mefhum-u muhalifinden hareketle denilebilir ki, zamanaşımı süresinin saptanmasında yalnızca cezada artışa sebebiyet verecek nitelikli haller dikkate alınabilecek, buna karşılık cezayı hafifletici sebepler herhangi bir surette esas alınamayacaktır. Yine takdiri indirim nedenleri, suçun teşebbüs aşamasında kalmış yahut suça iştirak edilmiş olması halleri de sürenin saptanmasında önem arz etmeyecektir<sup>[18]</sup>.

### C) DAVA ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN İŞLEMENE BAŞLAMASI

Zamanaşımı sürelerinin ne zamandan itibaren işlemeye başlayacağı, TCK'nin 66. maddesinin 6. fıkrasında hükme bağlanmış vaziyettedir. Bahsi geçen hüküm çerçevesinde zamanaşımı süresi, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda son hareketin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin vuku bulduğu ve zincirleme suçlarda ise son suçun işlendiği günden itibaren başlar<sup>[19]</sup>.

Burada özellikle tamamlanmış suçlar açısından konuya daha detaylı yaklaşılması gerekir. Bu çerçevede öncelikle sırf hareket suçları ile neticeli

[18] Demirbaş, *op. cit.*, s.774; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.616; Özgenç, *op. cit.*, s.1062; Zafer, *op. cit.*, s.567-568; Hakeri, *op. cit.*, s.606-607; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op. cit.*, s.763.

[19] Ayrıca aynı hükümde çocuklara karşı belli kimseler tarafından işlenen suçlarda zamanaşımı süresinin başlangıcı noktasında özel bir belirleme yapılmıştır. Bu kimseler çocuğun üstsoyu yahut bunlar üzerinde etkisi bulunan kimseler olup, değinilen hallerde zamanaşımı süresi çocuğun on sekiz yaşını doldurduğu günden itibaren başlar.



suçlar arasında bir ayırım yapılmalıdır. Zira suçun işlendiği günün hangi tarihe denk düşeceği hususu değinilen suç türlerinde farklılık arz eder. Nitekim sırf hareket suçlarında suçun işlendiği tarih icra hareketlerinin tamamlandığı, neticeli suçlarda ise neticenin ortaya çıktığı gündür<sup>[20]</sup>.

Son olarak belirtilmelidir ki, ceza hukuku alanında zamanaşımı süresini başlatan sebebin vuku bulduğu gün de sürenin hesaplanmasında toplam süreye dahil olmaktadır. Zira TCK'nin 66. maddesinin lafzında geçen "... günden itibaren işlemeye başlar." ifadesi ile ceza mevzuatında aksi yönde bir düzenlemeye gidilmemesi hususları bu saptamayı haklı çıkarır vaziyettir<sup>[21]</sup>.

#### **D) DAVA ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN TATBİK EDİLEMeyeCEĞİ SUÇLAR**

TCK'nin 66. maddesinin 7. fıkrasında bazı suçlar açısından zamanaşımı kurumunun tatbik olunamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu suçlar, yurtdışında işlenen ve ağırlaştırılmış müebbet, müebbet veya on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren devlete ve millete karşı suçlardır. Ayrıca TCK'nin belli suçlara dair özel hükümlerinde de ilgili suçlar açısından zamanaşımı kurumunun tatbik edilemeyeceği öngörülmektedir. Nitekim soykırım (TCK m. 76/4), insanlığa karşı suçlar (TCK m. 77/4), bu suçları işlemek amacıyla örgüt kurulması, yönetilmesi ya da örgüte üye olunması (TCK m. 78/3) ve işkence suçları (TCK m. 94/6) değinilen kapsamdadır. Belirtilmelidir ki bunlar dışında kalan suçlar, aksine bir hüküm ihdas edilmediği müddetçe, dava zamanaşımına tabi olacaktır<sup>[22]</sup>.

#### **E) DAVA ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN DURMASI VE KESİLMESİ**

Dava zamanaşımını durduran ve kesen hallerle ilişkin detaylar TCK'nin 67. maddesinde düzenlenmiştir. Zamanaşımı süresinin durması ile kastedilen, durma halinin vukuundan bu halin ortadan kalktığı güne kadar zamanaşımı süresinin işlememesidir. Süreyi durduran hallerin neler olduğu hususunda ceza mevzuatı dikkate alınarak dörtlü bir ayırım yapılabilir. İlk olarak 67.

[20] Önder, *op. cit.*, s.678; Toroslu, *op. cit.*, s.464; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.617; Artuk *et al.*, *op. cit.*, s.1046 vd.; Koca ve Üzülmöz, *op. cit.*, s.762; Akbulut, *op. cit.*, s.166-171; Özar, *op. cit.*, s.115-117.

[21] Akbulut, *op. cit.*, s.162; Artuk ve Alşahin, *op. cit.*, s.36-37.

[22] Dönmezer *et al.*, *op. cit.*, s.434-435; Özgenç, *op. cit.*, s.1063; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op. cit.*, s.760-761; Koca ve Üzülmöz, *op. cit.*, s.754-755; Taner, *op. cit.*, s.56-57; Özar, *op. cit.*, s.64 vd.

maddenin ilk fıkrasında ifade edildiği üzere, ceza muhakemesi yönünden kovuşturma şartlarından olan izin ve karar kurumlarının işletilmesi zamanasını durdurmaktadır. Gerçekten de soruşturma veya kovuşturma yapılması için yetkili merciden izin alınması veya merciin karar vermesinin gereklilik arz ettiği hallerde ilgili mercie başvuru tarihinde zamanasını durmakta ve iznin yahut kararın alındığı tarihten itibaren ise süre kaldığı yerden işlemeye devam etmektedir<sup>[23]</sup>. İkinci olarak aynı hükümde belirtildiği üzere, bekletici mesele hali zamanasını durdurmaktadır. Nitekim bir fiilin suç olup olmadığı noktasında çözülmesi gereken bir husus diğer hukuk dallarının uzmanlık alanına girmekte ise (söz gelimi hırsızlık yaptığı iddiasında bulunulan kimsenin malın kendi mülkiyetinde olduğunu ileri sürmesi) ceza mahkemesi, CMK'nin 218. maddesi uyarınca, bu hususu kendisi çözebileceği gibi bunun yerine ilgililere yetkili mahkemede dava açmaları için süre verebilir. Eğer ikinci yol tercih edilmişse, sorunun çözümü bakımından geçen süre zarfında zamanasını süresi işlemeyecektir<sup>[24]</sup>. Üçüncü olarak yine 67. maddenin ilk fıkrasında öngörüldüğü üzere, CMK'nin ilgili hükümleri doğrultusunda failin kaçak olduğuna yönelik karar verilmesi zamanasını durdurur. Bu kararın kalkmasıyla birlikte, duran zamanasını tekrar işlemeye başlar<sup>[25]</sup>. TCK'nin 67. maddesi dışında CMK muhtevasında da (dördüncü olarak) zamanasını durduran bazı hallere yer verilmiştir. Nitekim hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231/8-c), uzlaştırma yoluna gidilmesi (CMK m. 253/21) ile kamu davası açılmasının ertelenmesi (CMK m. 171/4) böyle bir etkiye sahiptir<sup>[26]</sup>.

Kesilmede ise, kesme halinin vuku bulması ile daha önce işlemiş olan sürelerin artık bir önemi kalmamaktadır. Kesme halinin ortadan kalktığı günden itibaren zamanasını süresi sanki daha önce hiç işlememiş gibi yani sıfırdan işlemeye başlar. Kesme halleri 67. maddenin 2. fıkrasında dört bent

[23] Artuk *et al.*, *op. cit.*, s.1052-1054; Demirbaş, *op. cit.*, s.779-781; Koca ve Üzülmöz, *op. cit.*, s.767-768; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op. cit.*, s.770-771; Taner, *op. cit.*, s.85-89; Alşahin, *op. cit.*, s.179 vd.; Özar, *op. cit.*, s.151-173.

[24] Artuk *et al.*, *op. cit.*, s.1054-1056; Alşahin, *op. cit.*, s.195-203.

[25] Artuk *et al.*, *op. cit.*, s.1056; Demirbaş, *op. cit.*, s.782; Koca ve Üzülmöz, *op. cit.*, s.768-769; Taner, *op. cit.*, s.92-93; Alşahin, *op. cit.*, s.203-205.

[26] Artuk *et al.*, *op. cit.*, s.1057-1058; Öztürk ve Erdem, *op. cit.*, s.620; Zafer, *op. cit.*, s.569-570.

halinde sayılmıştır. Bunlar şüpheli veya sanıklardan birinin savcı tarafından ifadesinin alınması yahut sorguya çekilmesi, tutuklanması, hakkında iddianame düzenlenmesi veya mahkûmiyet hükmü verilmesidir. Üçüncü fıkrada, birden fazla kesme nedeninin gerçekleşmesi halinde sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı, dördüncü fıkrada ise sürenin kesilmesi durumuna özgü olarak azami zamanaşımı süresinin ne kadar olacağı hüküm altına alınmıştır. Eğer birden fazla kesme hali vuku buluyorsa süre, son kesme halinin ortadan kalkmasından itibaren işlemeye başlar. Fakat kesme halleri ne zaman vuku bulursa bulsun, dava zamanaşımı süresi en çok mevzu bahis suçta dair TCK ile belirlenen zamanaşımı süresinin yarısına kadar uzayabilir<sup>[27]</sup>.

Bu noktada son olarak TCK'nin 66. maddesinin 5. fıkrasındaki özel bir belirlemeden söz etmek gerekir. Buna göre, belli bir fiilden kaynaklı olarak yeniden yargılama yapılması gereği haiz bulunuyor ve bu konudaki talep mahkemece kabul edilmiş ise, zamanaşımı süresi kabul tarihinden itibaren yeni baştan işlemeye başlar. Hemen belirtelim ki burada yeniden yargılama yapılması ile kastedilen, CMK'nin 311. ve 323. maddeleri arasında hükme bağlanan yargılamanın yenilenmesi kurumudur<sup>[28]</sup>.

[27] Hemen belirtelim ki, azami süre uygulaması yalnızca kesme hallerine ilişkin olarak öngörüldüğünden durma halleri bakımından aynı etkiyi meydana getirmez. Diğer bir ifadeyle, sürenin durmasına yol açan bir hal ortaya çıktıktan sonra ne kadarlık bir süre geçerse geçsin bu halin ortadan kalkmasından itibaren süre kaldığı yerden işlemeye devam eder. Ancak böyle bir durum keyfiyete yol açabileceğinden, son derece eleştiriye açık bulunmaktadır. Bkz. Hafizoğulları ve Özen, *op. cit.*, s.541.

[28] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op. cit.*, s.764; Özar, *op. cit.*, s.130-131; Eğer daha önce yargılama yapılmış ve kesin hüküm verilmiş olsa dahi, 311. maddede belirtilen sebepler çerçevesinde yargılamanın yenileceği bir durumda dava zamanaşımı süresi işlemeye yeni baştan başlayacaktır. Her ne kadar sürenin en baştan başlayacak olması nedeniyle mevzu bahis olgu, kesme halleri ile benzerlik taşısa da farklı bir durumu temsil etmektedir. Bkz. Demirbaş, *op. cit.*, s.775-776; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op. cit.*, s.765; Taner, *op. cit.*, s.118-119; Akbulut, *op. cit.*, s.164-165; O nedenle yargılamanın yenilenmesi kurumunun işletilebildiği süre zarfında kesme hallerindeki gibi bir süre sınırlamasından söz edilemez. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op. cit.*, s.765; Taner, *op. cit.*, s.119; Akbulut, *op. cit.*, s.165.

## II. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARI AÇISINDAN DAVA ZAMANAŞIMI

Vergi suçları arasında en önemlisi<sup>[29]</sup> ve sonuçları itibariyle daha ağır yaptırımlara tabi olan<sup>[30]</sup> vergi kaçakçılığı suçları, ilk ihdas edildiği günden bu yana pek çok yönden değişikliğe tabi tutulmuş<sup>[31]</sup> ve en son 8.4.2022 tarihli 7394 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin ardından VUK'un 359. maddesi muhtevasında günümüzdeki yapısına kavuşturulmuştur. Mezkûr değişiklik kapsamında suçlara karşılık öngörülen cezalarda artırım gidilmiş, etkin pişmanlık kurumu ihdas edilmiş ve zincirleme suç esasının uygulanması noktasında özel bir saptama<sup>[32]</sup> yapılmıştır.

Bu değişikliğin yanı sıra VUK'un 359. maddesine 29.4.2021 tarihli 7318 sayılı Kanun ile ç fıkrası, 30.11.2022 tarihli 7423 sayılı Kanun ile ise d fıkrası<sup>[33]</sup> eklenmiş ve daha önce dört farklı suç grubunu (hükmün a fıkrasınının 1 ve 2 numaralı bentlerinde sayılan fiiller farklı suç gruplarını meydana getirmektedir) ihtiva eden vergi kaçakçılığı suçlarına<sup>[34]</sup> iki ayrı

- [29] Uğur Yiğit, *Vergi Usul Kanununda Hürriyeti Bağlayıcı Suç ve Cezalar Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları*, İstanbul, Beta Yayınları, 2004, s.59.
- [30] Turgut Candan, *Vergisel Kabahatler ve Suçlar*, Ankara, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, 2019, s.345.
- [31] Tarihsel gelişim için bkz. İbrahim Nihat Bayar, *Vergi Kaçakçılığı*, Ankara, Mali Akademi Yayınları, 2013, s.66-71; Adnan Çavuş, *Suç Genel Teorisi Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçları*, İstanbul, Beta Yayınları, 2016, s.33-44; Yusuf Burak Aslanpınar, *TCK'nın Genel Hükümleri Çerçevesinde Vergi Kaçakçılığı Suçları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2022, s.32-48.
- [32] “Bu maddede düzenlenen suçların birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanununun 43 üncü maddesi uygulanır.”
- [33] Bu hükmün yürürlüğe girişi, 7423 sayılı Kanun'un 10. maddesinde 1.1.2024 tarihi olarak tayin edilmiştir.
- [34] Bu yönde bkz. Doğan Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, Bursa, Ekin Yayınevi, 12. Baskı, 2022, s.443 vd.; Ercan Sarıcaoğlu, *Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.176; Mehmet Yüce, *Vergi Kaçakçılığı Suçu (Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçu) ve Yargılama Usulü*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s.47 vd.; Mahmut Kaşıkçı ve Altan Rençber, *Vergi Ceza Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2023, s.315.

suç grubu daha eklenmiştir<sup>[35]</sup>. 2024 yılının başından itibaren sayısı altıya çıkan bu suç grupları<sup>[36]</sup> da kendi içerisinde seçimlik hareketli olarak<sup>[37]</sup> tasarlanmıştır.

Yine 1998 yılında ihdas olunan 4369 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle beraber vergi ziyayı suçun unsuru olmaktan çıkarıldığından<sup>[38]</sup> vergi kaçakçılığı suçları, çift defter tutma fiilini ayıracak olursak, neticeli değil de sırf hareket suçu vasfını kazanmıştır<sup>[39]</sup>.

[35] Bu noktada önemle vurgulamak gerekir ki, çalışmada VUK'un 359. maddesinin a, b, c ve d olarak tasniflendirilen paragraf kısımları *fıkra* olarak değerlendirilmiştir. Öğretide bu yönde tercihler olduğu gibi (bu mahiyetteki bazı eserler için bkz. Candan, *op. cit.*, s.358 vd.; Yusuf Karakoç, *Vergi Ceza Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2019, s.303 vd.; Yiğit, *op. cit.*, s.121 vd.), ilgili kısımlar için bent şeklindeki ifade kullanımının da benimsendiğini (bu mahiyetteki bazı eserler için bkz. Hüsamettin Uğur ve Mert Elibol, *Açıklamalı ve İctihatlı Vergi Suçları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.288 vd.; M. Kamil Mutluer ve N. Nilay Dayanç Kuzeyli, *Vergi Ceza Hukuku*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2019, s.131 vd.; Nurettin Bilici, *Vergi Hukuku (Vergi Usul Hukuku, Vergi Yargı ve Tahsil Hukuku)*, Ankara, Savaş Yayınevi, 53. Baskı, 2022, s.126) belirtmekte yarar bulunmaktadır.

[36] Aynı yönde bkz. Şenel Sarsıkoğlu ve Gülden Şişman, "Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Zincirleme Suç", *Mali Hukuk Dergisi*, Cilt 19, Sayı 220, 2023, s.631 dñn. 8.

[37] Bu yönde bkz. Sahir Erman, *Vergi Suçları (Ticari Ceza Hukuku-VI)*, İstanbul, İ. Ü. Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, 1988, s.51; Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, *op. cit.*, s.440; Hasan Hüseyin Bayraklı, *Vergi Ceza Hukuku*, Trabzon, Celepler Matbaacılık, 2. Baskı, 2015, s.81-82; Nihal Saban, *Vergi Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 8. Baskı, 2016, s.519; Yüce, *op. cit.*, s.33-34; Karakoç, *Vergi Ceza Hukuku*, *op. cit.*, s.323; Mustafa Özen, *213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri*, Ankara, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, 2023, s.36 vd.

[38] Ali Parlar ve Güleç Demirel, *Açıklamalı-İctihatlı Adli-İdari Vergi Suçları*, Ankara, Adil Yayınevi, 2002, s.218.

[39] Selim Kaneti *et al.*, *Vergi Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, 2022, s.392; Mahmut Kaşıkçı, "Vergi Suçlarında Zamanaşımı ve Özellikle Dava Zamanaşımının Başlangıç Anı ile İlgili Bir İnceleme", *Vergi Raporu Dergisi*, Sayı 53, 2001, s.31-38; Mutluer ve Dayanç Kuzeyli, *op. cit.*, s.133-134; Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, *op. cit.*, s.437, 449, 462; S. Ateş Oktar, *Vergi Hukuku*, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 14. Baskı, 2019, s.400-401; Saban, *op. cit.*, s.519; Karakoç, *Vergi Ceza Hukuku*, *op. cit.*, s.323-325; Onur Temizyürek, "Sahte veya Muhteviyatı İtibarıyla Yanıltıcı Belge Kullanma Fiillerinde Suç Tarihi, Suça Teşebbüs ve Teselsül", *Vergi Dünyası Dergisi*,

Vergi ziyanının aranmaması dolayısıyla zarar değil de tehlike suçu niteliği taşıyan<sup>[40]</sup> ve içeriğinde çok sayıda suç tipini barındıran vergi kaçakçılığı suçları ile korunan hukuki değer de birden fazla olmaktadır. Öyle ki mezkûr suçlar ile öncelikle, hileli davranışlara yeltenmeyerek vergisini tam ve zamanında ödeyen dürüst yükümlülerin ve gerek devletin gerekse vergilendirme yetkisi devredilmiş tüzel kişiler ile toplanan vergiden gelecekte istifade edecek herkesin menfaati korunmuş olmaktadır<sup>[41]</sup>. Ayrıca Türk vergi sisteminin düzgün bir şekilde işleyebilmesi bakımından hayati bir konumda bulunan defter, kayıt ve belge düzenine toplum nezdinde duyulan güven de korunan hukuki değerlerden bir diğerini oluşturmaktadır<sup>[42]</sup>.

### A) VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARINDA DAVA ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN İŞLEMENE BAŞLAMASI

Zamanaşımı süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı TCK'nin 66. maddesinin 6. fıkrasında suç tiplerinin özellikleri, işleniş biçimleri ile mağdurun yaşı ve durumu esas alınarak belirlenmiştir<sup>[43]</sup>. Sürenin başlangıcı, tamamlanmış vergi kaçakçılığı suçları açısından suçun işlendiği tarih olduğu için farklı suç fiilleri bakımından bu tarihin ne zamana denk düşeceği hususu önem arz etmektedir. Daha önce de değinildiği üzere, tamamlanmış suçlarda

Sayı 339, 2009, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 14.9.2023); Yüce, *op. cit.*, s.35.

[40] Billur Yaltı Soydan, "Vergi Kaçakçılığı Suçunu Avrupa Topluluğu Bütçesi Aleyhine Kaçakçılık Suçu ile Okumak: Adil ve Orantılı Bir Ceza Sistemi Yaratmak Mümkün müdür?", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 169, 2002, <http://www.vergisorunlari.com.tr/>, (E.T. 3.9.2023); Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku, op. cit.*, s.443; Saban, *op. cit.*, s.517; Yüce, *op. cit.*, s.34; Mutluer ve Dayanç Kuzeyli, *op. cit.*, s.134.

[41] Onur Özcan, *Vergi Suçları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s.98-99; Özen, *op. cit.*, s.21.

[42] Bayar, *op. cit.*, s.85; Özcan, *op. cit.*, s.98; Özen, *op. cit.*, s.21, 34; Gerçekten de bu güven kaçakçılık eylemleri ile bazen idarenin denetimini mümkün kılmayacak bazen hileli davranışlarla gerçeğin yansıtılmasının önüne geçecek bazen de her iki olumsuz neticeyi bir arada doğuracak engellemelerle zedelenmektedir. Nitekim gizleme fiilinde ilk durumu, sahte belge düzenleme ya da kullanma fiilinde ikinci durumu, defter sayfalarını koparıp yerine başka sayfaların konulmasında ise üçüncü durumu görebilmek mümkündür. Bkz. Özcan, *op. cit.*, s.97-98.

[43] Koca ve Üzülmmez, *op. cit.*, s.761, 765.

zamanaşımının başlangıcı suçun sırf hareket ya da neticeli suç olmasına göre farklılık arz etmektedir. Vergi kaçakçılığı suçları arasında yalnızca çift defter tutma fiili neticeli suç vasfını haiz olduğundan<sup>[44]</sup>, diğer (sırf hareket suçu niteliğindeki) fiiller bakımından zamanaşımı süresi icrai veya ihmali hareketin yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar<sup>[45]</sup>. Nitekim sözü edilen tarih hesap ve muhasebe hilesi yapılması fiilinde hileli muamelenin gerçekleştirildiği, gerçek olmayan yahut kayda konu işlemle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açılmasında hesabın açıldığı<sup>[46]</sup>, defter, kayıt ve belgelerin tahrif veya yok edilmesinde tahrifatın ya da yok etmenin gerçekleştirildiği<sup>[47]</sup>, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı veya sahte belge düzenlenmesinde belgenin düzenlendiği<sup>[48]</sup>, defter sayfalarının koparılmasında bu sayfaların yerine yenisi konulmuyorsa koparıldığı, aksi takdirde yeni sayfa konulduğu<sup>[49]</sup>, anlaşmasız matbaalarca belge basılmasında basımın gerçekleştirildiği<sup>[50]</sup> ve bu belgelerin bilerek kullanılması halinde de kullanmanın cereyan ettiği<sup>[51]</sup> tarih olmaktadır.

[44] Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, *op. cit.*, s.462; Mutluer ve Dayanç Kuzeyli, *op. cit.*, s.134; Candan, *op. cit.*, s.372; Oktar, *op. cit.*, s.400; Saban, *op. cit.*, s.519-521; Aziz Taşdelen, *Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s.155; Bayar, *op. cit.*, s.100; Sarıcaoğlu, *Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat*, *op. cit.*, s.183; Yüce, *op. cit.*, s.35; Özen, *op. cit.*, s.50, 113.

[45] Temizyürek, *op. cit.*, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 14.9.2023).

[46] Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, *op. cit.*, s.519 dpn. 291; Uğur ve Elibol, *op. cit.*, s.250; Mehmet Taştan, *Vergi Kaçakçılığı Suçları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, 2022, s.495.

[47] Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, *op. cit.*, s.520 dpn. 291; Uğur ve Elibol, *op. cit.*, s.250; Çavuş, *op. cit.*, s.249.

[48] Kaşıkçı, *op. cit.*, s.34; Parlar ve Demirel, *op. cit.*, s.348; Ömer Şahin ve Mesut Uçak, “VUK’un 259 ve 360. Maddelerindeki Fiiller Yönünden Dava Zamanaşımı Süresi”, *Vergi Raporu Dergisi*, Sayı 80, 2006, s.13; Özcan, *op. cit.*, s.394; Çavuş, *op. cit.*, s.249-250; Özen, *op. cit.*, s.186.

[49] Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, *op. cit.*, s.520 dpn. 291.

[50] Kaşıkçı, *op. cit.*, s.34; Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, *op. cit.*, s.520 dpn. 291; Uğur ve Elibol, *op. cit.*, s.254-255.

[51] Kaşıkçı, *op. cit.*, s.34; Uğur ve Elibol, *op. cit.*, s.254-255.

VUK'un 359. maddesinin ç fıkrasında düzenlenen ve içeriğinde mezkûr hükümde sayılan birden çok seçimlik hareketi barındıran ödeme kaydedici cihazlara kanuna aykırı şekilde müdahale yapılması fiilinde<sup>[52]</sup> suç tarihi söz konusu müdahalenin gerçekleştirildiği<sup>[53]</sup>, d fıkrasında düzenlenen ve tütün ya da alkol piyasalarında vergi güvenliğini tesis edebilme gayesiyle vergi idaresine elektronik ortamda iletilmesi gereken bilgi veya belgelerin aktarılacağı elektronik sisteme veri gönderimini engelleyecek yahut yanlış veri iletimine yol açacak müdahalelerin gerçekleştirildiği tarihtir.

Defter, kayıt ve belgeleri gizleme fiili açısından yaklaşıldığında ise, yükümlünün kendisine tebliğ edilen ve defter ve belgelerin ibrazının istenildiği yazıya cevap verip vermemesine göre ikili bir ayırım yapılmalıdır. Eğer tebliğe rağmen en az on beş gün olarak tayin edilen sürede ibraz gerçekleştirilmeyorsa, suç bu sürenin dolduğu anda<sup>[54]</sup> işlenmiş olur. Lakin süre dolmadan defter ve belgelerin zayi olduğu iddiası ile ibrazın gerçekleştirilemeyeceği bildirilmişse, suç bu anda işlenmiş<sup>[55]</sup> kabul edilir.

Buraya kadar ki tespitlerin ardından sırf hareket suçu niteliğini haiz diğer bir suç olan yanıltıcı veya sahte belge kullanma fiilleri yönünden suçun ne zaman işlenmiş kabul edileceği üzerinde daha detaylı olarak durmak gerekir. Hemen belirtelim ki burada suç tarihinin ilgili belgelerin kullanıldığı tarih olduğu açık olmakla beraber, VUK'un 359. maddesinde tanımlanmamış olan kullanma deyimini ile neyin kastedildiği tartışmalıdır. Yargıtayın yerleşik içtihadını da yansıtan bir görüşe göre kullanma eylemi, icra edilen yanıltıcılık veya sahtecilik faaliyetinden arzu edilen menfaatin gerçekleştirilebilmesi için gerekli işlemlerin tümünü ifade etmektedir. Arzu edilen menfaat, kanuni deftere kayıt anında değil de yanıltıcılık ya da sahtelik vasfını haiz belgenin

[52] Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, *op. cit.*, s.461.

[53] Abdullah Ömercioğlu, "7318 sayılı Kanun ile Eklenen Vergi Kaçakçılığı Suçları", *EÜHFD*, Cilt 17, Sayı 1, 2022, s.176-181.

[54] Candan, *op. cit.*, s.365; Bayar, *op. cit.*, s.126; Birol Kırmaz, "Yargıtay İçtihatları Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Suç Tarihinin Belirlenmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2015, s.336; Çavuş, *op. cit.*, s.248; Taştan, *op. cit.*, s.496.

[55] Özcan, *op. cit.*, s.393; Özen, *op. cit.*, s.185; Taştan, *op. cit.*, s.61; Fakat hemen belirtelim ki, gizleme fiiline dair yukarıda yapılan saptama şüphesiz ki defter, kayıt ve belgelerin mücbir sebepler dolayısıyla zayi olması ihtimalini kapsamamaktadır.



beyannameye gösterilmesi ve vergi dairesine tevdi edilmesi ile sağlanır<sup>[56]</sup>. Bu yaklaşımı benimseyen ve içtihadına zemin oluşturan Yargıtay<sup>[57]</sup>, yanılıcı veya sahte belge hangi vergi türü için kullanılmaktaysa o vergiye dair beyanname verilmesi gereken son tarihi kullanma fiili yönünden suç tarihi olarak kabul etmektedir<sup>[58]</sup> <sup>[59]</sup>. Fakat bu görüş öğretilde haklı olarak eleştirilmektedir.

[56] Nuri Ok ve Ahmet Gündel, *Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Vergi Kaçakçılığı Suçları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s.224-225; Benzer yönde bkz. Yiğit, *op. cit.*, s.148; Mehmet Ali Özyer, *Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, İstanbul, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, 8. Baskı, 2018, s.1071-1072; Hatice Ela, *Vergi ve Ceza Hukukunda Sahte Belge ve Yanılıcı Belge*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2021, s.1083-1084, Ferhat Yıldız, *Yargıtay Kararları Işığında Belgede Sahtecilik ve Vergi Kaçakçılığı Suçları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s.204; Dünder Aydoğan, *(Açıklamalı-İçtihatlı) Vergi Kaçakçılığı Suçları*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022, s.431, 500.

[57] Bu yaklaşımın açıkça zikredildiği bir karar için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 8 Kasım 2018 Tarih ve E.2018/11-427, K.2018/517 Sayılı Kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/> (E.T. 27.9.2023).

[58] Süheyl Donay, *Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları*, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, s.226-227; Bayar, *op. cit.*, s.150; Hüsametdin Uğur, “Vergi Usul Kanununa Göre Yanılıcı veya Sahte Belge Kullanma Suçlarında Suç Tarihi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 10, Sayı 109, 2015, s.88; Kırmaz, *op. cit.*, s.336, 338; Uğur ve Elibol, *op. cit.*, s.264; Çavuş, *op. cit.*, s.249-250; Bünyamin Çitil, *Vergi Hukukunda Sahte Fatura Suçları Vergilendirme ve Sorumluluk Hükümleri*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.152, 155; Yunus Şengöz, “Türk Vergi Ceza Hukukunda Zincirleme Suç, Suçun Unsurları, Suç Tarihi, Dava Zamanaşımı Süresi ve Sürenin Başlangıç Tarihi-II”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı 359, 2022, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023); Ceyda Ümit, *Vergi Ceza Hukukunda Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme, Sahte Belge Düzenleme ve Kullanma Suçları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s.325; Abdullah Saraç, “Sahte Belge Kullanma Suçunda Suçun İşleniş Zamanı”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı 360, 2022, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023); Taştan, *op. cit.*, s.499-501; Kaşıkçı ve Rençber, *op. cit.*, s.446.

[59] “...Sahte fatura kullanma suçunda suç tarihinin, sahte faturalar hangi vergi türünde kullanılmışsa bu vergiye göre sunulması gereken son beyanname tarihi olduğu dikkate alınarak; suça konu faturaların hangi vergi türü/türlerinde kullanıldığına katılan idareden sorulması, suça konu faturaların kullanılması nedeniyle düzenlenen vergi inceleme raporlarının getirilip incelenmesi, buna göre suç tarihinin belirlenmesi gerektiği...” Bkz. Yargıtay On Birinci Ceza Dairesi, 11 Kasım 2021 Tarih ve E.2017/3262, K.2021/10232 Sayılı Kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/> (E.T. 17.9.2023); Bu karar muhtevasında ortaya konulan hususları şöyle farazi bir olay

Zira mevzu bahis yaklaşım yanıltıcı veya sahte belge kullanma fiiline adeta neticeli suç vasfını yüklemektedir. Gerçekten de yanıltıcı veya sahte belge kullanma fiili ile arzu edilen menfaat yani daha az vergi ödeyecek olma hali eksik tahakkukun (verginin ziyaa uğramasının) vuku bulduğu tarihte gerçekleşeceğinden, mezkûr yaklaşım vasıtasıyla vergi kaçakçılığı suçu ile vergi ziyayı kabahatinin oluşum zamanları özdeşleştirilmektedir. Fakat daha evvel de değinildiği üzere, 4369 sayılı Kanun ile vergi ziyayı artık vergi kaçakçılığı suçunun bir unsuru olmaktan çıkarıldığı için bahsi geçen yaklaşım önceki kanuni düzenlemelerin izini taşımakta ve VUK'un 359. maddesinin güncel halini yansıtmamaktadır<sup>[60]</sup>. Desteklediğimiz başka bir görüşe göre ise, kullanma fiiliyle ilgili belgelerin vergi kanunları uyarınca tutulan, saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan defterlere kaydedilmesi kastedilmektedir<sup>[61]</sup>. Bu

üzerinden örneklendirebiliriz: Söz gelimi, yükümlünün 2024 yılı içerisinde bir başkasından temin etmiş olduğu sahte belgeyi 13.8.2024 tarihinde kanuni defterine kaydetmiş olması ihtimalinde, buna bakılmaksızın, suç tarihi söz konusu belge gelir vergisi için kullanılırsa 25.3.2025 (ya da yükümlünün vergiye tabi bir kurum olması sebebiyle kurumlar vergisi için kullanılırsa 30.4.2025), Ağustos dönemi katma değer vergisi için kullanılır ise 28.9.2024 olacaktır. Benzer mahiyetteki diğer örneklendirmeler için bkz. Uğur, “Vergi Usul Kanununa Göre Yanıltıcı veya Sahte Belge Kullanma Suçlarında Suç Tarihi”, *op. cit.*, s.88; Şengöz, “Türk Vergi Ceza Hukukunda Zincirleme Suç, Suçun Unsurları, Suç Tarihi, Dava Zamanaşımı Süresi ve Sürenin Başlangıç Tarihi-II”, *op. cit.*, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023).

[60] Bu yönde bkz. Donay, *op. cit.*, s.227-229; İsmet Ünsal, “Vergi Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı: Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı Olarak, Deftere Kayıt Tarihi mi Yoksa Beyanname Verme Tarihi mi Esas Alınmalıdır?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 31, 2009, s.146 vd.; Uğur, “Vergi Usul Kanununa Göre Yanıltıcı veya Sahte Belge Kullanma Suçlarında Suç Tarihi”, *op. cit.*, s.88 vd.; Eylem Baş, “Vergi Hukuku ve Ceza Hukuku Bakımından ‘Zamanaşımı’ Kavramı Üzerine Bir İnceleme”, in *Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan (Cilt-I)*, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459, 2015, s.232-233; Uğur ve Elibol, *op. cit.*, s.259 vd.; Şengöz, “Türk Vergi Ceza Hukukunda Zincirleme Suç, Suçun Unsurları, Suç Tarihi, Dava Zamanaşımı Süresi ve Sürenin Başlangıç Tarihi-II”, *op. cit.*, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023); Saraç, *op. cit.*, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023).

[61] Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, *op. cit.*, s.110; Şükrü Kızılot *et al.*, *Vergi Hukuku*, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2. Baskı, 2007, s.205; Bayraklı, *Vergi Ceza Hukuku*, *op. cit.*, s.88, 90-91; Candan, *op. cit.*, s.176, 373; Coşkun Aras ve Murat Özgür, “Vergi Usul Kanunu’nda Yer Alan Hürriyeti Bağlayıcı Cezalarda Dava Zamanaşımı Süreleri”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı 125, 2003, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023);

Şahin ve Uçak, *op. cit.*, s.13; Ünsal, *op. cit.*, s.145; Taşdelen, *op. cit.*, s.167; Yüce, *op. cit.*, s.86, 100; Çitil, *op. cit.*, s.158; Saraç, *op. cit.*, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023).

Tabi söz konusu görüşün öğretide çeşitli sebeplerle dar kapsamlı bulunduğunu ve bunun neticesi olarak kullanma fiilinin daha geniş bir içerikle kavranmaya çalışıldığını da ifade etmek gerekir. Nitekim bazı yazarlara göre, vergi incelemesi sırasında inceleme elemanına (bkz. Yunus Şengöz, “Vergi Ceza Hukukunda Kaçakçılık Suçunun Suç Tarihi, Dava Zamanasını Süresi ve Başlangıcı”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 233, 2008, <http://www.vergisorunlari.com.tr/>, (E.T. 20.9.2023); Uğur, “Vergi Usul Kanununa Göre Yanıltıcı veya Sahte Belge Kullanma Suçlarında Suç Tarihi”, *op. cit.*, s.86) ya da vergi idaresinin bilgi talebi üzerine yanıltıcı veya sahte belgelerin idareye ibraz edilmesi (bkz. Ahmet Emrah Geçer, *Vergi Usul Kanunu'nda Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibari ile Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s.294) ya da başkasının düzenlemiş olduğu yanıltıcı veya sahte belgeyi kullanması için bir başkasına veren kimsenin bu eylemi de (bkz. Erman, *op. cit.*, s.54; benzer yönde bkz. Çavuş, *op. cit.*, s.132) mezkûr fiil kapsamındadır. Başka bazı yazarlara göre ise, yanıltıcı veya sahte belge içeriklerinin beyannameye dahil edilmesi ihtimalinde (belge kanuni deftere kaydedilsin veya kaydedilmesin) beyannamenin vergi idaresine verilmesi de ilgili belgelerin kullanıldığı manasını taşır. Böylece suç beyannamenin tevdi edildiği tarihte işlenmiş olur. Bkz. Serkan Açar, “Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçları”, *TBBD*, Sayı 58, 2005, s.291-292; Ersan Öz ve Mahmure Eşgünoğlu, “İdari ve Adli Uygulamalarda Zamanasını Uygulaması: Özellik Arz Eden Haller”, *UAÜHFD*, Sayı 3, 2014, s.79; Geçer, *op. cit.*, s.428; Yaşar Ayyıldız ve Serdar Şahin, “Vergi Kaçakçılığı Kapsamındaki Sahte Belge Suçlarında Suç Tarihinin Tespiti: Yargıtay Uygulaması”, *Maliye Araştırmaları Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2023, s.93-94; Bu son yaklaşım ve yukarıda Yargıtayın yerleşik kararlarının da zeminini teşkil eden görüşün dayandığı iki temel gerekçe bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kullanma fiilini deftere kayıt ile sınırlandıran görüş katı bir biçimde tatbik edildiğinde kanuni defter tutmak zorunda olmayan bir yükümlünün başkasından temin etmiş olduğu yanıltıcı veya sahte belge içeriklerini beyanına yansıtması halinde suç işlediğinin kabul edilemeyecek olmasıdır. Bkz. Özcan, *op. cit.*, s.194 dñn. 357, s.210 dñn. 418; Geçer, *op. cit.*, s.293. İkinci olarak ise, yükümlünün kanuni deftere kaydetmemiş olduğu yanıltıcı veya sahte belgenin içeriğini beyanına yansıtması ihtimalinde de benzer yönde bir neticenin doğacak olmasıdır. Bkz. Özcan, *op. cit.*, s.194. Fakat kanaatimizce TCK’de düzenlenen resmî veya özel belgede sahtecilik suçları açısından kanuni tanımda geçen kullanma deyimine yönelik öğreti ve konuya dair yargısal içtihatlardan esinlenerek oluşturulan mezkûr görüşler VUK’un 359. madde lafzında geçen kullanma kavramını tam manasıyla yansıtılmamaktadır. Zira VUK muhteviyatında hükme bağlanan ve defter, kayıt ve belge düzeni yönünden meydana getirdiği tahribat düzeyi yadsınamayacak boyutta olan mezkûr fiillere, suçla korunan hukuki değerlerden defter, kayıt ve belge düzenine olan güvenin

görüş esas alındığında ise kullanma fiili bakımından suç tarihinin yanıltıcı veya sahte belgenin deftere kaydedildiği ana tekabül edeceği tabiidir.

Konuya çift defter tutma fiili yönünden yaklaşıldığında ise, öncelikle mevzu bahis suçun kesintisiz suç olup olmadığını değerlendirmek gerekir. Zira bu suçlarda ani suçlardan farklı olarak netice hemen sona ermeyerek belli bir süre daha devam eder. Dolayısıyla tamamlanmakla birlikte hemen bitmemektedir. Böyle olunca da suçun işlendiği tarih kesintinin gerçekleştiği tarih olmaktadır. Kanun koyucu da TCK'nin 66. maddesinin 6. fıkrasında yapmış olduğu ayırımıda tamamlanmış suçlar ile ani suçları kastetmiş ve kesintisiz suçlar açısından zamanaşımı süresinin başlangıcını özel olarak belirtme ihtiyacı hissederek kesintinin gerçekleştiği tarih olarak ifade etmiştir<sup>[62]</sup>.

Çift defter tutma fiili ile vergi kanunları gereğince tutulması, saklanması ve ibrazı zorunlu olan ve aynı zamanda tasdik edilmiş<sup>[63]</sup> bir deftere kaydı lazım gelen hesap ve işlemlerin kısmen veya tamamen başka defter yahut kayıt ortamlarına aktarılması söz konusu olmaktadır. Fakat bu eylemin

korunması baz alınarak anlam verilmesi gerekir. Bkz. Uğur, "Vergi Usul Kanununa Göre Yanıltıcı veya Sahte Belge Kullanma Suçlarında Suç Tarihi", *op. cit.*, s.87-88; Ayrıca ilgili belgelerin asıl ya da örneklerinin beyannameye eklenmiyor oluşu da ilgili belgelerin nasıl beyanname vermek suretiyle kullanıldığını açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Diğer bir ifadeyle, olması gereken vergi tutarından daha az bir tutarın beyannameye yer alması ilgili belgelerin kullanıldığı manasını taşımaz. Zira pek çok işlem neticesinde oluşan ve beyan edilen mali kar ya da ödenecek katma değer vergisi rakamlarına, ilgili belge içerikleri ile değil de farazi eksiltmelerle de ulaşılmış olabilir. Bkz. Uğur, "Vergi Usul Kanununa Göre Yanıltıcı veya Sahte Belge Kullanma Suçlarında Suç Tarihi", *op. cit.*, s.90; Uğur ve Elibol, *op. cit.*, s.263-264; Saraç, *op. cit.*, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023); Lakin belgenin defter kayıtlarına intikal ettirilmesinde durum farklıdır. Zira bahsi geçen işlem ile artık kayıtlar gerçeği yansıtmamakta ve bu sebeple ekonomik faaliyetler dolayısıyla ortaya çıkacak gelir veya kurumlar vergisi matrahı ya da ödenecek katma değer vergisi resen vergi tarhi yolu ile yani takdiren somutlaştırılacaktır. Bu sebeple varsayıma dayalı olgularla kullanma fiilini anlamlandırmak yerine 4369 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile suçla korunan hukuki değeri (defter, kayıt ve belge düzenine olan güvenin korunması) de dikkate alır bir yorum tarzıyla kavramın muhtesasını tayin etmek daha yerinde olacaktır.

[62] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op. cit.*, s.133-134, 234-236.

[63] Ok ve Gündel, *op. cit.*, s.342; Yiğit, *op. cit.*, s.125; Bayar, *op. cit.*, s.98-99; Uğur ve Elibol, *op. cit.*, s.307.

yapılması suçun tamamlanması için yeterli değildir. Aynı zamanda vergi matrahının azalması neticesinin de ortaya çıkması gerekir. Hemen belirtelim ki sözü edilen netice, vergi ziyaından farklılık taşır. Gerçekten de kaydı zaruri olan bir hususun kanuni deftere değil de başka bir kayıt ortamına aktarılmasıyla vergi matrahı azalmış olabilir. Fakat bu azalma halinin vergi ziyasına dönüşmesi ancak eksik veya geç tahakkukun meydana gelmesi ile gerçekleşir<sup>[64]</sup>. Dolayısıyla çift defter tutma fiili bakımından suç tarihi, vergi ziyayı kabahatinin işlendiği tarihle paralellik göstermemektedir.

Bu tespitinin akabinde çift defter tutmanın kesintisiz bir suç mahiyetini taşıdığını belirtmek gerekir<sup>[65]</sup>. Zira deftere kayıt yapılması vergilendirme dönemi içerisinde süreklilik arz etmekte olup, kanuni deftere değil de başka bir deftere ya da kayıt ortamına yapılan ve vergi matrahında azalmaya yol açan kayıt ile suç tamamlanmakta, fakat o döneme ilişkin kayıt tutmanın mümkün olduğu zaman zarfında suç işlenmeye devam etmektedir<sup>[66]</sup>. Böyle olunca da çift defter tutma fiili yönünden zamanaşımı süresinin başlangıcı kesintinin vuku bulduğu tarih olmaktadır. Bu ise kanuni deftere kayıt yapılma imkanının sona erdiği yani ilgili vergilendirme döneminin kapandığı ana tekabül eder<sup>[67]</sup>.

Daha önce de değinildiği üzere, suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde zamanaşımı süresi son hareketin yapıldığı günden itibaren başlar (TCK m.66/6). Söz gelimi, yükümlü hukuki ilişkide bulunduğu karşı taraftan aldığı belgenin anlaşmasız bir matbaada basıldığını biliyor olmasına rağmen, bu belgeyi tam defterine kaydettiği sırada kolluk kuvvetlerince yakalanmış ise, burada vergi kaçakçılığı suçuna teşebbüsten söz edilir<sup>[68]</sup>. Son

[64] Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, *op. cit.*, s.462; Bayraklı, *Vergi Ceza Hukuku*, *op. cit.*, s.84; Bayar, *op. cit.*, s.100-101; Özcan, *op. cit.*, s.149-150; Çavuş, *op. cit.*, s.103; Sarıcaoğlu, *Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat*, *op. cit.*, s.183-184; Özyer, *op. cit.*, s.1055-1056.

[65] H. Kısmet Erkiner, "Hileli Vergi Suçu", *MAMK*, Sayı 18, 1969, s.250; Özcan, *op. cit.*, s.152.

[66] Özcan, *op. cit.*, s.152-153.

[67] Özcan, *op. cit.*, s.395.

[68] Hasan Hüseyin Bayraklı, "Vergi Kaçakçılığı Suçlarına Teşebbüs", *TAAD*, Sayı 37, 2019, s.20.

hareket ilgili belgenin deftere kaydedilmeye çalışıldığı anda gerçekleştiğinden zamanaşımı süresi o günden itibaren işlemeye başlar. Yine aynı düzenleme muhtevasında zincirleme suçlar bakımından zamanaşımı süresinin son suçun işlendiği günden itibaren başlayacağı kurala bağlanmıştır. Mezkûr konuda vergi kaçakçılığı suçları özelinde bir örnek vermek gerekirse, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında birden çok sahte faturanın farklı tarihlerde kanuni deftere kaydedilmesi halinde son kayıt işleminin yapıldığı gün itibariyle<sup>[69]</sup> zamanaşımı süresi işlemeye başlar<sup>[70]</sup>.

## B) VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARINDA DAVA ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN UZUNLUĞU

Vergi suçları açısından dava ve ceza zamanaşımı kurumlarının tatbikine yönelik VUK muhtevasında açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle vergi suçları da dahil olmak üzere tüm suçlar yönünden genel kanun vasfını haiz TCK, değinilen konu bakımından öncelikli referans kaynağını teşkil etmektedir<sup>[71]</sup>.

[69] "...Sahte fatura düzenleme suçunda suç tarihinin son olarak düzenlenen fatura tarihi olduğu dikkate alınarak; her takvim yılı için düzenlenen en son fatura tarihinin tespit edilmesinden sonra suç tarihlerinin belirlenmesi gerektiği..." Bkz. Yargıtay On Birinci Ceza Dairesi, 25 Kasım 2021 Tarih ve E.2018/1433, K.2021/10860 Sayılı Kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/> (E.T. 17.9.2023); Fakat hemen belirtelim ki alıntılanan karar, 7394 sayılı Kanun ile vergi kaçakçılığı suçları özelinde zincirleme suç esasına dair özel saptama yapılmadan öncesine aittir.

[70] TCK'nin 66. maddesinde suça iştirak edilmesi hallerinde, iştirak eden kimseler açısından zamanaşımı süresinin nasıl hesaplanacağı konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide sürenin başlangıcının tespiti noktasında *iştirakte bağlılık kuralının* esas alınması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Önder, *op. cit.*, s.680; İçel *et al.*, *op. cit.*, s.348; Artuk *et al.*, *op. cit.*, s.1047; Taner, *op. cit.*, s.82. Böylece sürenin başlangıç anı, iştirak eden kimsenin fiilinin değil de asıl fiilin gerçekleştiği tarihe denk düşmektedir. Bkz. Akbulut, *op. cit.*, s.176; Bu saptama doğal olarak vergi kaçakçılığı suçlarına iştirak edilmesi halleri açısından da geçerlilik taşımaktadır.

[71] Murat Aktaş ve Murat Özgür, "Vergi Usul Kanunu'nda Yer Alan Hürriyeti Bağlayıcı Ceza Gerektiren Suçlarda Dava Zamanaşımı Süreleri (Eski ve Yeni Ceza Kanunu Bağlamında İrdelenmesi)-I", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı 160, 2006, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023); Berkan Karagöz, *Vergi Hukukunda Zamanaşımı*, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008, s.222; Alşahin, *op. cit.*, s.62; Mehmet Arslan, *Vergi Hukukunda Zamanaşımı*, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2. Baskı, 2016, s.173.

Bu çerçevede vergi kaçakçılığı suçları için VUK'un 359. maddesinde getirilen hapis cezalarının üst sınırına, TCK'nin 66. maddesinde ortaya konulan ceza aralıkları çerçevesinde bakmak ve bunlara rast gelen aralık için öngörülen zamanaşımı süresini dikkate almak gerekir. Vergi kaçakçılığı suçları için kabul edilen hapis cezalarının üst sınırlarında 7394 sayılı Kanun ile arttırıma gidilmeden evvel herhangi bir suç fiili için tayin edilen cezanın üst sınırı beş yıldan fazla olmadığı için zamanaşımı süresi tüm fiiller açısından sekiz yıla tekabül etmekteydi. Fakat değişikliğin ardından 359. maddenin yalnızca a fıkrasında sayılan fiiller bakımından öngörülen cezanın üst sınırı beş yılı geçmemektedir. Diğer fıkralarda yer alan fiiller için ise üst sınır beş yıldan fazla tayin edilmiştir. Dolayısıyla a fıkrasındaki fiiller yönünden zamanaşımı süresi sekiz yıla denk düşmeye devam edecek olmakla birlikte diğer fiiller açısından tayin edilen üst sınır beş yılı aştığı ve fakat yirmi yıla ulaşmadığı için on beş yıla tekabül edecektir<sup>[72]</sup>. Ancak bu sürelerin fiili açıdan tatbik edilebilmesinde VUK'un bazı hükümleri dolayısıyla çeşitli problemler

[72] Bu noktada 7394 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile cezaların üst sınırlarında yapılan artışlar dolayısıyla ortaya çıkan yeni zamanaşımı sürelerinin ne zamandan itibaren geçerlilik taşıyacağını da belirlemek gerekir. Zamanaşımı kurumu maddi ceza hukuku ile ilintili bulunduğu kanuni değişikliklerin zaman bakımından uygulanmasında lehe olanların geçmişe yürümesi ve aleyhe olanların ise geçmişe yürümemesi esasları tatbik edilir. Bkz. Alşahin, *op. cit.*, s.39; Cezaların üst sınırlarında artışa gidilmesi aleyhe düzenleme olduğundan yeni hükmün geçmişe yürümemesi gerekecektir. Bu nedenle artışların gerçekleştirildiği hükmün yürürlüğe girdiği 15.4.2022 tarihinden önce işlenen suçlar eski zamanaşımı süresine, bu tarihten itibaren işlenenler ise yeni sürelerle tabi olacaktır. Fakat böyle bir sonuca varırken 7394 sayılı Kanun ile VUK'un 359. maddesinde başka bazı değişikliklerin de (etkin pişmanlık kurumunun ihdası ile zincirleme suç esasına dair özel saptama) yapıldığı gözden uzak tutulmamalıdır. Zira ceza hukuku alanında lehe kanunun tespitinde somut duruma uygulanması mümkün eski ve yeni düzenlemelerin tamamının toplu bir şekilde dikkate alınması zaruridir. Dolayısıyla 7394 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesi ve sonrasında değişiklikle alakalı ve somut olaya uygulanabilir tüm hükümler tatbik edilecek ve neticede fail açısından değişiklik öncesi durumun mu yoksa sonrakinin mi daha lehe olduğu saptanacaktır. Eğer yeni ihdas edilen ve somut olaya uygulanabilir mahiyetteki hükümler 359. maddenin önceki haline nazaran failin daha lehine sonuçlar doğurmakta ise geçmişe yürüme hali vuku bulacak, aksi takdirde ise bulmayacaktır. Bkz. Murat Batı ve Zekiye Özen İnci, "7494 Sayılı Kanun'la Vergi Kaçakçılığı Suçunda (VUK M. 359) Yapılan Değişikliklere Dair Değerlendirmeler", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 406, 2022, s.31-33.

bulunmaktadır. Bu sebeple basit bir çıkarım ile tayin edilen zamaşıımı sürelerinin uygulanabilirliği üzerinde ihtimamla durulması gerekir.

Bilindiği üzere, diğer vergi suçlarından farklı olarak vergi kaçakçılığı suçları için dava açılabilmesi, belli bir ön şartın gerçekleşmesine bağlı kılınmıştır. Bu ön şart VUK'un 367. maddesinde düzenlenen, vergi suçu raporuna konu edilen fiil hakkında rapor değerlendirme komisyonları tarafından mütalaa verilmesidir<sup>[73]</sup>. Belirtmek gerekir ki, vergi kaçakçılığı suçunun işlenmiş olduğu savcılık makamınca esasen iki şekilde öğrenilebilir. Bunlardan ilki, yapılan bir vergi incelemesi esnasında vergi kaçakçılığı suçu işlendiğinin tespiti üzerine inceleme elemanınca vergi inceleme raporunun yanı sıra suçun işlendiği kanaatini yansıtan vergi suçu raporunun da tanzim edilmesi ve bu raporların iletildiği rapor değerlendirme komisyonunca düzenlenen mütalaanın, 367. maddenin ilk fıkrasında öngörülen usul doğrultusunda<sup>[74]</sup>, savcılık makamına gönderilmesidir<sup>[75]</sup>. Bu mütalaa komisyonca verilmediği müddetçe ceza muhakemesinde soruşturma evresinden kovuşturma evresine geçilemez. Gerçekten de soruşturma evresinin başlaması ve devamı noktasında mevcudiyeti zorunlu olmamakla birlikte iddianame düzenlenerek kamu davası açabilmesi için durum farklılık arz eder. Zira dava açılabilmesi için mütalaa alınması 367. madde uyarınca zorunluluk taşıır<sup>[76]</sup>. Aksi takdirde

[73] Doğan Şenyüz, "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş", *İzmir Barosu Dergisi*, Sayı 2, 2016, s.16; Fulya Angun ve Selçuk Tekin, "Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Mütalaa'nın Yeri", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 389, 2021, s.35-36, 42; Aydoğan, *op. cit.*, s.43; Kaşıkcı ve Rençber, *op. cit.*, s.387.

[74] İlgili düzenleme uyarınca, vergi kaçakçılığı suçunun işlendiği vergi müfettişı ya da vergi müfettiş yardımcısı tarafından yürütölen bir vergi incelemesi sırasında tespit ediliyorsa bu kimseler savcılık makamına suç işlendiği bildirimini ilgili rapor değerlendirme komisyonundan mütalaa almaları akabinde doğrudan kendileri yapacaktır. Fakat bu yöndeki tespit incelemeye yetkili diğer kimselerce gerçekleştirilmişse suç bildirimini, alınan mütalaayla birlikte doğrudan değil, vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık aracılığıyla yapılacaktır.

[75] Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, *op. cit.*, s.402-404; Bayar, *op. cit.*, s.154 vd.; Ercan Sarıcaoğlu, "Vergi Affından Yararlanan Mükellef İçin Mütalaa Geri Alınabilir mi?", *TBBĐ*, Sayı 134, 2018, s.235.

[76] Böyle bir zorunluluğa yer verilmesinin sebebi 5815 sayılı Kanun'un gerekçesinde "Hileli vergi suçları kamu dāvasını tahrik salāhiyeti, vatandaşın malī emniyeti mülāhazasıyle bāzı kayıtlara bağlanmıştır." şeklinde ifade edilmiştir.



ceza mahkemesinin iddianameyi kabul etmeyip, iade etmesi gerekir<sup>[77]</sup>. Eğer iddianame kabul edilmiş ve kovuşturma aşamasına geçilmişse mahkemece durumun fark edilmesi üzerine mütalaa alınana kadar yargılamanın durdurulması, alınamaması ya da alınamayacağını anlaşılmaması üzerine ise düşme kararı verilmesi gerekir<sup>[78]</sup>.

Savcılık makamı ile mahkeme mütalaa muhtevasında yer alan değerlendirmeler ile bağlı değildir. Başka bir ifadeyle, mütalaa suç işlendiği kanaati hasıl olsa da tüm deliller dikkate alındığında aksi yönde kanaat taşıyan savcılık makamı kovuşturmaya yer olmadığı, mahkeme ise beraat kararı verebilir<sup>[79]</sup>. Yahut da mütalaa içeriği fail lehine olmasına karşılık suçun işlenmiş olduğu kanaati ile savcılık makamı iddianame düzenleyebilir ya da mahkeme mahkumiyete karar verebilir<sup>[80]</sup>. Lakin tüm bu ifade edilenlere rağmen mütalaa alınmadan yargılama yapılması da mümkün değildir. Bu

[77] Özcan, *op. cit.*, s.507-508, 533-534; Uğur ve Elibol, *op. cit.*, s.107-108, 117; Şenyüz, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş”, *op. cit.*, s.18, 25-26; Taştan, *op. cit.*, s.62.

[78] Bayar, *op. cit.*, s.156-157; Uğur ve Elibol, *op. cit.*, s.117; Taştan, *op. cit.*, s.63; “... dava şartı olan mütalaa verilip verilmeyeceğinin Vergi Dairesi Başkanlığından sorulması, verilmeyeceğinin anlaşılması durumunda dava şartı yokluğu nedeni ile davanın düşmesine karar verilmesi gerekeceği...” Bkz. Yargıtay On Birinci Ceza Dairesi, 13 Haziran 2022 Tarih ve E.2021/10050, K.2022/12236 Sayılı Kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/> (E.T. 9.10.2023).

[79] Yusuf Karakoç, “Ceza Mahkemesinde Yargılanması Gereken Vergi Suçları Hakkında Kamu Davası Açılmasının ‘Mütalaa’ Şartına Bağlı Olması”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı 174, 1996, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 4.10.2023); Ok ve Gündel, *op. cit.*, s.20-21; Bekir Baykara, “Vergi Suçu Raporu ve Vergi Ceza Muhakemesindeki Yeri”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı 273, 2004, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 6.10.2023); Zübeyr Yıldırım ve Serkan Açar, “Vergi Kaçakçılığı Suçu ve Mütalaa Şartı”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı 171, 2007, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023); Donay, *op. cit.*, s.75; Bayar, *op. cit.*, s.159; Özcan, *op. cit.*, s.527; Şenyüz, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş”, *op. cit.*, s.18, 30; Sarıcaoğlu, “Vergi Affından Yararlanan Mükellef İçin Mütalaa Geri Alınabilir mi?”, *op. cit.*, s.241, 244.

[80] Karakoç, “Ceza Mahkemesinde Yargılanması Gereken Vergi Suçları Hakkında Kamu Davası Açılmasının ‘Mütalaa’ Şartına Bağlı Olması”, *op. cit.*, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 4.10.2023); Özcan, *op. cit.*, s.516-517, Serkan Açar, *Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016,

sebeple mütalaa verilmesi/alınması ceza muhakemesi hukuku bağlamında bir kovuşturma şartı mahiyetini<sup>[81]</sup> taşımaktadır.<sup>[82]</sup>

Bu noktada mütalaanın verilmesinde zamansal açıdan belli bir sınırlamanın bulunup bulunmadığı üzerinde durmak gerekir. Hemen belirtelim ki, mütalaa verilebilmesi için vergi incelemesi yapılması zorunluluk taşır. Vergi incelemesi ise, VUK'un 138. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği üzere, tarh zamanaşımı süresi doluncaya dek her daim yapılabilir. Tarh zamanaşımı süresi de VUK'un 114. maddesinin ilk fıkrasında, vergi alacağına doğduğu yılı takip eden yılın başından itibaren beş yıl olarak tayin edilmiştir. Ayrıca bu süre, VUK'un 253. maddesinde ifade edildiği üzere defter, kayıt ve belgelerin yükümlü tarafından bağlantılı buldukları yılı takip eden yılın başından itibaren beş yıllık süre zarfında saklanmaları ve istenildiğinde ibraz edilmeleri mecburiyeti için getirilen süre sınırıyla da paralellik taşımaktadır. Dolayısıyla vergi kaçakçılığı suçu bakımından suçun öğrenilmesi vergi idaresinin VUK'un 367. maddesinin ilk fıkrasında belirtilen usulle yapacağı bildirimle gerçekleşecekse, 138. maddede belirtilen sürede vergi incelemesine başlanması ve tamamlanması zaruridir. Eğer bu süre geçtikten sonra vergi incelemesine başlanılır ya da tamamlanırsa ve bunun üzerine düzenlenen vergi suçu raporu ile mütalaa savcılık makamına iletilirse kovuşturma şartı usulüne uygun bir şekilde yerine getirilmemiş olacağından savcılık makamınca kovuşturmaya yer olmadığına, iddianame düzenlenmiş ve dava açılmışsa da bu kez ceza mahkemesince doğrudan davanın düşmesi yönünde<sup>[83]</sup> karar verilmesi gerekmektedir.

s.341; Şenyüz, "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş", *op. cit.*, s.17.

[81] Ok ve Gündel, *op. cit.*, s.20-21; Yıldırım ve Ağar, *op. cit.*, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023); Hüsamettin Uğur, "Vergi Suçlarında Kovuşturma Şartı Olarak Mütalaa (VUK m. 367)", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 8, Sayı 88, 2013, s.36; Özcan, *op. cit.*, s.525; Ağar, *Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu*, *op. cit.*, s.342; Şenyüz, "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş", *op. cit.*, s.14; Taştan, *op. cit.*, s.61.

[82] Bkz. Yargıtay On Birinci Ceza Dairesi, 3 Mart 2020 Tarih ve E.2018/4059, K.2020/2038 Sayılı Kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/> (E.T. 9.10.2023).

[83] Zira somut durumda mütalaanın alınması mümkün olmadığından yargılamanın durdurulmasına karar verilmesine gerek yoktur.

İkinci olarak da savcılık makamı vergi kaçakçılığı suçunun işlendiğini ilk ihtimal dışında kalan herhangi bir surette öğrenmiş olabilir. Söz gelimi, Sosyal Güvenlik denetmenleri ya da Sayıştay denetçileri kendi uzmanlık alanları ile alakalı denetim gerçekleştirirken vergi kaçakçılığı suçu işlendiği yolunda delil tespit etmiş ve bunun üzerine savcılık makamına suç duyurusunda bulunmuş olabilir<sup>[84]</sup>. Bu gibi hallerde VUK'un 367. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca, savcılığın derhal ilgili vergi dairesini bilgilendirmesi ve inceleme yapılmasını istemesi gerekir. İddianamenin düzenlenmesi de mevzu bahis inceleme neticesinin savcılık makamına intikaline kadar ertelenecektir. Peki bahsi geçen fıkralar baz alındığında mevzu bahis ihtimal açısından yapılması gereken inceleme teknik anlamda vergi incelemesi midir? Ayrıca bu inceleme sonucunda 367. maddenin ilk fıkrasında sözü edilen mahiyette ilgili rapor değerlendirme komisyonundan mütalaa alınması gereklilik taşıyor mu? Yoksa vergi dairesi uhdesinde alelade bir inceleme ve bu inceleme sonunda suçun işlendiği yahut işlenmediği yönünde mütalaa haricindeki bir yazının verilmesi yeterli midir? Bu konu öğretilerde tartışmalı olup, her iki minvalde de görüşler bulunmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, burada gerçekleştirilecek yorum faaliyeti zamanaşımı süresinin uzunluğu bakımından belirleyici konumdadır. Zira ilk ihtimaldeki gibi vergi incelemesi ve akabinde rapor değerlendirme komisyonunca düzenlenecek mütalaanın aranması gerekir denildiğinde, dava zamanaşımı kurumunun tatbiki vergi incelemesine beş yıllık süre zarfında başlanması ve bitirilmesi mecburiyeti ile kayıtlanmış olacaktır. Bunun bir sonucu olarak da beş yıl geçmesi üzerine herhangi bir surette vergi kaçakçılığı suçu işlendiği gerekçesiyle yargılama yapılarak cezaya hükmedilemeyecektir<sup>[85]</sup>. Fakat mezkûr inceleme sıradan bir inceleme olarak kabul edilir, rapor değerlendirme komisyonunun mütalaa vermesi aranmaz ve yapılan sıradan inceleme akabinde bir görüş yazısı verilmesi yeterli görülürse bu kez de ortada vergi incelemesi yapılması zorunluluğundan söz edilemeyeceği için zamanaşımı kurumunun tatbiki yukarıda sözü edilen

[84] Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, *op. cit.*, s.404-405.

[85] Benzer yönde bkz. Karagöz, *op. cit.*, s.240; Temizyürek, *op. cit.*, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 14.9.2023); Fatma Taş, "Kaçakçılıkta Dava Zamanaşımı ve Bir Sorun", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı 229, 2012, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023); Özcan, *op. cit.*, s.509; İhsan Kağan Bayraktar, *Vergi Hukukunda Zamanaşımı*, İstanbul, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayını, 2016, s.87.

mecburiyet ile kayıtlanmayacak ve süre her halükârda duruma göre sekiz ya da on beş yıl olacaktır<sup>[86]</sup>. Fakat katıldığımız ve Yargıtay tarafından da benimsenen<sup>[87]</sup> diğer görüş çerçevesinde, savcılık makamı kaçakçılık suçu işlendiğini ilk ihtimal dışında öğrenmiş ise durumdan vergi idaresini haberdar etmeli, vergi incelemesi yapılmasını istemeli ve bunun akabinde düzenlenecek olan mütalaa 367. maddede öngörülen usul doğrultusunda savcılık makamına tevdi edilmelidir<sup>[88]</sup><sup>[89]</sup>. Kanaatimizce ilk yaklaşım her ne kadar pratik açıdan olumlu sonuçlar doğuruyor gözükse de lafzi ve sistematik yorum yöntemleri böyle bir yorum yapılmasının önüne geçmektedir.

[86] Bu yöndeki görüşler için bkz. Temizyürek, *op. cit.*, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 14.9.2023); Özcan, *op. cit.*, s.391 dph. 40, s.509-511; Şenyüz, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş”, *op. cit.*, s.29-33; Hanne Özgenç, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Muhakeme Usulü Olarak Mütalaa Şartı”, *in* İzzet Özgenç (Ed.), *Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.637-639; Aslanpınar, *op. cit.*, s.199.

[87] Parlar ve Demirel, *op. cit.*, s.106; Uğur ve Elibol, *op. cit.*, s.108; Ağar, *Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu*, *op. cit.*, s.342; Taştan, *op. cit.*, s.56; Bu yöndeki bazı kararlar için bkz. Yargıtay On Birinci Ceza Dairesi, 27 Haziran 2001 Tarih ve E.2001/6898, K.2001/7380 Sayılı Kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/> (E.T. 9.10.2023); Yargıtay On Birinci Ceza Dairesi, 14 Kasım 2007 Tarih ve E.2006/6740, K.2007/7940 Sayılı Kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/> (E.T. 9.10.2023).

[88] Bu yöndeki görüşler için bkz. Karakoç, “Ceza Mahkemesinde Yargılanması Gereken Vergi Suçları Hakkında Kamu Davası Açılmasının ‘Mütalaa’ Şartına Bağlı Olması”, *op. cit.*, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 4.10.2023); Ok ve Gündel, *op. cit.*, s.21; Baykara, *op. cit.*, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 6.10.2023); Donay, *op. cit.*, s.71-72; Bayar, *op. cit.*, s.160; Uğur ve Elibol, *op. cit.*, s.107-108; Ağar, *Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu*, *op. cit.*, s.342; Mümin Güngör, “Vergi Kaçakçılığı Suçunun Takip Usulü”, *TAAD*, Sayı 44, 2020, s.280-283; Taştan, *op. cit.*, s.56; Didem Türker, *Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Özel Soruşturma Usulü*, İzmir, İzmir Bakırçay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2023, s.45; Kaşıkçı ve Rençber, *op. cit.*, s.391; Cansu Sevinç Ceyhan, *Vergi Suçlarında Yargılama Süreci (7394 Sayılı Kanun Değişikliklerine Göre)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023, s.163-164.

[89] Candan ise, ikinci ihtimalde vergi incelemesi yapılmasının gereklilik arz ettiğini belirtmesine karşılık VUK’un 367. maddesinin 2. fıkrasında açıkça mütalaa alınması gereğinden söz edilmediği için uygulamadakinin aksine mütalaa alınmadan da savcılık makamına bildirimde bulunulmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz. Candan, *op. cit.*, s.412-413, 419.

Zira VUK'un 167. maddesinde her iki ihtimal için de *inceleme* kavramı kullanılmıştır. Eğer kanun koyucu ikinci ihtimal için vergi incelemesi dışında başka bir incelemenin yapılmasını yeterli görse idi *inceleme* yerine başka bir kavram kullanabilirdi<sup>[90]</sup>. Ayrıca VUK'da pek çok düzenleme muhtevasında vergi incelemesini karşılamak üzere bazen *vergi incelemesi* bazen de doğrudan *inceleme* kavramı kullanılmaktadır. Hal böyleyken tüm kullanımlar bir yana bırakılarak, 367. maddenin 2. fıkrasında yer verilen inceleme kavramına farklı bir anlam yüklemek pek mümkün görünmemektedir<sup>[91]</sup>. Yine değinilen yaklaşım içerisinde pek çok bilinmeyeni de barındırmaktadır. Zira alelade incelemenin kim tarafından ve nasıl yapılacağı belli değildir. Halihazırda yetki ve usul yönünden detaylı bir şekilde ortaya konulmuş mütalaa verilmesi şartı için dahi öğretilde idarenin çeşitli baskılara maruz kalabileceği eleştirisinin<sup>[92]</sup> değinilen yaklaşım açısından çok daha yoğun bir şekilde kendisini göstereceğini de bilhassa vurgulamak gerekir<sup>[93]</sup>.

Tüm bu değinilenler akabinde belirtilmelidir ki, her ne kadar TCK'nin 66. maddesi ile VUK'un 359. maddesi bir arada değerlendirildiğinde dava zaman aşımı süresi vergi kaçakçılığı suçları için a fıkrasındaki fiiller için beş, yürürlükteki diğer üç fıkroda yer alan fiiller için sekiz yıl olarak kabul edilse de mütalaa alınması mecburiyeti ilgili süreyi beş yıl içerisinde vergi incelemesine başlanılmayan ve bitirilmeyen ihtimaller açısından beş yıla düşürmektedir<sup>[94]</sup>. Bu durum, 765 sayılı (mülga) TCK'den 5235 sayılı

[90] Güngör de ikinci ihtimalde mütalaa alınması gerekip gerekmediği konusunda yukarıda sözünü ettiğimiz gerekli görmeyen yaklaşıma katılmamakta ve bu yöndeki düşüncesini ilk ve ikinci ihtimalde dair VUK'un 367. maddesinin ilk iki fıkrasında yer alan düzenlemelerin mütalaa alınmasının gerekli olmayacağı şeklinde yorumlanamayacağı, zira böyle bir durum olsa idi kanun koyucunun bunu açıkça hükme bağlaması gerektiği argümanı ile gerekçelendirmektedir. Bkz. Güngör, *op. cit.*, s.281-282.

[91] Benzer yönde bkz. Bayraktar, *op. cit.*, s.88-89.

[92] Donay, *op. cit.*, s.71; Yıldırım ve Açar, *op. cit.*, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023).

[93] Ayrıca böyle bir değerlendirme, aynı suçu işlemiş yükümlülerin suç fiillerinin öğrenilmesindeki farklılık dolayısıyla farklı usullere tabi olması anlamına gelecek ve bu durum eşitlik ilkesi bakımından eleştiriye açık olacaktır. Bkz. Sevinç Ceyhan, *op. cit.*, s.163-164.

[94] Bayraktar, *op. cit.*, s.89.

(mer'i) TCK'ye geçiş sırasında zamanaşımı sürelerinde artışa gidilmesinin arka planında yatan suçların takipsiz kalmasının önüne geçilmesi gerekçesi<sup>[95]</sup> ile çelişir vaziyettedir. Fakat mevcut artışla birlikte ortaya çıkan tablonun vergi kaçakçılığı suçları açısından da fiilen tatbiki gerekli görülüyorsa, kanun koyucunun buna uygun bir kanuni düzenleme ihdas etmesi gerekir. Peki burada nasıl bir düzenleme yapılması gündeme gelebilir?

Hemen belirtelim ki, vergi incelemesi yapılabilecek süreyi arttırmak tek başına yeterli olmayacaktır. Zira defter, kayıt ve belgeleri saklama ve ibraz mecburiyeti de vergi incelemesinin gerçekleştirilebileceği süre ile sınırlı bulunmaktadır. Vergi kaçakçılığı suçlarının maddi konusu defter, kayıt ve belgeler olduğu için<sup>[96]</sup> suç işlenip işlenmediğinin tespiti dolayısıyla yükümlülerden talep edildiklerinde ibraz edilmelerinin zorunluluk taşıması gerekir. Yoksa bunlara yargılama sırasında erişilmesi pek olanaklı gözükmemektedir<sup>[97]</sup>. Bu sebeple getirilebilecek öneri defter, kayıt ve belgelerin saklanma ve ibraz mecburiyeti süresinde en yüksek dava zamanaşımı süresini karşılar mahiyette (güncel durumda on beş yıl) bir artışa gidilmesi olabilir. Bu durumda vergi incelemesi süresi de arttırılacak ve bununla bağlantılı olarak tarh ve ceza kesme zamanaşımı sürelerinde de artışa gidilmesi gerekecektir<sup>[98]</sup>. Fakat kanaatimizce bu doğrultuda gerçekleştirilecek

[95] Azmi Demirci, “Vergi Usul Kanunu’nda Düzenlenen Zamanaşımı Sürelerinin Yeni Türk Ceza Kanunu ile Uyumunu”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı 296, 2006, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 28.8.2023).

[96] Taştan, *op. cit.*, s.124 vd.

[97] Tahir Erdem, *6009 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Sonrasında Vergi İncelemesi*, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2011, s.128 dph. 117; Geçer, *op. cit.*, s.424; Aslanpınar, *op. cit.*, s.199; TCK ve VUK’da çeşitli zamanaşımı türlerindeki süre uyumsuzluğunun ispat sorunlarına yol açacağı yönünde bkz. Hakan Üzeltürk, “Ekonomik Suçlar ve Vergiler”, in *Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu*, Ankara, TOBB Yayın No: 2005-25, 2005, s.231; Taştan, *op. cit.*, s.461; Bu sebeple vergi kaçakçılığı suçları özelinde dava zamanaşımı süresinin kanun ile beş yıl olarak belirlenmesi gerektiği görüşü için bkz. Tahsin Torunoğlu, “Vergi Usul Kanunu’nun 359’uncu Maddesinde Düzenlenen Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suretiyle Kaçakçılık Suçu”, *AKDHFD*, Cilt 13, Sayı 2, 2023, s.903.

[98] Bu yönde değişiklik yapılması gerektiğini savunan görüşler için bkz. Demirci, *op. cit.*, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 28.8.2023); Memduh Aslan, *Türk Vergi Sisteminde Cezai Yaptırımların Etkinliği*, Ankara, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2008,

artışlar vergi hukukunda zamanaşımı olgusuna yer verilmesi gerekçelerini oldukça aşındırmış olacaktır. Ayrıca vergi kaçakçılığı suçlarının ortaya çıkarılması teknik ve uzmanlık gerektiren bir konu olduğundan ve bu hususta, her ne kadar vergi denetimlerinin fiiliyatta etkinliği sorgulanır nitelikte olsa bile<sup>[99]</sup>, suçun araştırılmasında savcılık makamının yanı sıra vergi idaresinin uzmanlaşmış kadrolarının da mevcudiyeti dolayısıyla diğer suçlara nazaran daha az bir zamanaşımı süresi tatbik ediliyor olması mevcut kanuni düzenlemelerin devamlılığı noktasında bir sorun teşkil etmemektedir. Dolayısıyla zamanaşımı sürelerinde yeknesaklaştırma gayesiyle ciddi artışlara gidilerek devlet ile yükümlü arasında vergiden doğan hukuki ilişkiyi çok daha uzun bir süre askıda bırakmak<sup>[100]</sup> yerine vergi denetimlerinin etkinliği üzerine yoğunlaşılması daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.

### **C) VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARINDA DAVA ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN DURMA VEYA KESİLMESİNE İLİŞKİN ÖZELLİKLI DURUMLAR**

Daha önce de değinildiği üzere, TCK'nin 67. maddesinde dava zamanaşımını durduran ve kesen sebepler sınırlı sayıda sayılmıştır. Bunlar vergi kaçakçılığı suçları açısından da aynı şekilde geçerlilik taşımaktadır. Fakat bazı olguların mezkûr suçlar bakımından durma hali olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ya da 67. maddede öngörülen bir kısım durma hallerinin tatbiki noktasında birtakım tereddütler bulunmaktadır. Bunlardan ilki, VUK'un 367. maddesinde düzenlenen mütalaa kurumunun dava zamanaşımını durdurup durdurmayacağıdır. Aksi yönde görüşler bulunsa da<sup>[101]</sup> kanaatimizce 67. maddede zamanaşımı durduran sebepler arasında mütalaa kurumuna yer verilmemesi dolayısıyla mütalaa alınması için geçen süre zarfında zamanaşımının duracağından söz edilemez. Zira ilgili düzenlemede kovuşturma şartlarından yalnızca izin ve karar kurumları zikredilmiş bulunmaktadır. Zamanaşımını durduran ve kesen sebepler

s.59; Karagöz, *op. cit.*, s.240-241; Taş, *op. cit.*, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023); Özcan, *op. cit.*, s.391; Geçer, *op. cit.*, s.424-425.

[99] Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Ümit Süleyman Üstün, *Nasıl Bir Vergi Denetimi ve Vergi Yargısı?*, İstanbul, Beta Yayınları, 2013, s.13 vd.

[100] Öncel *et al.*, *op. cit.*, s.137.

[101] Bkz. Mutluer ve Dayanç Kuzeyli, *op. cit.*, s.208; Yiğit, *op. cit.*, s.241; Karagöz, *op. cit.*, s.228; Baş, *op. cit.*, s.233; Çavuş, *op. cit.*, s.244-245; Bayraktar, *op. cit.*, s.87.

vergi hukukunda olduğu gibi<sup>[102]</sup> ceza hukuku açısından da ancak kanunla düzenlenebilir<sup>[103]</sup>. Bu sebeple mütalaa kurumunun izin ya da karar mahiyetinde görülerek veya kıyas yoluna başvurulmak suretiyle zamanaşımını durduran sebepler arasında kabul edilmesi hukuka uygun bir yaklaşım değildir<sup>[104]</sup>.

Diğeri ise, zamanaşımını durduran bir sebep olan bekletici mesele kurumunun vergi kaçakçılığı suçlarının yargılanmaları sırasında hangi kapsamda tatbik edilebileceğidir. Bu konuya açıklık getirmeden evvel belirtmek gerekir ki Yargıtaya göre, ortada bekletici mesele kurumunun tatbik edilmesini gerektiren bir durum yoksa zamanaşımı süresi durmaz<sup>[105]</sup>. Daha önce de değinildiği üzere CMK'nin 218. maddesi uyarınca, bir fiilin suç olup olmadığı noktasında çözümü gereken bir hususun mevcudiyeti halinde ceza mahkemesi bunun neticeye kavuşturulmasını konunun uzmanı olan bir mahkemenin nihai kararına kadar bekletebilir. Acaba çalışma konumuz itibarıyla vergi mahkemeleri hangi durumlarda vergi kaçakçılığı suçunun işlenip işlenmediği noktasında ceza mahkemelerinden daha uzman bir konumda değerlendirilebilir? Böylece ceza mahkemesi sorunun hallini takdiren bekletici mesele kapsamında değerlendirebilir.

Bu soruya somut meselenin çözümünün vergi hukuku ya da ceza hukuku alanına yönelik temas yoğunluğu dikkate alınarak cevap verilebilir. Söz gelimi, failinin gerçekleştirdiği eylemin hesap ve muhasebe hilesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda vergi mahkemesinin daha uzman olduğu söylenebilir<sup>[106]</sup>. Ya da gizleme fiilinin işlenip işlenmediği

[102] Öncel *et al.*, *op. cit.*, s.143.

[103] Taner, *op. cit.*, s.83.

[104] Bu yönde bkz. Uğur, "Vergi Suçlarında Kovuşturma Şartı Olarak Mütalaa (VUK m. 367)", *op. cit.*, s.38; Özcan, *op. cit.*, s.397-398; Kağan Akbaşoğlu, *Vergi Hukukunda Zamanaşımı*, Trabzon, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018, s.45-46; Ağar, *Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu*, *op. cit.*, s.342; Geçer, *op. cit.*, s.430; Özar, *op. cit.*, s.149-150; Taştan, *op. cit.*, s.64; Özen, *op. cit.*, s.182.

[105] Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 4 Mayıs 2004 Tarih ve E.2004/3-89, K.2004/110 Sayılı Kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/> (E.T. 10.10.2023).

[106] Öztekin Tosun, *Hileli Vergi Suçları*, İstanbul, Baha Matbaası, 1962, s.106.



konusunda defter, kayıt ve belgelerin ibraz talebinin süresinde yapıp yapılmadığı veyahut tebliğin vergi usulüne uygun olup olmadığı hususlarında da aynı yaklaşım benimsenebilir<sup>[107]</sup>. Fakat düzenlenen ya da kullanılan belgenin sahteliği konusunda ise ceza mahkemelerinin daha uzman olduğunu belirtmek gerekir<sup>[108]</sup>.

## SONUÇ

Ceza hukukunda zamanaşımı olgusunun gerçekleşmesi ile devletin cezalandırma yetkisi ortadan kalkar. Bu durum, aksi yönde bir hüküm bulunmadığı için, vergi kaçakçılığı suçları açısından da geçerlilik taşır. Zamanaşımı türlerinden olan dava zamanaşımına dair VUK'da herhangi bir norm bulunmadığından, mezkûr suçlar açısından TCK hükümleri tatbik olunur. Dolayısıyla vergi kaçakçılığı suçlarında zamanaşımı süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı, uzunluğu ile zamanaşımını durduran ve kesen haller noktasında bahsi geçen hükümler esas alınır. Bununla birlikte vergi kaçakçılığı suçlarının yapısı, tespiti ve yargılanması bakımından VUK muhtevasında ihdas edilen bazı hükümler dolayısıyla değinilen konuların detaylandırılması önem arz eder.

Dava zamanaşımı süresinin başlangıcı tamamlanmış suçlar açısından suçun işlendiği tarihe denk düşmektedir (TCK m.66/6). Bu tarih sırf hareket suçlarında hareketin yapıldığı, netice suçlarında ise neticenin ortaya çıktığı tarihe denk düşer. Vergi kaçakçılığı suçlarında konuya sırf hareket suçları bakımından yaklaşıldığında, yanıltıcı veya sahte belge kullanma fiillerinde suç tarihinin belirlenmesinde kritik önemi haiz kullanma kavramı ile ne kastedildiğinin tartışmalı olduğu gözlemlenmektedir. Yargıtayın benimsediği görüş söz konusu fiillerin, ilgili belge hangi vergi türü için kullanılmakta ise o vergiye dair son beyan tarihinde işlenmiş olduğu yönündedir. Fakat bu görüş bilhassa 4369 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası vergi ziyai neticesinin suçun unsuru olmaktan çıkarılmış olduğu hakikati dikkate alındığında son derece eleştiriye açıktır. Bu sebeple çalışmada vergi zıyanının suçun unsuru olmaktan çıkarılması ve korunan hukuki değerlerden özellikle defter, kayıt ve belgelere olan güvenin korunması esas alınarak kullanma kavramı ile kanuni defterlere kayıt tarihinin esas alınması gerektiği savunulmuştur. Ayrıca neticeli

[107] Özcan, *op. cit.*, s.399.

[108] Yiğit, *op. cit.*, s.182; Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku, op. cit.*, s.400.

suç vasfını haiz çift defter tutma fiilinin kesintisiz suç mahiyetini taşıdığı görüşü benimsenmiş ve bahsi geçen fiil bakımından zamanaşımı süresinin başlangıcının, yine TCK'nin 66. maddenin 6. fıkrasında ifade edildiği üzere, kesintinin vuku bulduğu günden itibaren başlayacağı ifade edilmiştir.

Vergi kaçakçılığı suçları açısından zamanaşımı süresinin uzunluğu farklı suç grupları için farklı sürelerle tekabül etmektedir. 7394 sayılı Kanunla cezaların üst sınırlarında yapılan artış sonrası zamanaşımı süresi VUK'un 359. maddesinin a fıkrasında sayılan fiiller için sekiz, diğer fıkralarda sayılan fiiller için ise on beş yıla tekabül etmektedir. Fakat bu sürelerin fiili açıdan tatbikinde mevzu bahis suçlar açısından kovuşturma şartı mahiyeti taşıyan mütalaa kurumu ile mütalaa verilebilmesi için yapılması zaruri vergi incelemesi sürecinin zamansal açıdan sınırına da odaklanması gerekir. Öyle ki vergi incelemesi yapılabilmesi tarh zamanaşımı süresi içinde mümkün olabilmektedir. Tarh zamanaşımı da kural olarak vergiyi doğuran olayın vuku bulduğu yılı takip eden yıl başından itibaren beş yıllık süreye tekabül etmektedir. Ayrıca vergi kaçakçılığı suçunun maddi unsurunu meydana getiren defter, kayıt ve belgelerin saklanma ve ibraz edilmeleri noktasında yükümlülere getirilen mecburiyet de bu beş yıllık zaman zarfına denk düşmektedir. İster vergi idaresi kanalıyla isterse de savcılık makamınca kendiliğinden öğrenilmiş olsun her halükârda mütalaa alınması ve bunun için de vergi incelemesi yapılması zaruri bulunduğundan vergi kaçakçılığı suçları için zamanaşımı süresi fiili olarak beş yıllık süre ile kayıtlanmaktadır. Tabi bu suretteki bir kayıtlama vergi incelemesinin beş yıllık süre zarfında tarh zamanaşımını durduran sebepler bulunmadığı takdirde tamamlanamaması ihtimallerinde geçerlilik taşımaktadır. Öğretide bazı yazarlarca böyle bir kayıtlama olgusunun önüne geçebilmek adına mütalaa kurumunun düzenlendiği VUK'un 367. maddesinde savcılık makamınca kendiliğinden öğrenilme ihtimallerini düzenleyen 2. fıkrada geçen inceleme ifadesi teknik anlamda değil de alelade bir inceleme olarak nitelendirilmekte ve bu hallerde mütalaa değil de görüş yazısı alınmasının kâfi olacağı görüşü benimsenmektedir. Fakat bu görüş kanımızca meseleye lafzi ve sistematik yorum yöntemleri ile yaklaşıldığında yerinde bir yaklaşım olarak değerlendirilemez. Zira VUK muhtevasında teknik anlamda vergi incelemesini karşılamak üzere pek çok yerde inceleme ifadesi kullanılmaktadır. Bunlardan birisinin vergi incelemesi olmadığını iddia etmek pek mümkün görünmemektedir. Zira böyle bir kabul için 367. maddenin muhtevasında bu durumun açıkça anlaşılması gerekir. Yetki ve usul yönlerinden detaylı olarak hükme bağlanmasına rağmen idareye baskı

yapılabilmesi gerekçesiyle eleştirilen böyle bir kovuşturma şartının göz ardı edilmesi ve yerine hangi makam ve usuller doğrultusunda düzenleneceği belirsiz bir sürecin ihdası yönündeki bu yorum eleştiriye açıktır. Bu sebeple değinilen yaklaşım çalışmada benimsenmemiş ve nasıl öğrenilirse öğrenilsin her halükârda vergi incelemesi yapılması ve mütalaa alınmasının gerekliliği savunulmuştur.

Belirtmek gerekir ki, zamanaşımı süresinin değinilen surette kayıtlanması suçların takipsiz kalmasını önlemek gayesiyle TCK'de zamanaşımı sürelerinde artışa gidilmesi hedefi ile çelişir vaziyettedir. Bu çelişkinin ortadan kaldırılması isteniyorsa kanuni bir düzenleme ihdasına gidilmesi gerekir. Bunun için de vergi incelemesi, tarh zamanaşımı ile defter, kayıt ve belgelerin saklama ve ibraz sürelerinde dava zamanaşımı sürelerine paralel bir artış yapılması gündeme gelebilir. Fakat kanımızca bu yönde yapılacak artışlar vergi hukukunda zamanaşımı olgusuna yer verilmesinin arka planındaki gayeleri oldukça zedeleyecektir. Vergi kaçakçılığı suçlarının ortaya çıkarılmasında savcılık makamının yanı sıra vergi denetimini gerçekleştiren kamu görevlilerinin de mevcudiyeti dikkate alındığında değinilen surette zamanaşımı sürelerinde artışa gitmek yerine vergi denetimlerinin etkinliği konusu üzerine yoğunlaşılabilir. Böyle bir yaklaşım devlet ile yükümlü arasında vergi dolayısıyla kurulan hukuki ilişkinin çok uzun süreler askıda kalmasının da önüne geçecektir.

Dava zamanaşımının vergi kaçakçılığı suçları bakımından durması noktasında iki husus özellik arz etmektedir. Bunlardan ilki, kovuşturma şartı olan mütalaa alınmasının zamanaşımını durdurup durdurmayacağıdır. Kanımızca TCK'nin 67. maddesinde kovuşturma şartlarından yalnızca izin ve karar kurumlarının zamanaşımını durduracağı hüküm altına alındığının mütalaa alınması dolayısıyla geçen süre zarfında zamanaşımı durmaz. Zira zamanaşımını durduran sebepler yalnızca kanun ile hükme bağlanabilir. Yine zamanaşımını durduran diğer bir sebep olan bekletici mesele kurumu da vergi kaçakçılığı suçları bakımından uygulanabilir mahiyettedir. Fakat hangi konularda vergi mahkemelerinin daha uzman olduğu hususunun her bir somut olay ve suç fiili bazında ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

## KAYNAKÇA

- Ağar, Serkan, “Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçları”, *TBBB*, Sayı 58, 2005, s.273-301.
- Ağar, Serkan, *Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Akbaşoğlu, Kağan, *Vergi Hukukunda Zamanaşımı*, Trabzon, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Akbulut, Berrin, “Dava Zamanaşımı Sürelerinin Başlaması”, *EÜHFD*, Cilt 8, Sayı 2, 2013, s.149-194.
- Aktaş, Murat ve Murat Özgür, “Vergi Usul Kanunu’nda Yer Alan Hürriyeti Bağlayıcı Ceza Gerektiren Suçlarda Dava Zamanaşımı Süreleri (Eski ve Yeni Ceza Kanunu Bağlamında İrdelenmesi)-I”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı 160, 2006, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023).
- Alşahin, Mehmet Emin, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Angun, Fulya ve Selçuk Tekin, “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Mütalaa’nın Yeri”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 389, 2021, s.32-43.
- Aras, Coşkun ve Murat Özgür, “Vergi Usul Kanunu’nda Yer Alan Hürriyeti Bağlayıcı Cezalarda Dava Zamanaşımı Süreleri”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı 125, 2003, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023).
- Arslan, Mehmet, *Vergi Hukukunda Zamanaşımı*, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2. Baskı, 2016.
- Artuk, Mehmet Emin ve Mehmet Emin Alşahin, “Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı”, *MÜHFHAD (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan)*, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s.17-44.
- Artuk, Mehmet Emin *et al.*, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, 2020.
- Aslan, Memduh, *Türk Vergi Sisteminde Cezai Yaptırımların Etkinliği*, Ankara, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2008.

- Aslanpınar, Yusuf Burak, *TCK'nın Genel Hükümleri Çerçevesinde Vergi Kaçakçılığı Suçları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2022.
- Aydoğan, DüNDAR, *(Açıklamalı-İçtihatlı) Vergi Kaçakçılığı Suçları*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022.
- Ayyıldız, Yaşar ve Serdar Şahin, "Vergi Kaçakçılığı Kapsamındaki Sahte Belge Suçlarında Suç Tarihinin Tespiti: Yargıtay Uygulaması", *Maliye Araştırmaları Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2023, s.68-95.
- Baş, Eylem, "Vergi Hukuku ve Ceza Hukuku Bakımından 'Zamanaşımı' Kavramı Üzerine Bir İnceleme", in *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan (Cilt-I)*, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459, 2015, s.199-243.
- Batı, Murat ve Zekiye Özen İnci, "7494 Sayılı Kanun'la Vergi Kaçakçılığı Suçunda (VUK M. 359) Yapılan Değişikliklere Dair Değerlendirmeler", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 406, 2022, s.30-48.
- Bayar, İbrahim Nihat, *Vergi Kaçakçılığı*, Ankara, Mali Akademi Yayınları, 2013.
- Baykara, Bekir, "Vergi Suçu Raporu ve Vergi Ceza Muhakemesindeki Yeri", *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı 273, 2004, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 6.10.2023).
- Bayraklı, Hasan Hüseyin, "Vergi Kaçakçılığı Suçlarına Teşebbüs", *TAAD*, Sayı 37, 2019, s.1-23.
- Bayraklı, Hasan Hüseyin, *Vergi Ceza Hukuku*, Trabzon, Celepler Matbaacılık, 2. Baskı, 2015.
- Bayraktar, İhsan Kağan, *Vergi Hukukunda Zamanaşımı*, İstanbul, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayını, 2016.
- Bilici, Nurettin, *Vergi Hukuku (Vergi Usul Hukuku, Vergi Yargı ve Tahsil Hukuku)*, Ankara, Savaş Yayınevi, 53. Baskı, 2022.
- Candan, Turgut, *Vergisel Kabahatler ve Suçlar*, Ankara, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, 2019.
- Çavuş, Adnan, *Suç Genel Teorisi Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçları*, İstanbul, Beta Yayınları, 2016.

- Çitil, Bünyamin, *Vergi Hukukunda Sahte Fatura Suçları Vergilendirme ve Sorumluluk Hükümleri*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, 2022.
- Demirci, Azmi, “Vergi Usul Kanunu’nda Düzenlenen Zamaşıımı Sürelerinin Yeni Türk Ceza Kanunu ile Uyumu”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı 296, 2006, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 28.8.2023).
- Donay, Süheyl, *Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları*, İstanbul, Beta Yayınları, 2008.
- Dönmezer, Sulhi et al., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt III Cezalar-Güvenlik Tedbirleri-İnfaz*, İstanbul, Der Yayınları, 14. Bası, 2020.
- Ela, Hatice, *Vergi ve Ceza Hukukunda Sahte Belge ve Yanıltıcı Belge*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2021.
- Erdem, Tahir, *6009 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Sonrasında Vergi İncelemesi*, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2011.
- Erem, Faruk, *Türk Ceza Hukuku Cilt: 1 Genel Hükümler*, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, Dördüncü Bası, 1958.
- Erkiner, H. Kısmet, “Hileli Vergi Suçu”, *MAMK*, Sayı 18, 1969, s.221-265.
- Erman, Sahir, *Vergi Suçları (Ticari Ceza Hukuku-VI)*, İstanbul, İ. Ü. Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, 1988.
- Geçer, Ahmet Emrah, *Vergi Usul Kanunu’nda Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibari ile Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- Güngör, Mümin, “Vergi Kaçakçılığı Suçunun Takip Usulü”, *TAAD*, Sayı 44, 2020, s.269-299.
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Us-A Yayıncılık, 5. Baskı, 2012.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 13. Baskı, 2012.
- İçel, Kayıhan et al., *Yaptırım Teorisi (3. Kitap)*, İstanbul, Beta Yayınları, 2. Bası, 2002.

- Kaneti, Selim *et al.*, *Vergi Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, 2022.
- Karagöz, Berkan, *Vergi Hukukunda Zamanaşımı*, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008.
- Karakoç, Yusuf, “Ceza Mahkemesinde Yargılanması Gereken Vergi Suçları Hakkında Kamu Davası Açılmasının ‘Mütalaa’ Şartına Bağlı Olması”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı 174, 1996, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 4.10.2023).
- Karakoç, Yusuf, *Vergi Ceza Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2019.
- Kaşıkcı, Mahmut ve Altan Rençber, *Vergi Ceza Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Kaşıkcı, Mahmut, “Vergi Suçlarında Zamanaşımı ve Özellikle Dava Zamanaşımının Başlangıç Anı ile İlgili Bir İnceleme”, *Vergi Raporu Dergisi*, Sayı 53, 2001, s.31-38.
- Kırmaz, Birol, “Yargıtay İçtihatları Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Suç Tarihinin Belirlenmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2015, s.329-340.
- Kızılot, Şükrü *et al.*, *Vergi Hukuku*, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2. Baskı, 2007.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, 2022.
- Mutluer, M. Kamil ve N. Nilay Dayanç Kuzeyli, *Vergi Ceza Hukuku*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2019.
- Ok, Nuri ve Ahmet Gündel, *Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Vergi Kaçakçılığı Suçları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Oktar, S. Ateş, *Vergi Hukuku*, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 14. Baskı, 2019.
- Ömercioğlu, Abdullah, “7318 sayılı Kanun ile Eklenen Vergi Kaçakçılığı Suçları”, *EÜHFD*, Cilt 17, Sayı 1, 2022, s.167-192.
- Öncel, Mualla *et al.*, *Vergi Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 29. Bası, 2020.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.

- Öz, Ersan ve Mahmure Eşgünoğlu, “İdari ve Adli Uygulamalarda Zamanaşımı Uygulaması: Özellik Arz Eden Haller”, *UAÜHFD*, Sayı 3, 2014, s.57-84.
- Özar, Süleyman, *Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, 2022.
- Özcan, Onur, *Vergi Suçları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Özen, Mustafa, *213 Sayılı Vergi Usul Kanunu’nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri*, Ankara, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, 2023.
- Özgenç, Hanne, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Muhakeme Usulü Olarak Mütalaa Şartı”, in İzzet Özgenç (Ed.), *Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.629-654.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 18. Baskı, 2022.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 22. Baskı, 2022.
- Özyer, Mehmet Ali, *Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, İstanbul, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, 8. Baskı, 2018.
- Parlar, Ali ve Güleç Demirel, *Açıklamalı-İçtihatlı Adli-İdari Vergi Suçları*, Ankara, Adil Yayınevi, 2002.
- Saban, Nihal, *Vergi Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 8. Baskı, 2016.
- Saraç, Abdullah, “Sahte Belge Kullanma Suçunda Suçun İşleniş Zamanı”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı 360, 2022, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023).
- Sarıcaoğlu, Ercan, “Vergi Affından Yararlanan Mükellef İçin Mütalaa Geri Alınabilir mi?”, *TBBD*, Sayı 134, 2018, s.217-256.
- Sarıcaoğlu, Ercan, *Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.



- Sarsıkoğlu, Şenel ve Güliden Şişman, “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Zincirleme Suç”, *Mali Hukuk Dergisi*, Cilt 19, Sayı 220, 2023, s.627-656.
- Sevinç Ceyhan, Cansu, *Vergi Suçlarında Yargılama Süreci (7394 Sayılı Kanun Değişikliklerine Göre)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998.
- Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-2*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 12. Bası, 2022.
- Şahin, Ömer ve Mesut Uçak, “VUK’un 259 ve 360. Maddelerindeki Fiiller Yönünden Dava Zamanaşımı Süresi”, *Vergi Raporu Dergisi*, Sayı 80, 2006, s.10-14.
- Şengöz, Yunus, “Türk Vergi Ceza Hukukunda Zincirleme Suç, Suçun Unsurları, Suç Tarihi, Dava Zamanaşımı Süresi ve Sürenin Başlangıç Tarihi-II”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı 359, 2022, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023).
- Şengöz, Yunus, “Vergi Ceza Hukukunda Kaçakçılık Suçunun Suç Tarihi, Dava Zamanaşımı Süresi ve Başlangıcı”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 233, 2008, <http://www.vergisorunlari.com.tr/>, (E.T. 20.9.2023).
- Şenyüz, Doğan, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*. 14. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2023.
- Şenyüz, Doğan, *Vergi Ceza Hukuku*, Bursa, Ekin Yayınevi, 12. Baskı, 2022.
- Şenyüz, Doğan, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/ Görüş”, *İzmir Barosu Dergisi*, Sayı 2, 2016, s.13-50.
- Taner, Fahri Gökçen, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Taş, Fatma, “Kaçakçılıkta Dava Zamanaşımı ve Bir Sorun”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı 229, 2012, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023).
- Taşdelen, Aziz, *Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.
- Taştan, Mehmet, *Vergi Kaçakçılığı Suçları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, 2022.

- Temizyürek, Onur, “Sahte veya Muhteviyatı İtibarıyla Yanıltıcı Belge Kullanma Fiillerinde Suç Tarihi, Suça Teşebbüs ve Teselsül”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı 339, 2009, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 14.9.2023).
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınevi, 20. Baskı, 2014.
- Torunoğlu, Tahsin, “Vergi Usul Kanunu’nun 359’uncu Maddesinde Düzenlenen Sahte veya Muhteviyatı İtibarıyla Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suretiyle Kaçakçılık Suçu”, *AKDHFD*, Cilt 13, Sayı 2, 2023, s.877-911.
- Tosun, Öztekin, *Hileli Vergi Suçları*, İstanbul, Baha Matbaası, 1962.
- Türker, Didem, *Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Özel Soruşturma Usulü*, İzmir, İzmir Bakırçay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2023.
- Uğur, Hüsamettin ve Mert Elibol, *Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Suçları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Uğur, Hüsamettin, “Vergi Suçlarında Kovuşturma Şartı Olarak Mütalaa (VUK m. 367)”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 8, Sayı 88, 2013, s.34-43.
- Uğur, Hüsamettin, “Vergi Usul Kanununa Göre Yanıltıcı veya Sahte Belge Kullanma Suçlarında Suç Tarihi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 10, Sayı 109, 2015, s.84-92.
- Ümit, Ceyda, *Vergi Ceza Hukukunda Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme, Sahte Belge Düzenleme ve Kullanma Suçları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Ünsal, İsmet, “Vergi Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı: Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı Olarak, Deftere Kayıt Tarihi mi Yoksa Beyanname Verme Tarihi mi Esas Alınmalıdır?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 31, 2009, s.143-148.
- Üstün, Ümit Süleyman, *Nasıl Bir Vergi Denetimi ve Vergi Yargısı?*, İstanbul, Beta Yayınları, 2013.
- Üzeltürk, Hakan, “Ekonomik Suçlar ve Vergiler”, *in Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu*, Ankara, TOBB Yayın No: 2005-25, 2005, s.208-240.

- Yaltı Soydan, Billur, “Vergi Kaçakçılığı Suçunu Avrupa Topluluğu Bütçesi Aleyhine Kaçakçılık Suçu ile Okumak: Adil ve Orantılı Bir Ceza Sistemi Yaratmak Mümkün müdür?”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 169, 2002, <http://www.vergisorunlari.com.tr/>, (E.T. 3.9.2023).
- Yıldırım, Zübeyr ve Serkan Açar, “Vergi Kaçakçılığı Suçu ve Mütalaa Şartı”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı 171, 2007, <https://portal.yaklasim.com/>, (E.T. 28.8.2023).
- Yıldız, Ferhat, *Yargıtay Kararları Işığında Belgede Sahtecilik ve Vergi Kaçakçılığı Suçları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.
- Yiğit, Uğur, *Vergi Usul Kanununda Hürriyeti Bağlayıcı Suç ve Cezalar Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları*, İstanbul, Beta Yayınları, 2004.
- Yüce, Mehmet, *Vergi Kaçakçılığı Suçu (Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçu) ve Yargılama Usulü*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, İstanbul, Beta Yayınları, 3. Bası, 2013.

## YARGITAY KARARLARI

- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 4 Mayıs 2004 Tarih ve E.2004/3-89, K.2004/110 Sayılı Kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/> (E.T. 10.10.2023).
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 8 Kasım 2018 Tarih ve E.2018/11-427, K.2018/517 Sayılı Kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/> (E.T. 27.9.2023).
- Yargıtay On Birinci Ceza Dairesi, 27 Haziran 2001 Tarih ve E.2001/6898, K.2001/7380 Sayılı Kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/> (E.T. 9.10.2023).
- Yargıtay On Birinci Ceza Dairesi, 14 Kasım 2007 Tarih ve E.2006/6740, K.2007/7940 Sayılı Kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/> (E.T. 9.10.2023).
- Yargıtay On Birinci Ceza Dairesi, 11 Kasım 2021 Tarih ve E.2017/3262, K.2021/10232 Sayılı Kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/> (E.T. 17.9.2023).

Yargıtay On Birinci Ceza Dairesi, 25 Kasım 2021 Tarih ve E.2018/1433, K.2021/10860 Sayılı Kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/> (E.T. 17.9.2023).

Yargıtay On Birinci Ceza Dairesi, 3 Mart 2020 Tarih ve E.2018/4059, K.2020/2038 Sayılı Kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/> (E.T. 9.10.2023).

Yargıtay On Birinci Ceza Dairesi, 13 Haziran 2022 Tarih ve E.2021/10050, K.2022/12236 Sayılı Kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/> (E.T. 9.10.2023).

# Bulut Bilişim Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tüketici Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Bahadır DEMİR\*

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Dr. Öğretim Görevlisi, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Adalet Bölümü. bahdemir@ankara.edu.tr **ORCID:** 0000-0001-5658-8665.

**Makale geliş tarihi:** 14 Haziran 2024 **Makale kabul tarihi:** 19 Ağustos 2024

**Atf önerisi:** Demir, Bahadır, “Bulut Bilişim Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tüketici Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 4, Ekim 2024, s. 297-336. **DOI:** 10.30915/abd.1501070.

## BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE TÜKETİCİ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

### ÖZ

Bulut bilişim sistemi; internet aracılığıyla veri paylaşımını sağlayan, ağ üzerinde kullanılan uygulamalara ait verilere ağ yoluyla uzak kullanıcı tarafından her an erişilebilme imkânı sunan servis sistemi olarak tanımlanabilir. Bulut bilişim sistemi kullanıcılarına sunmuş olduğu hizmet açısından üç kategoride incelenmektedir. “IaaS” hizmeti ile kullanıcılarına alt yapı hizmeti sunulur. “PaaS” hizmeti ile sistem, kendi platform tabanında kullanıcıların çalışmasına imkân tanıyıp bu sistem üzerinden kullanıcının uygulama geliştirmesine olanak verir. Sistem, kullanıcı için bu uygulamaların çalışacağı ortamı, tamamlayıcı servisleri ve alt yapıyı sağlamaktadır. Son olarak “SaaS” hizmeti ile genel kullanıcının kullanımına ilişkin yazılım hizmeti sunulması söz konusudur. Bulut bilişim hizmeti alabilmek için kullanıcı, servis sağlayıcısı ile bulut bilişim sözleşmesi yapmaktadır.

Bulut bilişim sözleşmesi kanunda açıkça düzenlenen bir sözleşme değildir. Ancak sözleşme, hem kanunda düzenlenen tipik sözleşmelere hem de kanunda düzenlenmeyen atipik sözleşmelere ait unsurları barındırması nedeniyle kendine özgü yapısı olan isimsiz bir sözleşmedir. Bulut bilişim hizmetlerinden SaaS hizmetinde genel kullanıcıya yönelik bir hizmet sunulmasından dolayı yapılan sözleşmede servis sağlayıcısının karşısında tüketici bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** bulut bilişim sözleşmeleri, tüketici işlemi, IaaS, PaaS, SaaS

## LEGAL QUALITY OF CLOUD COMPUTING CONTRACTS AND ASSESSMENT IN TERMS OF CONSUMER LAW

### ABSTRACT

Cloud computing system; It can be defined as a service system that enables data sharing via the internet and provides the opportunity to access data of applications used on the network by remote users at any time via the network. Cloud computing system is examined in three categories in terms of the service it offers to its users. Infrastructure services are provided to users with the “IaaS” service. With the “PaaS” service, the system allows users to work on its own platform base and allows the user to develop applications through this system. The system provides the environment, complementary services and infrastructure in which these applications will run for the user. Finally, with the “SaaS” service, it is possible to provide software services for general user use. In order to receive cloud computing service, the user signs a cloud computing contract with the service provider.

Cloud computing contract is not a contract clearly regulated by law. However, the contract is an anonymous contract with a unique structure because it contains elements of both typical contracts regulated in the law and atypical contracts not regulated in the law. Since the SaaS service, one of the cloud computing services, provides a service for the general user, the consumer is in front of the service provider in the contract.

**Keywords:** cloud computing contracts, consumer transaction, IaaS, PaaS, SaaS

## GİRİŞ

Teknolojinin ilerlemesiyle birlikte akıllı telefon ve bilgisayar aracılığıyla internet kullanımının yaygınlaşması sonucu insanların sanal ortamda veri üretimi artmıştır. Söz konusu artış, beraberinde bu verilerin depo edilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Veri depolamak için başlarda disketler ya da CD'ler kullanılmış, daha sonra flash diskler ortaya çıkmıştır. Ancak teknolojik ilerlemeler karşısında bu depolama imkanları zamanla yetersiz kalmıştır. Günümüzde gelişen teknoloji ile insanlar, bulut bilişim sistemi sayesinde yanlarında fiziki bir harici bellek taşımak zorunda kalmadan internet aracılığıyla veri depolayabilmektedirler. Bulut bilişim sistemi; ağ üzerinde veri depolamayı sağlayan, kullanıcının internete erişim sağlayabildiği herhangi bir cihazla her an bu verilere ulaşabildiği, veri depolamanın yanında kurum ve kuruluşlara, uygulama geliştiricilere altyapı hizmeti sunan bir sistemdir. Bulut bilişim sisteminin kullanıcıya sunduğu hizmet çok çeşitlidir. Bunlar temelde üç kategoride toplanmaktadır. İlki, bulut bilişim sisteminin genel kullanıcının ihtiyaçlarını karşılamak üzere yazılım hizmeti sunduğu SaaS hizmetidir. SaaS hizmeti kullanıcının kullanımıyla orantılı olarak ücretlendirilmektedir. Genellikle kullanıcıya, belirli veri depolama alanıyla kısıtlı olarak ücretsiz hizmet sunulmaktadır. Söz konusu bu limitin üzerine çıktığında kullanıcının kullanımıyla orantılı ücretlendirilmektedir. Diğer bir hizmet olan IaaS ile sistem, kurum ve kuruluşlara altyapı hizmeti sunmaktadır. PaaS hizmetiyle ise sistem, kullanıcının sistem tabanlı uygulama geliştirmesine imkân tanımaktadır. Bulut bilişim sisteminin sunduğu hizmetten faydalanmak için servis sağlayıcısı ile kullanıcı arasında bulut bilişim sözleşmesi yapılır. Bulut bilişim sisteminin sunduğu hizmetin çeşidine göre yapılan sözleşme değişmektedir. PaaS ve IaaS hizmetlerinin karşılığında sözleşme genellikle, servis sağlayıcısı ile kurum ve kuruluşlar arasında yapılmaktadır. Ancak SaaS hizmeti karşılığında genel kullanıcı yani tüketici sözleşme yapmaktadır.

## I. BULUT BİLİŞİM SİSTEMİ

### A) BULUT BİLİŞİM SİSTEMİNİN TANIMI

İnternet ve bilgi teknoloji iletişim araçlarının yaygınlaşmasıyla beraber insanlar, sanal ortamda var olan verilerinin kaybolmasını engellemek amacıyla birçok yöntem kullanmıştır. Başlangıçta CD, disket, taşınabilir bellek en sık kullanılanlar arasındaydı. Ancak günümüzde insanlar verilerini bulut



bilişim sistemi vasıtasıyla depolamaktadırlar. Bu şekilde internet erişimi olan uygun bir aygıtla istedikleri her an verilerine ulaşılabilmektedir. Bulut bilişim sistemi; internet aracılığıyla veri paylaşımını sağlayan, ağ üzerinde kullanılan uygulamalara ait verilerin ağ yoluyla uzak kullanıcı tarafından her an erişilmesini sağlayan servis sistemi olarak tanımlanabilir<sup>[1]</sup>. Kullanıcılar

- [1] Türk Standartları Enstitüsü bulut bilişim sistemini: “İşlemci gücü ve depolama alanı gibi bilişim kaynaklarının ihtiyaç duyulan anda, ihtiyaç duyulduğu kadar kullanılması esasına dayanan, uygulamalar ile altyapının birbirinden bağımsız olduğu ve veriye izin verilen her yerden kontrollü erişimin mümkün olduğu, gerektiğinde kapasitenin hızlı bir şekilde arttırılıp azaltılabildiği, kaynakların kullanımının kolaylıkla kontrol altında tutulabildiği ve raporlanabildiği bir bilişim türüdür.” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz: Türk Standartları Enstitüsü, *Bulut Bilişim Güvenlik ve Kullanım Standardı*, 2014, s.5; Ayrıca yazar Özdaş, uzmanlık tezinde kapsamlı olarak bulut bilişim kavramını tanımlamıştır. Söz konusu tanıma göre: “Bulut bilişim, işlemci gücü ve depolama alanı gibi bilişim kaynaklarının ihtiyaç duyulan anda, ihtiyaç duyulduğu kadar kullanılması esasına dayanan, uygulamalar ile altyapının birbirinden bağımsız olduğu ve veriye izin verilen her yerden kontrollü erişimin mümkün olduğu, gerektiğinde kapasitenin hızlı bir şekilde arttırılıp azaltılabildiği, kaynakların kullanımının kolaylıkla kontrol altında tutulabildiği ve raporlanabildiği bir bilişim türüdür.” Bkz: Özdaş Muhammed Raşit *Bulut Bilişimin Kamuda Kullanımı Dünya Örnekleri ve Türkiye için Öneriler*, Bilgi Toplumu Dairesi Uzmanlık Tezi,, Ankara, Türkiye Cumhuriyeti Kalkınma Bakanlığı Yayınları, 2014, s.6; Maya Duygu, *6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde Bulut Bilişim Sistemleri* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Elif Küzeci Erol), İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2023 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 829098), s.3; Buna ek olarak Amerika Birleşik Devletleri Ulusal Standartlar ve Teknoloji Enstitüsü (NIST)’de bir tanım yapmıştır. Buna göre “Bulut bilişim, yapılandırılabilir bilişim kaynaklarından oluşan ortak bir havuza, uygun koşullarda ve isteğe bağlı olarak her zaman, her yerden erişime imkân veren bir modeldir. Söz konusu kaynaklar (bilgisayar ağları, sunucular, veri tabanları, uygulamalar, hizmetler vb.) asgari düzeyde yönetsel çaba ve hizmet alıcı-hizmet sağlayıcı etkileşimi gerektirecek kolaylıkta tedarik edilebilmekte ve elden çıkarılabilmektedir. Bu model erişilebilirliği desteklemekte ve Şekil 2.1.’de gösterilen, beş temel unsur, üç hizmet sunum modeli ve dört konumlandırma (deployment) modelini kapsamaktadır.” Bkz: Bilgi ve Teknolojileri ve İletişim Kurumu; *Bulut Bilişim Raporu*, 2013, s.3; National Institute of Standards and Technology (NIST), U.S.Department of Commerce, *Guidelines on Security and Privacy in Public Cloud Computing*, 2011; Avrupa Birliği Bulut Davranış Kuralları (EU Cloud Code of Conduct (CoC)) bulut bilişim sistemini: “Bir bulut bilişim hizmeti sağlayıcısı tarafından yönetim ve paylaşılabılır fiziksel ya da sanal kaynaklardan oluşan ölçeklenebilir ve esnek bir kaynak havuzuna erişimi sağlayan bir model ya da paradigma” şeklinde tanımlamıştır. Detaylı Bilgi için Bkz: Maya, *op.cit.*, s.4; EU Cloud Code of Conduct, EU Data Protection

her an ihtiyaç duydukları bulut bilişim sistemi sayesinde verilerine

Code of Conduct for Cloud Service Providers, 3. Emekçi, Adem ve Emin Kuğu ve Murtaza Temiztürk, “Adli Bilişim Ezberlerini Bozan Bir Düzlem Bulut Bilişim”, *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi* Cilt 2, Sayı 1, 2016, s.9; Buyruk Akbaba, Ayşe Nur, “Bulut Muhasebe ve İşletmelerde Uygulanması”, *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, Sayı 82, 2019, s.25; Kâmil Çelik, “Bulut Bilişimde Temel Konular”, *USOBED (Uluslararası Batı Karadeniz Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi)*, Cilt 5, Sayı 2, 2021, s.238; Kâmil Çelik, “Bulut Bilişim Teknolojileri”, *Bartın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 24, 2021, s.438; Batı Kutay, *Bulut Bilişim ve Etkileri* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Kaan Yaraloğlu), İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Bilişim Sistemleri Anabilim Dalı, 2015 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 410324), s.3; Koruk, Alperen Asım, *Bulut Bilişimde Vergileendirme: Doğrudan Vergileendirme Boyutu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023, s.35- 36; Şahin Malkoç Melis, *Telekomünikasyon Sektöründe Bulut Bilişime Geçişte Dağıtım Modeli Seçimi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Alper Camcı), İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Mühendislik Yönetimi Ana Bilim Dalı, 2023 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 816519), s.2; Yıldız, Özcan Rıza, “Bilişim Dünyasının Yeni Modeli: Bulut Bilişim (Cloud Computing) ve Denetimi”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı 74, 2009, s.7; Tayaksi, Cansu ve Erhan Ada ve Yiğit Kazançoğlu, “Bulut Üretim: İşlemler Yönetiminde Yeni Bir Bulut Bilişim Modeli”, *Ege Akademik Bakış Dergisi*, Cilt 16, Sayı 5, 2016, s.72; Gamze Bayın ve Gözde Yeşilaydın ve Okan Özkan, “Bulut Bilişimin Sağlık Hizmetlerinde Kullanımı”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 48, 2016, s.234; Değirmenci, Olgun, “Bulut Bilişim ve Beraberinde Getireceği Hukuksal Sorunlar Üzerine Görüşler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 12, Sayı 136, 2017, s.106; Dereboylular, Özde, “Bulut Bilişim Bakımından Arama ve Elkoymaya İlişkin Hükümlerin Uygulanabilirliği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 14, Sayı 39, 2019, s.164; Tunç, Aybike, “Bulut Bilişimde Fikri Mülkiyetin Korunması”, Çankaya Üniversitesi *Hukuk Fakültesi Dergisi (ÇÜHFD)*, Cilt 5, Sayı. 1, 2020, s.3197; Göl Mehmet, *Türkiye’de Küçük ve Orta Boy İşletmelerde Muhasebe Bilgi Sistemi Temelinde Bulut Bilişim Kullanım ve Uygulanabilirliğinin Teknoloji Kabul Modeli Yaklaşımıyla Belirlenmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Niyazi Kurnaz), Kütahya, Kütahya Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, 2020 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 621070), s.7 – 8; Şişman Elif Karaman, *Bulut Bilişim Teknolojisi Yakın Gelecekte Vazgeçilmez Olacaktır* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Ediz Şaykol), İstanbul, Beykent Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Bilgisayar Mühendisliği Ana Bilim Dalı, 2019 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 571963), s.2; Tunç Aybike, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı* (Doktora Tezi, Danışman, M. Fadıl Yıldırım), Ankara, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2020 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 624480), s.5 – 6; Can, Mustafa Cemre, *Bulut Bilişim Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023, s.9 – 10.

erişebilmektedirler. Zira sistem yüksek hızla veri paylaşımını sağlar. Bulut bilişim sistemi esasında veri depolayan ve talep üzerine söz konusu verilerin paylaşımını sağlayan kaynak havuzudur<sup>[2]</sup>. Bu sistemle söz konusu veriler, uzman işletmeler sayesinde üçüncü kişilere hizmet sağlamaktadırlar.

Bulut bilişim sistemi günümüzde kullanıcılar için birçok kolaylık sunmaktadır. Kullanıcı ya da tüketici bulut bilişim sistemindeki verisine istediği her an ulaşabilmektedir. Ayrıca bu verilerin kullanımı için hizmet veren kuruluşun iznine tabi olmadan ya da iletişime geçme zorunluluğu bulunmadan erişim sağlayabilmektedir<sup>[3]</sup>. Ayrıca bulut bilişim sistemi sayesinde sayısız kaynağa ulaşılabilir ve aynı zamanda verilerin yedekleri farklı birçok yerde depolandığından kullanıcının gerçek, şeffaf veriye erişimi sağlanmış olur. Dolayısıyla sistem, kullanıcıların sonradan veri kaybı yaşamaları ihtimalini ortadan kaldırmaktadır<sup>[4]</sup>. Sistem, ihtiyaç olması halinde de hızlı bir şekilde kapasitesini artırabilmektedir. Bu sayede sistem kullanıcılar için esneklik de sunmaktadır<sup>[5]</sup>. Bulut bilişim sistemi kullanıcı sayısının artmasıyla birlikte kullanıcılar, kendilerine ait kaynak havuzu oluşturup verilere her zaman, istedikleri an dinamik bir şekilde ulaşabilmektedirler<sup>[6]</sup>.

- 
- [2] Gitmez, Emine, “Bulut Bilişimde Gizlilik Sözleşmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 31, Sayı 2, 2023, s.632; Batı, *op.cit.*, s. 6; Maya, *op.cit.*, s.4; Bayın, Yeşilaydın ve Özkan, *op.cit.*, s. 234; Özdaş, *op.cit.*, s.13; Göl, *op.cit.*, s.20.
- [3] Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s.242; Batı, *op.cit.*, s. 16; Maya, *op.cit.*, s.5; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s.7; Tayaksi, Ada ve Kazançoğlu, *op.cit.*, s.72; Özdaş, *op.cit.*, s.14; Değirmenci, *op.cit.*, s. 106; Elitaş, Cemal ve Serkan Özdemir, “Bulut Bilişim ve Muhasebede Kullanımı”, *Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi (MÖDAV)*, Sayı 2, 2014, s.100; Şişman, *op.cit.*, s.4 – 5.
- [4] Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s.242; Batı, *op.cit.*, s.17; Maya, *op.cit.*, s.5; Çelik, Bulut Bilişim Teknolojileri, *op.cit.*, s. 440; Değirmenci, *op.cit.*, s. 106; Göl, *op.cit.*, s.22; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s.100.
- [5] Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s.242; Batı, *op.cit.*, s. 17; Çelik, Bulut Bilişim Teknolojileri, *op.cit.*, s. 440; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s.7; Tayaksi, Ada ve Kazançoğlu, *op.cit.*, s.72; Özdaş, *op.cit.*, s.13; Değirmenci, *op.cit.*, s. 106; Göl, *op.cit.*, s.21, Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s.100- 101; Şişman, *op.cit.*, s.5.
- [6] Batı, *op.cit.*, s. 16; Maya, *op.cit.*, s.5, Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s.7; Tayaksi, Ada ve Kazançoğlu, *op.cit.*, s.75; Değirmenci, *op.cit.*, s. 106; Göl, *op.cit.*, s.21; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s.100 – 101; Şişman, *op.cit.*, s.5.

Nihayet bulut bilişim sisteminin kullanılış amacına göre değişen birden çok modeli bulunmaktadır. Bulut bilişim sistemine, uygun bir teknolojik aygıtla her kullanıcı ulaşabilmektedir<sup>[7]</sup>. Bulut bilişim sistemi kullanıcılara yazılım hizmeti, platform hizmeti ve altyapı hizmeti olmak üzere üç hizmet modeli sunmaktadır<sup>[8]</sup>.

## B) BULUT BİLİŞİM SİSTEMİNİN DAĞITIM MODELLERİ

Bulut bilişim sistemi dağıtım modeli açısından dörde ayrılmaktadır. Bunlar genel, özel, çoklu ve karma(hibrit) bilişim sistemidir. Genel bulut bilişim sisteminde bulut altyapısı, bulut bilişim sistemi sağlayıcısına ait olmaktadır<sup>[9]</sup>. Genel bulut bilişim sistemi, hem genel kullanıcıya -yani halka- hem de büyük endüstri kuruluşları gibi hiyerarşik yapısı fazla olan kuruluşlara hizmet sağlayabilmektedir<sup>[10]</sup>. İçerik açısından çok çeşitli alanlarda hizmet sunulur.<sup>[11]</sup> Bunlar genel kullanıma açık olan hizmetlerdir<sup>[12]</sup>. Genel bulut bilişim sistemi, tüm kullanıcıların erişimi mümkün olduğundan en yaygın kullanılan bulut bilişim sistemidir<sup>[13]</sup>. Bu sisteme, kişiler internet üzerinden sunucular vasıtasıyla ulaşabilmektedir. Genel bulut bilişim sistemi, tamamen ücretsiz olabildiği gibi; kullanıcıya belirli miktar ücretsiz erişim

[7] Maya, *op.cit.*, s.5; Özdaş, *op.cit.*, s. 13; Göl, *op.cit.*, s.21.

[8] Buyruk Akbaba, *op.cit.*, s. 26; Cemal ve Özdemir, *op.cit.*, s.98.

[9] Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s.244; Maya, *op.cit.*, s.14; Göl, *op.cit.*, s.24.

[10] Buyruk Akbaba, *op.cit.*, s. 26; Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s. 244; Batı, *op.cit.*, s.14; Koruk, *op.cit.*, s.45- 46; Maya, *op.cit.*, s.14; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s. 7 – 8; Bayın, Yeşilaydın ve Özkan, *op.cit.*, s. 235; Özdaş, *op.cit.*, s. 21; Dereboylular, *op.cit.*, s.167; Göl, *op.cit.*, s.24; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s. 98 – 99; Şişman, *op.cit.*, s.11; Tunç, Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı, *op.cit.*, s. 10.

[11] Gitmez, *op.cit.*, s.634; Bayın, Yeşilaydın ve Özkan, *op.cit.*, s. 235; Dereboylular, *op.cit.*, s.167.

[12] Buyruk Akbaba, *op.cit.*, s. 26; Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s. 244.

[13] Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s. 245; Batı, *op.cit.*, s. 14.

imkânı tanıdıktan sonra kullanım miktarınca da ücretlendirilebilir<sup>[14]</sup>. Bu sistemde tüketici her an sisteme girip ondan faydalanabilir. Bu da konumdan bağımsız kullanılmasına imkân sağlamaktadır<sup>[15]</sup>. Ayrıca doğrudan genel tüketiciye yönelik verilerin depo edilmesi nedeniyle ücretlendirilmesi ve maliyeti daha uygundur<sup>[16]</sup>.

Özel bulut bilişim sistemi belirli kişi ya da kurumlara hizmet eden sistemdir<sup>[17]</sup>. Bu bulut bilişim sistemi daha çok örgütsel yapısı gereği veri güvenliği önemli olan ya da bürokratik, hiyerarşik yapısı geniş olan kurum veya kuruluşlar tarafından kullanılmaktadır<sup>[18]</sup>. Bu sistem, belirli bir organizasyona tahsis edilmiş olup söz konusu kurumların dışında kullanıma kapalıdır<sup>[19]</sup>. Kurumun kendi içinde ortak olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle veri güvenliğinin bir sonucu olarak özel bulut bilişim sistemi, kendisini kullanan işletme tarafından yönetilebilir<sup>[20]</sup>. Gerçekten de özel bulut bilişim sisteminin veri güvenliği ve mahremiyeti, daha kısıtlı alanda

[14] Gitmez, *op.cit.*, s.634; Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s. 245; Göl, *op.cit.*, s.24.

[15] Gitmez, *op.cit.*, s.634; Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s. 244.

[16] Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s. 245; Özdaş, *op.cit.*, s.21; Göl, *op.cit.*, s.24; Şişman, *op.cit.*, s. 12.

[17] Gitmez, *op.cit.*, s.634; Buyruk Akbaba, *op.cit.*, s. 26; Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s. 245; Koruk, *op.cit.*, s.44- 45; Maya, *op.cit.*, s.13; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s. 8; Bayın, Yeşilaydın ve Özkan, *op.cit.*, s. 235; Özdaş, *op.cit.*, s. 21; Dereboylular, *op.cit.*, s.168; Göl, *op.cit.*, s.25; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s. 99; Şişman, *op.cit.*, s. 11; Tunç, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı*, *op.cit.*, s. 10.

[18] Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s. 245; Batı, *op.cit.*, s. 13-14; Koruk, *op.cit.*, s.45; Maya, *op.cit.*, s.14, Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s. 8; Özdaş, *op.cit.*, s. 21; Özdaş, *op.cit.*, s. 22; Dereboylular, *op.cit.*, s.168; Göl, *op.cit.*, s.25; Şişman, *op.cit.*, s. 11.

[19] Koruk, *op.cit.*, s.44; Maya, *op.cit.*, s.13; Göl, *op.cit.*, s.25.

[20] Buyruk Akbaba, *op.cit.*, s. 26; Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s. 245; Batı, *op.cit.*, s. 13; Koruk, *op.cit.*, s.45; Maya, *op.cit.*, s.14; Bayın, Yeşilaydın ve Özkan, *op.cit.*, s. 235; Özdaş, *op.cit.*, s. 22; Dereboylular, *op.cit.*, s.168; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s. 99; Şişman, *op.cit.*, s. 11; Tunç, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı*, *op.cit.*, s. 10.

kullanılması nedeniyle genel bulut bilişim sisteminden fazladır<sup>[21]</sup>. Ayrıca sistemin kullanılmasının maliyeti daha düşük olmakta ve enerji verimliliği sağlamaktadır<sup>[22]</sup>. Askeri endüstri ya da savunma sanayi gibi bilgi güvenliği ve mahremiyetin üst düzeyde olduğu kurum ve kuruluşlar tarafından özel bulut bilişim sistemi tercih edilmektedir<sup>[23]</sup>. Tüm ülkenin adli işlemlerinin yapıldığı uygulama olan UYAP Bilişim Sistemi, J2EE platformunda IBM Websphere tarafından geliştirilen bir özel bulut bilişim sistemidir<sup>[24]</sup>.

Çoklu bulut bilişim sisteminde birden çok kurum veya kuruluş güvenlik, uyumluluk gibi ortak menfaat ve amaç için aynı bulut bilişim sistemini kullanmaktadır<sup>[25]</sup>. Bu durumda sistem, topluluğa ait kuruluşlar ya da üçüncü bir kişi tarafından yönetilebilir<sup>[26]</sup>. Çoklu bulut bilişim sistemine, devlet tüzel kişiliğine dahil birden çok kurum ve kuruluşun ortak kullandığı sistemler ya da holdinglere ait birden çok şirketin uyumluluk çerçevesinde ortak kullandığı sistemler örnek verilebilir<sup>[27]</sup>. Her örgütsel yapının kendine ait olan bulut bilişim sistemi, en sonunda entegrasyon ve düzenleme ile birbirlerine

- 
- [21] Gitmez, *op.cit.*, s.634; Buyruk Akbaba, *op.cit.*, s. 26; Batı, *op.cit.*, s. 13; Maya, *op.cit.*, s.14; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s. 8; Dereboylular, *op.cit.*, s.168; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s. 99.
- [22] Batı, *op.cit.*, s. 13; Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s. 245; Özdaş, *op.cit.*, s. 21; Göl, *op.cit.*, s.26.
- [23] Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s. 246; Bayın, Yeşilaydın ve Özkan, *op.cit.*, s. 235; Göl, *op.cit.*, s.26.
- [24] Koruk, *op.cit.*, s.45; Detaylı bilgi için Bkz: <https://uyap.gov.tr/Altyapi>; Tunç, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı*, *op.cit.*, s. 11.
- [25] Buyruk Akbaba, *op.cit.*, s. 27; Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s. 246; Batı, *op.cit.*, s. 14; Maya, *op.cit.*, s.15; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s. 8; Bayın, Yeşilaydın ve Özkan, *op.cit.*, s. 235; Özdaş, *op.cit.*, s. 22; Dereboylular, *op.cit.*, s.168; Göl, *op.cit.*, s.26; Şişman, *op.cit.*, s. 12; Tunç, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı*, *op.cit.*, s. 11.
- [26] Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s. 246; Batı, *op.cit.*, s. 14; Koruk, *op.cit.*, s.46; Maya, *op.cit.*, s.15; Özdaş, *op.cit.*, s. 22; Göl, *op.cit.*, s.26.
- [27] Buyruk Akbaba, *op.cit.*, s. 27; Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s. 246; Göl, *op.cit.*, s.26.

bağlanmaktadır<sup>[28]</sup>. Sistemlerin bu şekilde birbirine bağlanması, onları hibrit bulutlar haline getirmektedir<sup>[29]</sup>. Bu açıdan bakıldığında çoklu bulut bilişim sisteminin veri güvenliği; genel bulut bilişim sistemine göre fazla, özel bulut bilişim sistemine göre daha azdır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ne bağlı tüm kurum ve kuruluşların veri sunduğu “E-Devlet” uygulaması çoklu bulut bilişim sistemine en güzel örnektir<sup>[30]</sup>. Kamu yönetimi için uyumlu olan bulut dağıtım modelidir<sup>[31]</sup>.

Hibrit (karma) bulut bilişim ise genel, özel, çoklu bulut bilişim sisteminin iki ya da daha fazlasının birleşiminden meydana gelen karma bir sistemdir<sup>[32]</sup>. Genel ve özel bulut bilişim sisteminin birleşiminden meydana gelen hibrit bulut bilişim sisteminde, özel bulut bilişim sisteminin getirdiği kısıtlılık aşılarak sistemi kullanan kurum ve kuruluşu uzak sunucu ile üçüncü kişinin bağlanması sağlanır<sup>[33]</sup>. Hibrit bulut bilişim sistemi genel bulut bilişim sisteminin getirdiği güvene ilişkin riskleri azaltmaktadır<sup>[34]</sup>. Kuruma ait bazı veriler genel bulut bilişim sistemi ile genelin kullanımına açılırken, kurum ya da kuruluş için gizliliği önemli olan veriler özel bulut bilişim sistemi ile dışarıdan erişime kapatılmıştır<sup>[35]</sup>.

[28] Batı, *op.cit.*, s. 14 – 15; Koruk, *op.cit.*, s.46; Dereboylular, *op.cit.*, s.168.

[29] Gitmez, *op.cit.*, s.635.

[30] Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s.246.

[31] Maya, *op.cit.*, s.15.

[32] Gitmez, *op.cit.*, s.635; Buyruk Akbaba, *op.cit.*, s. 26; Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s. 246; Batı, *op.cit.*, s. 15; Koruk, *op.cit.*, s.46; Maya, *op.cit.*, s.15; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s. 8; Bayın, Yeşilaydın ve Özkan, *op.cit.*, s. 235; Özdaş, *op.cit.*, s. 23; Dereboylular, *op.cit.*, s.168; Göl, *op.cit.*, s.27; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s. 99; Şişman, *op.cit.*, s. 12; Tunç, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı, op.cit.*, s. 12.

[33] Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s. 246; Batı, *op.cit.*, s. 15; Koruk, *op.cit.*, s.46; Özdaş, *op.cit.*, s. 23; Dereboylular, *op.cit.*, s.168; Göl, *op.cit.*, s.27.

[34] Gitmez, *op.cit.*, s.635; Çelik, “Bulut Bilişiminde Temel Konular”, *op.cit.*, s. 246 – 247; Göl, *op.cit.*, s.27.

[35] Buyruk Akbaba, *op.cit.*, s. 26 – 27; Özdaş, *op.cit.*, s. 23; Dereboylular, *op.cit.*, s.169; Göl, *op.cit.*, s.27 – 28; Şişman, *op.cit.*, s. 12.

### C) BULUT BİLİŞİM SİSTEMİNİN KULLANILAN HİZMET MODELLERİNE GÖRE TÜRLERİ

Bulut bilişim sistemi kullanılan hizmet modeline göre 3'e ayrılmaktadır. Bunlar yazılım hizmeti (SaaS), hizmet için alt yapı (IaaS) ve platform hizmeti (PaaS)'dir. Yazılım hizmeti modeli (SaaS), bireysel kullanıcıya web tabanlı olarak e-postadan finans hizmetine kadar ihtiyaç duyduğu tüm yazılımları sunan hizmet modelidir<sup>[36]</sup>. Kullanıcı, hizmet modelinde servis sağlayıcısının uygulamalarına erişim sağlamak ve onları kullanmaktadır<sup>[37]</sup>. Uygulamalar doğrudan kullanıcının kullanımına uygun olarak sunulmaktadır<sup>[38]</sup>. Buna ek olarak yazılım birçok kullanıcı tarafından kullanıldığından, minimal ücret karşılığında lisans parası ödmeden uygulamaların en güncel halini kullanma imkânı mevcuttur<sup>[39]</sup>. SaaS hizmeti ile uygulamalar için kullanıcının hizmete erişimi web tarayıcıları aracılığıyla gerçekleşir<sup>[40]</sup>. Platform hizmet modelinde (PaaS) ise kullanıcı tarafından birtakım uygulamaların geliştirilmesi için gerekli olan ortam/platform sunulmaktadır<sup>[41]</sup>. Bulut hizmeti veren kuruluş,

[36] Gitmez, *op.cit.*, s.637; Koruk, *op.cit.*, s.38; Maya, *op.cit.*, s.12; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s. 8; Tayaksi, Ada ve Kazançoğlu, *op.cit.*, s. 72; Bayın, Yeşilaydın ve Özkan, *op.cit.*, s. 236; Özdaş, *op.cit.*, s. 26; Değirmenci, *op.cit.*, s. 107; Göl, *op.cit.*, s.32; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s. 98; Tunç, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı, op.cit.*, s. 13.

[37] Çelik, "Bulut Bilişim Teknojileri", *op.cit.*, s. 442; Batı, *op.cit.*, s. 11; Koruk, *op.cit.*, s.38; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s.8; Özdaş, *op.cit.*, s. 26; Dereboylular, *op.cit.*, s.166 – 167.

[38] Batı, *op.cit.*, s. 11; Koruk, *op.cit.*, s.38; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s.8; Tayaksi, Ada ve Kazançoğlu, *op.cit.*, s. 73; Tunç, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı, op.cit.*, s. 14.

[39] Koruk, *op.cit.*, s.38; Batı, *op.cit.*, s. 11; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s.8; Göl, *op.cit.*, s.32; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s. 98; Tunç, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı, op.cit.*, s. 14.

[40] Koruk, *op.cit.*, s.39; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s.8; Batı, *op.cit.*, s. 12; Değirmenci, *op.cit.*, s. 107; Göl, *op.cit.*, s.32; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s. 98.

[41] Çelik, "Bulut Bilişiminde Temel Konular", *op.cit.*, s. 441; Batı, *op.cit.*, s. 12; Maya, *op.cit.*, s.11; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s.8; Tayaksi, Ada ve Kazançoğlu, *op.cit.*, s. 73; Bayın, Yeşilaydın ve Özkan, *op.cit.*, s. 236; Özdaş, *op.cit.*, s. 27; Değirmenci, *op.cit.*, s. 107; Dereboylular, *op.cit.*, s.166; Göl, *op.cit.*, s.31 – 32; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s. 98; Tunç, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı, op.cit.*, s. 14.



kendi platformu tabanında çalışılmasına imkân sunup bu sistem üzerinden kullanıcının geliştirmesine olanak sağlamaktadır<sup>[42]</sup>. Sistem kullanıcı için bu uygulamaların çalışacağı ortamı, tamamlayıcı servislerini ve alt yapısını sunmaktadır<sup>[43]</sup>. Bu hizmet, daha çok uygulama geliştiriciler tarafından kullanılır<sup>[44]</sup>. Bu hizmet sayesinde kullanıcı, gereken donanımı ve altyapıyı satın almak yerine yazılım ve çalışacağı ortam üzerinde kontrole sahip olacak; ancak platformun temelinde var olan sistemde kullanıcının etkisi bulunmayacaktır<sup>[45]</sup>. Bu sayede de işletmelerin ya da kuruluşların iş yükünün artması engellenmekte, onlara zaman ve maliyet açısından avantajlar sunmaktadır<sup>[46]</sup>. Altyapı hizmet modelinde (IaaS), sistem kullanıcıya adından da anlaşılacağı üzere altyapı hizmeti sunmaktadır<sup>[47]</sup>. Ayrıca sistem, kullanıcının işletim sistemi kurabileceği işlemci gücü, depolaması için bellek ve ağ hizmetleri sunmaktadır<sup>[48]</sup>. Bu şekilde kullanıcı ya da kurum için iş yükü azaltılmış olur<sup>[49]</sup>. Hizmet sayesinde kullanıcı, altyapı hizmetinden

[42] Çelik, “Bulut Bilişim Teknolojileri”, *op.cit.*, s. 441; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s.8; Tayaksi, Ada ve Kazançoğlu, *op.cit.*, s. 73; Bayın, Yeşilaydın ve Özkan, *op.cit.*, s. 236; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s. 98.

[43] Gitmez, *op.cit.*, s.637; Maya, *op.cit.*, s.11; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s.8; Değirmenci, *op.cit.*, s. 107; Dereboylular, *op.cit.*, s.166; Göl, *op.cit.*, s.32.

[44] Tayaksi, Ada ve Kazançoğlu, *op.cit.*, s. 73.

[45] Batı, *op.cit.*, s. 12; Çelik, “Bulut Bilişim Teknolojileri”, *op.cit.*, s. 441 – 442; Maya, *op.cit.*, s.11; Özdaş, *op.cit.*, s. 27; Dereboylular, *op.cit.*, s.166; Göl, *op.cit.*, s.32; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s. 98.

[46] Gitmez, *op.cit.*, s.637; Maya, *op.cit.*, s.11.

[47] Tayaksi, Ada ve Kazançoğlu, *op.cit.*, s.73; Özdaş, *op.cit.*, s. 28; Değirmenci, *op.cit.*, s. 107; Dereboylular, *op.cit.*, s.166; Göl, *op.cit.*, s.31; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s. 98; Tunç, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı*, *op.cit.*, s. 15.

[48] Gitmez, *op.cit.*, s.636; Batı, *op.cit.*, s. 10; Çelik, “Bulut Bilişim Teknolojileri”, *op.cit.*, s. 441; Koruk, *op.cit.*, s.16; Maya, *op.cit.*, s.10; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s.8; Bayın, Yeşilaydın ve Özkan, *op.cit.*, s. 236; Özdaş, *op.cit.*, s. 28; Dereboylular, *op.cit.*, s.166; Göl, *op.cit.*, s.31; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s. 98.

[49] Tayaksi, Ada ve Kazançoğlu, *op.cit.*, s. 73; Bayın, Yeşilaydın ve Özkan, *op.cit.*, s. 236.

faydalanmaktadır<sup>[50]</sup>. Sistemden donanım almamaktadır<sup>[51]</sup>. Sistem altyapı hizmeti sağlamaktan ve bunun devamlılığında mesuldür. Ancak kullanıcının altyapı üzerinde herhangi bir kontrolü bulunmaz. Yalnız işletim sistemi üzerinde kontrolü mevcuttur<sup>[52]</sup>. Bu model sayesinde yapılan işler daha hızlı, daha esnek ve daha uygun maliyetli olabilmektedir<sup>[53]</sup>.

## II. BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMESİ

### A) BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Bulut bilişim sisteminin sunduğu hizmetlerden faydalanmak ve altyapısını kullanmak için yapılan sözleşmeye bulut bilişim sözleşmesi denir. Bulut bilişim sözleşmeleri tek düze sözleşmeler değildir. Yukarıda izah ettiğimiz üzere bulut bilişim sisteminin hizmetleri çok çeşitlidir. Sistem tarafından sunulan hizmetin çeşidine göre yapılan sözleşmede asli edim yükümlülükleri değişecektir<sup>[54]</sup>. Zira bulut bilişim sözleşmesinin karşı tarafı kurum ya da kuruluşlar ise sözleşmede var olan hükümler, taraflarca müzakere edilerek yapılmaktadır. Ancak sözleşmenin karşı tarafı tüketici ise şartların, tüketici açısından müzakere edilmesi imkânı yoktur. Gerçekten de servis sağlayıcısı, tüm kullanıcılara standart bir sözleşme sunmakta ve tüketiciye iş bu sözleşme üzerinde değişiklik yapma ya da değerlendirme imkanı tanımamaktadır. Tüketici bu kapsamda sözleşmeyi ya kabul edebilir ya da reddedebilir. Tüketici açısından üçüncü bir seçenek bulunmaz.

### B) BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

Bulut bilişim sözleşmesinde, hizmet sağlayıcısının sunduğu hizmetin çeşidine göre sistemin kullanıcısı da değişmektedir. Bununla birlikte bulut bilişim hizmetinin var olabilmesi için hizmetin en temelini altyapı sağlayıcısı oluşturur. IaaS hizmetinde bulut bilişim sistemi, kullanıcıya

[50] Tayaksi, Ada ve Kazançoğlu, *op.cit.*, s. 73.

[51] Maya, *op.cit.*, s.10.

[52] Batı, *op.cit.*, s. 11; Koruk, *op.cit.*, s.42; Maya, *op.cit.*, s.11; Bayın, Yeşilaydın ve Özkan, *op.cit.*, s. 236; Göl, *op.cit.*, s.31.

[53] Gitmez, *op.cit.*, s.637; Çelik, “Bulut Bilişim Teknolojileri”, *op.cit.*, s. 441.

[54] Tunç, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı*, *op.cit.*, s. 27.

bilişim teknolojisi altyapısı sunmaktadır<sup>[55]</sup>. Sistem kullanıcıya tedarik, işleme, depolama gibi bilgi işlem kaynakları sağlar<sup>[56]</sup>. Altyapı sağlayıcıları bulut bilişim hizmeti sağlayıcılarına hizmet vermektedir<sup>[57]</sup>. Sözleşmenin bir tarafını altyapı sağlayıcısı oluştururken diğer tarafını bulut bilişim hizmeti sağlayıcısı oluşturmaktadır<sup>[58]</sup>.

Bulut bilişim hizmeti modellerinden birisi olan PaaS hizmetinde kullanıcıya platform sunulmakta, kullanıcı hazır programlar üzerinden uygulama geliştirmektedir<sup>[59]</sup>. PaaS modeli esasında doğrudan uygulama geliştiricilerine yönelik hizmet sunmaktadır<sup>[60]</sup>. Bu hizmet kullanımında ise sözleşmenin bir tarafında platform hizmet sağlayıcısı bulunmaktadır<sup>[61]</sup>. Son olarak bulut bilişim hizmetinin SaaS modelinde sistem, kullanıcıya yazılım hizmeti sunar<sup>[62]</sup>. Bu hizmet modelinde uygulama ve yazılım sağlayıcısının

[55] Çelik, “Bulut Bilişim Teknolojileri”, *op.cit.*, s. 441; Batı, *op.cit.*, s. 10; Şişman, *op.cit.*, s. 9; Koruk, *op.cit.*, s.42; Şahin Malkoç, *op.cit.*, s. 9; Maya, *op.cit.*, s.10; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s. 98; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s. 8, Tayaksi, Ada ve Kazançoğlu, *op.cit.*, s. 73; Bayın, Yeşilaydın ve Özkan, *op.cit.*, s. 236; Özdaş, *op.cit.*, s. 28.

[56] Can, *op.cit.*, s.45 – 46; Çelik, “Bulut Bilişim Teknolojileri”, *op.cit.*, s. 441; Batı, *op.cit.*, s. 10; Şişman, *op.cit.*, s. 9; Koruk, *op.cit.*, s.42 - 43; Şahin Malkoç, *op.cit.*, s. 9; Maya, *op.cit.*, s.10; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s. 98; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s. 8; Tayaksi, Ada ve Kazançoğlu, *op.cit.*, s. 73; Özdaş, *op.cit.*, s. 28.

[57] Can, *op.cit.*, s.46.

[58] Tunç, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı*, *op.cit.*, s. 16; Can, *op.cit.*, s.46.

[59] Çelik, “Bulut Bilişim Teknolojileri”, *op.cit.*, s. 441; Batı, *op.cit.*, s. 12; Şişman, *op.cit.*, s. 9; Şahin Malkoç, *op.cit.*, s. 9; Maya, *op.cit.*, s.10; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s. 98; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s. 8; Tayaksi, Ada ve Kazançoğlu, *op.cit.*, s. 73; Bayın, Yeşilaydın ve Özkan, *op.cit.*, s. 236; Özdaş, *op.cit.*, s. 27.

[60] Çelik, “Bulut Bilişim Teknolojileri”, *op.cit.*, s. 441; Batı, *op.cit.*, s. 12; Şişman, *op.cit.*, s. 9; Şahin Malkoç, *op.cit.*, s. 9; Maya, *op.cit.*, s.11; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s. 98; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s. 8; Tayaksi, Ada ve Kazançoğlu, *op.cit.*, s. 73; Bayın, Yeşilaydın ve Özkan, *op.cit.*, s. 236; Özdaş, *op.cit.*, s. 27.

[61] Can, *op.cit.*, s.46.

[62] Çelik, “Bulut Bilişim Teknolojileri”, *op.cit.*, s. 442; Batı, *op.cit.*, s. 11; Şişman, *op.cit.*, s. 9; Koruk, *op.cit.*, s.39; Şahin Malkoç, *op.cit.*, s. 9; Maya, *op.cit.*, s.12; Elitaş ve

karşısında, tüketici olan kullanıcılar bulunmaktadır<sup>[63]</sup>. Burada müşteri konumunda olan tüketiciler son kullanıcı olarak ifade edilmektedir<sup>[64]</sup>. Sistem kullanıcıya abonelik veya ‘Kullandıkça Öde’ modeli sunar<sup>[65]</sup>.

### C) BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Bulut bilişim sistemi kullanıcıya, daha önce de izah ettiğimiz üzere PaaS, SaaS ve IaaS hizmetleri sunmaktadır. Bu hizmetlerden IaaS ve PaaS hizmetinin ücretli olarak sunulmasına karşılık SaaS hizmeti genellikle ücretli olarak sunulmakla birlikte bu hizmetin ücretsiz sunulduğu durumlar da olmaktadır<sup>[66]</sup>. Bu durumda SaaS hizmetinin uygulamada sunulan ücretsiz kullanımı, belirli veri kapasitesiyle sınırlı tutulmaktadır. Bu kapasitenin aşımı halinde ücret tarifesi uygulanmaktadır. Bu açıdan bakıldığında ücret kararlaştırılan bulut bilişim sözleşmeleri, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir. Hizmet sağlayıcı sistem, imkânlarını kullanıcıya sunma yükümlülüğü altına girmekte; kullanıcının ise sunulan hizmet karşılığı ücret ödeme yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır<sup>[67]</sup>.

Türk Borçlar Hukuku’nda sözleşmeler, kanunda düzenlenip düzenlenmemesine göre ikiye ayrılmaktadır. Bunlar isimli diğer bir ifadeyle tipik sözleşmeler ve isimsiz/atipik sözleşmelerdir<sup>[68]</sup>. İsimli sözleşmeler, kanun koyucunun sözleşme ve sözleşmeye ait unsurları kanunda daha

---

Özdemir, *op.cit.*, s. 98; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s. 8; Tayaksi, Ada ve Kazançoğlu, *op.cit.*, s. 73; Bayın, Yeşilaydın ve Özkan, *op.cit.*, s. 236; Özdaş, *op.cit.*, s. 26.

[63] Can, *op.cit.*, s.47; Çelik, “Bulut Bilişim Teknolojileri”, *op.cit.*, s. 442; Batu, *op.cit.*, s. 11; Şişman, *op.cit.*, s. 9; Koruk, *op.cit.*, s.39; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s. 98; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s. 8; Bayın, Yeşilaydın ve Özkan, *op.cit.*, s. 236.

[64] Çelik, “Bulut Bilişim Teknolojileri”, *op.cit.*, s. 442; Koruk, *op.cit.*, s.39; Elitaş ve Özdemir, *op.cit.*, s. 98; Özcan Rıza Yıldız, *op.cit.*, s. 8; Tayaksi, Ada ve Kazançoğlu, *op.cit.*, s. 73; Özdaş, *op.cit.*, s. 26.

[65] Koruk, *op.cit.*, s.39; Şahin Malkoç, *op.cit.*, s. 9.

[66] Koruk, *op.cit.*, s.39; Şahin Malkoç, *op.cit.*, s. 9.

[67] Tunç, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı*, *op.cit.*, s. 43 – 44.

[68] Ganbari Muhammed Kiomers, *Atipik Sözleşmeler ve Uygulanacak Hukuk* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Diler Tamer), İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, 2017 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 472082),

önceden öngörmüş olduğu sözleşmelerdir<sup>[69]</sup>. İsimli sözleşmeler ise kanunda açıkça düzenlenmemiş olan sözleşmelerdir<sup>[70]</sup>. İsimli sözleşmeler kendi arasında üçe ayrılmaktadır. Bunlar; kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) sözleşmeler, karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmelerdir. Kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) sözleşmeler, kısmen veya tamamen kanunda düzenlenmemiş sözleşme tiplerine ait unsurlardan meydana gelen sözleşmelerdir<sup>[71]</sup>. Bu tip sözleşmeler taraflarca tamamen yeniden oluşturulurlar<sup>[72]</sup>. Bileşik sözleşmeler ise birbirinden tamamen bağımsız iki ya da daha çok sözleşmeye ait unsurların kendilerine ait özgün yapılarını koruyarak bir araya gelmesiyle oluşur<sup>[73]</sup>. Bu iki sözleşme arasında karşılıklılık (*synallagma*) ilişkisi vardır<sup>[74]</sup>. Bu sözleşmelerden birinin geçerliliği diğerinin geçerli olmasına bağlıdır. Karma sözleşmeler ise kanunda düzenlenmiş çeşitli sözleşme tiplerine ait

s.9; Soylu, Feyzanur, *İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022, s.51.

- [69] Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s.18; Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s.219. Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, 2021, s.23; Ganbari, *op.cit.*, s. 9; Soylu, *op.cit.*, s. 51.
- [70] Fahrettin, Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Yetkin Yayınları, 15. Baskı, 2022, s.79; Eren, *Özel Hükümler, op.cit.*, s.18; Eren, *op.cit.*, s.219; Ganbari, *op.cit.*, s. 34; Soylu, *op.cit.*, s. 51.
- [71] Oktay, Saibe, “İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, Cilt 55, Sayı 1 – 2, 2011, s.272; Aral ve Ayrancı, *op.cit.*, s.83; Ganbari, *op.cit.*, s.41; Soylu, *op.cit.*, s.72- 73.
- [72] Kılıçoğlu, M. Ahmet, *Borçlar Hukuku: Özel Hükümler*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2022, s.18; Remzi, Mehmet ve Sezer Aydın, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 9. Bası, 2019, s.881; Ganbari, *op.cit.*, s.42; Soylu, *op.cit.*, s.73.
- [73] Aral ve Ayrancı, *op.cit.*, s. 87- 88; Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Beta, 2022, s.28; Kılıçoğlu, *op.cit.*, s.30; Eren, *Özel Hükümler, op.cit.*, s.955; Remzi ve Aydın, *op.cit.*, s.32; Aydoğdu ve Kahveci, *op.cit.*, s.9; Ganbari, *op.cit.*, s.50- 51; Soylu, *op.cit.*, s.87.
- [74] Aral ve Ayrancı, *op.cit.*, s.87; Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, op.cit.*, s. 30; Ganbari, *op.cit.*, s.51; Soylu, *op.cit.*, s.88.

unsurların kanun koyucunun öngörmediği şekilde bir araya gelmesiyle oluşan sözleşmelerdir<sup>[75]</sup>.

Bulut bilişim sözleşmesi kapsamında incelenmesi gereken tipik sözleşmelerden ilki Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen satış sözleşmesidir. Kanun koyucu satış sözleşmesini TBK m. 207'de tanımlamıştır. Söz konusu hükme göre satış sözleşmesi; satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretmeyi üstlendiği, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme olarak tanımlanabilir<sup>[76]</sup>. Gerçekten de kanun koyucu TBK m. 207'de tarafların asli edim yükümlülüklerini açıkça tanımlamıştır. Tanıma göre alıcının bedel ödeme yükümlülüğüne karşılık satıcı, satılanın zilyetlik veya mülkiyetini alıcıya devretme yükümlülüğü altına girmiştir<sup>[77]</sup>. Satış sözleşmesi açısından bulut bilişim sözleşmesine bakıldığında; bulut

[75] Aral ve Ayrancı, *op.cit.*, s.79; Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, op.cit.*, s. 31; Eren, *Özel Hükümler, op.cit.*, s.951; Kılıçoğlu, *op.cit.*, s. 25; Remzi ve Aydın, *op.cit.*, s.33; Aydoğdu ve Kahveci, *op.cit.*, s.7; Ganbari, *op.cit.*, s. 43; Soylu, *op.cit.*, s. 56.

[76] Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, op.cit.*, s.59; Eren, *Özel Hükümler, op.cit.*, s.26; Remzi ve Aydın, *op.cit.*, s.47; Kılıçoğlu, *op.cit.*, s. 35; Aral ve Ayrancı, *op.cit.*, s. 93 – 94; Aydoğdu ve Kahveci, *op.cit.*, s.51; “6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 207. Maddesine göre; satış sözleşmesi, satıcının satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir. Taşınır sözleşmesinde satıcının taşınırı teslim etmek ve mülkiyeti alıcının üzerine geçirmek gibi asıl borcu yanında satılan malı saklama ve gerektiğinde taşıma masraflarını ödeme borcu gibi tali nitelikte borçları da bulunmaktadır. Satıcının diğer bir borcu ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 214 ilâ 218. maddelerinde düzenlenen zabta karşı teminat borcudur. Satım sözleşmesinde satıcının zapta karşı tekeffül borcunu düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesinde, satıcının, satılan şeyin bir üçüncü şahıs tarafından satım akdi zamanında var olan bir hak sebebi ile tamamen veya kısmen zapt edilmesinden, alıcıya karşı sorumlu olduğu açıklandıktan sonra, devamındaki maddelerde de bu yükümlülüğün koşulları ve zararın kapsamı konusunda açıklamalar getirilmiştir.” Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 13 Nisan 2022 Tarih ve E. 2022/2345 K. 2022/3539 Sayılı Kararı.

[77] Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, op.cit.*, s. 59; Eren, *Özel Hükümler, op.cit.*, s.26; Remzi ve Aydın, *op.cit.*, s.47; Kılıçoğlu, *op.cit.*, s. 36; Aral ve Ayrancı, *op.cit.*, s. 94; Aydoğdu ve Kahveci, *op.cit.*, s. 52.

bilişim sözleşmesinde hizmet sağlayıcısı, kullanıcıya sunduğu hizmetlerin ya da kaynakların mülkiyetini devretme yükümlülüğü altına girmez<sup>[78]</sup>.

Bulut bilişim sözleşmesi kapsamında incelenmesi gereken tipik sözleşmelerden diğeri de vekalet sözleşmesidir. Bu kapsamda TBK m. 502/1'e göre, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmeye vekâlet sözleşmesi denir<sup>[79]</sup>. Vekalet sözleşmesine göre vekil, bir başkasının menfaatine ve iradesine uygun olarak işini görme borcu altına girer<sup>[80]</sup>. Vekalet sözleşmesi hükümleri bakımından bulut

[78] Tunç, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı*, *op.cit.*, s.43.,

[79] Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, *op.cit.*, s. 1260; Eren, *Özel Hükümler*, *op.cit.*, s.705; Remzi ve Aydın, *op.cit.*, s.295; Kılıçoğlu, *op.cit.*, s. 541; Aral ve Ayrancı, *op.cit.*, s. 527; Aydoğdu ve Kahveci, *op.cit.*, s.807 – 808; Çisem Alparslan, *Tüketici İşlemi Olarak Vekâlet Sözleşmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Ferhat Canbolat), Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2020 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 617674), s.5; Demir Yüce Özle, *Vekâlet Sözleşmesinde Tarafların Borçları* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Cemal Oğuz), Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Ana Bilim Dalı, 2009 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 227934), s.3; Ecir Hayriye Gülşah, *Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Öz Seçer), İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2018 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 512087) s.3 – 4; Tay Serhat, *Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Şahsen İfa Borcu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Burcu Gülseren Özcan Büyüktanır), Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2017 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 463187) s.3 – 4; “*vekâlet sözleşmesi; vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Geniş anlamda bir iş görme sözleşmesi olan vekâlet sözleşmesiyle vekil, kendisine verilen işin ya da işlemin vekâlet verenin irade ve yararına uygun olarak görülmesini, yapılmasını üstlenir. Vekâlet sözleşmesinin tarafları vekâlet veren ile vekildir. Vekâlet veren gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi vekil de gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Sözleşmenin konusunu ise herhangi bir hukukî işlem yahut maddî bir eylemin yapılması oluşturabilir. Ancak sözleşmenin geçerli olması için konusunun mümkün olması yanında kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir.*” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10 Eylül 2021 Tarih ve E. 2017/2611 K. 2021/1008 Sayılı Kararı.

[80] Eren, *Özel Hükümler*, *op.cit.*, s.706; Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, *op.cit.*, s. 1262 – 1263; Remzi ve Aydın, *op.cit.*, s.295 – 296; Kılıçoğlu, *op.cit.*, s. 544; Aral ve Ayrancı, *op.cit.*, s. 528; Aydoğdu ve Kahveci, *op.cit.*, s.809 – 810; Alparslan, *op.cit.*, s.4; Demir Yüce, *op.cit.*, s. 8; Ecir, *op.cit.*, s. 4; Tay, “*Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Şahsen İfa Borcu*,” s. 4.

bilişim sözleşmesi incelendiğinde; bulut bilişim sözleşmesinde hizmet sağlayıcısının, kullanıcının verilerini korumak ve internet ortamında her an erişime hazır halde bulundurmak gibi yükümlülükleri mevcuttur<sup>[81]</sup>. Ancak bulut bilişim sözleşmesinde hizmet sağlayıcısının asli temel yükümlülüğü yalnızca bu sayılanlar değildir. Gerçekten de bulut bilişim sözleşmesi kendi içerisinde vekalet sözleşmesinin asli yükümlülüklerinden birkaçını da bulundurmaktadır<sup>[82]</sup>.

Bulut bilişim sözleşmesi kapsamında incelenmesi gereken tipik sözleşmelerden diğeri eser sözleşmesidir. Bu kapsamda kanun koyucu eser sözleşmesini TBK m. 470'de tanımlamıştır. TBK m.470'e göre yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir<sup>[83]</sup>. Eser sözleşmesinde yüklenicinin eser

[81] Can, *op.cit.*, s.70; Tunç, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı*, *op.cit.*, s.44.

[82] Can, *op.cit.*, s.70; Tunç, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı*, *op.cit.*, s.45.

[83] Eren, *Özel Hükümler*, *op.cit.*, s.583 – 584; Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, *op.cit.*, s. 1082 – 1083; Remzi ve Aydın, *op.cit.*, s.251; Kılıçoğlu, *op.cit.*, s. 453; Aral ve Ayrancı, *op.cit.*, s. 441; Aydoğdu ve Kahveci, *op.cit.*, s.765; Genç Melis, *Türk Hukuku Bakımından Eser Sözleşmesinde Yaklaşık Bedel* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Ömer Arbek), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, 2023 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 822043), s.5; Köseoğlu Can Barış, *Eser Sözleşmesi Kapsamında Ayıp ve Bildirimi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Mehmet Üçer), Mersin, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2017 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 459956), s.12; Pek Mercan, *Eser Sözleşmesi nde Yüklenicinin Borca Aykırılığı* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Hasan İşgüzar), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, 2020 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 611870), s.8; Sağır Alihan, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borcunu İfa Etmemesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Hasan İşgüzar), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, 2017 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 468487), s.7; Yavuzer Hüseyin, *Eser Sözleşmesinde Eksik İfa* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Mehmet Altunkaya), Antalya, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2021 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 679971), s.1; “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 470. Maddesinde; Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir tanımı yapılmıştır. Tanımdan hareketle; eser sözleşmesinin unsurlarının, bir eserin meydana getirilmesi, eser meydana getirmeye karşılık ücret ödenmesi veya ücret ödemenin vaad edilmesi, tarafların meydana getirilecek eser ve karşılığında ödenecek ücret konusunda anlaşmaları olduğu söylenebilir. Eser sözleşmesinde yüklenici kural



meydana getirme borcu edim fiili olmayıp edim sonucudur<sup>[84]</sup>. Burada sözleşme gereği yüklenici, edim sonucu üstlenmektedir. Ayrıca TBK m. 471/3'te: “Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.” hükmünü havidir<sup>[85]</sup>.

Söz konusu hükme göre yüklenici, aksine düzenleme olmadıkça eseri meydana getirme borcunu kural olarak şahsen veya yönetimindeki yardımcıları aracılığıyla ifa etmelidir<sup>[86]</sup>. Eser sözleşmesi açısından bulut bilişim sözleşmesi incelendiğinde; gerek PaaS gerek IaaS hizmetleri dolayısıyla hizmet sağlayıcısı kullanıcıya yazılım alt yapısı gibi birçok edim sunmaktadır. Ancak bu edimler

---

*olarak işi, iş sahibine bağımlı olmaksızın serbestçe yaptığı halde, hizmet sözleşmesinde işçi, sadece belirli veya belirsiz bir süre için “zaman” itibariyle işverene bağımlı olarak ve onun direktifi altında çalışır. İşçi işverene karşı bağımlı çalışırken yüklenici iş sahibine karşı daha bağımsız bir durumdadır.”* Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 16 Haziran 2021 Tarih ve E.2020/8854 K. 2021/8359 Sayılı Kararı.

- [84] Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, *op.cit.*, s.1089; Eren, *Özel Hükümler*, *op.cit.*, s.607- 608; Remzi ve Aydın, *op.cit.*, s.253; Kılıçoğlu, *op.cit.*, s. 456 – 457; Aral ve Ayrancı, *op.cit.*, s. 443; Aydoğdu ve Kahveci, *op.cit.*, s.765 – 766; Genç, *op.cit.*, s.32 – 33; Köseoğlu, *op.cit.*, s.26; Pek, *op.cit.*, s.8 vd; Sağır, *op.cit.*, s.8; Yavuzer, *op.cit.*, s.1 – 2.
- [85] Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, *op.cit.*, s. 1107 – 1108; Eren, *Özel Hükümler*, *op.cit.*, s.608; Remzi ve Aydın, *op.cit.*, s.258- 259; Kılıçoğlu, *op.cit.*, s. 463; Aral ve Ayrancı, *op.cit.*, s. 453-454; Aydoğdu ve Kahveci, *op.cit.*, s.771; Köseoğlu, *op.cit.*, s.63; Pek, *op.cit.*, s.44; Sağır, *op.cit.*, s.42; Yavuzer, *op.cit.*, s. 7 – 8.
- [86] Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, *op.cit.*, s. 1108; Eren, *Özel Hükümler*, *op.cit.*, s.609; Remzi ve Aydın, *op.cit.*, s.258- 259; Kılıçoğlu, *op.cit.*, s. 464; Aral ve Ayrancı, *op.cit.*, s. 455; Aydoğdu ve Kahveci, *op.cit.*, s.771; Köseoğlu, *op.cit.*, s.64; Pek, *op.cit.*, s.45 – 46; Sağır, *op.cit.*, s.43; Yavuzer, *op.cit.*, s.8; “Eser sözleşmesinde yüklenici kural olarak işi, iş sahibine bağımlı olmaksızın serbestçe yaptığı halde, hizmet sözleşmesinde işçi, sadece belirli veya belirsiz bir süre için “zaman” itibariyle işverene bağımlı olarak ve onun direktifi altında çalışır. İşçi, işverene karşı bağımlı bir halde çalışırken, yüklenici iş sahibine karşı daha bağımsız bir durumdadır. Her ne kadar eser sözleşmesinde, yüklenici iş sahibinin talimatlarına uymak zorunda olsa da yapılan iş bakımından bağımsız bir niteliktedir. Yüklenici genel olarak eseri kendi araç ve personelleri ile yerine getirir.” Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 22 Nisan 2021 Tarih ve E. 2020/4762 K. 2021/5769 Sayılı Kararı.

yalnızca o kullanıcıya özgü olmayıp aynı hizmeti satın alan birden çok kişinin bu hizmetten faydalanabilmesi de söz konusudur. Sadece kullanıcı açısından hizmet sunma borcu yükümlülüğü altına girmektedir. Ayrıca hizmet sağlayıcısının edimi süreklilik göstermektedir. Eser sözleşmesinde olduğu gibi ani ifa edilmekle sona ermez<sup>[87]</sup>. Dolayısıyla bulut bilişim sözleşmesinin, aynı vekalet sözleşmesinde olduğu gibi doğrudan eser sözleşmesi sayılması imkânı yoktur<sup>[88]</sup>. Zira yalnızca eser sözleşmesinde mevcut olan bazı edimler ve unsurlar, bulut bilişim sözleşmesinde de bulunmaktadır.

Bulut bilişim sözleşmesi kapsamında incelenmesi gereken sözleşmelerden bir diğeri de adi kira sözleşmesidir. Adi kira sözleşmesini kanun koyucu TBK m. 299'da tanımlamıştır. TBK m. 299'a göre kira sözleşmesi; kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir<sup>[89]</sup>.

[87] Can, *op.cit.*, s.70.

[88] *Ibid.*, s.71; Tunç, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı*, *op.cit.*, s. 46.

[89] Eren, *Özel Hükümler*, *op.cit.*, s.309; Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, *op.cit.*, s. 415; Remzi ve Aydın, *op.cit.*, s.157; Kılıçoğlu, *op.cit.*, s. 214; Aral ve Ayrancı, *op.cit.*, s. 317; Aydoğdu ve Kahveci, *op.cit.*, s.361 – 362; Keleş Merve Kübra, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Kira Sözleşmesinin Kira Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle Sona Erdirilmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Süleyman Yılmaz), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, 2020 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 647962), s.9 -10; Sağlam Dila İrem, *Adi Kira Sözleşmesinde Kiracının Kira Bedelini Ödemede Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Cem Özcan), İzmir, İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2020 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 638189), s.1 – 2; Yıldız Mustafa Umut, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Tayfun Ercan), Gaziantep, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Ana Bilim Dalı, 2022 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 708247), s.4 – 5; “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 299. Maddesinde; kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmelerdir, şeklinde tanımlanmıştır. Kural olarak kira sözleşmesi şekle bağlı değildir. Sözlü olarak yapılabileceği gibi yazılı olarak da yapılabilir. Kira sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluklarda, kira ilişkisi ve kira miktarının kiraya veren, ödeme savunmasının ise kiracı tarafından ispatlanması gerekir.” Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 13 Mayıs 2013 Tarih ve E. 2012/16154 K. 2013/8277 Sayılı Kararı.

Söz konusu hükme göre kira sözleşmesinde kiraya veren, bir şeyin belirli süre kullanımını belirli bedel karşılığında kiracıya teslim eder<sup>[90]</sup>. Satış sözleşmesinden farklı olarak kiraya veren, sözleşme konusu şeyin mülkiyetini devretme borcu altına girmemektedir. Kira sözleşmesi açısından bulut bilişim sözleşmesi incelendiğinde, hizmet sağlayıcısının belirli bir bedel karşılığı bulut sistemindeki imkânları kullanıcıya sunması durumu kira sözleşmesine benzetilebilir. Ancak bulut bilişim sözleşmesinin konusu bilgisayar yazılımları ya da programlarıdır. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nu m.2:

*“İlim ve edebiyat eserleri şunlardır:*

*1. Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları”* hükmünü havidir<sup>[91]</sup>.

Gerçekten de bilgisayar programları eser niteliği taşımaktadır. Adi kira sözleşmesi ile lisans sözleşmesi arasındaki temel fark da budur. Adi kira sözleşmesinde sözleşme konusunu menkul ve gayrimenkul mallar oluştururken, lisans sözleşmesinin konusunu fikir ve sanat eserleri üzerindeki maddi varlığı olmayan yetkiler oluşturur<sup>[92]</sup>. Ayrıca lisans sözleşmesinde

[90] Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, *op.cit.*, s.416; Eren, *Özel Hükümler*, *op.cit.*, s.310; Remzi ve Aydın, *op.cit.*, s.157; Kılıçoğlu, *op.cit.*, s.233-234; Aral ve Ayrancı, *op.cit.*, s. 319; Aydoğdu ve Kahveci, *op.cit.*, s.362; Keleş, *op.cit.*, s.10; Sağır, *op.cit.*, 3; Mustafa Umut Yıldız, *op.cit.*, s.5.

[91] Aydıncık Şirin, *Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Lisans Sözleşmeleri* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Şener Akyol), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2005 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 214667). s.7 – 8; Kerimoğlu, Hande Bahar, “Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans (Ruhsat) Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, *Kamu – İş*, Cilt 7, Sayı 2, 2003, s.6; Kibar, Ahmet Fevzi, “Fikir ve Sanat Eserlerinde Lisans Sözleşmesi”, *Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2020, s.97; Eren, *Özel Hükümler*, *op.cit.*, s.929.

[92] Tunçer Ramazan Onur, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Lisans Sözleşmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Fırat Öztan), Ankara, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2010 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 292923), s.33; Aydıncık, *op.cit.*, s. 81; Uğur Cibrail, *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Mete Tevetoğlu), İstanbul, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2019 (<https://>

lisans verenin pozitif edim yükümlülüğü vardır<sup>[93]</sup>. Kira sözleşmesinde kiraya verenin, kiracıya karşı yardım etme yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>[94]</sup>. Gerçekten de konusu bilgisayar programı ya da yazılımı olan bulut bilişim sözleşmeleri, bu durum itibarıyla kira sözleşmesinden ayrılmaktadır. Kira sözleşmesinden ziyade lisans sözleşmesine ait unsurları barındırmaktadır<sup>[95]</sup>.

Nihayet bulut bilişim sözleşmesi, kanunda tanımlanan tipik sözleşmeler arasında yer almaz. Ayrıca yukarıda izah ettiğimiz üzere bu sözleşme, vekalet sözleşmesi gibi isimli sözleşmelerden ve lisans sözleşmesi gibi isimsiz sözleşmelerden birtakım unsurları bünyesinde ihtiva eden *Sui generis* bir sözleşmedir<sup>[96]</sup>. Hâkimin sözleşmeyi tamamlaması bakımından isimsiz sözleşmelerden *sui generis* sözleşmelerin tamamlanması özel önem arz etmektedir. *Sui generis* sözleşmelerde uygulanacak yedek hukuk kuralları doğal olarak yoktur. Dolayısıyla hâkim önüne gelen bir uyuşmazlıkta o uyuşmazlığa ilişkin doğrudan veya kıyas yoluyla uygulanabilecek bir kural mevcutsa ve bu kuralın uygulanması işin niteliğiyle sözleşmenin tipine de uygunsa bu kuralı uygulamalıdır. Böyle bir kural mevcut değilse, hâkim boşluğun tipine göre kanun koyucu gibi hareket ederek genel bir kural koyup veya tamamlayıcı yorumla özel ve uyuşmazlık konusu sözleşmeye has tamamlayıcı yorum yapıp boşluğu doldurmalıdır<sup>[97]</sup>.

### III. BULUT BİLİŞİM SÖZLEŞMESİNİN TÜKETİCİ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin tanımlar kısmında tüketici işlemi şu şekilde tanımlanmaktadır: "*Mal veya*

tez.yok.gov.tr, Tez No: 597082), s.129; Eren, *Özel Hükümler, op.cit.*, s.933; Kılıçoğlu, *op.cit.*, s. 219.

[93] Tunçer, *op.cit.*, s.34; Aydıncık, *op.cit.*, s. 81.

[94] Tunçer, *op.cit.*, s.34; Aydıncık, *op.cit.*, s. 81.

[95] Tunç, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı, op.cit.*, s. 48 – 49.

[96] Can, *op.cit.*, s.127; Tunç, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı, op.cit.*, s. 49 – 50.

[97] Gümüüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s.11-12.

*hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemidir*<sup>[98]</sup>.

Söz konusu tanıma göre, yapılan bir işlemin tüketici işlemi olarak sayılması için birtakım şartlar vardır. İlk olarak, tüketici işleminin varlığının kabul edilebilmesi için mal veya hizmet piyasasında vücut bulan bir sözleşme veya hukuki işlemin bulunması gerekir<sup>[99]</sup>. Kanun koyucu 6502 Sayılı Kanun'un

[98] Aras Deniz Onur, *Tüketici İşlemi, Adi İş ve Ticari İş Ayrımı ve Sonuçlar* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Mehmet Bahtiyar), İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2017 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 472045), s.8 – 9; Erdal Ceyda, *Bir Tüketici İşlemi Olarak Yolcu Taşıma Sözleşmeleri* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Şafak Parlak Börü), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, 2019 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 605882), s.70; Çürük, Abdil, *Tüketici Satış Sözleşmesinde Satış Konusu Malın Ayıplı Olmasının Sonuçları (TKHK M.11)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s.11; “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun Amaç başlıklı 1. maddesinde yasanın amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2. maddesinde “Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar.” hükmüne yer verilmiştir. Satıcı; Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi kapsar. Tüketici ise Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Aynı Kanunun 3. maddesinde de “Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Bir hukuki işlemin 6502 sayılı Kanun kapsamında kaldırılmasının kabul edilmesi için kanunun amacı içerisinde yukarıda tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir.” Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, 15 Haziran 2016 Tarih ve E. 2016/4809 K. 2016/7045 Sayılı Kararı.

[99] Erdal, *op.cit.*, s.70; Çürük, *op.cit.*, s. 11; “Dava tarihinde yürürlükte bulunan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 2. maddesi uyarınca, bu Kanununun 1. maddesinde belirtilen amaçlarla “Mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemi” kanun kapsamındadır. Kanununun 23/1. maddesi uyarınca, bu kanun kapsamından doğacak uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir.

3. maddesinde tüketici işlemi için yapılan her türlü sözleşme ve hukuki işlem olduğu ifade edilir<sup>[100]</sup>. Buna ek olarak yapılan sözleşmenin ya da hukuki işlemin taraflarından birinin tüketici olması gerekir.

TKHK'nın 3. maddesinde tüketici tanımlanmıştır. Söz konusu hükme göre tüketici: “*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*”dir<sup>[101]</sup>. Yapılan bir işlemin tüketici işlemi olarak sayılması için esas unsur, sözleşmenin bir tarafının tüketici olmasıdır<sup>[102]</sup>. Hatta kanun koyucu TKHK m. 83/2'ye göre: “*Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez*”<sup>[103]</sup>.

4077 sayılı Kanunun 3. maddesinde tüketici, bir mal veya hizmeti, “*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla*” edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi; tüketici işlemi ise, “*Mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem*” olarak tarif edilmiştir.

*Bu nedenlerle, mal veya hizmet alınmasına dair bir ilişkinin Tüketici Kanunu kapsamında kabul edilebilmesi için, satıcı/sağlayıcı kişinin “Ticari veya mesleki amaçla hareket eden” bir kişi, mal veya hizmet alan kişinin ise ticari veya mesleki amaçla hareket “etmeyen” bir kişi olması ve taraflar arasında sözleşme veya hukuki işlem bulunması gerekmektedir.*” Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, 02 Haziran 2016 Tarih ve E. 2016/5936 K. 2016/6244 Sayılı Kararı.

[100] Erdal, *op.cit.*, s.71; Çürük, *op.cit.*, s. 12; Çabri, Sezer, “Yargıtay Kararları Doğrultusunda Tüketici İşlemi Kavramı”, in İpek Yücer Aktürk (Ed.), *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.134.

[101] Aras, *op.cit.*, s.10; Erdal, *op.cit.*, s.51; Çürük, *op.cit.*, s. 12; Kılınç, Hüseyin, (6502 sayılı TKHK MD. 30'a göre) *Bağlı Tüketici Kredi Sözleşmesi ve Kredi Veren Sorumluluğu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s.67; Can, *op.cit.*, s.133;

[102] Aras, *op.cit.*, s.10; Erdal, *op.cit.*, s.52.

[103] Erdal, *op.cit.*, s.86; Yavuz, Cevdet, “Tüketici Hukukunun “Genel Hükümleri”, İpek Yücer Aktürk (Ed.), *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.35; “*Kanunun 73/1. maddesinde “tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyumsuzluklara ilişkin davalarda” tüketici mahkemelerinin görevli olduğu belirtilirken; 83/2. Maddesinde de “taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez” hükmüne yer verilmiştir.*”

Taraflardan birinin tüketici olması halinde, diğer kanunlarda düzenleme olsa bile yapılan işlemin tüketici işlemi sayılması gerekir<sup>[104]</sup>. Bu durum TKHK'nın görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez. Gerçekten de TKHK'nın 3'üncü maddesinde örnek olarak tek tek sayılan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler haricinde de taraflardan birinin tüketici sıfatına sahip olduğu herhangi bir kanunda düzenlenen herhangi bir işlem olması durumunda yapılan tüm işlemler tüketici işlemi sayılacaktır<sup>[105]</sup>.

Son olarak yapılan bir işlemin tüketici işlemi sayılması için tüketicinin karşısında ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi olması gerekir. Ayrıca kanun koyucu satıcı ve sağlayıcı kavramını tanımlamıştır. TKHK'nın 3'üncü maddesine göre satıcı: “Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi”dir. Ayrıca sağlayıcı: “Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi”dir<sup>[106]</sup>. Ancak kanun koyucu, tüketicinin karşısındaki kişiyi yalnızca satıcı ya da sağlayıcı olarak kısıtlamamıştır<sup>[107]</sup>.

*Kanunun Geçici-1/1. maddesinde ise “bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olan” davaların “açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam” edeceği belirtildiğinden, 28.05.2014 tarihinden önce açılmış davalar yönünden 5464 sayılı Kanunun 44. maddesindeki görev hükümleri geçerli olmaya devam edecektir. 6502 sayılı Kanun, kart hamili ya da kartı veren kuruluş gibi bir ayrıma gitmeksizin bütün bankacılık işlemlerini (m. 3/1-k kapsamına girmeyen tacirler hariç olmak üzere) kanun kapsamına aldığı ve 83/2. maddesi hükmü karşısında diğer kanunlardaki görev kuralları bu kanun kapsamına giren uyumsuzluklarda uygulanmayacağı için, 6502 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra açılan davalarda görevli mahkeme, tüketici mahkemeleri olacaktır.” Yargıtay 20. Hukuk Dairesi ve 20 Eylül 2017 Tarih ve E. 2017/8197 K. 2017/6599 Sayılı Kararı.*

[104] Yavuz, *Tüketici Hukukunun “Genel Hükümleri, op.cit., s.37.*

[105] Erdal, *op.cit., s.77*; Erkuş, Ali Selman, “Tüketici Kavramının Genişletilmesi”, İpek Yücer Aktürk (Ed.), *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.26.

[106] Aras, *op.cit., s.18*; Çürük, *op.cit., s. 13, 27*; Çabri, *op.cit., s.126.*

[107] Gerçekten de 6052 sayılı Kanunda satıcı veya sağlayıcının yanı sıra üretici ile kredi veren de sözleşmenin karşı tarafı olarak yer alabilir. Ancak bu kişiler konumuz

Fiiliyatta bulut bilişim sözleşmesinin taraflarından birisi olan bulut bilişim hizmeti sunan şirketler genellikle yurt dışı merkezli şirketler olması durumundan dolayı konuya bu açıdan da yaklaşmak gerekmektedir. Kanun koyucu yapılan sözleşmenin tüketici işlemi sayılabilmesi için sözleşmenin karşı tarafının ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi olmasını yeterli olarak kabul etmiştir<sup>[108]</sup>. Bu şirketlerin tabiiyeti yurt dışındaki ülkelerde olduğundan sözleşmeler de bu açıdan yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler olmaktadır<sup>[109]</sup>. Yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme olmasından dolayı milletlerarası özel

kapsamında olmadığından detaylı olarak yer verilmemiştir.

[108] Aras, *op.cit.*, s.19; Erdal, *op.cit.*, s.80; Çabri, *op.cit.*, s.127; “4822 sayılı yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun Amaç başlıklı 1. maddesinde yasanın amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2. maddesinde “Bu kanun, birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemi kapsar” hükmüne yer verilmiştir. Yasanın 3. maddesinde mal; alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları ifade eder. Satıcı; kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri kapsar. Tüketici ise bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder şeklinde hukuki tanımlanmıştır.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 18 Haziran 2008 Tarih ve E. 2008/2920 K. 2008/8574 Sayılı Kararı.

[109] Yargıtay’a göre taraflar arasında yapılan yetki anlaşmasının sözleşmenin uluslararası unsur taşıyıp taşımadığından dolayı geçersizdir. Bundan dolayı sözleşmenin taraflarının yabancı hukuk seçimi geçersizdir. “Yabancı devlet mahkemesine, yetki tanıyan anlaşmaların, Türk hukuku alanında, hukuken değer kazanması için diğer koşullar şöyle sıralanabilir. a) Taraflar arasında borç ilişkisinden kaynaklanan bir uyuşmazlık bulunmalıdır. Şahıs ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda bir yetki anlaşması düzenlenemez. b) Borç ilişkisi, yabancılık unsurunu taşımalıdır. Uyuşmazlığın doğduğu borç ilişkisinde, taraflardan birinin veya her ikisinin yabancı olması veya akdin yapıldığı yerin veya icra yerinin yabancı ülke olması veya akid konusunun yabancı ülkede bulunması veya borç ilişkisinin yabancı ülkede doğması veya borç ilişkisine uygulanacak, hukukun yabancı bir hukuk olması gibi, bir yabancılık unsurunun bulunması gereklidir. Yabancılık unsuru taşımayan bir borç ilişkisi için yabancı ülke mahkemesine yetki veren anlaşma Türk hukuku yönünden geçerli olmaz. c) 31. madde uyarınca, uyuşmazlığın belirli yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi konusunda taraflar anlaşmış olmalıdır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 06 Mayıs 1998 Tarih ve E. 1998/287 K. 1998/325 Sayılı Kararı.



hukuk hükümlerinin uygulanması gerekir<sup>[110]</sup>. Gerçekten de Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi düzenlenmiştir<sup>[111]</sup>.

Yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmede sözleşmenin taraflarının yetkili mahkemeyi seçme imkanları vardır. Roma I tüzüğü'nün 3. maddesine göre bir sözleşmede uyumsuzluk olması halinde sözleşme, tarafların seçtiği hukuka tabi olacaktır<sup>[112]</sup>. Uyumsuzluğa uygulanacak hukukun seçiminde sözleşme şartları veya olayın koşulları açıkça ortaya konmalıdır. Taraflar, sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacak hukuku kendi tercihleriyle seçebilirler<sup>[113]</sup>. Bununla beraber MÖHUK m. 24'ün ikinci maddesinde kanun koyucu, tarafların hukuk seçimi yapabileceğini düzenlemiştir. Taraflar seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler. Ayrıca hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya sözleşmenin yapılmasından sonra seçilen hukuk sonradan değiştirilebilir. Sözleşmede seçilen hukukun sonradan değiştirilmesiyle üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere geçmişe etkili olacaktır<sup>[114]</sup>.

Bununla birlikte yukarıda izah ettiğimiz üzere bulut bilişim hizmetlerinden olan SaaS hizmetleri genel kullanıcıya yönelik hizmetlerdir. Bu durumda bulut bilişim hizmet sağlayıcısının karşısında ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi bulunmaktadır. Gerçekten de

[110] Can, *op.cit.*, s.115.

[111] Demirkol, Berk, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s.63; Erdoğan Ersin, *Medeni Usûl Hukukunda Yabancılık Unsuru ve Sonuçları* (Doktora Tezi, Danışman, Murat Atalı), Ankara, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, 2015 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 389130), s.23.

[112] Demirkol, *op.cit.*, s.41.

[113] *Ibid.*, s.15- 16; REGULATION (EC) No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32008R0593>.

[114] Demirkol, *op.cit.*, s.203- 204.

tüketici işlemi unsuru taşıyan bir yabancı unsurlu sözleşmede MÖHUK m. 26 uygulama alanı bulacaktır<sup>[115]</sup>. Kanun koyucu söz konusu hükmün birinci maddesinde; tüketici için asgari koruma hakları saklı kalmak kaydıyla tarafların hukuk seçiminin geçerli olacağını, bunun haricinde yabancı unsurlu yapılan tüketici sözleşmelerine tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümlerinin uygulanacağı ifade etmiştir<sup>[116]</sup>. Ancak yapılacak sözleşmede tarafların hukuk seçimi yapmaması halinde tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanacağı ifade edilmiştir<sup>[117]</sup>. Söz konusu hükmün birinci fıkrasında; tarafların hukuk seçimi yapması halinde, seçilen ülke hukukunun tüketici hukuku hükümleri ile tüketicinin mutad meskeni hukukunun hükümleri arasında sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketici açısından asgari koruma hangisinde daha fazla ise o ülkenin hükümlerinin uygulanacağını öngörülmüştür<sup>[118]</sup>. Kanaatimizce bulut bilişim sistemi sunan birçok büyük firmanın bağlı olduğu ülke hukuku, Amerika Birleşik Devletleri hukuk sistemidir. Gerçekten de Google, Amazon gibi birçok servis sağlayıcısı, bulut bilişim sözleşmesi yaparken ABD’de mevcut eyaletlerin mahkemelerinin yetkili olduğunu şart olarak sunmaktadır. Türk Hukuk Sistemi, ABD Hukuk Sistemi’ne göre AB Direktifi çerçevesinde şekillenen tüketici hukuku açısından daha kapsamlı ve tüketici lehinedir. Bundan dolayı çıkan uyuşmazlıklarda tüketicinin mutad meskeni hukuku ve Türk Mahkemeleri yetkili olmalıdır<sup>[119]</sup>. Son olarak Milletlerarası Özel Hukuk

[115] Çalışkan, Zeynep, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 28, Sayı 1-2, 2011, s.32.

[116] *Ibid.*, s.41 İsmet Kahraman Arslan ve Neslihan Öz, “Elektronik Ticaret Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 19, Sayı 38, 2020, s.22.

[117] *Ibid.*, s.42; Arslan ve Öz, *op.cit.*, s.22.

[118] Çalışkan, *op.cit.*, s.41.

[119] Can, *op.cit.*, s.222, 235; Whatsapp Hizmet Koşulları: “WhatsApp’a karşı Koşullarımız veya Hizmetlerimiz ile ilişkili, onlardan kaynaklı veya onlarla herhangi bir şekilde bağlantılı olarak sahip olduğunuz herhangi bir iddianın veya dava açma sebebinin ve WhatsApp’ın size karşı herhangi bir talebi ya da açtığı dava için, siz ve WhatsApp’ın söz konusu iddia veya dava sebebinin, münhasıran *Amerika Birleşik Devletleri Kaliforniya Kuzey Bölgesi Bölge Mahkemesi’nde veya Kaliforniya San Mateo County’de*

ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un m. 45/1'e göre: "26'ncı maddede tanımlanan tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, tüketicinin seçimine göre, tüketicinin yerleşim yeri veya mutad meskeni ya da karşı tarafın işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri yetkilidir<sup>[120]</sup>". Nihayet 5718 sayılı MÖHUK, Milletlerarası Usûl Hukuk'una ilişkin tüketici işlemlerinde Türk Mahkemeleri'nin yetkisini düzenlemiştir.

## SONUÇ

Bulut bilişim sistemi internet aracılığıyla veri paylaşımı sağlayan, ağ üzerinde kullanılan uygulamalara ait verilerin ağ yoluyla uzak kullanıcı tarafından her an erişilmesini sağlayan, ayrıca kurum ve kuruluşlara altyapı hizmeti sağlayan servis sistemi olarak tanımlanabilir. Bulut bilişim sistemi dağıtım modeli olarak dörde ayrılmaktadır. Genel bulut bilişim sistemi, genele yönelik olarak tüm kullanıcıların erişimine imkân sağladığından en yaygın kullanılan bulut bilişim sistemidir. Genel bulut bilişim sistemi, tamamen ücretsiz ya da belirli bir limit sonrası kullanım miktarınca ücretlendirme şeklinde kullanılmaktadır. Özel bulut bilişim sistemi belirli kişi

bulunan bir eyalet mahkemesinde çözüleceğini kabul edersiniz ve bu gibi herhangi bir iddianın ve dava sebebinin yargı yoluyla çözüme kavuşturulması amacıyla söz konusu mahkemelerin kişisel yargı yetkisine tabi olmayı ve bu gibi iddialar veya dava sebepleri için, kanunlar ihtilafı hükümlerine bakılmaksızın, *Kaliforniya Eyaleti yasalarının geçerli olacağını kabul edersiniz*" Bkz: <https://www.whatsapp.com/legal/terms-of-service#terms-of-service-dispute-resolution>; Google Hizmet Şartları: "Bu şartlardan, hizmete özgü ek şartlardan veya ilgili hizmetlerden kaynaklanan veya bunlarla ilgili tüm uyuşmazlıklarda Kaliforniya yasaları geçerli olacaktır (kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmayacaktır). Bu uyuşmazlıklar sadece ABD'nin Kaliforniya eyaletindeki Santa Clara vilayetinin federal veya eyalet mahkemelerinde çözümlenir ve hem Google hem de siz, bu mahkemelerin yargı yetkisini kabul edersiniz." Bkz: <https://policies.google.com/terms?hl=tr&fg=1>; Twitter Hizmet Koşulları: "Bu Koşullar ve sizinle bizim aramızda ortaya çıkan tüm anlaşmazlıklar, hukuk seçimi hükümleri hariç olmak üzere Kaliforniya Eyaleti yasalarına tabi olacaktır. Bu Koşullar veya Hizmetlerle ilgili tüm anlaşmazlıklar, yalnızca San Francisco County, California, Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan federal veya eyalet mahkemelerine getirilecektir ve kişisel yargı yetkisini kabul etmiş ve uygun olmayan mahkemeye ilişkin her türlü itirazdan feragat etmiş olursunuz." Bkz: <https://twitter.com/en/tos> .

[120] Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm, "Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 64, Sayı 4, 2014, s.837.

ya da kurumlara hizmet eden sistemdir. Bu sistem, belirli bir organizasyona tahsis edilmiş olup söz konusu kurumların dışında kullanıma kapalıdır. Veri güvenliği gereksinimi sebebiyle özel bulut bilişim sistemi kendisini kullanan işletme tarafından yönetilebilir. Gerçekten de özel bulut bilişim sisteminin veri güvenliği ve mahremiyeti, genel bulut bilişim sisteminden daha fazladır. Çoklu bulut bilişim sisteminde ise birden çok kurum veya kuruluş ortak menfaat ve amaç için aynı bulut bilişim sistemini kullanmaktadır. Çoklu bulut bilişim sistemi devlet gibi büyük tüzel kişiliklerin sahip olduğu kuruluşların uyumluluk amacıyla kullandığı sistemdir. Çoklu bulut bilişim sisteminde her kuruluşun kendisine ait bulut bilişim sistemi vardır. Bu sistemler en sonunda birbirlerine bağlanmaktadır. Hibrit bulut bilişim sistemi, genel ve özel bulut bilişim sisteminden iki ya da daha fazlasının birleşiminden meydana gelmektedir. Bulut bilişim sisteminin hizmet modelleri ise üçe ayrılmaktadır. IaaS hizmeti ile sistem kullanıcıya alt yapı hizmeti sunmaktadır. PaaS hizmeti ile sistem, kullanıcıya karşı uygulama geliştirmesi için altyapı ve platform tabanlı hizmet sunmaktadır. SaaS hizmetiyle ise sistem genel kullanıcı/ tüketiciye yönelik hizmet etmektedir.

Bulut bilişim sözleşmesi, kanunda tanımlanan tipik sözleşmeler arasında yer almaz. Ayrıca yukarıda izah ettiğimiz üzere bu sözleşme, vekalet sözleşmesi gibi isimli sözleşmelerden ve lisans sözleşmesi gibi isimsiz sözleşmelerden birtakım unsurları bünyesinde ihtiva eden isimsiz bir sözleşmedir. PaaS ve IaaS hizmetlerinin karşılığında sözleşme genellikle, servis sağlayıcısı ile kurum ve kuruluşlar arasında yapılmaktadır. Ancak SaaS hizmeti karşılığında genel kullanıcı yani tüketici sözleşme yapmaktadır. Bulut bilişim sözleşmesi tüketici hukuku açısından değerlendirildiğinde öncelikle söz konusu hukuki işlemin tüketici işlemi olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Bir hukuki işlemin tüketici işlemi olabilmesi için 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun üçüncü maddesinde düzenlenen tüketici işleminin unsurlarının söz konusu hukuki işlemde mevcut olması aranmaktadır.

Bu kapsamda taraflardan birinin tüketici, hukuki işlemin karşı tarafının kanun kapsamında satıcı, sağlayıcı, kredi veren veya üretici olması ve hukuki işlemin konusunun da kanun kapsamında bir mal veya hizmet olması gerekmektedir. Özellikle SaaS hizmeti karşılığında genel kullanıcı tüketicilerdir. SaaS hizmetine veren şirketler ise ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden tüzel kişilerdir. Son olarak iş bu sözleşmelerin konusu da kanun kapsamında mal veya hizmet olarak değerlendirilebilir. Tüm bu

nedenlerle SaaS hizmeti içeren sözleşmeler tüketici işlemi kapsamında değerlendirilebilir. Değerlendirilen son mesele ise fiiliyatta bulut bilişim sözleşmesinin taraflarından birisi olan bulut bilişim hizmeti sunan şirketler genellikle yurt dışı merkezli şirketler olmasından dolayı yabancılık unsuru içermektedir. Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde milletlerarası özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerekir. Yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmelerde ise sözleşmenin taraflarının yetkili mahkemeyi seçme imkanları bulunmaktadır. Roma I tüzüğü'nün 3. maddesine göre bir sözleşmede uyumsuzluk olması halinde sözleşme, tarafların seçtiği hukuka tabi olacaktır. Bunun yanı sıra tüketici işlemi niteliğindeki taşıyan yabancı unsurlu sözleşmelerde ise MÖHUK m. 26 uygulama alanı bulacaktır.

## KAYNAKÇA

- Alparslan Çisem, *Tüketici İşlemi Olarak Vekâlet Sözleşmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Ferhat Canbolat), Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2020 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 617674)
- Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Yetkin Yayınları, 15. Baskı, 2022.
- Aras Deniz Onur, *Tüketici İşlemi, Adi İş ve Ticari İş Ayrımı ve Sonuçlar* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Mehmet Bahtiyar), İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2017 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 472045)
- Arslan, İsmet Kahraman ve Neslihan Öz, “Elektronik Ticaret Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 19, Sayı 38, 2020, s.13 – 31.
- Aydincik Şirin, *Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Lisans Sözleşmeleri* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Şener Akyol), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2005 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 214667)
- Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, 2021.
- Aytaç Ali Mert, *Türkiye’de Yönetim Bilişim Sistemleri Alanında Yapılan Akademik Çalışmalarda Yönelimler* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Mesut Ünlü), Ankara, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Bilişim Sistemleri Anabilim Dalı, 2020 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 654047)
- Batı Kutay, *Bulut Bilişim ve Etkileri* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Kaan Yaralıoğlu), İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Bilişim Sistemleri Anabilim Dalı, 2015 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 410324)
- Bayın, Gamze, Gözde Yeşilaydın ve Okan Özkan, “Bulut Bilişimin Sağlık Hizmetlerinde Kullanımı”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 48, 2016, s.233 – 253.

- Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm, “Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 64, Sayı 4, 2014, s.833 – 878.
- Buyruk Akbaba, Ayşe Nur, “Bulut Muhasebe ve İşletmelerde Uygulanması”, *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, Sayı 82, 2019, s.21 – 40.
- Çabri, Sezer, “Yargıtay Kararları Doğrultusunda Tüketici İşlemi Kavramı”, in İpek Yücer Aktürk (Ed.), *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.123- 175.
- Çalışkan, Zeynep, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 28, Sayı 1-2, 2011, s.27–50.
- Can, Mustafa Cemre, *Bulut Bilişim Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023.
- Çelik, Kâmil, “Bulut Bilişimde Temel Konular”, *USOBED (Uluslararası Batı Karadeniz Sosyal ve Beşerî Bilimler Dergisi)*, Cilt 5, Sayı 2, 2021, s.236- 250.
- Çelik, Kâmil, “Bulut Bilişim Teknolojileri”, *Bartın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 24, 2021, s.436 – 450.
- Çürük, Abdil, *Tüketici Satış Sözleşmesinde Satış Konusu Malın Ayrılmamasının Sonuçları (TKHK M.11)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.
- Değirmenci, Olgun, “Bulut Bilişim ve Beraberinde Getireceği Hukuksal Sorunlar Üzerine Görüşler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 12, Sayı 136, 2017, s.106 – 110.
- Demir Yüce Özle, *Vekalet Sözleşmesinde Tarafların Borçları* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Cemal Oğuz), Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Ana Bilim Dalı, 2009 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 227934)
- Demirkol, Berk, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.

- Dereboylular, Özde, “Bulut Bilişim Bakımından Arama ve Elkoymaya İlişkin Hükümlerin Uygulanabilirliği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 14, Sayı 39, 2019, s.161 – 202.
- Ecir Hayriye Gülşah, *Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Öz Seçer), İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2018 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 512087)
- Elitaş, Cemal ve Serkan Özdemir, “Bulut Bilişim ve Muhasebede Kullanımı”, *Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi (MÖDAV)*, Sayı 2, 2014, s.93-108.
- Emekçi, Adem ve Emin Kuğu ve Murtaza Temiztürk, “Adli Bilişim Ezberlerini Bozan Bir Düzlem Bulut Bilişim”, *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi* Cilt 2, Sayı 1, 2016, s.8 – 14.
- Erdal Ceyda, *Bir Tüketici İşlemi Olarak Yolcu Taşıma Sözleşmeleri* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Şafak Parlak Börü), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, 2019 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 605882)
- Erdoğan Ersin, *Medenî Usûl Hukukunda Yabancılık Unsuru ve Sonuçları* (Doktora Tezi, Danışman, Murat Atalı), Ankara, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, 2015 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 389130)
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Erkuş, Ali Selman, “Tüketici Kavramının Genişletilmesi”, İpek Yücer Aktürk (Ed.), *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.23- 31.
- Ganbari Muhammed Kiomers, *Atipik Sözleşmeler ve Uygulanacak Hukuk* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Diler Tamer), İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, 2017 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 472082)



- Genç Melis, *Türk Hukuku Bakımından Eser Sözleşmesinde Yaklaşık Bedel* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Ömer Arbek), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, 2023 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 822043)
- Gitmez, Emine, “Bulut Bilişimde Gizlilik Sözleşmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 31, Sayı 2, 2023, s.629–663.
- Göl Mehmet, *Türkiye’de Küçük ve Orta Boy İşletmelerde Muhasebe Bilgi Sistemi Temelinde Bulut Bilişim Kullanım ve Uygulanabilirliğinin Teknoloji Kabul Modeli Yaklaşımıyla Belirlenmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Niyazi Kurnaz), Kütahya, Kütahya Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, 2020 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 621070)
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- Keleş Merve Kübra, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Adi Kira Sözleşmesinin Kira Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle Sona Erdirilmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Süleyman Yılmaz), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, 2020 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 647962)
- Kerimoğlu, Hande Bahar, “Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans (Ruhsat) Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, *Kamu – İş*, Cilt 7, Sayı 2, 2003, s.2 – 22.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet, *Borçlar Hukuku: Özel Hükümler*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2022.
- Kılınç, Hüseyin, *(6502 sayılı TKHK MD. 30’a göre) Bağlı Tüketici Kredi Sözleşmesi ve Kredi Veren Sorumluluğu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Kibar, Ahmet Fevzi, “Fikir ve Sanat Eserlerinde Lisans Sözleşmesi”, *Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2020, s.93–131.
- Koruk, Alperen Asım, *Bulut Bilişimde Vergilendirme: Doğrudan Vergilendirme Boyutu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023.

- Köseoğlu Can Barış, *Eser Sözleşmesi Kapsamında Ayıp ve Bildirimi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Mehmet Üçer), Mersin, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2017 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 459956)
- Maya Duygu, *6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde Bulut Bilişim Sistemleri* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Elif Küzeci Erol), İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2023 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 829098)
- Oktay, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, Cilt 55, Sayı 1 – 2, 2011, s.263-296.
- Özdaş Muhammed Raşit *Bulut Bilişimin Kamuda Kullanımı Dünya Örnekleri ve Türkiye için Öneriler*, Bilgi Toplumu Dairesi Uzmanlık Tezi, Ankara, Türkiye Cumhuriyeti Kalkınma Bakanlığı Yayınları, 2014.
- Pek Mercan, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığı* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Hasan İşgüzar), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, 2020 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 611870)
- Remzi, Mehmet ve Sezer Aydın, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 9. Bası, 2019.
- Sağır Alihan, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borcunu İfa Etmemesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Hasan İşgüzar), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, 2017 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 468487)
- Sağlam Dila İrem, *Adi Kira Sözleşmesinde Kiracının Kira Bedelini Ödemede Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Cem Özcan), İzmir, İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2020 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 638189)
- Soylu, Feyzanur, *İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.

- Şahin Malkoç Melis, *Telekomünikasyon Sektöründe Bulut Bilişime Geçişte Dağıtım Modeli Seçimi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Alper Camcı), İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Mühendislik Yönetimi Ana Bilim Dalı, 2023 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 816519)
- Şişman Elif Karaman, *Bulut Bilişim Teknolojisi Yakın Gelecekte Vazgeçilmez Olacaktır* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Ediz Şaykol), İstanbul, Beykent Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Bilgisayar Mühendisliği Ana Bilim Dalı, 2019 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 571963)
- Tayaksi, Cansu ve Erhan Ada ve Yiğit Kazançoğlu, “Bulut Üretim: İşlemler Yönetiminde Yeni Bir Bulut Bilişim Modeli”, *Ege Akademik Bakış Dergisi*, Cilt 16, Sayı 5, 2016, s.71 – 84.
- Tay Serhat, *Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Şahsen İfa Borcu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Burcu Gülseren Özcan Büyüktanır), Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2017 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 463187)
- Tunçer Ramazan Onur, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Lisans Sözleşmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Fırat Öztan), Ankara, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2010 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 292923)
- Tunç, Aybike, “Bulut Bilişimde Fikri Mülkiyetin Korunması”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ÇÜHFD)*, Cilt 5, Sayı. 1, 2020, s.3193-3212.
- Tunç Aybike, *Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı* (Doktora Tezi, Danışman, M. Fadil Yıldırım), Ankara, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2020 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 624480)
- Uğur Cibrail, *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Mete Tevetoğlu), İstanbul, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2019 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 597082)
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Beta, 2022.

- Yavuz, Cevdet, “Tüketici Hukukunun “Genel Hükümleri”, *İpek Yücer Aktürk* (Ed.), *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.23- 31.
- Yavuzer Hüseyin, *Eser Sözleşmesinde Eksik İfa* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Mehmet Altunkaya), Antalya, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2021 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 679971)
- Yıldız Mustafa Umut, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Tayfun Ercan), Gaziantep, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Ana Bilim Dalı, 2022 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 708247)
- Yıldız, Özcan Rıza, “Bilişim Dünyasının Yeni Modeli: Bulut Bilişim (Cloud Computing) ve Denetimi”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı 74, 2009, s.5 – 23.

## İNTERNET KAYNAKLARI

- EU Cloud Code of Conduct, EU Data Protection Code of Conduct for Cloud Service Providers, [https://eucoc.cloud/fileadmin/cloud-coc/files/former-versions/European\\_Cloud\\_Code\\_of\\_Conduct\\_2.10.pdf](https://eucoc.cloud/fileadmin/cloud-coc/files/former-versions/European_Cloud_Code_of_Conduct_2.10.pdf)
- Bilgi ve Teknolojileri ve İletişim Kurumu, “Bulut Bilişim Raporu”, Ankara 2013. <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/bulut-bilisim.pdf>
- National Institute of Standards and Technology (NIST), U.S.Department of Commerce, *Guidelines on Security and Privacy in Public Cloud Computing, 2011.*
- Türk Standartları Enstitüsü, Bulut Bilişim Güvenlik ve Kullanım Standardı, 2014.

# Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin AYM'nin Can Atalay Hükmünü Uygulamama Kararının Schmittyen Tahlili: Anayasa Nasıl Korunur?

Ayşegül KARS KAYNAR\*

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Doç. Dr. Türkiye Büyük Millet Meclisi. aysegul.karskaynar@tbmm.gov.tr.  
**ORCID:** 0000-0002-5011-2436.

**Makale geliş tarihi:** 8 Temmuz 2024 **Makale kabul tarihi:** 26 Eylül 2024

**Atf önerisi:** Kars Kaynar, Ayşegül, “Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin AYM'nin Can Atalay Hükmünü Uygulamama Kararının Schmittyen Tahlili: Anayasa Nasıl Korunur?”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 4, Ekim 2024, s. 337-381. **DOI:** 10.30915/abd.1512746.

## YARGITAY ÜÇÜNCÜ CEZA DAİRESİ'NİN AYM'NİN CAN ATALAY HÜKMÜNÜ UYGULAMAMA KARARININ SCHMITTYEN TAHLİLİ: ANAYASA NASIL KORUNUR?

### ÖZ

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay'ın milletvekilliği dokunulmazlığına sahip olduğunu saptadığı hükmüne önce 8 Kasım 2023'de, ardından 3 Ocak 2024'de uymama kararı aldı. Ayrıca kendilerine verilen yetkileri aştıkları ve anayasayı ihlal ettikleri gerekçesiyle AYM üyeleri hakkında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulundu ve AYM'nin anayasal düzeni koruyamadığını iddia ederek denetlenmesini istedi. Kamuoyu tarafından “anayasal düzeni değiştirme teşebbüsü” ve “anayasasızlaşma süreci” olarak yorumlanan bu karar, hukuki olduğu kadar siyasi bir karardır. Yargıtay'ın AYM'ye yönelttiği eleştirinin siyasi boyutunda ise terör suçları kapsamında yer alan bir suçtan mahkumiyet kararı verilen bir kişinin anayasal bir hak olan seçilme hakkından yararlandırılarak dokunulmazlık verilmesi vardır. Makale, Yargıtayın AYM'ye yönelttiği eleştirilerin siyasi anlamını ünlü Alman hukukçu Carl Schmitt'in görüşlerinden yararlanarak incelemektedir. Bu inceleme yapılırken bilhassa Schmitt'in “Anayasanın Koruyucusu” ve “Anayasa Öğretisi” adlı eserlerinden yararlanılmaktadır. Makale, Yargıtay'ın anayasal düzeni dost-düşman ayrımı üzerinden tahkim ettiğini ve anayasal hak ve özgürlüklerin öznesini bu ayrım üzerinden yeniden belirlediğini göstermektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Carl Schmitt, anayasa kuramı, dost-düşman ayrımı, anayasal devlet, Anayasa Mahkemesi

## **A SCHMITTIAN ANALYSIS OF THE THIRD CRIMINAL CHAMBER OF THE COURT OF CASSATION'S REJECTION TO APPLY THE CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION ON ŞERAFETTİN CAN ATALAY CASE: HOW IS THE CONSTITUTION PROTECTED?**

### **ABSTRACT**

The Third Criminal Chamber of the Court of Cassation decided on November 8, 2023, and again on January 3, 2024, not to comply with the Constitutional Court's ruling in the Şerafettin Can Atalay case concerning parliamentary immunity. It filed a criminal complaint to the Office of the Chief Public Prosecutor of the Court of Cassation against the members of the Constitutional Court, accusing them of exceeding their powers and violating the constitution. Claiming that the Constitutional Court is incapable of protecting the constitution, the Third Criminal Chamber of the Court of Cassation called for its oversight. This decision, seen by the public as an "attempt to change the constitutional order" and a "move towards unconstitutionality," is as much political as it is legal. The political dimension of the Third Criminal Chamber of the Court of Cassation's objection to the Constitutional Court involves granting immunity to a person convicted of terrorism offenses by leveraging constitutional rights. The article examines the political significance of this objection with reference to the views of the renowned German jurist Carl Schmitt. This analysis draws particularly on Schmitt's works "The Guardian of the Constitution" and "Constitutional Theory." The article demonstrates that the Third Criminal Chamber of the Court of Cassation aims to reinforce the constitutional order through the friend-enemy distinction and to redefine the subject of constitutional rights and freedoms based on this distinction.

**Keywords:** Carl Schmitt, constitutional theory, friend-enemy distinction, constitutional state, Constitutional Court.

## GİRİŞ

Şerafettin Can Atalay, 28 Mayıs-30 Ağustos 2013 tarihleri arasında İstanbul'daki Gezi Parkı'nda düzenlenen eylemler nedeniyle Gezi Parkı Davası'nda yargılanan sekiz kişiden biridir. Atalay, İstanbul Onüçüncü Ağır Ceza Mahkemesinde görülen davada 2022 yılının Nisan ayında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 312. ve 39. maddeleri kapsamında "Türkiye Cumhuriyeti hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etmeye yardım" suçundan onsekiz yıl hapis cezasına çarptırıldı<sup>[1]</sup>. İstinaf başvurusu ise İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesi tarafından 2022 yılının Aralık ayında reddedildi<sup>[2]</sup>. Ardından Atalay dosyası Yargıtaya taşındı. Dosya, tebliğname düzenlenmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında iken Atalay, 14 Mayıs 2023 tarihinde yapılan genel seçimlerde Hatay'dan milletvekili seçildi.

Milletvekili seçildiği tarihte henüz hakkındaki karar onanmayan ve bu nedenle "tutuklu sanık" statüsünde olan Atalay, milletvekili seçilmesi nedeniyle yasama dokunulmazlığının olduğu gerekçesiyle ve Anayasa'nın 83. maddesi gereğince yargılanmanın durması ve buna bağlı olarak tahliye edilmesi istemiyle Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesine başvurdu. Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi bu talebi 13 Temmuz'da reddetti<sup>[3]</sup>. Atalay karara itiraz etti. Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi tarafından incelenen itiraz da hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle 17 Temmuz'da reddedildi<sup>[4]</sup>. Bunun üzerine Atalay 20 Temmuz'da Anayasa Mahkemesine (AYM) milletvekili seçilerek yasama dokunulmazlığı kazanmış olmasına rağmen yargılamada durma kararı verilmesi talebinin reddedilerek yargılamaya devam edilmesi

[1] İstanbul Onüçüncü Ağır Ceza Mahkemesi, 25 Nisan 2022 Tarih ve E.2021/178, K.2022/178 Sayılı Karar.

[2] İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesi, 28 Aralık 2022 Tarih ve E.2022/1270, K.2022/1463 Sayılı Karar.

[3] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 13 Temmuz 2023 Tarih ve E.2023/12611, K.2023/112 Sayılı Şerafettin Can Atalay Kararı.

[4] Ersan Şen, Erkan Duymaz, Hasan Yılmaz ve Özüm Su Uzun. "AYM'nin Şerafettin Can Atalay (2) Kararı ve Kararın İnfazı Sorunu", [https://sen.av.tr/tr/makale/aymnin-serafettin-can-atalay-\(2\)-karari-ve-kararin-infazisorunu#:~:text=Ceza%20Dairesi'nin%20karar%C4%B1na%20itiraz,oy%C3%A7oklu%C4%9Fu%20ile%20kesin%20olarak%20reddetmi%C5%9Ftir](https://sen.av.tr/tr/makale/aymnin-serafettin-can-atalay-(2)-karari-ve-kararin-infazisorunu#:~:text=Ceza%20Dairesi'nin%20karar%C4%B1na%20itiraz,oy%C3%A7oklu%C4%9Fu%20ile%20kesin%20olarak%20reddetmi%C5%9Ftir), (Erişim Tarihi: 3 Temmuz 2024).



sebebiyle seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının; tahliye talebinin reddedilmesi nedeniyle de kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulundu. Başvuru AYM’de incelenirken Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi 28 Eylül’de Atalay hakkındaki mahkûmiyet hükmünü onadı<sup>[5]</sup>.

AYM ise 25 Ekim’de Atalay’ın başvurusu hakkında kararını açıkladı ve Atalay’ın hem seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının hem de kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine hükmetti<sup>[6]</sup>. Bunun üzerine mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulması ve tahliyenin sağlanması için kararını İstanbul Onüçüncü Ağır Ceza Mahkemesine gönderdi.

Kamuoyu tarafından “anayasaya yargı darbesi”, “anayasal düzeni değiştirme teşebbüsü” ya da “anayasasızlaşma süreci” olarak yorumlanan gelişmeler bu noktadan sonra başladı. Anayasa’nın 153. maddesi “Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar” demektedir. Bu doğrultuda 25 Ekim tarihli AYM kararının uygulanması beklenirken İstanbul Onüçüncü Ağır Ceza Mahkemesi kararı uygulamadı ve Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesine gönderdi. Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ekim’de mütaalasının alınması için dosyayı öncelikle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına ilettili; 8 Kasım’da da cumhuriyet tarihinde emsali olmayan kararını açıkladı.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, AYM’nin ihlal kararına “hukuki değer ve geçerlilik izafi edilemeyeceği cihetle” Anayasa’nın 153. maddesi kapsamında uygulanması gereken bir karar bulunmadığına ve AYM kararına uyulmamasına; Atalay’ın milletvekilliğinin düşürülmesi maksadıyla işlemlerin başlatılması için kararın Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) gönderilmesine ve anayasa hükümlerini ihlal ettikleri ve kendilerine verilen yetki sınırlarını aştıkları gerekçesiyle AYM üyeleri hakkında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verdi<sup>[7]</sup>. 9 Kasım’da da suç duyurusunda bulundu.

[5] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 28 Eylül 2023 Tarih ve E.2023/12611, K. 2023/6359 Sayılı Şerafettin Can Atalay Kararı.

[6] Anayasa Mahkemesi, 25 Ekim 2023 Tarih ve 2023/53898 Başvuru Numaralı Şerafettin Can Atalay Kararı.

[7] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı.

Türkiye Barolar Birliği, Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin AYM hükmüne uymama kararını anayasal düzene başkaldırı ve anayasayı yok sayarak AYM'yi fiilen ortadan kaldırma çabası ve anayasal düzeni değiştirme teşebbüsü olarak yorumladı<sup>[8]</sup>. Ankara Barosu ise Yargıtay'ın anayasayı tasfiye etmeye çalıştığını belirterek Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin başkan ve üyeleri hakkında suç duyurusunda bulundu<sup>[9]</sup>. Anayasa hukukcusu İbrahim Kaboğlu, Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullandığını belirterek; bunun anayasayı ihlal suçuna giden halkalar olduğunu dile getirdi<sup>[10]</sup>. Murat Sevinç<sup>[11]</sup>, Oya Aydın ve Özlem Kaygusuz<sup>[12]</sup> ise konuyu “anayasasızlaşma süreci” olarak yorumladılar. Buna göre Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin kararıyla ortaya çıkan bir yargı krizi değil, devlet krizidir. Aydın ve Kaygusuz'un “siyasi anayasasızlaşma” olarak adlandırdığı bu süreç sadece iktidarın yürürlükteki yasaları ya da anayasal kural ve kurumları çalışmaz hale getirmesi değil; yürütme erkinin kendini denetleyebilecek tüm yasal ya da anayasal mekanizmaları etkisizleştirme sürecinin bir parçasıdır.

Atalay, Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin kararına itiraz etti. Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi, 20 Kasım'da bu itirazla ilgili bir karar verilmesine yer olmadığına hükmetti. Bunun üzerine Atalay, 24 Kasım'da ikinci kez AYM'ye başvurdu.

AYM, 21 Aralık'ta ikinci kez Atalay'ın seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiğine; hak ihlalinin giderilmesi için İstanbul

[8] Türkiye Barolar Birliği. “Bu karar anayasal düzene karşı açık bir başkaldırıdır.” <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/bu-karar-anayasal-duzene-karsi-acik-bir-baskaldiridir-84291>, (Erişim Tarihi: 24 Haziran 2024).

[9] Ankara Barosu, “8 Kasım 2023 Yargıtay, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını tasfiye etti! Bugünü Unutma!”, <https://www.ankarabarusu.org.tr/duyuru/2797f702-7e60-11ee-9dfc-000c29c9dfce> (Erişim Tarihi: 16 Şubat 2024).

[10] İbrahim Kaboğlu, “Yargıtay Kararı ve Anayasal Yokluk Hali”, <https://legal.com.tr/blog/>, (Yayın Tarihi: 16 Kasım 2023).

[11] Murat Sevinç, “Bir adım, bir adım daha... Bir ‘dip’ olmayabilir!”, <https://www.diken.com.tr/bir-adim-bir-adim-daha-bir-dip-olmayabilir/>, (Erişim Tarihi: 14 Haziran 2024).

[12] Oya Aydın ve Özlem Kaygusuz, “Yargıtay Kararı ve Türkiye’de Siyasi Anayasasızlaştırma”, <https://birikimdergisi.com/guncel/11548/yargitay-karari-ve-turkiyede-siyasi-anayasasizlastirma>, (Erişim Tarihi: 15 Aralık 2023).

Onüçüncü Ağır Ceza Mahkemesi'nce başvuruçunun yeniden yargılanmasına başlanmasına, mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulması ve Atalay'ın tahliye edilmesine karar verdi<sup>[13]</sup>. Bu kararlar birlikte bir kısır döngüye girilmiş oldu. İstanbul Onüçüncü Ağır Ceza Mahkemesi AYM'nin kararını ikinci kez uygulamayarak 27 Aralık'ta dosyayı yeniden Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'ne gönderdi. Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi ise 3 Ocak 2024'de bir kez daha AYM'nin kararına hukuki değer ve geçerlilik izafi edilemeyeceği cihetle, Anayasa'nın 153. maddesi kapsamında uygulanması gereken bir karar bulunmadığına hükmetti<sup>[14]</sup>.

Atalay 11 Ocak'ta üçüncü kez AYM'ye başvurdu. Başvuru değerlendirme aşamasındayken TBMM 30 Ocak'ta Atalay'ın milletvekilliğini düşürdü. AYM ise 22 Şubat tarihli kararında, Atalay'ın milletvekilliğinin TBMM tarafından düşürülmesinin yok hükmünde olduğunu tespit etti<sup>[15]</sup>.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin AYM'nin Atalay kararını uygulamaması Anayasa'nın 153. maddesinin ihlalidir. Ancak Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi sadece anayasayı ihlal etmekle kalmaz; aynı zamanda anayasal norm denetimi yapmakla ve bireysel başvuruları incelemekle yetkili bu yüksek mahkemeyi oldukça sert bir şekilde eleştirir. Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, AYM'nin anayasayı yanlış yorumladığını iddia etmekte ve bırakın anayasayı korumayı, anayasal düzeni tehlikeye düşürdüğünü belirtmektedir<sup>[16]</sup>. Bu nedenle de Yargıtay'a göre AYM'nin anayasa normlarını yorumlamada en üst yetkili merci olma statüsü son bulmalı ve AYM denetlenmelidir<sup>[17]</sup>.

[13] Anayasa Mahkemesi, 21 Aralık 2023 Tarih ve 2023/99744 Başvuru Numaralı Şerafettin Can Atalay Kararı.

[14] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı.

[15] Anayasa Mahkemesi, 22 Şubat 2024 Tarih ve E. 2024/43, K. 2024/65 Sayılı Şerafettin Can Atalay Kararı. Karar, 1 Ağustos 2024 Tarihli ve 32619 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

[16] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.20; 33.

[17] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.10.

Bu makale Atalay kararı özelinde Yargıtay'ın, AYM'nin anayasayı koruyamadığı değerlendirmesinin siyasi anlamını ve bu değerlendirmenin anayasal devlet için ne ifade ettiğini araştırmaktadır. Makalenin yazarı hukukçu değil, siyaset bilimi doktrudur. Çalışmada da yüksek mahkeme kararları temel alınmış olmasına karşın, mahkeme kararlarının anayasal devlet için yarattığı siyasi etkiler ön plana çıkarılmaktadır. Ancak söz konusu anayasa, anayasal devlet ve seçilme hakkı olduğunda hukuk ve siyasetin birbirinden ayrıştırılamayacağı da açıktır.

Çalışmada ünlü Alman hukukçu Carl Schmitt'in görüşlerinden yararlanılacaktır. Anayasanın bir mahkeme tarafından yargısal denetimi ve bu denetimin ortaya çıkarabileceği sorunlar yaklaşık yüz yıl önce Almanya'da tartışma yaratmıştır. “Anayasanın koruyucusu kimdir?” tartışması 1930'lu yılların başında Schmitt ve bir başka ünlü Alman hukukçu olan Hans Kelsen arasında yaşanan bir polemik ürünüydü. Weimar Anayasası'nda bir anayasa mahkemesi öngörülmemiş olmasına rağmen, 4 Kasım 1925 tarihinde Alman Devlet Yüksek Mahkemesi (Staatsgerichtshof), tüm mahkemelerin önlerindeki davaya uygulamaları gereken kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahip olduklarını kabul eden bir karar verdi. Bunun üzerine, aslen federal devlet ve eyaletler arasındaki anlaşmazlıkların çözümüyle yetkili Staatsgerichtshof'un yetkilerinin güçlendirilerek bir anayasa mahkemesine dönüştürülmesinin gerekip gerekmediği konusunda hararetli bir tartışma başladı. Kelsen 1928 yılında “Anayasa Yargısının Doğası ve Gelişimi”, Schmitt ise 1929 yılında “Anayasanın Koruyucusu Olarak Yüksek Mahkeme (Das Reichgericht als Der Hüter der Verfassung)”<sup>[18]</sup> ve “Anayasanın Koruyucusu” (Der Hüter der Verfassung)”<sup>[19]</sup> adlı makalelerini yayınladı. 1931 yılında Kelsen, Schmitt'e cevaben “Anayasanın Koruyucusu Kim Olmalı?” adlı makalesini yayınlarken, Schmitt ise “Anayasanın Koruyucusu” makalesini kitaplaştırdı<sup>[20]</sup>.

[18] Ertan Kardeş, *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı: Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi*, İstanbul, İletişim, 2015, s.238.

[19] Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker und Humblot, 1996, s.5.

[20] Arkadiusz Gornisiewicz, “Dispute over the Guardian of the Constitution: Hans Kelsen, Carl Schmitt and the Weimar Case”, *Politeja*, Cilt 3, Sayı 72, 2021, s.201. 1931 basımlı kitap “Anayasanın Koruyucusu” dışında Schmitt'in konuyla ilgili diğer makale ve ders notlarını da içermektedir. Bakınız Lars Vinx, “Introduction”, in Lars

Schmitt'in anayasanın korunması ve kimin bu korumayı sağlayabileceği konusunda yürüttüğü tartışmanın bir ayağı olağanüstü hal kuramında, diğer ayağı parlamenterizm ve liberal hukuk devleti eleştirisindedir ve bu tartışma dost-düşman ayırımından diktatörlüğe uzanan oldukça geniş bir düşünsel ağ içinde vuku bulur. Açıktır ki bu temaların bırakınız hepsine, bir kaçına dahi nüfuz etmek; bilhassa Schmitt'in çalışmaları üzerine oluşmuş uluslararası yazın göz önüne alındığında bir makalenin sınırlarını aşacaktır. Hal böyle olunca bu makale, konuyu dağıtmamak ve Yargıtay'la AYM arasındaki çatışmada ortaya çıkan meselelere odaklanabilmek için temel olarak Schmitt'in "Anayasanın Koruyucusu" ve "Anayasa Öğretisi" (Verfassungslehre, 1928) adlı eserlerine başvurmaktadır. Son olarak bu çalışmanın, Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin, AYM'nin Can Atalay hakkında verdiği hükmü uygulamayı reddetmesinin olası Schmittyen tahlillerinden sadece bir tanesi olduğunu; Schmitt'in çalışmaları çerçevesinde birçok Schmittyen tahlil yapılabileceğini; mevcut tahlilin ise Schmitt'in başka çalışmalarıyla genişletilip derinleştirilebileceğini belirtmek gerekir<sup>[21]</sup>.

---

Vinx (Ed.), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, s.6.

- [21] Anayasayı kimin koruyacağı mevzusunu derinleştirecek daha geniş çaplı bir çalışma için Richard Wolin'in ("Carl Schmitt, Political Existentialism, and the Total State", *Theory and Society*, Cilt 19, 1990, s. 395) belirttiği üzere hukuki düzenin kapalı bir normlar sistemi olmadığı ve yargısal bir kararın hiçbir zaman tümden gelim yoluyla ve altlama ile tüketilemeyeceği teması için *Kanun ve Karar'a* (Gesetz und Urteil: Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, 1912); yasallığın meşruiyet sağlamaya yetmediği, hukukun kendi kendini meşrulaştırmadığı ve meşruiyetini kendi dışından aldığı teması için *Kanunilik ve Meşruiyet'e* (Legalität und Legitimität, 1932) (İstanbul, İthaki, 2016), liberal demokratik parlamenter sistem eleştirisi ve bu sistemin devlet için yaratabileceği tehlikeler teması için *Parlamenter Demokrasinin Krizi'ne* (Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 1923) (Ankara, Dost, 2017), olağanüstü hal kuramı, hukukla siyaset ilişkisi ve siyasetin hukuka üstünlüğü temaları için *Diktatörlük'e* (Die Diktatur: Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf, 1921), dost-düşman ayırımı için *Siyasal Kavramı'na* (Der Begriff des Politischen, 1932) (İstanbul, Metis, 2006) ve de birey hak ve özgürlüklerine sağlanabilecek devlet korumasının sınırları teması için *Devletin Değeri ve Bireyin Önemi'ne* (Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, 1914) bakılabilir.

## II. HUKUKİ BİR SORUN OLARAK ATALAY'IN MİLLETVEKİLİ DOKUNULMAZLIĞINDAN YARARLANMASI

Yargıtay, Anayasa'nın 153. maddesini çiğner ve AYM kararına uymazken temel gerekçesi Atalay'ın dokunulmazlığa sahip olmadığıdır.

Milletvekili dokunulmazlıkları Anayasa'nın 83. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, TBMM'nin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ancak 1982 Anayasası bu durum için iki istisna getirmiştir. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ya da seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması" kenar başlıklı 14. maddesindeki durumlar, 83. maddenin dışında tutulmuştur. Böylesi bir istisnanın varlığında yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya TBMM'ye bildirmek zorundadır.

O halde Anayasa'nın 14. maddesi kapsamına giren durumlarda milletvekilliği dokunulmazlığı geçerli değildir. Ancak 14. maddenin içeriği muğlaktır. 14. madde şöyle demektedir:

Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.

Görüldüğü üzere 14. maddede dokunulmazlığı geçersiz kılacak faaliyetlerin içeriğiyle ilgili sadece genel bir kapsama yer verilmiştir. Yargıtay, Atalay'ın yargılandığı ve hüküm giydiği suçların 14. madde kapsamına girip girmediğine dair bu belirsizliğe işaret eder ve belirsizliğin nasıl ve kim tarafından giderilebileceğini sorgulamaya açar.

## A) BELİRSİZLİĞİ GİDERMEYE KİM YETKİLİDİR?

### 1- AYM: Kanunilik Esastır

AYM'ye göre Yargıtay'ın ya da başka bir mahkemenin içtihatlarıyla 14. maddenin muğlaklığını gidermeye yetkisi yoktur. Bu muğlaklığı sadece ve sadece kanun koyucu; parlamento giderebilir. Mahkemeler kural koyucu bir organ değildir. Bu nedenle yorum yoluyla yasama dokunulmazlığının ve dolayısıyla seçilme gibi temel bir hakkın kapsamını belirleyemezler<sup>[22]</sup>. AYM bu durumu kanunilik ilkesine dayandırmaktadır. Bunu yaparken de üç temel noktanın altını çizer.

İlk olarak, 14. maddenin üçüncü fıkrası açıkça, maddenin hükümlerine aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyidelerin kanunla düzenleneceğini dile getirmektedir. Ayrıca 14. madde temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımıyla ilgili olduğu için “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” kenar başlıklı Anayasa'nın 13. maddesiyle de ilgilidir. Anayasa'nın 13. maddesi ise temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini belirtmektedir. Üçüncü olarak AYM, Anayasa'nın “Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları” kenar başlıklı 67. maddesine göndermede bulunarak, vatandaşların seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının kullanılmasının kanunla düzenleneceği hükmünü hatırlatır<sup>[23]</sup>.

AYM'nin kanunilik ilkesini vurgulamasının bir nedeni, 14. maddenin suçları değil, hakların kötüye kullanıldığı durumları düzenlemiş olmasıdır. Bir hakkın kötüye kullanılmasının doğrudan suç kabul edilmesi ise AYM'ye göre mümkün değildir. Bu nedenle bir kötüye kullanımın açıkça kanunla suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir. AYM, böyle bir kanuni düzenlemenin yokluğunda, Yargıtay'ın aldığı kararların 14. maddedeki durumları anlamlı bir şekilde belirleyemeyeceğini ve belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayamayacağını savunur.

[22] Anayasa Mahkemesi 7 Nisan 2022 Tarih ve 2018/26689 Başvuru Numaralı Leyla Güven Kararı; Anayasa Mahkemesi 1 Nisan 2021 Tarih ve 2019/10634 Başvuru Numaralı Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararı.

[23] Anayasa Mahkemesi 25 Ekim 2023 Tarih ve 2023/53898 Başvuru Numaralı Şerafettin Can Atalay Kararı.

AYM'nin bu görüşü, Yargıtay'ın Atalay'ın milletvekili seçilmesi nedeniyle ve Anayasa'nın 83. maddesi gereğince yargılamanın durması ve tahliye talebini 13 Temmuz'da verdiği kararla reddetmesine de bir cevaptır. AYM'ye göre, Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi 14. maddeyi kendi yorumlamış ve bu madde kapsamına hangi suçların gireceğini kendi tespit etmiştir. Bunu yaparak Yargıtay, seçilmiş bir milletvekilinin seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına müdahale etmekte; Anayasa'nın yasama organına verdiği bir yetkiyi kendi kullanmaktadır.

## 2- Yargıtay: Hukuki Belirlilik Esastır

Yargıtay'a göre ise hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunilikle sınırlandırılmaz; belirlilik ilkesi hukuki belirliliği de kapsar<sup>[24]</sup>. Buna göre, normlara dayanması ve erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir niteliklere sahip olması koşuluyla mahkeme içtihatlarıyla da hukuki belirlilik sağlanabilir. Hatta hukuki bir boşluğun yargı kararlarıyla doldurularak belirliliğin sağlanması, söz konusu anayasa normunun işlevini yerine getirmesi bakımından hukuk devletinin bir gereğidir<sup>[25]</sup>.

Ayrıca, Anayasa'nın 14. maddesinde madde kapsamına giren suçların tahdidi olarak sayılmaması, kanun koyucunun yargı içtihatlarına bilinçli olarak açtığı bir alandır<sup>[26]</sup>. Yargıtay'a göre anayasa koyucu, hangi suçların 14. madde kapsamında olduğunu belirleme görevini özellikle soruşturma

[24] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s. 5; 17.

[25] Adalet Bakanlığı'nın görüşünde de 14. maddenin kapsamının yargı kararlarıyla öngörülebilir bir şekilde belirlenebileceği ve Atalay'a isnad edilen suçun bu madde kapsamında kaldığı ifade edilmiştir. Bakanız Anayasa Mahkemesi 21 Aralık 2023 Tarih ve 2023/99744 Başvuru Numaralı Şerafettin Can Atalay Kararı, s. 12. Öte yandan, AYM'nin 21 Aralık 2023 tarihinde verdiği ikinci ihlal kararı sonrasında Yargıtay 3. Ceza Dairesi dosyayı 29 Aralık'ta mütalaasının alınması için yeniden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına göndermiştir. Başsavcılık'ın 2 Ocak 2024'de hazırladığı mütalaada Atalay'ın mahkûmiyet ve hükmen tutukluluğuna karar verilen 5237 sayılı Kanun'un 312. maddesinde yazılı suçun Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 83. maddesinde yazılı yasama dokunulmazlığı kapsamında kalmadığı değerlendirilmiştir. Bakanız Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s. 4.

[26] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s.17.



makamı ile derece ve temyiz mahkemelerinin takdirine bırakmıştır. Bu son görüşünü Yargıtay şu şekilde gerekçelendirir: Eğer anayasa koyucu tarafından Anayasa'nın 14. maddesinde milli güvenliğe aykırı yaptırımlar somut suç listesi şeklinde sayılmış olsaydı, 2005 yılının Haziran ayında 765 sayılı TCK kaldırılıp yerine 5237 sayılı TCK kabul edilirken bir anayasa değişikliği gerekli olacaktı. Yargıtay'ın yorumuna göre, anayasa koyucunun anılan hükümde bir değişikliğe gitmeyerek sadece çerçevesini çizmekle yetinmesi, bu durumun anayasa koyucunun bilinçli bir tercihi olduğunu ortaya koymaktadır<sup>[27]</sup>.

Öte yandan, 14. maddede doğrudan doğruya birtakım suç tipleri sayılmamış olmakla birlikte kavram, ilke ve faaliyetlerle genel bir çerçeveye yer verilmiştir. Yargıtay'a göre bu genel çerçeve hangi suçların madde kapsamına girdiğini tespit etmeye imkân tanımaktadır. 14. maddede yer alan "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz" ibaresi devletin varlığının devamı için olmazsa olmaz unsurları belirlemiştir. Buna göre halk ve devletin birliği, halk egemenliği ve laiklik kimlerin dokunulmazlıktan yararlanamayacağını da sınırlarını çizmektedir: "Zira, hiçbir devlet varlığına kasteden bir suçu işlemekle suçlanan bir kimsenin dokunulmazlığını kabul etmez."<sup>[28]</sup>

Devletin güvenliği ve varlığını hedef alan suçlar, 5237 sayılı TCK'nın 302 ile 308. maddelerinde "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar" ile 309 ile 316. maddelerinde "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" ve 320. madde ile 310. maddenin birinci fıkrasındaki suçlardır. Bu suçlar aynı zamanda 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) kapsamına alınarak "terör suçları" olarak tanımlanmıştır. Buna göre, Atalay'ın hüküm giydiği "Hükümete karşı suçlar" başlıklı TCK'nın 312. maddesi, TMK'nın 3. maddesinde mutlak ve asli nitelikte terör suçu olarak kabul edilmiştir<sup>[29]</sup>.

[27] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s. 31.

[28] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s.5.

[29] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.24.

Yargıtay'a göre 3713 sayılı TMK'da yer alan terör suçları ve 14. madde aynı kavram ve kurumlara vurgu yapmaktadır ve korunan hukuki yarar aynıdır<sup>[30]</sup>. Bu nedenle Yargıtay'a göre devletin güvenliği ve varlığını hedef alan suçların 14. madde kapsamında yer aldığına kuşku yoktur ya da bu konuda şüphe bulunmamaktadır<sup>[31]</sup>. Atalay'ın mahkûmiyetine esas teşkil eden TCK'nın 312. maddesindeki suç ve eylemler de devletin güvenliğine karşı işlenen suçlardan olduğundan Yargıtay için bu maddenin 14. madde kapsamına girmeyeceğini düşünmek mümkün değildir; anayasa koyucunun iradesinin, yürütme organının varlığını ortadan kaldırmaya yönelik bir faaliyette bulunduğu takdirde milletvekili dokunulmazlığına son verilmesi gerektiği yönünde olduğu izahtan varestedir<sup>[32]</sup>.

Ancak AYM'nin yaptığı tam da budur. AYM belirsizliklerin giderilmesini kanunilik ile sınırlandırarak 14. maddeyi uygulanamaz hale getirmekte ve böylece anayasanın ilk dört maddesini ve dolayısıyla Cumhuriyeti, Cumhuriyet'in anayasal düzenini ve Türk milletinin devletle kurduğu bölünmez bütünlüğü korumasız bırakmaktadır<sup>[33]</sup>.

### III. SCHMITT'E GÖRE ANAYASANIN KORUNMASI: HANGİ ANAYASAYI KİMDEN VE NEYDEN KORUYACAĞIZ?

Schmitt'in konumuz açısından önemi anayasanın korunması meselesine yaklaşımı kadar, anayasayı kimin koruyabileceğinin nasıl bulunacağı ile ilgilidir. Zira ona göre anayasanın korunması hukuki normlar arasında yürütülecek soyut bir tartışma değil; somut ve siyasi bir meseledir ve öncelikle şu soruların yanıtlanmasını gerektirir: Anayasaya yönelen tehlikenin kaynağı nedir? Anayasa kimden korunacaktır? Korunacak anayasa nedir? Ancak bu

[30] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s.18.

[31] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s.3 ve 13.

[32] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s.5 ve 16.

[33] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.14; 20.

sorular yanıtlandıktan sonra kimin anayasanın koruyucusu olduğu tespit edilebilir.

Anayasanın korunmasından bahseden, önce tehlikeden ya da anayasanın kimden korunacağından bahsetmelidir. Anayasanın koruyucusundan beklenen soyut bir tehlikeye karşı soyut bir koruma sunması değil; belli bir yönden gelen belirgin bir tehlike karşısında ve somut korkulara karşı koruma sağlamasıdır. Eğer bir koruyucu talep ediliyorsa, elbette belirli bir tür koruma talep ediliyor demektir. Schmitt Almanya için anayasaya yönelik o dönemki tehlikenin öncelikle yasa koyucudan kaynaklandığını belirtmektedir<sup>[34]</sup>.

Schmitt'e göre parlamento; daha doğrusu parlamentodaki çoğunluk en büyük tehlike kaynağıdır. Zira Almanya'daki parlamenter sistem, devlet iradesinin oluşumunun, durumdan duruma değişen ve her bakımdan heterojen olan çok partili parlamento çoğunluğuna dayanmak zorunda olmasıyla malüldür. Parlamentoda çoğunluk, çok sayıdaki partinin koalisyonu aracılığıyla elde edildiği için bütünlükten uzak ve her an dağılabilecek olan bir yamalı bohça; salt bir sayısal çoğunluktur. Bu durum siyasetteki en büyük istikrarsızlık kaynağıdır. Kısaca, parlamenter demokrasilerin parti devleti, istikrarsız bir koalisyon partisi devletidir. Yönetme becerisi olmayan koalisyon hükümetleri siyasi sorumluluk da alamazlar; zira elleri kolları koalisyonu oluşturan partiler arası uzlaşmayla bağlıdır<sup>[35]</sup>. Parlamento, siyasi partiler etrafında örgütlenen ve hizipsel çıkarlarını dayatmak için yasama sürecini istismar etmeye çalışan rakip sosyal gruplar için bir savaş alanı haline gelmiştir<sup>[36]</sup>. Bu hizipçilik, taraflılık ve çatışma halkın ve devletin birliğini baltalamaktadır<sup>[37]</sup>.

[34] Carl Schmitt, "The Guardian of the Constitution", in Lars Vinx (Ed.), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, s.129-130.

[35] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.143.

[36] Lars Vinx, "Carl Schmitt and The Problem of Constitutional Guardianship", in Matilda Arvidsson, Leila Brännström ve Panu Minkinen (Ed.), *The Contemporary Relevance of Carl Schmitt: Law, Politics, Theology*, New York, Routledge, 2015, s.36.

[37] Berke Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak: Kelsen Schmitt'e Karşı*, İstanbul, İletişim, 2022, s.211.

Schmitt'e göre modern toplumlarda siyasi partiler anayasanın parçalanmasından büyük ölçüde sorumludur. Bunun nedeni, toplumdaki çeşitli gruplardan destek almaları ve kurumsal güç ve etkilerini diğer partiler ve çıkar gruplarıyla uzlaşarak sürdürmeleridir. Bunun neticesinde de hukuku kendi üyelerini tatmin etmek veya uzlaştırmak için kullanma ve de anayasaya çoğulcu ilkeler ekleme eğilimindedirler. Velhasıl, anayasal meşruiyetin toplumda birliği ifade etmesine zıt şekilde siyasi partiler, toplumsal çıkarların bu birliği aşındırıcı şekilde çoğullaşmasını ifade eder<sup>[38]</sup>.

Anayasayı kimin koruyabileceğinin belirlenmesinde ikinci soru, neyin korunacağı yani anayasanın ne olduğudur. Schmitt için anayasanın tek bir tanımı yoktur. Anayasa çok katmanlı ve parçalı, somutla soyut arasında gidip gelerek katmanların ve parçaların birbirine bağlandığı çoklu anlamlara sahiptir<sup>[39]</sup>. Schmitt, *Anayasa Öğretisi* adlı kitabında mutlak, görelî, pozitif ve

[38] Jeffrey Seitzer ve Christopher Thornhill, "An Introduction to Carl Schmitt's Constitutional Theory: Issues and Context", in Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, USA, Duke University Press, 2008, s.40-41.

[39] Schmitt, *Anayasa Öğretisi*'ni yazarken (1928) döneminin diğer önemli anayasa hukukçularıyla bir hesaplaşmaya girmiştir. Bu isimler arasında, anayasa değişikliği yoluyla her türlü değişikliğin yapılabileceğini savunan Richard Thoma ve Gerhard Anschütz vardır (Ece Göztepe, "Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi'", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: LXXIII, Sayı 1, 2015, s.142). Ancak yine de Schmitt en ağır eleştirilerini Hans Kelsen ve onun pozitif hukuk anlayışına yöneltmiştir. Kelsen, hukukun bilimsel analizinin, onu diğer bilim dallarının ve toplumsal alanların etkisinden tamamen yalıtılmış "saf" haliyle ele alındığında mümkün olduğunu savunur. Hukuku ise normların hiyerarşik bir şekilde sıralandıkları ve alt normun geçerliliğini bir üst normdan aldığı normatif bir düzen olarak görür. Bu normlar hiyerarşisinin en tepesinde bulunan anayasa ise geçerliliğini, varlığı bir önkabul olan "temel normdan" alır. Bu bağlamda, siyaseti hukuk analizinin dışında bırakan Kelsen'in anayasa anlayışının Schmitt'in anlayışıyla neredeyse taban tabana zıt olduğu söylenebilir. Bakınız Kasım Akbaş, "Hans Kelsen: Hukukun Saf Kuramı", in Kasım Akbaş, Melike Belkıs Aydın, Sevtap Metin ve Ertuğrul Uzun (Ed.), *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, İstanbul, İthaki, 2015, s.29-49; Özenc, *Demokrasîyi ve Anayasayı Korumak*, op. cit.; Stanley L. Paulson, "Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the "Guardian" Controversy of 1931", in Jens Meierhenrich ve Oliver Simons (Ed.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, New York, Oxford University Press, 2016; Norberto Bobbio, "Kelsen ve Hukukun Kaynakları", in Cemal Baki Akal (Ed.), *Devlet Kuramı*, Ankara, Dost Kitabevi, 2013, s.459-469.

ideal anayasa olmak üzere dört ayrı anayasa anlayışından bahseder. Ancak her bir anayasa anlayışının da alt anlamları vardır. Aşağıdaki tablo bu dört anayasa anlayışını ve alt anlamlarını topluca görmek açısından faydalı olabilir<sup>[40]</sup>.

**Tablo-1: Schmitt'e göre dört anayasa anlayışı**

Mutlak Anayasa (Birleşik Bir Bütün Olarak Anayasa)	Görelî Anayasa (Tekil Yasaların Yığını Olarak Anayasa)
<p><b>I. Siyasi Birliğin Somut Varoluş Biçimi</b> 1.Devletin siyasi birliğinin ve sosyal düzeninin somut, kolektif durumu (devlet, anayasadır)<sup>[41]</sup> 2.Siyasi ve sosyal düzenin özel biçimi 3.Siyasi birliğin dinamik olarak ortaya çıkması ilkesi</p> <p><b>II. Temel Yasal Düzenleme</b> 1. Temel yasa/norm olarak anayasa (anayasa, devlettir)<sup>[42]</sup> 2. Anayasa yapma gücü ya da otoritesi 3. Tarihsel bir olgu olarak anayasa</p>	<p><b>I. Anayasa Metni</b></p> <p><b>II. Yazılı Anayasa</b></p> <p><b>III. Nitelikli Çoğunlukla Değiştirilebilirlik</b> 1. Esnek ve katı anayasalar 2. Parlamento çoğunluğu ve anayasa değişikliği</p>

[40] Tablo hazırlanırken kullanılan kaynaklar: Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Elfte Auflage, Berlin, Duncker und Humblot, 2017, s.3-41 ve Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, USA, Duke University Press, 2008, s.59-93.

[41] Devlet, kendini oluşturan ve ona göre işleyeceği bir şey olarak anayasaya sahip değildir; devlet anayasanın ta kendisidir. [“(…) der Staat *ist* Verfassung (…)”], Schmitt, “Verfassungslehre,” 4.

[42] Devlete bakıldığında görülen, gerçekte var olmamasına karşın, normatif olarak geçerli olan bir yasal düzen, bir normlar sistemidir. Bu anlamıyla anayasa devlettir. [(…) die Verfassung ist der Staat (…)], Schmitt, *Verfassungslehre*, *op. cit.*, s.7.

<b>Pozitif Anayasa</b> (Siyasi Birliğin Türü ve Biçimi Hakkında Eksiksiz Bir Karar Olarak Anayasa)	<b>İdeal Anayasa</b> (Belirli Bir İçerik Nedeniyle Bu Şekilde Adlandırılmış Bir Örnek Olarak “Anayasa”)
<b>I. Anayasa, Anayasa Yapan İktidarın Eylemidir.</b>	<b>I. Siyasi Nedenlerle “Gerçek” Anayasa Olarak Tanımlanan, Yalnızca Belirli Bir Anayasa İdebidir.</b>
<b>II. Siyasi Bir Karar Olarak Anayasa</b> 1.Anayasadaki temel siyasi kararların niteliği 2.Anayasa ve anayasa metni arasındaki farklar	<b>II. Burjuva Hukuk Devletinin İdeal Anayasa Fikri</b> 1.Anayasa, burjuva özgürlükleri güvence altına alan bir sistemdir. 2.Anayasa, güçler ayrımıdır. 3.Anayasa, yazılı anayasadır.
<b>III. Weimar Anayasası'nın Uzlaşmacı Niteliği</b> 1. Weimar Anayasası, Alman halkının siyasi varlığının somut biçimine dair siyasi kararları ihtiva ettiği için bir anayasadır. 2. Weimar Anayasası, bütün asli siyasi kararları ihtiva etmemektedir. 3. Weimar Anayasası, kimi konularda karar almayı ertelemiştir.	<b>III. Günümüzde Egemen Olan İdeal Anayasa Fikri Burjuva Hukuk Devletidir.</b>

Kısaca açıklamak gerekirse mutlak anlamıyla anayasa, siyasi birliğin somut varoluş biçimidir. Mutlak anayasa anlayışında bir anayasa için olmazsa olmaz olan ve anayasayı var eden asli unsur halkın siyasi birliğidir ve bu birliğe göndermede bulunan hükümlerdir. İlk olarak anayasa, bir devletin siyasi birliğinin ve sosyal düzeninin somut, kolektif durumudur. Siyasi birlik ve sosyal düzen her devletin bir parçasıdır. Bu anlamıyla anayasa ve devlet özdeştir; anayasa, daha doğrusu bu birlik ve düzen ortadan kalkarsa devlet de ortadan kalkar<sup>[43]</sup>. Martin Loughlin'in ifadesiyle Schmitt için anayasa, devletin anayasası anlamına geldiğinde net bir şey ifade eder<sup>[44]</sup>. Bu açıdan anayasa, bir devlette normal düzenin ne olduğunu ve normal durumla ilişkili olarak devletin ne olduğunu tanımlar; hem devletin temel örgütlenmesini hem de düzenden ne anlaşılacağını belirtir<sup>[45]</sup>. Ancak çıkar

[43] Schmitt, *Constitutional Theory*, op. cit., s.59-60.

[44] Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, New York, Oxford University Press, 2010, s.210.

[45] Carl Schmitt, “The Dictatorship of the President of the Reich according to Article 48 of the Weimar Constitution,” in Carl Schmitt, *Dictatorship: From the Origin of the Modern Concept of Sovereignty to Proletarian Class Struggle*, Cambridge, Polity Press, 2014, s.209.

ve güç çatışmalarının yaşandığı kritik durumlarda belirleyici olan bir karar alma otoritesinin varlığını da içerir<sup>[46]</sup>.

İkinci olarak mutlak anayasa, özel bir siyasi ve sosyal düzen demektir. Bu ikinci anlam, üstünlük ve tabiiyet ilişkilerinin büründüğü somut biçime; başka bir ifadeyle, siyasi iktidarın yapısına atıfta bulunur. Toplumsal gerçeklikte, der Schmitt, ister monarşi, ister aristokrasi, ister demokrasi olsun, üstünlük ve tabiiyet ilişkisinin olmadığı bir düzen yoktur. Üstünlük ve tabiiyetin farklı biçimlerini düzenleyen anayasa ise *forma formarum* (biçimlerin biçimi) demektir. Üçüncü olarak anayasa, siyasi birliğin dinamik niteliğini ifade eder. Bu anlamıyla anayasa, siyasi birliğin sürekli olarak yenilenen oluşum ve ortaya çıkış sürecinin ilkesidir. Siyasi birlik bir kez oluşmuş ve bitmiş değildir; karşıt çıkarlar, görüşler ve beklentilerden her gün kendini yeniden var eder<sup>[47]</sup>.

Mutlak anayasayı temel yasal düzenleme ya da kapalı bir normlar bütünü olarak görmek de mümkündür<sup>[48]</sup>. Daha doğrusu anayasa, bir kez tekil hükümler ya da normlar değil de halkın devlet olarak somut siyasi birliği meselesi olarak algılandığında, tüm diğer yasalar ve normların onu işaret ettiği “temel yasa” ya da “yasaların yasası” olabilir; bütünsel, kapalı bir üst normlar sistemi olarak düşünülebilir. Yine anayasa, halkın devlet olarak somut siyasi birliği meselesi olarak algılandığında devlet de hukuk normlarının birliğine dayanan bir hukuk düzeni haline gelir<sup>[49]</sup>. Ancak, halkın somut siyasi birliğinin temsili olmasına gönderme yapmadan anayasadan “temel yasa” veya “temel norm” olarak bahsedildiğinde ne kastedildiği belirsizdir; zira bu durumda muhtelif normlar yığınının sistematik ve mantıksal bir bütünlük atfedilmiş olacaktır. Çünkü anayasanın bütünlüğü anayasanın kendi içinde değil, Alman halkının siyasi birliğinde yatmaktadır<sup>[50]</sup>.

[46] Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, s.59-60.

[47] Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, s.61.

[48] Gözde Türkeli, “Schmitt ve Kelsen’in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2020, s.993.

[49] Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, s.62.

[50] Loughlin, *Foundations of Public Law*, *op. cit.*, s.215.

Görelî anayasa anlayışının merkezinde anayasa ve “anayasa metni” arasındaki ayırım yatmaktadır. Schmitt'e göre görelileşme, anayasayı biçimsel özellikleriyle ele almanın sonucudur. Görelileşme, anayasayı bütüncül ve birleşik bir metin olmaktan çıkarır ve onu, yığın halindeki anayasa hükümlerinin istemsiz ve düzensiz biraradalığına indirger<sup>[51]</sup>. Ayrıca görelî anayasa anlayışı, bütün anayasa hükümlerini eşitler; değer ve önemlerini ayırt edilemez hale getirir. Başka bir ifadeyle, anayasa metninde yer bulan her ne varsa eşit derecede görelî yapar<sup>[52]</sup>. Bütün anayasa maddeleri biçimsel olarak eşdeğer hale gelirken aralarındaki her türlü maddi ve olgusal ayırım da; keza anayasanın bütünlüğü de kaybolur gider. Biçimci ve görelî bu yaklaşım açısından ayırım gözetmeksizin bütün anayasa hükümleri aslidir. Halbuki Schmitt, Weimar Anayasası'nın 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan Almanya'nın bir cumhuriyet olmasıyla 129. maddesinde yer alan “Devlet memurlarının şahsi malları güvence altındadır” hükmünün eş derecede asli ya da temel norm sayılamayacağını savunur<sup>[53]</sup>. İlki anayasa dahilken, ikincisi sadece “anayasa metnine” dahildir.

Pozitif anayasa, anayasa yapan iktidarın bir eylemi olarak anayasa demektir. Anayasa yapmak demek, siyasi birliğin bütününe özgül varoluş biçimine dair tek bir karar anını ifade eder. Bu eylem, daha önceden var olan siyasi birliğin biçiminin ve türünün tayin edilmesidir. Yoksa, siyasi birliğin ilk olarak anayasanın yapılması sırasında ortaya çıkması söz konusu olamaz<sup>[54]</sup>. Pozitif anayasa, anayasa yapan iktidarın siyasi birliğin özgül biçimini belirlemesi anlamında bilinçli bir eylemdir. Bu biçim değişebilir; devlet varlığını sürdürürken ve halkın siyasi birliği devam ederken bu birliğe farklı biçimler verilebilir. Ancak anayasa yapma iradesiyle hareket eden özne her zaman anayasa yapımının bir parçası olacaktır; kısaca, anayasa her zaman bir öznenin bilinçli kararıdır<sup>[55]</sup>. Örnek olarak, Weimar Anayasası'nda yer alan “Almanya bir Cumhuriyettir” ya da “devlet, otoritesini Alman halkından

[51] Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, s.67.

[52] Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, s.67.

[53] Göztepe, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in ‘Anayasa Öğretisi’”, *op. cit.*, s.140.

[54] Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, s.75.

[55] Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, s.75.



alır” gibi anayasa hükümleri açıkca, Alman halkının siyasi varlığına biçimini veren siyasi kararlardır<sup>[56]</sup>.

İdeal anayasa ise, belli bir içerikten dolayı anayasaların “gerçek” anayasa olarak adlandırılmasını ifade eder. Schmitt, anayasaların siyasi muhalefetin taleplerine cevap verebilmesine göre “gerçek” anayasa olup olmadığı tartışmasına açık hale geldiğini belirtir. Modern anayasanın tarihsel gelişimi sırasında anayasanın belirli bir ideal olarak ortaya çıkması, özellikle 18. yüzyılda liberal burjuvazinin mutlak monarşiye karşı verdiği mücadele esnasında meydana gelmiştir. Akabinde ise bu ideal anlam, anayasa kavramıyla özdeşleştirilmiştir. Sonuçta da anayasadan, ancak burjuva özgürlükler, bu özgürlüklere getirilen korumalar ve burjuvazinin siyasi talepleri (örneğin temel insan haklarının tanınması, güçler ayrılığı ve halkın yasama iktidarını kullanması) yerine getirildiğinde söz edilir olmuştur. Schmitt bu farklılaşmış anayasa kavrayışının olumsuz bir neticesi olarak şu tespitte bulunur: Her devletin bir anayasaya sahip olduğu artık apaçık bir gerçeklik olmaktan çıkmıştır<sup>[57]</sup>.

Yukarıdaki tablodan da görülebileceği üzere anayasanın ne olduğuyla ilgili bir tema, tek bir başlık altında tüketilmemiştir; aynı mevzuya farklı başlıklar altında değinilmiş ve böylece anayasanın anlamının parçaları arasında geçiş sağlanmıştır. Örneğin, siyasi bir karar olarak anayasa teması hem pozitif anayasa anlatılırken hem de mutlak anayasa temel bir yasal düzenleme olarak ele alınırken; kapalı normlar sistemi olarak anayasaya bütünlüğünü verenin, varlığı anayasayı önceleyen bütünlüklü bir irade olduğu<sup>[58]</sup> bahsinde ortaya çıkar. Bu çalışma açısından Schmitt’in anayasa anlayışları içinde aydınlatıcı olan olgu, “anayasa” ve “anayasa metni” arasında yapılan ayırmadır. Bu ayırma ise hem mutlak ve görelî anayasa tartışılırken hem de pozitif anayasa anlayışı içinde; kimi anayasa hükümlerinin anayasa yapan iradenin aldığı siyasi kararlar olduğu<sup>[59]</sup> ve nitelikli çoğunlukla dahi değiştirilemeyeceği açıklanırken rastlamak mümkündür. Anayasa ve “anayasa metni” ayırımının konumuz açısından önemi, ilk olarak; anayasayı bir normlar bütünü olarak

[56] Schmitt, *Constitutional Theory, op. cit.*, s.78.

[57] Schmitt, *Constitutional Theory, op. cit.*, s.89-90.

[58] Schmitt, *Constitutional Theory, op. cit.*, s.64-65.

[59] Schmitt, *Constitutional Theory, op. cit.*, s.79.

görmeyi sağlayacak yorumun kaynağı olarak “anayasada” yer alan siyasi kararların ortaya çıkmasıdır. İkincisi ise, bu ayrım vesilesiyle bireysel hak ve özgürlüklerin “anayasa metnine” dahil edilerek, anayasal değerinin ikincilleştirilmesidir.

Schmitt için anayasa farklı boyutlara ve (zaman zaman birbiriyle çelişen) niteliklere sahip olmasına rağmen modern dönemde salt hukuki ve biçimci anlayışla yorumlanmaktadır. Bunun bir örneği, temel hak ve özgürlükler ile anayasa arasındaki ilişkidir. Modern anayasalar temel hak ve özgürlüklere yer verirler. Ancak zaman içinde anayasanın diğer vecheleri unutulmuş ve anayasa temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir hükümler bütünü olarak algılanmaya başlanmıştır<sup>[60]</sup>. Schmitt için anayasayı görelî yapan tarihsel gelişmelerden biri de budur. Schmitt için hak ve özgürlükler gibi kimi hükümler bir devletin anayasası için asli niteliğe sahip değildir. Bu nedenle “anayasa metnine” dahildirler, ama “anayasa nedir?” sorusuna cevap vermezler (zira bu hak ve özgürlükleri içermeyen anayasalar da düşünmek mümkündür). Ona göre, temel hak ve özgürlükler yasalarla da düzenlenebilirken, sadece anayasa metnine dahil edildikleri için anayasal hüküm halini alırlar<sup>[61]</sup>. Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası'nı görelî anayasa anlayışına göre ele alacak olursak, şu örneği verebiliriz: Anayasa'nın toplantı ve gösteri yürüyüşünü düzenleyen 34. maddesi yasayla düzenlenebilecekken anayasa metnine dahil edilen bir hükümdür; yani *ipso facto* anayasal hükümdür. Anayasaya neden dahil edildiğinin yanıtını ise o dönemin siyasi ve toplumsal koşullarında aramak gerekir.

Schmitt'e göre halkın devletiyle birlikte kurduğu somut siyasi birliğin unsurları ve güvenliğiyle ilgili anayasal normlar, anayasaları var eden siyasi iradenin kararlarıdır<sup>[62]</sup>. Bu nedenle de kendilerini takip eden bütün diğer normların önkoşuludurlar<sup>[63]</sup>. Bu bağlamda söz konusu normlar ve bireyin temel hak ve özgürlükleri arasında bir üstünlük ve de öncelik vardır. Bir uyuşmazlıkta korunması gereken, halkın siyasi birliği olarak devlettir<sup>[64]</sup>. O

[60] Türkeli, “Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde”, *op. cit.*, s.993.

[61] Türkeli, “Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde”, *op. cit.*, s.993.

[62] Göztepe, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi'”, *op. cit.*, s.142.

[63] Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, s.78.

[64] Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak*, *op. cit.*, s.207.

halde Schmitt için anayasanın korunması demek, anayasa metni tarafından güvence altına alınan haklardan ziyade, toplumsal ve siyasal düzenin somut biçiminin korunması demektir. Bu koruma anayasal hak ve özgürüklerin göz ardı edilmesini bile gerektirebilir<sup>[65]</sup>.

Bu bağlamda, anayasanın korunması tartışmasının bir uzantısı, normal anayasa değiştirme prosedürüyle değiştirilebilen ve değiştirilmesi yasaklanmış normlar arasındaki farktır. Anayasaların değiştirilemez maddeleri, anayasalarda belirtilen nitelikli çoğunluk ya da özel prosedürlerle dahi değiştirilemeyen maddelerdir. Bu ilkelere getirilen korumayla anayasa yapan siyasi iradenin kurduğu anayasal düzen üzerinde, anayasa değiştiren iktidarın yapacağı değişikliklere sınırlama getirilmiştir<sup>[66]</sup>. Bu nedenle anayasanın değiştirilemez hükümleriyle, halkın somut siyasi birliğine dair verilen siyasi kararlar arasında organik bir bağ vardır.

### A) YASAMA DEVLETİNDE ANAYASANIN YARGISAL DENETİMİ

Schmitt, anayasanın yargısal denetimini tamamen reddetmez ancak koşullandırır ve üçe ayırdığı devlet biçimlerinden sadece birinde AYM benzeri yüksek mahkemelerin yargısal denetim yoluyla anayasayı koruyabileceğini belirtir.

Schmitt, nihai siyasi iradenin nasıl ortaya çıktığına bağlı olarak üç devlet biçiminden bahseder. Bunlar yasama, yargı ve yürütme (idare) devletidir<sup>[67]</sup>.<sup>[68]</sup> Yargı devleti, devlet otoritesinin merkezinin yargı kurumlarında bulunduğu ve devlet otoritesiyle yargılama yetkisinin özdeşleştiği devlettir<sup>[69]</sup>. Hukuki uyumsuzluklarda son sözü söyleyen yargıç, yasa koyucudan daha üstündür

[65] Vinx, “Carl Schmitt and the Problem of Constitutional Guardianship”, *op. cit.*, s.35.

[66] Göztepe, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in ‘Anayasa Öğretisi’”, *op. cit.*, s.141.

[67] Schmitt, *Anayasa'nın Koruyucusu*'nda (*Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, s.37) yürütme (Exekutive) devletinden bahseder ve yürütme devletini idare (Regierung) ve hükümet (Verwaltung) devleti olarak çeşitlendirir.

[68] *Kanunilik ve Meşruiyet*'te (*Legalität und Legitimität*, Achte Auflage, Berlin, Duncker und Humblot, 2012, s.9) ise yürütme devleti ifadesi yer almazken, idare ve hükümet devleti eş anlamlı olarak kullanılır.

[69] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.128.

ve hukukun da nihai koruyucusudur<sup>[70]</sup>. Doğru yasayı ya da adaleti ortaya çıkaran, genellik özelliğine sahip yasaların aracılığına ihtiyaç duymayan yargıcın kararıdır. Başka bir ifadeyle, yargıcın kararı normativizmle veya yasallıkla kendini tüketmemektedir. Bu açıdan yargıç, doğrudan doğruya hukuki doktrini üretir ve bu hukuku doktrini yasama organına uygular<sup>[71]</sup>. Yargı devletinde yasa yapan ile yasayı uygulayan ayrımı da yoktur. Schmitt, yargı devletine örnek olarak, kamusal hayatın mahkemelerin kontrolünde olduğu Kutsal Roma İmparatorluğu'nu gösterir. Modern dönemde ise Anglo-Sakson geleneğini takip eden ABD'de görülebileceğini belirtir<sup>[72]</sup>.

Yürütme devleti ise 17. ve 18.yüzyıl'da hüküm süren ve Prusya'nın örneği olduğu mutlakiyetçi devlettir<sup>[73]</sup>. Yürütme devleti, silahlı kuvvetler ya da sivil bürokrasiye dayanır. Yürütme devletinin merkezinde normların içeriğinin ne olduğu yer almaz; gerektiğinde temel haklar askıya alınabilir. Önemli olan, normların geçerli sayılacağı durumun yaratılmasıdır. Normlar da geçerliliklerini yürütmenin kamu güvenliği ve düzenini sağlayabilmesinden alırlar<sup>[74]</sup>. Schmitt, yürütme devletinin iki çeşidinden bahseder. Bunlardan hükümet (*Verwaltung*) devletinde, devleti yöneten kişinin yüceltilmiş şahsi iradesi ve otoriter buyruğu egemendir. Bu nedenle hükümet devleti, şahsi yönetim demektir. İdare (*Regierung*) devleti ise bunun tam zıttıdır. Yönetenin buyruğu ya da iradesi şahsi bir yönetim olarak görünmez. Ancak yasama devletindeki gibi salt normların uygulanması da değildir. Daha ziyade buyruklar, objektif direktifler olarak görünürler. İdare devleti ne şahısların yönetimidir ne de gayri-şahsi yasaların uygulandığıdır. Bunun yerine, kamusal işlerin kendi kendilerini yönetiyormuş gibi durdukları bir yönetimdir<sup>[75]</sup>.

19. yüzyıl itibariyle ortaya çıkan parlamenter devlet ya da burjuva hukuk devleti, yasama devletinin en iyi örneğidir. Yasama devletinde adil olması amaçlanan normlar, halk iradesinin nihai ifadesi olarak belirirler.

[70] Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy*, Berlin, Duke University Press, 2004, s.4

[71] Schmitt, *Legality and Legitimacy*, *op. cit.*, s.5.

[72] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.80.

[73] Schmitt, *Legality and Legitimacy*, *op. cit.*, s.7.

[74] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.128.

[75] Schmitt, *Legality and Legitimacy*, *op. cit.*, s.5.

Bu normlar, gayri-şahsîlik ve genellik gibi belirli niteliklere sahip olmalı ve diğer tüm kamusal işler ve alanlar bu normlara tabi olmalıdır. O halde yasama devleti, yürütme devletinin aksine gayri-şahsî ve genel yasalarla yönetilen devlettir. Daha doğrusu yönetenlerin, iktidarlarını bu yasalara göre kullandıkları devlettir. Yasama devletinin örgütsel ilkesi, yasa yapan ve uygulayanın ayrılmasıdır. Yasama devletinde bir yandan devlet yönetiminin merkezinde yasaları yapan parlamento vardır; diğer yandan iktidar sahibine itaat sorunu ortadan kalkmıştır; çünkü sadece halk iradesinin ifadesi olan yasaların uygulanması söz konusudur<sup>[76]</sup>. Yasallık, devlet otoritesine neden uyulduğunu; bir başka ifadeyle meşruiyet sorununu dışarıda bırakmıştır. Yasama devletinin yasallık sistemi ayrıksıdır. Egemen halkın temsilcisi olan parlamentonun bir işlemi olarak yasa, yasama devletine özgüdür. Devletin yasalarla yönetilmesi, devletin egemen halkın iradesiyle yönetilmesidir; yasanın egemenliği, yasama organı üzerinden halkın egemenliğidir.

Schmitt'e göre yargısal denetim yoluyla anayasanın korunması sadece yargı devletinde mümkündür. Almanya'nın da içinde yer aldığı Kıta Avrupası geleneğinde geçerli olan yasama devletinde ise durum farklıdır. Bir yasama devletinde, bir mahkeme anayasayı koruyamaz; çünkü mahkeme, ihtilafli bir durumda anayasayla ilgili kendi inisiyatifiyle karar verecektir. Halbuki bu inisiyatif yasama devletinde parlamentoya aittir ve bizzat devletin de yasama devleti olmasının önkoşuludur<sup>[77]</sup>.

Bir yasama devletinde anayasanın yargısal denetimi benimsenip, bir mahkeme anayasayı korumakla yetkilendirilirse bir dizi sorun ortaya çıkar. Bu sorunlardan ilki atlamayla ilgilidir. Yargılama için atlama gereklidir. Hukuk devletinde hakimin özel konumu, objektifliği, bağımsızlığı ve taraflar karşısında üstünlüğü, onun yasaya dayalı karar vermesinden kaynaklanır. Hakim, yasaya bağlıdır. Bunun anlamı, verdiği kararın yasanın içinde hali hazırda var olması; ölçülebilir ve hesaplanabilir bir şekilde, halihazırda o yasaya dayanan başka bir kararın içeriğinden de türetilbilmesidir<sup>[78]</sup>. O halde mahkemeler için bağımsızlık demek, yasaya bağımlılık demektir ve bu durum yüksek mahkemeler için de geçerlidir. Bu da demek oluyor ki, bir

[76] Schmitt, *Legality and Legitimacy*, *op. cit.*, s.3-4.

[77] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.129-130.

[78] Paulson, "Hans Kelsen and Carl Schmitt", *op. cit.*, s.526; Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak*, *op. cit.*,s.98.

yüksek mahkemedeki hakimin yaptığıının herhangi bir hakimin yaptığıından hiç bir farkı yoktur. Dolayısıyla, yasaya ve yargı prosedürüne göre karar veren bir mahkemeyi anayasayı korumakla görevlendirmek oldukça gereksizdir<sup>[79]</sup>.

Öte yandan, yargısal faaliyete dayanak olan normun belirgin, açık ve tartışmadan uzak olması gerekir. Hakim hukuk normlarına bağlı olduğuna göre, normların içeriğinin belirsiz ya da tartışmalı olduğu yerde hakimin işi de son bulacaktır. Halbuki, demektedir Schmitt, anayasa hükümlerinin çoğunun içeriği belirsizdir ve çoğu, kendi aralarında çelişkilidir; çelişkili ilkelere dayandıkları için aralarında bir bağ olmaksızın yan yana dururlar.<sup>[80]</sup> O halde hakim yasaya bağlıdır ama anayasal normlar onun bağımsızlığını sağlayacak nitelikten uzaktır. Bu durumda da evvel emirde anlamı muğlak olan normun içeriğinin belirlenmesi gerekecektir. Bu ise artık yargısal bir faaliyet değildir<sup>[81]</sup>; sadece siyasi yorum ve tercihlerden söz edilebilir. Schmitt, kanun metninden görece bağımsızlıkla ortaya çıkan ve muğlak olan normun içeriğinin belirlenmesini sağlayan eyleme kararcılık demektedir<sup>[82]</sup>. O halde normun anlamının açık olmadığı her vakada anayasanın yargısal denetimini yapmak kararcılığa; yani mahkemenin siyasi tercihinine yol açacaktır. Bu durum mahkemenin hukuku uygulayan değil, yaratan bir organ olarak ortaya çıkmasına neden olur ve yasama devletinde, sadece parlamentoya verilmiş bir yetkinin gasbı demektir<sup>[83]</sup>.

Yasama devletinde anayasanın yargısal denetimiyle ilgili bir diğer sorun, iki norm çeliştiğinde ortaya çıkar ve çelişen normlardan hangisinin geçerli olacağına ilişkindir. Hukuki biçimcilik için iki norm çeliştiğinde değiştirilmesi zor olan güçlü norm ile değiştirilmesi daha kolay olan zayıf norm arasındaki hiyerarşi bu sorunu çözeceğidir. Zira biçimcilik, zayıf normun güçlü normu tehdit edilebileceğini düşünmez. Normlar hiyerarşisi tam da bu korumayı sağlaması için vardır.

[79] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.93.

[80] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.115.

[81] Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak*, *op. cit.*, s.100-101; 210.

[82] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.117.

[83] Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak*, *op. cit.*, s.109.

Schmitt de değiştirilmesi daha zor olan norma “güçlü” demektedir<sup>[84]</sup>. Ona göre normlar için “daha güçlü” (*stärker*) ya da “daha zayıf” (*schwächer*) ifadelerini kullanmak; yalnızca bir normu değiştirme ya da yürürlükten kaldırma prosedüründeki farklı zorluk derecelerini belirtmesi (ve normlar arasında bir üstünlüğe tekabül etmemesi) şartıyla yararlıdır<sup>[85]</sup>. Ancak Schmitt için iki norm çeliştiğinde ortaya çıkan sorun, normun güçlü ya da zayıf olması değil; bir normun diğerini kontrol edememesidir. Schmitt için bir norm, başka bir norm tarafından korunamaz<sup>[86]</sup>. Bunun nedeni, birbiriyle çelişen anayasa hükümleri karşı karşıya geldiğinde bir normun diğerini geçersiz kılmayacağıdır. Zira hakim, yargılama yaparken çelişen hükümlerden birini kararına esas olarak seçtiğinde, diğerini ortadan kaldırmış olmaz; sadece uygulamamış olur<sup>[87]</sup>. O halde çelişen yasal ya da anayasal hükümler söz konusu olduğunda bahsedilebilecek tek şey, bir normun ya da hükmün uygulama bulamamasıdır<sup>[88]</sup>. Başka türlü; yani bir hükmün diğerini yargılayarak onu geçersizleştirmesi mümkün değildir.

Schmitt için anayasanın korunması sorununun püf noktalarından biri tam da budur. Schmitt için anayasanın korunması meselesi, en güçlü normu daha zayıf bir norma karşı korumakla ilgilidir<sup>[89]</sup>, ki bu mesele hukuki biçimcilik açısından mevcut dahi değildir.

## B) ANAYASAYI DEVLET BAŞKANI'NIN SİYASİ KARARI KORUR

Eş zamanlı olarak hem halkın somut siyasi birliği hem de anayasa yapan iradenin siyasi kararı olan anayasa, Schmitt için siyasi bir olgudur. Benzer şekilde, anayasanın kendinden korunacağı ve anayasaya karşı bir tehdit

[84] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.111.

[85] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.111, dipnot.

[86] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.110.

[87] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.112-113.

[88] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.89.

[89] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.112. Orijinal ifade şu şekildedir: “Bei der Frage nach dem Hüter der Verfassung handelt es sich um den Schutz der stärksten Norm gegenüber einer schwächeren Norm” (Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, s.41).

oluşturan parlamento, siyasi partiler ve çoğulculuk da siyasi bir güçtür. O halde parlamentonun yarattığı istikrarsızlık ve tehlikeler karşısında siyasi birliği ve istikrarı sağlayacak olan da siyasi bir otorite olmalıdır. Bu doğrultuda Schmitt'in beklentisi anayasanın koruyucusunun çok partili, parçalı ve istikrarsız parlamento karşısına bütünleştirici bir unsur olarak çıkması ve parlamentoyu dengelemesidir<sup>[90]</sup>; sosyal ve ekonomik güç gruplarının çoğulculuğu karşısında bir karşı ağırlık oluşturması ve halkın birliğini korumasıdır<sup>[91]</sup>. Açıktır ki bunlar bir mahkemenin üstlenebileceği yargısal görevler değildir.

Schmitt anayasanın koruyucusunu parlamentonun neredeyse anti-tezi olarak kurgular. Anayasanın koruyuculuk işlevinin önkoşulu siyasi partilerden bağımsızlık ve tarafsızlıktır<sup>[92]</sup>. Yani anayasanın koruyucusu tarafsız ve partiler üstü olmalı; ama yine de siyasi karar verebilmelidir<sup>[93]</sup>. Bu koşulları sağlamak şartıyla anayasal hükümlere dair görüş ve yorum farklılıkları, daha güçlü bir siyasi güç tarafından, yani farklı görüşlerin üzerinde duran daha üstün bir üçüncü taraf tarafından çözülebilir. Ancak o zaman bu üçüncü taraf anayasanın koruyucusu değil, egemen bir güç olacaktır. Bir diğer alternatif ise uyumsuzlukların, taraflardan üstün olmayan; onlarla eşit konumda bulunan bir mercii tarafından çözüme kavuşturulmasıdır. Bu alternatifte üçüncü kişi, kendine özgü yetkilerle donatılmış tarafsız bir otorite olacaktır<sup>[94]</sup>.

Bu tarafsız ama siyasi karar veren üçüncü kişi devlet başkanıdır<sup>[95]</sup>. Devlet başkanı, partilerce parçalanmış bir parlamento tarafından değil, halk tarafından seçilir<sup>[96]</sup>. Bu nedenle de tüm halkın güvenine ve parlamento karşısında halkın siyasi birliğini korumak için gereken meşruiyete sahiptir.

[90] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.157.

[91] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.172.

[92] Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak*, *op. cit.*, s.210.

[93] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.156.

[94] Schmitt, "The Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.151.

[95] Carl Schmitt, "Closing Statement Before the *Staatsgerichtshof* in Leipzig," in Lars Vinx (Ed.), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, s.226.

[96] Paulson, "Hans Kelsen and Carl Schmitt", *op. cit.*, s.530.



Tam da bu nedenle parlamentoyu dengeleyebilir. Öte yandan devlet başkanına verilen yetkiler de yasama organı karşısında tarafsız bir arabulucu olarak denge işlevi görmesi için formüle edilmiştir<sup>[97]</sup>. Devlet başkanının dokunulmazlığı veya en azından ayrıcalıklı konumu, kararname çıkarma, af; bakanları, kimi üst düzey bürokratları atama ve parlamentoyu feshetme yetkisi<sup>[98]</sup> bir tarafsız arabulucu rolü üstlenmesi için yapılmış gibidir. Devlet başkanının tarafsızlığının; arabulucu, düzenleyici ve koruyucu konumunun pratik değeri budur<sup>[99]</sup>.

Schmitt'in kurgusunda anayasanın koruyuculuğu sürekli bir kurum; devlet başkanına verilecek sürekli bir görev değildir. Arabuluculuk ya da muhafaza etme ve düzenleme otoritesi bir kriz anında ortaya çıkacak *ad hoc* bir görev<sup>[100]</sup> ve aynı zamanda siyasi bir karar<sup>[101]</sup> olacaktır. Bu haliyle de bir kriz anında olağanüstü hal ilan edebilme yetkisiyle yakından ilgilidir. Ancak aynı zamanda “somut bir tehlikenin” ne/kim olduğunun saptanması bağlamında dost-düşman ayrımını yapmayı gerektirir.

Schmitt'e göre dost-düşman ayrımı siyasi eylem ve saikleri açıklamada kullanılabilir özgün ayrımdır<sup>[102]</sup>. Halkın varoluşsal siyasi birliğinin merkezinde de bu ayrım vardır. Bir insan topluluğunun siyasi birlik olmasının şartı, kimi düşman ilan edeceğine ve düşmanına nasıl davranacağına dair son kararı verebilmesidir<sup>[103]</sup>. O halde siyasi birlik bir dışlamayla kurulur. Belirli bir insan topluluğu, kimin o topluluğa ait ve kimin ait olmadığına dair verdiği karar aracılığıyla ötekine karşı bizi oluşturur<sup>[104]</sup>. Devlet de benzer şekilde dostun ve düşmanın kim olduğu kararını bir bütün olarak

[97] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.172.

[98] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.152.

[99] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.169.

[100] Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak*, *op. cit.*, s.209.

[101] Schmitt, “Closing Statement”, *op. cit.*, s.226.

[102] Carl Schmitt, *Siyasal Kavramı*, İstanbul, Metis, 2006, s.47.

[103] Schmitt, *Siyasal Kavramı*, *op. cit.*, s.67.

[104] Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak*, *op. cit.*, s.164-165.

kendi içinde veren örgütlenmiş siyasal birlik olarak tanımlanabilir<sup>[105]</sup>. Devletin varlığını sürdürebilmesi, bir tehlike anında dost-düşman ayırımını yapabilmesine; halkın arasından düşmanları ayıklayarak homojen bir birliği yeniden tesis edebilmesine bağlıdır<sup>[106]</sup>.

O halde anayasanın korunması demek, düşmanın kim olduğuna karar vererek halkın birliği ve homojenliğinin bu düşmandan korunması ve bunun için gerektiğinde olağanüstü hal ilan ederek hukuk dışına çıkılması demektir.

#### **IV. YARGITAY'IN KARARINI SCHMITT İLE BİRLİKTE OKUMAK: TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NİN ANAYASAL DÜZENİNİN BİR ÖZÜ VARDIR**

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'ne göre bazı anayasa hükümleri diğerlerinden daha önemlidir; zira onlar “siyasal iktidarın kuruluş ve işleyişine egemen olan” ilkeleri içerirler. Bu ilkeler 1982 Anayasası'nın Başlangıç bölümünde belirtilmiştir. Yargıtay, oldukça uzun olan bu bölümden şu kısmı alıntılar<sup>[107]</sup>:

Millet iradesinin mutlak üstünlüğü; egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk dışına çıkamayacağı; Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevî değerlerini, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı.

Alıntılanan kısımda vurgulanan ilkeleri milli egemenlik, laiklik, Türklük, Türk milliyetçiliği, Atatürk milliyetçiliği ve Türk milletinin devleti ve toprağıyla kurduğu birlik olarak özetlemek mümkündür. Yargıtay'a

[105] Schmitt, *Siyasal Kavramı*, *op. cit.*, s.50.

[106] Türkeli, “Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde”, *op. cit.*, s.985.

[107] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s.17-18.

göre anayasal düzen, bu ilkeleri içeren kuralların bütünüdür. “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzen” de budur.

Anayasal düzen, yukarıda belirtilen ilkeleri içeren kurallardan müteşekkil ve bu ilkeleri içeren anayasa hükümleri siyasal iktidarın kuruluşu ve işleyişine egemen iken, bütün anayasa maddelerinin aynı derecede önemli olduğunu iddia etmek zordur. Yukarıda bahsedildiği üzere Schmitt’e<sup>[108]</sup> göre anayasanın kurucu ilkeleri, değiştirilmemeleri için anayasa yapıcı tarafından koruma altına alınmıştır. Bunlar anayasada belirtilen usule göre dahi değiştirilemezler. Benzer şekilde Yargıtay’a göre de anayasal düzene egemen olan ilkeler ve Başlangıç kısmında korunmak istenen hukukî ve siyasi yarar, değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez olan Anayasa’nın ilk dört maddesinde dile getirilmiştir<sup>[109]</sup>. Bu nedenle, anayasanın diğer hükümleri karşısında üstünlüğe sahiptir. Schmitt’in anayasa ve “anayasa metni” ayrımında, anayasaya dahildir.

Yargıtay’ın anayasayı tehdit ettiğini düşündüğü somut tehlike, siyasi partiler ve parlamentodur. Yargıtay parlamentoya, siyasi partilere ve milletvekillerine büyük bir güvensizlik ve şüpheyile yaklaşmaktadır. Zira siyasi partiler, devletin milletiyle bütünlüğüne kasteden, “pek çok kanlı terör eylemi ile irtibatlandırılan” ve haklarında terör suçlarından soruşturma veya kovuşturma bulunan şüpheli ya da sanıkları milletvekili yapabilmektedirler<sup>[110]</sup>. Yargıtay’ın “parlamentodan yükselebilecek tehlike” olarak verdiği örnek ise açıkça yürütmeye; bilhassa Cumhurbaşkanı’na seslenmektedir. Buna göre, meclis çoğunluğunu muhalefetin ele geçirmesi durumunda AYM Anayasa’nın 101. maddesini keyfi şekilde yorumlayarak seçilmiş Cumhurbaşkanı’nın meşruiyetini dahi tartışmaya açabilecektir<sup>[111]</sup>.

[108] Göztepe, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in ‘Anayasa Öğretisi’”, *op. cit.*, s.143.

[109] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.14.

[110] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s.18; 21. Keza bu kararında TBMM’e sitem etmiştir. TBMM, Atalay hakkındaki kesin hükmün Yargıtay tarafından kendisine bildirilmesini takiben “milletvekilliğinin derhal düşürülmesine dair karar verilmiş olması gerektiği halde” bu kararı vermemiştir.

[111] Yargıtay bu duruma Pakistan örneğini verir. Pakistan’da güvensizlik oylaması ile 2022’de Başbakan İmran Han’ın başbakanlığını düşürdüğünü hatırlatır. Bakınız

O halde, Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi için Atalay vakasında ortaya çıkan sorun, değiştirilmesi yasaklanmış olan anayasanın ilk dört maddesinde belirtilen ilkelerin 83. maddede belirtilen milletvekili dokunulmazlığından nasıl korunacağıdır. İşte bu soru yanıtlanırken Anayasa'nın 14. maddesi önem kazanır. Zira Yargıtay'a göre 14. madde, 83. maddeye getirdiği istisnayla anayasanın ilk dört hükmünü koruyucu niteliği haizdir<sup>[112]</sup>. Ancak AYM, 14. maddeyi uygulamayarak anayasayı korumasız bırakmıştır.

Başka bir ifadeyle Atalay vakasında vuku bulan olay, tam da hukuki biçimciliğin yok saydığı; Schmitt'in ise yasama devletinde anayasanın yargısal denetimi benimsendiği takdirde anayasanın korunması konusunda ortaya çıkabilecek sorunlardan biri olarak tespit ettiği, en güçlü normun (ilk dört madde) zayıf norma karşı (83. madde) korunmasıdır. Yargıtay, 14. maddenin bu korumayı gerçekleştirebileceğini varsaymaktadır. Ancak Schmitt'in<sup>[113]</sup> hukuki biçimcilik eleştirisinde dile getirdiği gibi; bir kez mahkeme karar verirken hükmüne esas olarak 14. maddeyi almayınca, öngörülen koruma da tuzla buz olmuştur. Bir norm, diğerini koruyamamıştır; (Schmitt için hali hazırda bir kurgu olan) normlar hiyerarşisinin öngördüğü koruma gerçekleşmemiştir. Anayasa yapıcının halkın devleti ile oluşturduğu siyasi birliğin türü ve biçimiyle ilgili kararlar olan ve anayasaya anlamını veren ilk dört madde, “anayasa metni” karşısında korumasız kalmıştır.

Anayasayı normlar hiyerarşisi korumuyorsa, o zaman kim/ne koruyacaktır? İşte Atalay vakasının Schmittyen yorumunda ortaya çıkan sorun ve soru budur. Yargıtay bu sorunu AYM'nin kararını uygulamayarak çözmüş, bu soruya ise AYM'nin denetlenmesi gerektiğini savunarak cevap vermiştir. Bunu yaparken de 14. maddeyi kendi yorumlamıştır.

İlk olarak, 14. maddenin üçüncü fıkrası, maddenin hükümlerine aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyidelerin kanunla düzenleneceğini; Anayasa'nın 13. maddesi ise temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğini açıkça belirtmekte ve böylece, belirsizliği

---

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.33-34.

[112] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.14; 20.

[113] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.111-112.

giderecek aktör olarak parlamentoyu işaret etmektedir. Buna rağmen Yargıtay, kanuniliği hukukilik ile aşmış ve yapılan yorum erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olduğu müddetçe yasa koyucu yanında yasayı uygulayan mahkemelerin de belirsiz olan bu anayasa maddesinin içeriğini doldurabileceğini iddia etmiştir.

14. maddenin içeriğinin belirlenmesinde ise Yargıtay'ın Schmittyen bir hat izlediği söylenebilir. Schmitt'e göre anayasal düzeni kuran hükümler, diğer anayasal hükümlerin nasıl yorumlanacağını belirlerler<sup>[114]</sup>. Kısaca söylemek gerekirse, münferit anayasal hükümlerin tüm çelişkilerinin, kopukluklarının ve muğlaklıklarının ötesine geçerek belirsizliği giderecek ve bütünlüğü tesis edecek yorumun kaynağı, varoluşsal bir olgu olan halkın devletiyle kurduğu somut siyasi birliği temsil eden normlar ve bu birliğin tür ve biçimine dair verilen siyasi karardır.

Denebilir ki Yargıtay da benzer bir mantık yürütmüştür. Yargıtay'a göre 14. maddede doğrudan doğruya bir suç tanımı benimsenmemiş ya da suç tipleri sayılmamış olabilir; ancak buna gerek de yoktur. Hiçbir devlet, varlığına kasteden bir suçu işlemekle suçlanan bir kimseye dokunulmazlık verilmesini zaten kabul etmez; bu durum Yargıtay için *izahtan varestedir*. Bu nedenle Atalay'ın mahkumiyetine esas teşkil eden "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" dan olan TCK'nın 312. maddesinin, 14. maddenin kapsamına girdiğine *kuşku yoktur*, bu konuda şüphe bulunmamaktadır, aksini düşünmek *mümkün değildir*. Öte yandan yukarıda değinildiği üzere devletin, anayasal düzenin ve siyasal iktidarın kuruluşu ve işleyişinin ilkeleri anayasanın Başlangıç bölümünde ve ilk dört maddede belirtilmiştir. Bu ilkelerin bir kısmına 14. maddede yer alan ve hangi suçların madde kapsamına gireceğine dair genel bir çerçeve çizen "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz" ibaresinde de rastlanmaktadır. Bu açıdan Yargıtay için 14. madde, herhangi bir suç tanımı benimsenmemiş olmasına rağmen hali hazırda açıktır, nettir.

[114] Loughlin, *Foundations of Public Law*, *op. cit.*, s.216.

## A) AYM'NİN GÖRELİ ANAYASA YORUMUNUN ELEŞTİRİSİ

Yargıtay'ın AYM'e yönelttiği eleştirinin odağında, Schmitt'in de hedef tahtasında olan biçimcilik vardır. Biçimci yaklaşımı nedeniyle AYM anayasayı, Türk milletinin devletiyle oluşturduğu siyasi birliğin ona verdiği anlamları değerlendirememektedir. Bütün anayasal normları eşit kabul eder ve onlara aynı değer ve önemi atfederken; Türk milletinin devletiyle olan siyasi birliğini temsil eden normların bireysel hak ve özgürlüklere üstünlüğünü tartamamaktadır. Böylece anayasayı görelileştirmektedir.

Yargıtay, AYM'nin görelî anayasa yaklaşımını eleştirirken bireysel başvuru hakkını hedef alır. AYM'nin bireysel başvurular neticesinde verdiği kararların sadece başvuru ve ihlale neden olan kamu makamı yönünden bağlayıcı olmasına subjektif etki denmektedir. Bu kararların objektif etkisi ise bireysel başvuru kararlarının genel bağlayıcı niteliğe sahip olması ve benzer durumda olanlar için ve bütün mahkemeler tarafından dikkate alınmasını ifade eder. Bireysel başvuru kararlarının objektif etkiye sahip olup olmadığı doktrinde tartışılmaktadır<sup>[115]</sup>.

Bu tartışma devam ederken Yargıtay 3. Ceza Dairesi bireysel başvuruların objektif etkiye sahip olabileceğini tamamen reddetmiştir. Bu nedenle de mahkemelerin bireysel başvurular sonucunda verilen ihlal kararlarına uyup uymama hususunda bir değerlendirmede bulunabileceğini savunmaktadır<sup>[116]</sup>. Yargıtay'a göre mahkemeler sadece AYM'nin norm denetimi yaptığı kararlara uymak zorundadırlar. Dahası, Yargıtay 3. Ceza Dairesi bireysel başvurular sonucunda AYM tarafından verilen kararların Resmi Gazete'de yayımlanma zorunluluğunun da mevcut olmadığını savunmaktadır<sup>[117]</sup>. Ancak bu iddia da hatalıdır. İlk olarak, Anayasanın 153. maddesi bireysel başvuru kararları için herhangi ayrık bir düzenleme yapmadan "Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını,

[115] Yılmaz Akçil, "Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi", *Anayasa Yargısı*, Cilt 39, Sayı 1, 2022, s.1- 45.

[116] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.15.

[117] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.19.

idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar,” demektedir.<sup>[118]</sup> Ek olarak AYM İçtüzüğü madde 81, “Bölüm Başkanının tespit ettiği, Bölüm tarafından verilen pilot karar niteliğinde ya da içtihadın ortaya konulması açısından ilkesel önemi haiz kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır,” demektedir.<sup>[119]</sup>

Velhasıl, Yargıtay keyfi bir biçimde AYM’nin bireysel başvurular sonucunda aldığı bütün kararları subjektif olarak nitelemekte ve Resmi Gazete’de yayınlanmamaları gerektiğini savunmaktadır. Nasıl ki Schmitt, hak ve özgürlüklerin ikincilleştirilmelerini onları anayasadan çıkarıp anayasa metnine dâhil ederek yapmışsa, Yargıtay da benzer bir ikincilleştirmeyi, AYM’nin hak ihlallerine dair bireysel başvuru kararlarının objektif hiç bir etkiye sahip olmadığını kabul ederek yapmaktadır.

Yargıtay’ın AYM’ye getirdiği eleştirilerden belki de en kritik olanı AYM’nin faaliyetinin yargısal değil; siyasi olduğu yönündedir<sup>[120]</sup>. Buna göre AYM, soyut bir anayasal norma anlam verirken, yorumlama sürecinde, o norma yüklenebilecek değişik manalardan istediğini keyfi olarak öne çıkarmıştır. Yaptığı tercih ise 14. maddeyi hükümsüz kılmak olmuştur. Yargıtay’a göre bu bir yetki gasbidir. Zira kuralı koyan yasama organı ise kaldıracak olan da o olmalıdır<sup>[121]</sup>. Yargısal bir işlemle 14. maddeyi hükümsüz kılmak kuvvetler ayrılığı prensibine aykırıdır. AYM’e yöneltilen bu eleştiri Schmitt’in kararcılığına da denk düşmektedir. Schmitt’e göre her ne kadar karar, normu tamamlayarak yargılamayı mümkün kılsa da yasaların uygulanışının değil, yasa yapımının; yargının değil, yasamanın bir parçasıdır<sup>[122]</sup>. Yargıtay için de AYM hukuku uygulamamakta; hukuk yaratmaktadır. Bu hareketiyle de

[118] Akçıl, “Bireysel Başvuru Kararlarının”, *op. cit.*, s.14.

[119] Anayasa Mahkemesi 28351 Sayılı İçtüzüğü, 12 Temmuz 2012 Tarih ve 28352 Sayılı Resmi Gazete

[120] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.10.

[121] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s.4.

[122] Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, *op. cit.*, s.107.

kendisi anayasa koyucu gibi hareket etmekte, anayasa koyucunun iradesini çiğnemekte ve anayasanın sözüne ve özüne aykırı davranmaktadır<sup>[123]</sup>.

Bu eleştiri, Schmitt'in yasama devletinde anayasanın koruyucusu olarak bir mahkeme tesis edilirse bu mahkeme siyasi bir organ olur<sup>[124]</sup>, eleştirisiyle de örtüşmektedir. Schmitt, anayasal uyuşmazlıkların çözümü için yetkilendirilecek bir mahkemenin, ikinci bir meclis ihdas etmek olduğunu ve bunun “cübbeliler otokrasisi” yaratacağını belirtmiştir<sup>[125]</sup>. Benzer şekilde Yargıtay da AYM'nin faaliyetinin juristokrasiyi andırdığını dile getirmektedir<sup>[126]</sup>.

## B) AYM DENETLENMELİDİR: DOST-DÜŞMAN AYRIMINDA ANAYASAL DÜZEN

Yargıtay için AYM, anayasayı tehlikeye atmaktadır. Bir yandan, anayasa koyucu gibi hareket ettiği için anayasayı ihlal etmektedir. Öte yandan, muğlak olan anayasal normlarda belirliliği sağlamada sadece kanuniliği kabul ederek anayasal düzenin merkezinde bulunan normları korumasız bırakmaktadır. Böyle bir durumda da AYM'nin kararlarının, Anayasa'nın 153. maddesine göre bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi ve denetlenemeyeceğinin ileri sürülmesi devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü için tehlike arz edecektir.

Bu tespitleri ışığında Yargıtay'ın vardığı sonuç, anayasanın yargısal norm denetiminden vazgeçilmesi, AYM'nin kapatılması ya da Schmitt'i takiben, yetkilerinin devlet başkanına verilmesi değildir. Yargıtay'a göre AYM'nin anayasa normlarını yorumlamada en üst yetkili merci olma statüsü son bulmalıdır; yani AYM denetlenmelidir<sup>[127]</sup>.

[123] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.13.

[124] Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak*, op. cit., s.96.

[125] Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak*, op. cit., s.210.

[126] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.33.

[127] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.10. AYM “denetlenmemenin verdiği cesaretle” anayasası ihlal etmekte; kendisini denetleyecek bir merci olmadığını kabulle keyfi kararlar verebilmektedir.



Öncelikle AYM bireysel başvuru hakkını *doğru* işletmemekte; *teröristleri* anayasal hak ve özgürlüklerden yararlandırmaktadır. Anlaşılan o ki doğru işletmek, kimi bireylerin hak ve özgürlükleri ile milletin devletiyle kurduğu siyasi birlik çatıştığı takdirde ikincisinden taviz vermemekle; başka bir ifadeyle, kimi bireyleri anayasal düzenin dışına atabilmekle olacaktır. Bu ise açıkça kimin dost, kimin düşman olduğunu bilmeyi gerektirir. AYM dost-düşman ayrımını yapamadığına göre, bu ayrımı yapabilen bir merci tarafından denetlenmesi zaruridir.

Yargıtay bu denetlemenin siyasi ve hukuki zeminini de hazırlar. Yargıtay'ın hukuki olarak AYM'nin denetlenmesine kapı aralayan yorumu, hali hazırda böyle bir denetleme olmamasını "yasal boşluk" olarak yorumlamasıdır<sup>[128]</sup>. Başka bir ifadeyle AYM'nin denetlenmesi, gerekli yasal düzenlemeler yapılarak kapatılması gereken bir boşluktur. Ancak bu boşluk kapatılırsa AYM siyasi/keyfi kararlar veremeyecek ve kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun hareket edecektir. Kısaca AYM, ancak denetlenirse anayasanın kendisine verdiği vazifeleri yine anayasaya uygun bir şekilde yerine getirebilecektir. Siyasi olarak ise Yargıtay, AYM'nin halk nezdinde uzun zamandır meşruiyetini yitirdiğini iddia eder. AYM'nin soyut anayasal normların muhtevasını belirlerken yaptığı yorumlar, anayasa koyucunun gerçek iradesi ile çelişmekte; AYM yetkisini aşmaktadır. Bu nedenle kamuoyu nezdinde meşruluğu tartışmalı hale gelmiştir<sup>[129]</sup>.

### SONUÇ (SONUCU BEKLERKEN)

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin 8 Kasım 2023 ve 3 Ocak 2024 tarihli kararları Schmitt ile birlikte okuduğunda bu üst mahkemenin AYM'ye getirdiği eleştirinin siyasi boyutu görülecektir. Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin eleştirisi Anayasa'nın 153. maddesine değildir. Daire, AYM'nin Atalay kararının bu madde kapsamına girmeyi hak edecek hukukiliği taşımadığını; çünkü bu kararın uygulanması halinde anayasanın tehlikeye gireceğini savunur. Hukuk dilinde bu şekilde ifade edilebilecek olan eleştiri, siyasetin diline şu şekilde tercüme edilebilir:

[128] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611, 2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı, s.15;29;33.

[129] Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı Değişik İş Kararı, s.3.

Hükümeti ortadan kaldırmaya teşebbüs ettiği mahkemeler ve Adalet Bakanlığı tarafından tasdik edilen bir “teröriste”, onu hak ve özgürlüklerden yararlandırmak uğruna dokunulmazlık verilemez.

Bu satırlar yazılırken yürütme erkinin başı olan Cumhurbaşkanı şimdiye kadar Yargıtay'ın bu eleştirisi doğrultusunda herhangi bir adım atmış ya da öneride bulunmuş değildir. AYM'nin yetkilerinde değişiklik yapıp yapılmayacağı, bireysel başvuru hakkının akibeti ya da AYM'nin kararlarının bağlayıcılığıyla ilgili cumhurbaşkanı kabinesinden bir yanıt da henüz gelmedi. Yine de 2023 yılının Mayıs ayındaki genel seçimler sonrasında başlayan ve 31 Mart 2024 tarihinde gerçekleşen yerel seçimler sonrasında Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) tarafından alevlendirilen yeni anayasa yapma girişimleri, yeni anayasada AYM ile ilgili yeni düzenlemeler yapılacağı beklentisini yükseltmiş durumdadır. Bu nedenle bir sonuç yazmak yerine, Yargıtay-AYM gerginliğinin nasıl neticelendirileceğini ve yeni anayasa taslağını beklerken bir değerlendirme yazmak daha uygun olacaktır.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin AYM'ye yönelttiği eleştiri sadece muğlak olan bir anayasa normunun anlamı üzerine çıkan bir görüş çatışması değildir. Yargıtay ne anayasayı ne de anayasanın üstünlüğünü reddetmektedir. Hatta AYM'nin Can Atalay vakasında verdiği hükmü uygulamama kararı, anayasayı korumak içindir. Kısaca Yargıtay, anayasayı korumak için anayasayı ihlal etmektedir.

Yargıtay'a göre, anayasa yapan iktidarın, halkın devletiyle kurduğu siyasi birliğin somut biçimine dair verdiği kararlar olan anayasanın ilk dört maddesi, anayasanın merkezinde yer alır ve Türk halkının siyasi varlığını temsil ederler. Başka bir ifadeyle, “anayasa nedir?” sorusunu yanıtlarlar. Bu nedenle de anayasanın geri kalan hükümleri karşısında üstünlüğe sahiptirler. Türk halkının devletle olan birliği anayasayı kuşatır ve anayasal normların nasıl yorumlanacağına dair sınırlamalar getirir. Bu açıdan hukuki olmak, Türk halkının devletle olan siyasi birliğine uygun olmakla eşitlenmiştir. Bu yorumun, neyin hukuki olduğu konusunda uluslararası sözleşmelerden doğan haklara ve uluslararası hukuka kapıları kapatarak; büyük bir içe kapanma anlamına geldiği aşikardır.

Buna göre, anayasada belirtilen hak ve özgürlükleri yorumlamanın ve onları kullanmanın siyasi sınırları vardır; ancak bu siyasi sınırlar aynı

zamanda *anayasal sınırlardır*. Türk halkının siyasi varlığı yahut anayasanın ilk dört maddesiyle çelişen faaliyetler anayasal hak ve özgürlüklerin sağladığı korumanın dışında bırakılırlar; başka bir ifadeyle, ilk dört maddeyle çelişen faaliyetler Yargıtay'ın yorumuyla anayasanın dışına atılırlar.

Öte yandan Yargıtay'ın anayasa yorumunun arka planında anayasanın anlamının sadece normatif/soyut bütünlüğü olmadığını da belirtmek gerekir. Schmitt'in yorumunu da katarak ifade edersek, Cumhuriyet'in anayasal düzeninin anlamında bir birlik ve tutarlılık varsa, bu somuttaki bir ortaklaşma ve birliktir. Birlik ve düzen tüzüklerde, kurallarda ve normları içeren herhangi bir unsurda değil, devletin somuttaki birliğinde yatmaktadır. En net ifadeyle sadece somut olarak var olan varlıkların hiyerarşisi; somut otoritelerin birbirine üstünlüğü ve tabiiyetinden söz edilebilir<sup>[130]</sup>. Yargıtay da AYM'nin Atalay hükmünü uygulamaz ve kendi anayasa yorumunu dayatırken aslında somut bir birlikten güç almaktadır. Zira Atalay'ın suçunun tespiti, cezasının belirlenmesi ve kesinleşmesi ve de milletvekilliği dokunulmazlıklarından muaf tutulması sürecinde İstanbul 13. Ceza Mahkemesi, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Yargıtay 4. Ceza Dairesi ve Adalet Bakanlığı'nın hepsi görüş birliği içinde hareket etmişlerdir. Başka bir ifadeyle, anayasa hükümleri bu kurumlar tarafından aynı şekilde okunmuş ve yorumlanmıştır. Bu yorum şu şekildedir:

Türkiye Cumhuriyeti'nin anayasal düzenini ortaya çıkaran Türk milletinin siyasi birliği ve bu birliği hem yansıtan hem de bu birliğe hakim olan ilkeler, Atalay'ın dokunulmazlığına anayasal güvence sağlamamaktadır.

Yargıtay, terör suçundan tutuklu olan bir sanığın seçilme hakkının bir parçası olan dokunulmazlıklardan yararlanamayacağına hükmederken, aslında anayasal hakların meşru öznesine dair bir yargıda bulunmaktadır. Hannah Arendt'n meşhur ifadesiyle kimin haklara sahip olma hakkı olduğunu belirlemektedir. En yalın haliyle Yargıtay, anayasal hak ve özgürlüklerden faydalanılmasını siyasi bir kriter olan dost-düşman ayrımına dayandırılmasını önermektedir. Başka bir ifadeyle dost-düşman ayrımı, anayasanın ona göre yorumlanacağı bir üst-norm halini almalıdır. Düşman addedilenler anayasal haklardan yararlanmamalıdır. Yargıtay'ın yorumu açıkça bütün bir anayasal

[130] Arkadiusz, "Dispute over the Guardian of the Constitution", *op. cit.*, s.202.

düzeni ortadan ikiye bölme, düşman addedilen için bir hukuksuzlaştırma; onu anayasal düzenden kovma, afaroz etme önerisidir. Öte yandan Yargıtay düşmanın kim olduğunu da belirtmektedir. Tüketmemekle birlikte TMK çerçevesinde hüküm giyenler, yani “teröristler” düşmandır ve anayasal düzenin dışında tutulmaları gerekir. O halde dost-düşman ayrımı hukukun ona göre yorumlanacağı bir üst-kriter halini alırken, düşmanı belirleyen TMK da anayasanın ona göre yorumlanacağı bir üst-norm halini alır. TMK, Yargıtay için Cumhuriyet'in meta-anayasasıdır. Açıktır ki bu şekilde yorumlanan bir anayasanın bütün yurttaşları eşit görme ve eşit muamele etme iddiası ve de liberal olarak adlandırılmasının gerekçesi ortadan kalkar. Bu nedenle Yargıtay Üçüncü Dairesi'nin anayasa yorumu, Türkiye'de anayasal devletin sürüklendiği istikameti görmek açısından önemlidir.

Schmitt ne parlamentodan ne de yargısal norm denetiminden hoşnuttur. Her ikisi karşısında devlet başkanının yetkilerinin genişletilmesini savunur. Anayasa ise Schmitt'in hayalindeki başkanlık sistemi (Präsidentsystem) önündeki en büyük engeldir<sup>[131]</sup>. Schmitt hem *Anayasa* Öğretisi hem de *Anayasanın Koruyucusu*'nda devlet başkanının diktatörlüğünü mevcut anayasal hükümlerle meşrulaştıramayınca doğrudan halkın iradesiyle meşrulaştırmaya yönelik bir strateji gütmüştür<sup>[132]</sup>. Bu strateji çerçevesinde ilk olarak anayasa ve “anayasa metni” diyerek anayasayı ikiye böler, anayasal hükümlerin bir kısmını ikincilleştirir, bir kısmını da sadece metne dahil ederek anayasadan tamamen çıkarır. İkincisi, kanunilik olabildiğince küçümsenir. Yargıtay'ın terörist addettiği kişilerin seçilme hakkını ellerinden alması önündeki en büyük engel de kanuniliktir. Yargıtay kanuniliği hukukilik ile aşarken hukukiliği, anayasayı ve anayasa koyucunun iradesini Türk halkının siyasi birliğin devamına özgüler. Öyle ki anayasanın ilk dört maddesi, anayasanın geri kalanına doğru çevrilmiş bir silaha dönüşür.

Yargıtay da ne parlamentodan ne de AYM'den hoşnuttur. Ancak “AYM denetlenmelidir” demekten öteye gitmez; bu denetlemenin nasıl olacağına dair herhangi bir detay da önermez. Ama yaşanan süreç kimi ipuçları vermektedir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin AYM üyeleri hakkında suç

[131] Paulson, “Hans Kelsen and Carl Schmitt”, *op. cit.*, s.525.

[132] John P. McCormick, “The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers”, *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Cilt 10, 1997, s.177.

duyurusunda bulunmasının ertesi günü Cumhurbaşkanı ve AKP Genel Başkanı Recep Tayyüzyilip Erdoğan, AYM ve Yargıtay arasında *hakem* konumunda olduğunu belirtmiştir. İkincisi, yaptığı açıklamada Erdoğan, bu gerginliğin yasalarla çözüleceğini ama *yasaların da eksik kaldığını* ve ülkenin yeni bir anayasaya ihtiyacı olduğunu söylemiştir<sup>[133]</sup>. Kısaca, yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı da aynı Yargıtay gibi konuyla ilgili bir “yasal boşluk” görmektedir.

Halbuki ortada bir yasal boşluk olmadığı gibi muğlaklık dahi yoktur. Anayasa'nın 153. maddesi oldukça sarıhtir. Anayasayı ihlal eden bir fiil için “yasal boşluk” demek, bir anayasa ihlalini meşrulaştırmanın ilk adımıdır; öyle ki, gerekli yasal düzenleme yapılarak bir zamanlar ihlal olan bu fiile hukuki meşruiyet kazandırılabilir. Yine açıktır ki aynı mantık yürütmeye her konuda bir “yasal boşluk” görülebilir. Örneğin Anayasa'nın 88. maddesi kanun teklif etmede sadece milletvekillerini yetkilendirmiştir. Buna rağmen bir bakanın hazırlayacağı kanun teklifinin TBMM Başkanlığı'na sunulması durumunda bunun bir anayasa ihlali değil, doldurulmayı bekleyen bir “yasal boşluk” olduğu pekala savunulabilir. Kısaca “yasal boşluk”, anayasayı çiğneyerek günün ihtiyaçlarına göre anayasa değişikliği yapma dinamiğinin hukuki argümanıdır.

Günümüzün Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle yönetilen Türkiye'sinde AYM'nin denetlenmesini talep etmek; yasama yetkisini sadece parlamentonun kullandığı bir sistemden bakiye kalan bu yüksek mahkemenin, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle uyumlaştırılması olacaktır. En nihayetinde yürütme yetkisini elinde bulunduran ve kanun hükmünde kararnameyle yasamaya dair yetkilere de sahip olan cumhurbaşkanının anayasa yargısına denetçi olması düşünülemeyecek bir durum değildir. Yine Schmitt'in düşüncelerinden faydalanacak olursak hakemlik ya da yargısal denetim yetkisini kullanmasının önündeki tek engel, cumhurbaşkanının siyasi parti aidiyetidir. Bu vesileyle, çalışmaları sürmekte olan yeni anayasada cumhurbaşkanının tarafsızlığının ele alınıp alınmayacağı merakla beklenen konulardan biridir.

[133] “Erdoğan'dan Yargıtay'ın AYM kararıyla ilgili açıklama: ‘Bu tartışmada taraf değil hakem konumundayız.’” *BBC Türkçe*, 10 Kasım 2023. <https://www.bbc.com/turkce/articles/cjrp8xgr79lo>

## KAYNAKLAR

- Akbaş, Kasım, “Hans Kelsen: Hukukun Saf Kuramı”, in Kasım Akbaş, Melike Belkıs Aydın, Sevtap Metin ve Ertuğrul Uzun (Ed.), *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, İstanbul, İthaki, 2015, s.29-49.
- Akçil, Yılmaz, “Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 39, Sayı 1, 2022, s.1- 45.
- Bobbio, Norberto, “Kelsen ve Hukukun Kaynakları”, in Cemal Baki Akal (Ed.), *Devlet Kuramı*, Ankara, Dost Kitabevi, 2013, s. 459-469.
- Gornisiewicz, Arkadiusz, “Dispute over the Guardian of the Constitution: Hans Kelsen, Carl Schmitt and the Weimar Case”, *Politeja*, Cilt 3, Sayı 72, 2021, s.193-214.
- Göztepe, Ece, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in ‘Anayasa Öğretisi’”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: LXXIII, Sayı 1, 2015, s.129-180.
- Kardeş, Ertan, *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı: Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi*, İstanbul, İletişim, 2015.
- Loughlin, Martin, *Foundations of Public Law*, New York, Oxford University Press, 2010.
- McCormick, John P., “The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers”, *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Cilt 10, 1997, s.163-187 (<https://doi.org/10.1017/S0841820900000291>)
- Özenç, Berke, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak: Kelsen Schmitt'e Karşı*, İstanbul, İletişim, 2022.
- Paulson, Stanley L, “Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the “Guardian” Controversy of 1931”, in Jens Meierhenrich ve Oliver Simons (Ed.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, New York, Oxford University Press, 2016, s.510-547.
- Schmitt, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker und Humblot, 1996.

- Schmitt, Carl, *Legalität und Legitimität*, Achte Auflage, Berlin, Duncker und Humblot, 2012.
- Schmitt, Carl, *Legality and Legitimacy*, Berlin, Duke University Press, 2004.
- Schmitt, Carl, *Siyasal Kavramı*, İstanbul, Metis, 2006.
- Schmitt, Carl, *Constitutional Theory*, USA, Duke University Press, 2008.
- Schmitt, Carl, “The Dictatorship of the President of the Reich according to Article 48 of the Weimar Constitution,” in Carl Schmitt, *Dictatorship: From the Origin of the Modern Concept of Sovereignty to Proletarian Class Struggle*, Cambridge, Polity Press, 2014, s.180-226.
- Schmitt, Carl, “Closing Statement Before the *Staatsgerichtshof* in Leipzig,” in Lars Vinx (Ed.), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, s.222-228.
- Schmitt, Carl, “The Guardian of the Constitution”, in Lars Vinx (Ed.), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, s.79-174.
- Schmitt, Carl, *Kanunilik ve Meşruiyet*, İstanbul, İthaki, 2016.
- Schmitt, Carl, *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, Ankara, Dost, 2017.
- Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, Elfte Auflage, Berlin, Duncker und Humblot, 2017.
- Schupmann, Benjamin A., *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory*, Birleşik Krallık, Oxford University Press, 2017.
- Seitzer, Jeffrey ve Christopher Thornhill, “An Introduction to Carl Schmitt's Constitutional Theory: Issues and Context”, in Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, USA, Duke University Press, 2008, s.1-53.
- Türkeli, Gözde, “Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2020, s.980-1005.

Vinx, Lars, “Carl Schmitt and The Problem of Constitutional Guardianship”,  
*in* Matilda Arvidsson, Leila Brännström ve Panu Minkkinen (Ed.),  
*The Contemporary Relevance of Carl Schmitt: Law, Politics, Theology*,  
New York, Routledge, 2015, s.34-49.

Vinx, Lars, “Introduction”, *in* Lars Vinx (Ed.), *The Guardian of the  
Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of  
Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press,  
2015, s.1-22.

Wolin, Richard, “Carl Schmitt, Political Existentialism, and the Total  
State”, *Theory and Society*, Cilt 19, 1990, s. 389-416 (<https://doi.org/10.1007/BF00137619>).

### **MAHKEME KARARLARI ve YASAL MEVZUAT**

Anayasa Mahkemesi 28351 Sayılı İçtüzüğü, 12 Temmuz 2012 Tarih ve  
28352 Sayılı Resmi Gazete

İstanbul Onüçüncü Ağır Ceza Mahkemesi, 25 Nisan 2022 Tarih ve  
E.2021/178, K.2022/178 Sayılı Karar

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesi, 28 Aralık 2022  
Tarih ve E.2022/1270, K.2022/1463 Sayılı Karar

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 13 Temmuz 2023 Tarih ve E.2023/12611,  
K.2023/112 Sayılı Şerafettin Can Atalay Kararı

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 28 Eylül 2023 Tarih ve E.2023/12611, K.  
2023/6359 Sayılı Şerafettin Can Atalay Kararı

Anayasa Mahkemesi, 25 Ekim 2023 Tarih ve 2023/53898 Başvuru Numaralı  
Şerafettin Can Atalay Kararı

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/12611 Sayılı  
Değişik İş Kararı

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi, 3 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/12611,  
2024/1 Sayılı Değişik İş Kararı

Anayasa Mahkemesi, 21 Aralık 2023 Tarih ve 2023/99744 Başvuru Numaralı  
Şerafettin Can Atalay Kararı

Anayasa Mahkemesi, 7 Nisan 2022 Tarih ve 2018/26689 Başvuru Numaralı  
Leyla Güven Kararı



Anayasa Mahkemesi, 1 Nisan 2021 Tarih ve 2019/10634 Başvuru Numaralı  
Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararı

Anayasa Mahkemesi, 22 Şubat 2024 Tarih ve E. 2024/43, K. 2024/65  
Sayılı Şerafettin Can Atalay Kararı

### ÇEVİRİM İÇİ KAYNAKLAR

Ankara Barosu, “8 Kasım 2023 Yargıtay, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını tasfiye etti! Bugünü Unutma!”, <https://www.ankarabarusu.org.tr/duyuru/2797f702-7e60-11ee-9dfe-000c29c9dfce> (Erişim Tarihi: 16 Şubat 2024).

Aydın, Oya ve Özlem Kaygusuz, “Yargıtay Kararı ve Türkiye’de Siyasi Anayasasızlaştırma”, <https://birikimdergisi.com/guncel/11548/yargitay-karari-ve-turkiyede-siyasi-anayasasizlastirma>, (Erişim Tarihi: 15 Aralık 2023).

BBC Türkçe, “Erdoğan’dan Yargıtay’ın AYM kararıyla ilgili açıklama: ‘Bu tartışmada taraf değil hakem konumundayız.’”, <https://www.bbc.com/turkcel/articles/cjrp8xgr79lo> (Yayın Tarihi: 10 Kasım 2023).

Kaboğlu, İbrahim, “Yargıtay Kararı ve Anayasal Yokluk Hali”, <https://legal.com.tr/blog/> (Yayın Tarihi: 16 Kasım 2023).

Sevinç, Murat, “Bir adım, bir adım daha... Bir ‘dip’ olmayabilir!”, <https://www.diken.com.tr/bir-adim-bir-adim-daha-bir-dip-olmayabilir/>, (Erişim Tarihi: 14 Haziran 2024).

Şen, Ersan, Erkan Duymaz, Hasan Yılmaz ve Özüm Su Uzun, “AYM’nin Şerafettin Can Atalay (2) Kararı ve Kararın İnfazı Sorunu”, [https://sen.av.tr/tr/makale/aymnin-serafettin-can-atalay-\(2\)-karari-ve-kararin-infazi-sorunu#:~:text=Ceza%20Dairesi'nin%20karar%C4%B1na%20itiraz,oy%C3%A7oklu%C4%9Fu%20ile%20kesin%20olarak%20reddetmi%C5%9Ftir](https://sen.av.tr/tr/makale/aymnin-serafettin-can-atalay-(2)-karari-ve-kararin-infazi-sorunu#:~:text=Ceza%20Dairesi'nin%20karar%C4%B1na%20itiraz,oy%C3%A7oklu%C4%9Fu%20ile%20kesin%20olarak%20reddetmi%C5%9Ftir), (Erişim Tarihi: 3 Temmuz 2024).

Türkiye Barolar Birliği, “Bu karar anayasal düzene karşı açık bir başkaldırıdır.” <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/bu-karar-anayasal-duzene-karsi-acik-bir-baskaldiridir-84291>, (Erişim Tarihi: 24 Haziran 2024).



# Vasiyet Alacaklısının Vasiyeti Reddi (TMK m. 616)

Nihan KOYUNCU AKTAŞ\*

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: nihankoyuncu.aktas@medeniyet.edu.tr **ORCID:**0000-0002-8251-2629.

**Makale geliş tarihi:** 16 Ağustos 2024 **Makale kabul tarihi:** 1 Ekim 2024

**Atıf önerisi:** Koyuncu Aktaş, Nihan, “Vasiyet Alacaklısının Vasiyeti Reddi (TMK m. 616)”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 4, Ekim 2024, s. 383-423. **DOI:** 10.30915/abd.1534425.

## VASİYET ALACAKLISININ VASİYETİ REDDİ (TMK m. 616)

### ÖZ

Vasiyetin reddi, tek bir madde ile Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 616 hükmünde düzenlenmektedir. Madde uyarınca aksi tasarruftan anlaşılmadıkça vasiyetin reddinden vasiyet yükümlüsü yararlanır. Maddede vasiyetin reddinin sadece sonucunun düzenlenmesi bu konuda yanıtlanması gereken birçok soruya sebebiyet verir. Bunların başında vasiyetin reddinin hukuki niteliği gelir. Alacağın reddi kavramına yabancı olan hukuk sistemimizde TMK m. 616 hükmü, alacak hakkından tek taraflı feragati mümkün kılan özel bir düzenlemedir. Bunun temelinde yer alan ihtiyaca göre vasiyete temel teşkil eden şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar ele alınarak vasiyetin reddinin hukuki niteliğine bağlı sonuçlar şekillenir. Bu kapsamda vasiyetname ile yapılan vasiyet ile miras sözleşmesi yoluyla yapılan vasiyette vasiyet alacaklısı lehine doğan alacak hakkı bir ret hakkı ile dengelenmeyi aynı düzeyde gerektirir mi sorusunun yanıtı aranmaktadır.

Vasiyetin reddinin mirasın reddine ilişkin hükümler arasında yer alması, vasiyetin reddi ile mirasın reddi arasında bir karşılaştırma yapmayı gerekli kılar. İki kavramın birbirinden farkı mirasın reddinin kıyasen uygulanmasını engeller. Bu nedenle vasiyetin reddinin şekli, süresi ve hükümlerinin ayrıca incelenmesi gerektiği kanaatine ulaşılmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** vasiyet, vasiyetin reddi, TMK m. 616, vasiyetname, miras sözleşmesi.

## THE DISCLAIMER OF LEGACY BY THE LEGATEE (TCC Art 616)

### ABSTRACT

The disclaimer of a legacy is regulated under a single article in Article 616 of the Turkish Civil Code (TCC). According to this article, unless otherwise specified, the obligor benefits from the disclaimer of such legacy. The fact that the article only regulates the consequences of the disclaimer of the legacy gives rise to many questions that need to be addressed, the foremost of which is the legal nature of such disclaimer. In a legal system unfamiliar with the concept of disclaimer (rejection) of a claim, TCC Art 616 is a special provision that enables unilateral waiver of the claim. The consequences of disclaiming a legacy are shaped by the formal testamentary dispositions made in contemplation of death. The inquiry is whether the right of claim arising in favor of the legatee under a legacy made through a will should be balanced at the same level with a right of disclaimer as the right of claim arising under a legacy made through an inheritance contract.

The placement of the disclaimer of a legacy within the provisions relating to the disclaimer of an inheritance necessitates a comparison between the two concepts. The fundamental differences between these concepts prevent the analogous application of the rules governing the disclaimer of an inheritance to the disclaimer of a legacy. Therefore, it is concluded that the form, duration and provisions governing the disclaimer of a legacy require further examination.

**Keywords:** legacy, disclaimer of legacy, TCC Art. 616, will, contract of inheritance.

## GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu<sup>[1]</sup> m. 517/I hükmü uyarınca *mirasbırakan, bir kimseye onu mirasçı atamaksızın belirli bir mal bırakma yoluyla kazandırmada bulunabilir*. Bu hükümden görüleceği üzere mirasbırakanın maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufunun<sup>[2]</sup> vasiyet niteliğini taşıması bu tasarrufun mirasçı atama niteliğinde olmamasına bağlıdır. Mirasbırakanın çoğunlukla hukuken açık ifadeler kullanmamış olabileceğinden hareketle bazı durumlarda irade beyanı yorumlanmak sureti ile yapılmış olan ölüme bağlı tasarrufun niteliği tespit edilir<sup>[3]</sup>. İşte bu noktada yaşanan tereddütte *bir kişinin, mirasın*

[1] 8.12.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu.

[2] Mirasbırakanın ölümünden sonra yerine getirilmesini istediği son arzuları maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf olarak adlandırılmaktadır. Mirasçı atama, belirli mal bırakma maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların tipik örneklerindedir. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf ise mirasbırakanın iradesini açıklarken uyması gerekli şekli kurallarıdır ve vasiyetname ile miras sözleşmesi olmak üzere iki türdür (Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, İstanbul, Filiz, 19. Baskı, 2023, N. 72. Ayrıca bkz. Gökhan Antalya ve İpek Sağlam, *Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt III*, Ankara, Seçkin, Genişletilmiş 5. Baskı, 2021, N. 803; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, 2022, s.120; Nüşin Ayiter ve Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, 1991, s.100 vd.; Kemal Tahir Gürsoy, *Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti*, Ankara, 1955, s.6vd.).

[3] İmre ve Erman, *op.cit.*, s.121; Ayiter ve Kılıçoğlu, *op.cit.*, s.150-153. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun bir mirasçı atama mı yoksa vasiyet mi olduğunun ayrımı oldukça önemlidir. Atanmış mirasçı, mirasbırakanın külli halefidir ve mirasbırakanın ölümü ile beraber mirası kendiliğinden kazanır (İmre ve Erman, *op.cit.*, s.119; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt-I*, İstanbul, On iki Levha, 2022, N. 585). Vasiyet alacaklı ise mirasbırakanın mirasçısı değildir, mirasçılara karşı vasiyetin yerine getirilmesi yönünde alacak hakkı sahibidir. Diğer bir ifade ile mirasbırakanın mirasçı ataması halinde bu kişi mirasçı olurken vasiyet alacaklısı yönünden *sadece* alacak hakkı doğmaktadır. Bu nedenle mirasbırakanın amacının tereke üzerinde doğrudan doğruya hak kazandırmak olduğunun tespiti halinde burada mirasçı atamanın var olduğu değerlendirilmektedir. Bkz. Ayiter ve Kılıçoğlu, *op.cit.*, s.102; Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, Ankara, Yetkin, 2. Baskı, 2019, s.24 vd.; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Miras Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, 2023, s.37. Vasiyetnamenin yorumu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Serkan Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumlanması*, İstanbul, On iki Levha, 2011, s.33-55, s.102 vd.

*tamamını veya belli bir oranını almasını içeren her tasarruf, mirasçı atanması sayılır* (TMK m. 516/II). Bir yorum kuralı koyan bu hüküm, terekenin tamamı veya belli bir oranını almak üzere bir kişi tayin edildiğinde bunun mirasçı ataması hükmünde olduğunu düzenler. Gerçekten, terekedeki belirli bir malvarlığı değerinin değil de terekenin tamamının ya da belirli bölümünün bırakılması halinde mirasbırakanın kullandığı terim *vasiyet* olsa dahi mirasçı ataması söz konusudur<sup>[4]</sup>. Örneğin, tüm malvarlığı, yıllar önce almış olduğu yalı olan kişi, bu yalıyı (A)'ya *vasiyet* olarak bırakırsa, ölüme bağlı tasarrufunda kullanılan ifade vasiyet olsa dahi terekesinin tamamı üzerinde tasarruf etmeyi amaçladığından bu bir mirasçı atamadır<sup>[5]</sup>. Tersine, birçok taşınmaz ve başkaca malvarlığı olan kişinin *Şişli'deki dairemde A'nın mirasçı olmasını istiyorum* ifadesi, mirasçı ibaresine rağmen vasiyet olarak yorumlanır, burada mirasbırakanın A'yı külli halef kılma arzusu yoktur<sup>[6]</sup>. Dahası, mirasbırakanın, aynı zamanda mirasçı olan vasiyet alacaklısı lehine yaptığı ölüme bağlı tasarrufun paylaşırma kuralı olması da mümkündür<sup>[7]</sup>. Peki, ölüme bağlı tasarrufun bir mirasçı atama ya da paylaşırma kuralı değil de vasiyet alacaklısı lehine yapılan bir vasiyet olduğunun tespiti halinde vasiyet alacaklısı, lehine bırakılan bu vasiyeti reddedebilir mi? Kanun koyucu bu soruyu olumlu yanıtlar. TMK m. 616 hükmünde düzenlenen *vasiyetin reddi*, mirasın reddine ilişkin düzenlemeler (TMK m. 605-618) arasında tek bir maddede düzenlenmektedir. TMK m. 616 hükmü uyarınca *vasiyet alacaklısının vasiyeti reddetmesi halinde, mirasbırakanın arzusunun başka türlü olduğu tasarruftan anlaşılmadıkça bu reddin vasiyet yükümlüsü yararlanır*. Görüleceği üzere bu hüküm esasen vasiyet alacağının reddinin kapsam ve içeriğini değil sadece sonucunu düzenler. Ne var ki, hukukumuzda alacağın reddi şeklinde bir kavramın açıkça düzenlenmemiş oluşu vasiyetin (*vasiyet alacağının*) reddini düzenleyen TMK m. 616 hükmünü yoruma açık bırakır. Bu cümleden olmakla, çalışmamızda öncelikle vasiyetin reddinin hukuki niteliği ve buna bağlı sonuçların irdelenmesi amaçlanmaktadır.

[4] Dural ve Öz, *op cit.*, N. 663. Bu konuda bkz. Caner Taşatan, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Mirasçı Atama", *İnüHFD*, Cilt 10, Sayı 1, 2019, s.40-49, s.43 vd.

[5] Örnek için bkz. İmre ve Erman, *op.cit.*, s.121. Ayrıca bkz. Taşatan, *op.cit.*, s.44.

[6] Ergüne, *op cit.*, s.102.

[7] TMK m. 647/III: *Aksini arzu ettiği tasarruftan anlaşılmadıkça, mirasbırakanın tereke malını bir mirasçıya özgülemesi, vasiyet olmayıp sadece paylaşırma kuralı sayılır*.

Bu amaçla vasiyetin reddinin sistematik yeri ve kavram olarak yakınlığı dikkate alınarak kendisinden önce gelen mirasın reddinde önem arz eden hususlar incelenmektedir. Bunu takiben, vasiyetin hem vasiyetname hem de miras sözleşmesi ile yapılabilmesinin mümkün olması karşısında vasiyetin reddi; bu iki ayrı ölüme bağlı tasarruf yönünden ayrıca irdelenmektedir. En nihayetinde vasiyetin şekli, bir süreye tabi olup olmadığı, ehliyet gibi hususlar ile reddin hüküm ve sonuçları tartışılmaktadır.

## I. KÜLLİ HALEFİYET VE MİRASIN REDDİ KAVRAMINA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

TMK m. 599 hükmü ile mirasçılarının, *mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanacakları* düzenlenmektedir. Böylece mirasbırakanın ölümü ile beraber mirasçılarının hareketine gerek olmaksızın, mirası kabul beyanı aranmaksızın<sup>[8]</sup> mirasbırakanın malvarlığına dahil olan ve miras yolu ile intikali mümkün olan tüm malvarlığı değerlerinin mirasçılara geçişi söz konusudur.

Türk-İsviçre hukukunda benimsenen külli halefiyet ilkesinin sonucunda mirasbırakanın malvarlığı (ölümüyle birlikte *terekesi*), aktif ve pasifleri ile beraber, intikal konusu şeye göre devir için gerekli işlemlerin yapılmasına gerek olmaksızın (*örneğin taşınmazlarda tapuya tescil, taşınırlarda zilyetlik nakli, alacak için alacağın temliki ve borçlar yönünden borcun nakli aranmaksızın*) mirasçılara kendiliğinden intikal eder<sup>[9]</sup>. Belirtilen bu

[8] Peter Tuor ve Roberto Piconi, *Berner Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band III: Das Erbrecht. 2. Abteilung: Der Erbgang*, Art. 537-640, Bern, 2. Auflage, 1964, Art 571, N. 2; Tarkan Göksu, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640*, Hrsg. Arnet Ruth/Breitschmid Peter/Jungo Alexandra, Zürich- Basel- Genf, 4. Auflage, 2023, Art 571, N.1. İstisnai olarak mirasın kazanılması için kabul beyanı aranan durumlardan bir tanesi TMK m. 605/II hükmünde düzenlenen durumdur. Terekenin borca batık olması halinde mirasın reddedildiği karinesini düzenleyen hükme bağlı olarak bu duruma rağmen mirası kazanmak isteyen mirasçının kabul beyanına ihtiyaç bulunmaktadır. Bir diğer düzenleme ise sonraki mirasçılar yararına redde ilişkin TMK m. 614 hükmüdür. Bu konuda bkz. Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku*, İstanbul, On iki Levha, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, 2022, s.151, N. 56 vd; İlhan Helvacı, *Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Mirasın Reddi (MK m. 605-MK. m. 618)*, İstanbul, Filiz, 1. Baskıdan Tıpkı 2. Baskı, 2014, s.6; Ayiter ve Kılıçoğlu, *op cit.*, s.240.

[9] Külli halefiyet ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar*, Ankara, Seçkin, Güncellenmiş



mirasçılar, mirasbırakanın yasal mirasçıları ve mirasbırakan tarafından atanmış mirasçılardan oluşmaktadır<sup>[10]</sup>. Vasiyet alacaklıları ise mirasbırakanın külli halefi olmayıp tereke değerine yönelik olağan<sup>[11]</sup> bir alacak hakkına sahiptir (TMK m. 600/I).

Mirasın başka bir koşul aranmaksızın ölüm olgusu ile eş zamanlı olarak mirasçılara geçişi, mirasçılar yönünden korumayı gerekli kılar. Zira mirasın külli halef olan yasal ve atanmış mirasçılara intikali sadece terekeye dahil aktiflerin geçişini sağlamaz, aynı zamanda mirasbırakana ait borçların da mirasçılara intikali sonucunu doğurur (TMK m. 599/II). Dahası mirasçılarının, mirasbırakanın borçlarından sorumluluğu tereke ile sınırlı bir sorumluluk değildir<sup>[12]</sup>. Mirasçılar, bu borçlardan kişisel malvarlıkları ile sınırsız sorumludur. Buna bağlı olarak, mirasbırakanın terekesi borcu karşılamaya yetmezse mirasçılarının kendi malvarlıkları ile müteselsil sorumluluğu devam eder (TMK m. 681/I). Kimseye arzusu hilafına bir hakkın dayatılamayacağı ilkesi ile uyumsuz olan mirasın kendiliğinden kazanılması prensibinin sonucu olarak ihtiyaç duyulan koruma yollarından biri mirasın reddi ile sağlanmaktadır<sup>[13]</sup>.

8. Baskı, 2022, s.484; N. 11; Helvacı, *op. cit.*, s.6; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, Ankara, Seçkin, 2022, N. 86; Dural ve Öz, *op. cit.*, N.74; M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku*, İstanbul, Filiz, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, 1995, s.5vd.; Halil Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s.56vd.

[10] Serozan ve Engin, *op.cit.*, s.487; N. 15; Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 43.

[11] Vasiyet alacağının tipik bir borçlar hukuku alacağı olduğu yönünde bkz. Serozan ve Engin, *op.cit.*, s.498, N. 27c. Ayrıca bkz. Ivo Schwander, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB*, Hrsg. Geiser Thomas/Wolf/ Stephan, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 6. Auflage, 2019, Art. 577, N. 2.

[12] Serozan ve Engin, *op.cit.*, s.492, N. 23.

[13] Göksu, *op.cit.*, Art 566, N. 1; Serozan ve Engin, *op.cit.*, s.483, N. 8; Osman Hoşlan, "Mirasçının Alacaklısının Mirasın Reddini İptal Ettirebilmesi Hakkı (MK. 557)", *Yargıtay Dergisi*, Cilt 18, Sayı 71, Ocak 1975, s. 318-335, s.318. Mirasçılarının resmi defter tutma ve tutulan defter gereğince kabul ile resmi tasfiye yollarına başvurması da mümkündür. Mirasçının sorumluluğunun tereke ile sınırlı olduğunun kabul edildiği sistemlerde mirasın reddi korumasına ihtiyaç olmadığı yönünde bkz. Şakir Berki, "Türk Miras Hukukunun Esasları", *AÜHFĐ*, Cilt 11, Sayı 3, Mayıs 1954, s.174-221, s.13, dn. 37.

TMK m. 605/I hükmü ile yasal ve atanmış mirasçılarının mirası reddedebileceği düzenlenmektedir. Bu fıkrada düzenlenen, yasal ve atanmış mirasçılarının iradi şekilde mirası reddetmesidir<sup>[14]</sup>. Gerçek ret<sup>[15]</sup> olarak da isimlendirilen bu halde esasen kendiliğinden kazanılan mirasın mirasbırakanın ölümü anına kadar geçmişe etkili olarak ortadan kalkması söz konusudur<sup>[16]</sup>. Böylece, mirasçılardan biri mirası reddederse onun payı, miras açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş gibi, hak sahiplerine geçer (TMK m 611). Mirasçının tek taraflı varması gereken bu irade açıklaması ile mirasçılık sıfatını, kazanıldığı ilk andan itibaren ortadan kaldırmasına bağlı olarak ret açıklaması bozucu yenilik doğuran bir hukuki işlem olarak kabul edilmektedir<sup>[17]</sup>.

Mirasın gerçek reddi, külli halef olması nedeni ile mirasbırakanın borçlarından ötürü sorumlu olan mirasçının bu borçtan kurtulma amacı ile ya da başka saiklerle mirasçılık sıfatını kabul etmemesi, miras hakkını ortadan kaldırmasıdır<sup>[18]</sup>. Külli halefiyet prensibini mirasbırakanın ölüm anına kadar, geçmişe etkili şekilde ortadan kaldırma imkânı veren bu durumun oldukça önemli sonuçları mevcuttur. Buna bağlı olarak bu bozucu yenilik doğuran

[14] TMK m. 605/II hükmünde ise *ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedi aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır* ifadesi ile hükmen ret düzenlenmektedir. Mirasbırakanın ödemedi aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise mirasçılarının bir irade açıklamasına gerek olmaksızın mirasın reddedilmiş sayıldığı karinesi mevcuttur. Mirasçı isterse mirası kabul edebilir. Bu konuda bkz. Berki, *op.cit.*, s.194; Cevdet Yavuz ve Osman Açıkgoz, “Mirasın Temsilci Aracılığıyla Reddedilmesi Halinde Özel Yetkinin Gerekli Olup Olmadığı Hususunun Öğretideki Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *YÜHFD*, Cilt 18, Sayı 2, 2021, s. 677-693, s.680 vd; Hasan Petek, “Mirasın Hükmen Reddi”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Cilt 8, Sayı Özel, Haziran 2013, s. 2191-2236, s.2192 vd.

[15] Eren ve Yücer Aktürk, *op.cit.*, N. 1420; İnan, Ertaş ve Albaş, *op.cit.*, N. 513; Helvacı, *op.cit.*, s.9; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt IV Miras Hukuku*, Ankara, Yetkin, 2022, s.221; Bilge Öztan, *Miras Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Üçüncü Baskı, 2008, s.324.

[16] Göksu, *op.cit.*, Art 566, N. 1; Serozan ve Engin, *op.cit.*, s.505, N. 46; Antalya ve Sağlam, *op.cit.*, N.1798; Ayan ve Ayan, *op.cit.*, s.323.

[17] Tuor ve Piconi, *op.cit.*, Art 570, N. 4; Hatemi, *op.cit.*, s.149, N. 42; Antalya ve Sağlam, *op.cit.*, N.1790; Helvacı, *op.cit.*, s.11; Ayiter ve Kılıçoğlu, *op.cit.*, s.235.

[18] Eren ve Yücer Aktürk, *op.cit.*, N. 1420-1421.

hakkın kullanımı, bu niteliğine bağlı olarak sıkı şekilde düzenlenmiştir. Aşağıda mirasın reddi kavramı, konumuzla ilgili olduğu kapsam ve ölçüde aktarılmaktadır.

(i) Miras; yasal mirasçılar için mirasçı olduklarını daha sonra öğrendikleri ispat edilmedikçe mirasbırakanın ölümünü öğrendikleri; vasiyetname ile atanmış mirasçılar için mirasbırakanın tasarrufunun kendilerine resmen bildirildiği tarihten itibaren üç ay<sup>[19]</sup> içinde reddolunabilir (TMK m. 606). Herhalükarda miras; ancak mirasbırakanın ölümünden sonra, mirasçılık sıfatının kazanılmasından sonra reddedilebilir.<sup>[20]</sup>

(ii) Mirası reddetmek isteyen mirasçıların, ret hakkı resmi makama varması gerekli bir irade beyanı niteliğindedir<sup>[21]</sup>. Gerçekten, kanun koyucu önemine binaen mirasın reddinin, mirasçılar tarafından sulh mahkemesine sözlü veya yazılı beyanla yapılacağını düzenlemektedir (TMK m. 609/I). Bu şekilde süresi içinde yapılan ret beyanı, mahkemece tutulan özel kütüğe işlenmektedir<sup>[22]</sup>. Mirasçının talebi olması halinde mahkemece mirasçıya mirası reddettiğine ilişkin bir belge verilir<sup>[23]</sup>. Ret beyanının yenilik doğurucu niteliği gereği yetkili sulh mahkemesine yapıldığı tarih itibarıyla sonuçlarını doğuracağı, belirtilen bu belge verilmese ve hatta özel kütüğe işlenmese dahi ret beyanının geçerli olacağı haklı olarak belirtilmektedir<sup>[24]</sup>. Yine,

[19] Bu süre hak düşürücü süredir. Bu konuda bkz. Eren ve Yücer Aktürk, *op.cit.*, N. 1439; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, İstanbul, Filiz, Hiç Değiştirilmemiş 3. Baskı, 1987, s.608; Helvacı, *op.cit.*, s.73; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 11. Baskı, 2021, s.279. TMK m. 615 hükmü uyarınca sulh hâkimi önemli sebeplerin varlığı halinde ret süresini uzatabilir veya yeni süre tanıyabilir.

[20] Serozan ve Engin, *op.cit.*, s.506, N. 47.

[21] Eren ve Yücer Aktürk, *op.cit.*, N. 1424.

[22] Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 39. Süresi içerisinde yapılmayan ret beyanlarının kütüğe işlenmeyeceği aynı maddede yer almaktadır.

[23] Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 39.

[24] Göksu, *op.cit.*, Art 570, N. 5; Eren ve Yücer Aktürk, *op.cit.*, N. 1433; Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 1698; Tuor ve Picenoni, *op.cit.*, Art. 570, N. 5; Göksu, *op.cit.*, Art 570,

mirasın reddinin bozucu yenilik doğuran hak niteliğinde olmasına bağlı olarak bu hakkın kullanımı ile beraber sona ereceği ve mirasçının bunu geri alamayacağını belirtmek gerekir<sup>[25]</sup>. Pek tabi mirasçının irade sakatlığına bağlı olarak ret açıklamasının iptali mümkündür<sup>[26]</sup>.

(iii) Mirasın reddine ilişkin beyanın kayıtsız ve şartsız olması gerektiği açıkça düzenlenmektedir (TMK m. 609/II).<sup>[27]</sup> Tartışmalı olmakla birlikte bu beyanın kayıtsız ve şartsız olması gerekliliğinin mirasın ancak bütünü ile reddedilebileceği, kısmi reddin ya da miras payının belirli bir oranının reddinin bu hükme aykırılık teşkil edeceği görüşü ileri sürülmektedir<sup>[28]</sup>.

---

N. 5; Arnold Escher, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Abt. 2, Der Erbgang. (Art. 537-640)*, Zürich, Schulthess, 1960, Art. 570, N. 16.

[25] Tuor ve Piconi, *op.cit.*, Art. 570, N. 6; Escher, *op.cit.*, Art. 566, N. 8. Antalya ve Sağlam, *op.cit.*, N 1806; Ayiter ve Kılıçoğlu, *op.cit.*, s.232. Karş. Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara, Yetkin, 2005, s.443 vd. Mirası ret açıklaması üzerine ortaya çıkan mevcut hukuki durumun olduğu gibi sürdürülmesinde menfaati olan *herkesin* muvafakati ile ret açıklamasının geri alınabileceği yönünde bkz. Helvacı, *op.cit.*, s.111; Kocayusufoğlu, *op.cit.*, s.606. Mirası reddeden mirasçının bundan feragatinin kabulü için tüm *mirasçılarının* feragat beyanını kabul etmesi gerektiği yönünde Kılıçoğlu, *op.cit.*, s.277; İmre ve Erman, *op.cit.*, s.365.

[26] Tuor ve Piconi, *op.cit.*, Art. 570, N. 6; Escher, *op.cit.*, Art. 570, N. 8; Eren ve Yücer Aktürk, *op.cit.*, N. 1429. Mirasın reddinin irade sakatlığı nedeniyle iptaline yönelik bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle iptal hakkı TMK m. 5 hükmü çerçevesinde Borçlar Kanunu'nun irade sakatlığı hükümlerinden kıyasen faydalanmakla mümkündür. Bu yönde bkz. Helvacı, *op.cit.*, s.115.

[27] *Mirasçılar, mirası reddederken, kendilerinden sonra gelen mirasçılardan mirası kabul edip etmeyeceklerinin sorulmasını tasfiyeden önce isteyebilir* (TMK m. 614/I). Bu düzenlemenin, ret beyanının kayıtsız ve şartsız olması gerekliliğine istisna teşkil ettiği yönünde bkz. Eren ve Yücer Aktürk, *op.cit.*, N. 1427; Öztan, *op.cit.*, s.325; Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 1701.

[28] Kılıçoğlu, *op.cit.*, s.279; Antalya ve Sağlam, *op.cit.*, N. 1792; Ayan ve Ayan, *op.cit.*, s.325. Mirasçılarının yasal miras paylarından farklı şekilde miras taksiminin önünde engel olmamasına bağlı olarak miras paylarının belirli bir oranının reddinin mümkün olabileceği yönündeki karşı görüş için bkz. Helvacı, *op.cit.*, s.67. Karş. Tuor ve Piconi, *op.cit.*, Art. 570, N. 11; İmre ve Erman, *op.cit.*, s.364; Öztan, *op.cit.*, s.325; Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 1702.

(iv) Bu noktada mirasın reddinde ehliyet meselesinin üzerinde durulması gerekmektedir. Mirasçının redde yönelik irade açıklamasının geçerli olabilmesi için mirasçının tam ehliyetli olması gerekmektedir. Mirasçının tam ehliyetsiz olması halinde, mirasın reddinin kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olmamasına<sup>[29]</sup> bağlı olarak yasal temsilcinin ret açıklamasına ihtiyaç bulunmaktadır<sup>[30]</sup>. Ancak tam ehliyetsiz vesayet altında ise vasinin ret açıklaması ile birlikte vesayet ve denetim makamlarının da izni gerekmektedir (TMK m. 463/b.5). Mirasçı sınırlı ehliyetsiz ise, mirasçının ret beyanının geçerli olması için yasal temsilcinin izni ya da onayı gerekmektedir. Vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz yönünden de vesayet ve denetim makamlarının izni gerekmektedir (TMK m. 463/b.5). Sınırlı ehliyetliler açısından değerlendirme yaparken mirasçının oy danışmanlığına mı yoksa yönetim danışmanlığına mı tabi olduğunu ayırmak gerekir. Bu ayırmadan hareketle oy danışmanlığına tabi sınırlı ehliyetliler yönünden bu kişilerin ret açıklamasının geçerli olacağını zira mirasın reddinin sınırlı ehliyetli kişinin tek başına yapamayacağı işlemleri düzenleyen TMK m. 429 hükmünde sayılmadığı belirtilmektedir<sup>[31]</sup>. Halbuki yönetim danışmanlığına tabi sınırlı ehliyetlinin malvarlığının sermaye açısından kısıtlanmış kişiye benzediğinin kabulü ile birlikte burada yasal danışmanın ret açıklamasında bulunması halinde TMK m. 463/b.5 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>[32]</sup>.

[29] Bu yönde bkz. Antalya ve Sağlam, *op.cit.*, N. 1801; İnan, Ertaş ve Albaş, *op.cit.*, N. 1624; Helvacı, *op.cit.*, s.16; Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 1700.

[30] Göksu, *op.cit.*, Art 566, N. 5. Tam ehliyetsiz mirasçının velayet altında olması halinde mirasçının menfaati ile yasal temsilcinin menfaatinin çatışmasının olanaklı olduğu, buna bağlı olarak TMK m. 426 hükmü uyarınca çocuğa temsil kayyımı atanması gerekebileceği belirtilmelidir. Bu ihtimalde çocuk adına mirasın reddi temsil kayyımı tarafından gerçekleştirilir; ancak bu reddin geçerli olması için vesayet ve denetim makamlarının izni gerekmektedir (TMK m. 403/III, 463/b.5). Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Helvacı, *op.cit.*, s.24-28.

[31] Helvacı, *op.cit.*, s.23. Sınırlı ehliyetlilerin de tam ehliyetliler gibi tek başına mirası ret hakkını kullanabileceği yönünde bkz. Ayan ve Ayan, *op.cit.*, s.324.

[32] Bu yönde, Kocayusufpaşaoğlu, *op.cit.*, s.603; Helvacı, *op.cit.*, s.23; Antalya ve Sağlam, *op.cit.*, N. 1802.

Edinilmiş mallara katılma rejimine tabi eşler yönünden bir eşin mirası reddetmesi diğer eşin muvafakatine bağlı değildir<sup>[33]</sup>. Aynı değerlendirme mal ayrılığı ve paylaşmalı mal ayrılığı rejimleri yönünden de yapılmalıdır (TMK m.242, 244). Ancak mal ortaklığı rejimine tabi eşler yönünden farklı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. *Eşlerden biri, diğerinin rızası olmaksızın ortaklık mallarına girecek olan bir mirası reddedemeyeceği gibi, tereke borca batıksa mirası kabul de edemez* şeklindeki TMK m. 265/I hükmü uyarınca mirasın gerçek reddi ya da hükmen ret koşulları gerçekleşmiş mirasın, tam tersine, kabulü için diğer eşin rızası aranacağı açıkça düzenlenmektedir.

(v) TMK m. 605 hükmünde yasal ve atanmış mirasçılarının mirası reddedebileceklerinin düzenlenmesine bağlı olarak, reddin sonuçlarını bu külli halefler yönünden ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

Yasal mirasçının mirası reddetmesi halinde *onun payı, miras açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş gibi, hak sahiplerine geçer* (TMK m. 611/I). Görüleceği üzere reddin geçmişe etkili olmasına bağlı olarak mirası reddeden yasal mirasçı mirasbırakandan önce ölmüş kabul edilmektedir<sup>[34]</sup>. Atanmış mirasçının mirası reddetmesi halinde ise onun payı, *mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufundan arzusunun başka türlü olduğu anlaşılmadıkça, mirasbırakanın en yakın yasal mirasçılarında kalır* (TMK m. 611/II).

(vi) Mirası reddetmenin reddeden mirasçının alacaklılarına zarar vermesi ihtimal dahilindedir. Bunu öngören kanun koyucu *Mirasçılarının alacaklılarının korunması* başlıklı m. 617/I hükmü ile, malvarlığı borcuna yetmeyen mirasçının, alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddetmesi halinde; alacaklıların veya iffâs idaresinin, kendilerine yeterli bir güvence

[33] TMK m. 223/I. Mal rejimleri bakımından ayrıntılı değerlendirme için bkz. Helvacı, *op.cit.*, s.37 vd.

[34] Antalya ve Sağlam, *op.cit.*, N. 1855.

verilmediği takdirde, ret tarihinden başlayarak altı ay<sup>[35]</sup> içinde reddin iptali hakkında dava açabileceğini düzenlemektedir.<sup>[36]</sup>

[35] Bu süre 4.4.1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 557 hükmünde üç ay olarak belirlenmişti. Sürenin yetersiz görülmesine bağlı olarak bu süre altı aya çıkarılmıştır. Buna ilaveten yeni maddede bu sürenin mirasçılarının mirası reddettiği tarihten itibaren başlayacağı düzenlenmektedir. Bu konuda bilgi için bkz. Kılıçoğlu, *op.cit.*, s.291. “Ret tarihinden itibaren altı ay içinde” ibaresinin iptali istemi Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. “(...) Zira, mirasbırakanın yerleşim yeri sulh mahkemesine yöneltilen ret beyanı hâkim tarafından tutanakla tespit edilerek, ret özel kütüğüne tescil edilecektir. Mirasçının alacaklıları, mirasın reddedilip reddedilmediğini mirasbırakanın yerleşim yeri sulh mahkemesi nezdinde yapacakları girişim ile öğrenme imkânına her zaman sahiptirler. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralda belirlenen altı aylık süre, alacaklıların mirasın reddedilip reddedilmediğini, reddedilmiş ise borçlu mirasçı tarafından yeterli güvence verilip verilmediğini araştırabilmeleri ve dava açma haklarını kullanabilmeleri için ölçülü olduğu gibi, reddin iptali davasının süresinin başlangıcının ret tarihi olarak belirlenmesi, borçlu dışındaki diğer mirasçılarının terekeye bir an önce kavuşmasını ve uzun süre dava tehdidi altında kalmasını önlemeye, reddeden mirasçının alacaklılarının korunması sağlamaya elverişli olup, itiraz konusu kuralın, hukuk devleti ilkesine ve hak arama hürriyetine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. (...)” Anayasa Mahkemesi, 27.03.2014 Tarih ve E. 2013/148, K. 2014/62 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Cilt 4, Sayı 51, 2014, s.2628. Süreyi kaçırmak istemeyen alacaklıların, mirasbırakanın yerleşim yeri sulh mahkemesindeki özel sicili takip etmesi gerektiği yönünde bkz. Doruk Gönen, “Mirası Reddeden Mirasçının Alacaklılarının TMK m 617 Kapsamında Korunması”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 80, Sayı 3, 2022, s.847-879, s. 862. Yazar, çok sayıdaki sulh mahkemeleri ile beraber bu incelemenin güç olduğunu belirtmektedir. Bu süre ZGB 567’de üç aydır. Bu konuda bkz. Göksu, *op.cit.*, Art 567, N. 1-4.

[36] Mirasçının borç ödeme güçlüğü içinde olan mirası kabul etmek suretiyle de alacaklılara zarar vermesinin mümkün olduğu yönünde Eren ve Yücer Aktürk, *op.cit.*, N. 1459; Hoşlan, *op.cit.*, s.320; Tuor ve Piconi, *op.cit.*, Art 578, N. 8. Bu konuda bkz. Cem Baygın, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması*, Seçkin, 2005, s.100 vd.; Gönen, *op.cit.*, s.850 vd.; İdil Tuncer Kazancı ve Bahar Öcal Apaydın, “Mirasçılarının Alacaklılarını Koruyan Davalar ile Tasarrufun İptali Davası İlişkisi” *İNÜHFD*, Cilt 2, Sayı Özel, 2015, s.775 vd.

## II. VASIYET (BELİRLİ MAL BIRAKMA) VE VASIYET ALACAĞI

Maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların sık karşılaşılan örneklerinden biri vasiyettir. Hemen belirtmek gerekir ki, *Belirli mal bırakma* başlıklı TMK m. 517 hükmünde vasiyet ile belirli mal bırakma kavramı eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Halbuki doktrinde de ifade edildiği üzere vasiyetin konusu belirli mal bırakma ile sınırlı değildir<sup>[37]</sup>. Aksine mirasçı veya üçüncü kişi lehine bir edimin yerine getirilmesi, bu kişinin ibra edilmesi, önalım hakkı tanınması da vasiyete konu olabilir<sup>[38]</sup>. Bu anlamda mirasbırakan tarafından vasiyet alacaklına bırakılan değerın türüne göre vasiyetin; intifa vasiyeti, ibra vasiyeti, alacak vasiyeti, tedarik vasiyeti gibi çeşitlenmesi mümkündür. Şu hâlde, uygulamada sıklıkla karşılaşılmakla birlikte belirli mal bırakma, vasiyet ile eş anlamlı olmayıp vasiyet üst başlığı altında yer alabilecek bir türüdür.

Vasiyet ile mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruf olarak lehine kazandırma yaptığı kişiye alacak niteliğinde bir malvarlığı değerini bırakmaktadır (TMK m. 517, TMK m. 600)<sup>[39]</sup>. Gerçekten vasiyet; mirasçı ya da mirasçı dışındaki üçüncü kişiye (*vasiyet alacaklısına*)<sup>[40]</sup> olağan bir alacak hakkı kazandırır.

[37] Oğuzman, *op.cit.*, s.141; Kocayusufoğlu, *op.cit.*, s.261; Çabri, *Şerh Cilt I, op.cit.*, N. 586.

[38] Çabri, *Şerh Cilt I, op.cit.*, N. 586.

[39] Jean N. Druey, *Grundriss des Erbrechts*, Bern, Staempfli Verlag AG, 5. Auflage, 2002, §11, N. 16; Baygın, *op.cit.*, s.197.

[40] Vasiyet alacaklısının mirasbırakanın mirasçısı olması mümkün olduğu gibi mirasçılar dışında üçüncü kişi olması da mümkündür. Yasal veya atanmış mirasçıya belirli bir mal bırakıldığında bu vasiyet ön vasiyet olarak adlandırılmaktadır (Eren ve Yücer Aktürk, *op.cit.*, N. 440; Antalya ve Sağlam, *op.cit.*, N. 827. Terimin karıştırılmaya müsait olması nedeni ile isabetli olmadığı, bunun yerine mirasçı lehine mal vasiyeti teriminin yerinde olduğu yönünde bkz. İmre ve Erman, *op.cit.*, s.127). Vasiyet alacaklısı mirası reddetmiş olsa dahi vasiyet alacağını isteme hakkını haizdir. Bu hususta TMK m. 519/III hükmü şöyledir: *Yasal veya atanmış mirasçı, mirası reddetmiş olsa bile lehine yapılmış bir tasarrufun yerine getirilmesini isteyebilir.* Görüleceği üzere vasiyet alacaklısının aynı zamanda yasal veya atanmış mirasçı olması halinde bu kişinin mirası reddetmesinin vasiyet alacağını da reddettiği anlamına gelmediği bir yorum kuralı olarak kabul edilmiştir. Ancak hükmün emredici olmaması karşısında mirasbırakan, mirası reddetme koşulu ile mirasçısı lehine ön vasiyette bulunabilir (Ergüne, *op.cit.*, s.115 vd; Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 685). Bu ihtimalde mirasın reddi vasiyet alacağını



TMK m. 600/I hükmünde de vasiyet alacaklısının vasiyet borçlularına karşı *kişisel bir istem hakkına* sahip olduğu açıkça belirtilmektedir. Maddenin ilerleyen fıkralarında alacak ve vasiyet alacaklısı ifadelerinin kullanılması, TMK m. 602 hükmünde zamanaşımının düzenlenmesi, kanun koyucunun vasiyet yolu ile bir aynı hak yerine alacak hakkı kazandırmayı tercih ettiğini göstermektedir<sup>[41]</sup>. Ayrıca TMK m. 600/I hükmündeki kişisel istem ifadesinin tercihi, vasiyet alacaklısına bir alacak hakkı kazandırılmasına bağlı olarak bu alacağın ileri sürülmesi için bir talep yetkisi tanındığının ifadesidir<sup>[42]</sup>.

Vasiyet alacağı ve buna bağlı talep yetkisi, vasiyet alacaklısı ile vasiyet borçluları arasında vasiyet konusu malvarlığı değerinin devrine ilişkin kurulan borç ilişkisinden doğmaktadır<sup>[43]</sup>. Vasiyet alacaklısı ve borçlusu arasında kurulan bu borç ilişkisine bağlı olarak vasiyete konu şey üzerindeki hak sahipliğinin değişmesi tasarruf işlemi gerekli kılar<sup>[44]</sup>. Zira vasiyet alacaklısı, mirasbırakanın ölümü ile birlikte vasiyete konu malı kendiliğinden kazanarak malik olmaz, sadece bu hususta bir alacak hakkı sahibi olur<sup>[45]</sup>. Bu kapsamda vasiyet borçlusunun<sup>[46]</sup> vasiyete konu malvarlığı değerini, ona özgü şekilde

---

ortadan kaldırır (Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 685). Aynı durumun tersi de mümkündür. Vasiyet alacaklısı olan yasal veya atanmış mirasçının sadece vasiyet alacağını reddetmesi; ancak mirası kabul etmesi olanaklıdır. Gerçekten, vasiyet alacaklısının aynı zamanda yasal mirasçı olması halinde esasen tek bir mirasçılık sıfatı mevcuttur ve TMK m. 519/III hükmü karşısında mirası kabul edip vasiyet alacağını reddetme ya da tersi durumun TMK m. 609/II hükmüne aykırılığı söz konusu değildir. Son olarak vasiyet alacaklısının gerçek ya da tüzel kişi olması mümkündür. Miras açıldığı zaman sağ olmak koşulu ile ceninin de vasiyet alacaklısı olması mümkündür (Eren ve Yücer Aktürk, *op.cit.*, N. 441).

[41] Merve Belge Çetin, *Vasiyet (Belirli Mal Bırakma)*, Ankara, Seçkin, 2022, s.50.

[42] Belge Çetin, *op.cit.*, s.54.

[43] Ayiter ve Kılıçoğlu, *op.cit.*, s.102; İnan, Ertaş ve Albaş, *op.cit.*, N. 99.

[44] Merve Ürem Çetinel, “Belirli Mal Bırakmada Yarar ve Hasarın Geçiş (TMK m. 518/I)” *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 80, Sayı 4, 2022, s.1143.

[45] Eren ve Yücer Aktürk, *op.cit.*, N. 436; Antalya ve Sağlam, *op.cit.*, N. 810; Ürem Çetinel, *op.cit.*, s.1142.

[46] Medeni Kanun’un çeşitli hükümlerinde vasiyet yükümlüsü ifadesine yer verilmiş olmakla birlikte aynı anlamda kullanılmak üzere vasiyet borçlusu ifadesi de doktrinde tercih edilmektedir. Vasiyet borçlusu (vasiyet yükümlüsü); yasal mirasçı, atanmış

vasiyet alacaklısına devretmesi gerekmektedir. Aksi halde TBK m. 112 hükmü uygulama bulur<sup>[47]</sup>.

Vasiyet alacağı, mirasbırakanın ölümü ile kendiliğinden kazanılır (TMK m. 600/II). Dikkat edilmesi gereken husus mirasbırakanın ölümü ile vasiyet alacaklısının kendiliğinden kazandığı şeyin, vasiyete konu değer devrine yönelik alacak hakkı olduğudur. Vasiyete konu malvarlığı değerinin kendisi ise ölüm ile birlikte mirasçılara geçmektedir; ancak kural olarak mirasçı bu malvarlığı değerini vasiyet alacaklısına teslim ile yükümlüdür<sup>[48]</sup>. Bu cümleden olmakla, mirasbırakan tarafından vasiyet alacaklısına kazandırılması arzulanan şey (*örneğin vasiyete konu belirli mal*) ile ölüm olgusuna bağlı olarak vasiyet alacaklısının kazandığı şeyin (*bu malın devrine yönelik alacak hakkı*) farklı olduğu ifade edilmelidir. Yine, mirasbırakanın ölümü ile doğan vasiyet alacağı, aksi kararlaştırılmamışsa vasiyet yükümlüsünün mirası kabul etmesi veya ret hakkının düşmesiyle muaccel olur (TMK m. 600/II). Görüleceği üzere burada alacak hakkı talep hakkından önce doğmaktadır<sup>[49]</sup>.

---

mirasçı veya başka bir kişi olabilir. TMK m. 600/I hükmünde düzenlendiği üzere vasiyet alacaklısı, *vasiyeti yerine getirme görevlisi varsa ona; yoksa yasal veya atanmış mirasçılara karşı kişisel bir istem hakkına sahip olur*. Böylece vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmamış veya alt vasiyet yoksa tüm yasal ve atanmış mirasçılar vasiyet borçlusudur (Antalya ve Sağlam, *op.cit.*, N. 833). TMK m. 600/I hükmünde belirtilen vasiyeti yerine getirme görevlisinin teknik olarak TMK m. 550 ve devamı hükümleri arasında belirtilen ve görevleri arasında vasiyeti yerine getirme de sayılan kişi değil mirasbırakanın sadece belirli bir vasiyeti yerine getirmesi amacı ile özel olarak atadığı vasiyet borçlusudur. Ayrıca tasarrufu yerine getirme yükümlüsü, mirasçılığı veya kendisine bırakılan kazandırmayı reddetmiş ya da mirasbırakandan önce ölmüş veya mirastan yoksun kalmış olsa bile tasarruf yürürlükte kalır; yerine getirme borcu, bu durumlardan yararlananlara geçer (TMK m. 519/II).

[47] Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 1690.

[48] Druey, *op.cit.*, §11, N. 17; İnan, Ertas ve Albaş, *op.cit.*, N. 92.

[49] Belge Çetin, *op.cit.*, s.55.

Vasiyet alacaklısı, bir alacak hakkı sahibi olarak, mirasbırakanın külli halefi değildir<sup>[50]</sup>. Böylelikle mirasbırakanın borçlarından da sorumlu değildir<sup>[51]</sup>. Başka bir ifade ile, tereke üzerinde teknik anlamda mirasçılar gibi tam hak kazanan külli halef değil, terekeye dahil olan ve kendilerine vasiyet edilen şey üzerinde bir alacak hakkı elde eden cüzi haleftir<sup>[52]</sup>. Bu ise vasiyetin reddini mirasın reddinden ayırmaktadır.

### III. VASIYET ALACAKLISININ VASIYETİ REDDİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

#### A) ALACAK HAKKININ TEK TARAFLI ORTADAN KALDIRILMASI

Vasiyetin reddi, mirasın reddine ilişkin hükümler (TMK m. 605- 618) arasında yer almaktadır. TMK m. 616 hükmü ile tek bir maddede; aksi tasarruftan anlaşılmadıkça vasiyetin reddinden vasiyet yükümlüsünün yararlanacağı düzenlenmektedir.

Vasiyetin reddinin vasiyet yükümlüsünün (vasiyet borçlusunun) kabulüne bağlı olup olmadığı, bundan mütevellit bir ibra sözleşmesinin mi işaret edildiği yoksa alacak hakkının tek taraflı ortadan kaldırılmayacağı ilkesine istisna teşkil eden bir *tek taraflı irade açıklaması* ile vasiyet alacağından feragatin mi mümkün olduğu madde metninden anlaşılmamaktadır. Aksine, kanun koyucu vasiyetin reddinin sadece sonucunu düzenlemektedir. Böyle olunca vasiyetin reddi kavramı altında tartışılacak tüm kavramların (örneğin alacak hakkından tek taraflı feragat, ibra sözleşmesi ve hatta alacağı talep etmememe taahhüdünün) madde kapsamına girdiği ve hepsinin neticesinin *vasiyetten vasiyet yükümlüsünün yararlanacağı* noktasında birleştiği sonucuna varılabilir mi? Hukukumuzda alacağın reddi kavramı özel olarak düzenlenmediğinden ve dahası alacak hakkı kural olarak tek taraflı ortadan

[50] Cüzi halefi olduğu yönünde bkz. Eren ve Yücer Aktürk, *op.cit.*, N. 436; Hatemi, *op.cit.*, 156, N. 88; Antalya ve Sağlam, *op.cit.*, N. 174; İmre ve Erman, *op.cit.*, s.120; Serozan ve Engin, *op.cit.*, s.487, N. 16; Çabri, *Şerh Cilt I*, *op.cit.*, N. 587. Karş. İnan, Ertaş ve Albaş, *op.cit.*, N. 87-88; Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 89. Yazarlardan Öz, mirasbırakanın ölümü ile vasiyet konusu şeyin kendiliğinden vasiyet alacaklısının malvarlığına dahil olmadığından hareketle TMK m. 601/II'deki istisna haricinde vasiyet alacaklısının cüzi halef sayılmayacağını belirtmektedir. Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 1687, dn. 1057.

[51] Druey, *op.cit.*, §11, N. 21; Antalya ve Sağlam, *op.cit.*, N. 819.

[52] Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 89.

kaldırılmayacağından bu sonuca olumlu yaklaşılabilir. Ancak vasiyet alacaklısı yönünden farklı bir duruma işaret etmek gerekir. Vasiyet alacaklısı, mirasbırakanın çoğunlukla tek taraflı iradesine bağlı olarak ölüme bağlı bir alacak hakkı kazanır<sup>[53]</sup>. İşte “sürpriz<sup>[54]</sup>” bir alacak hakkı doğuran bu tasarruf neticesinde kimseye arzusu hilafına bir hak dayatılmayacağı ilkesi öne çıkar. Bu ilkeyi temel alırken vasiyetin içinde yer aldığı şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf önem arz eder. Ölüme bağlı tasarrufun türüne göre hukuki niteliğe bağlı sonuçlar değişir.

Mirasbırakan şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf olarak ister vasiyetname isterse miras sözleşmesi yapabilir<sup>[55]</sup>. Bu iki ölüme bağlı tasarruf arasındaki farklılıklardan konumuz açısından öne çıkan tasarrufun tek taraflı olup olmadığıdır. Gerçekten, vasiyetnameler varması gerekmeyen, bir taraflı irade açıklamasıyla (*vasiyet alacaklısının katılımı ve belki de haberi dahi olmaksızın*) yapılan bir hukuki işlemken miras sözleşmesi karşılıklı ve yöneltmesi gerekli iki irade açıklamasıyla yapılan sözleşmedir<sup>[56]</sup>. Böylelikle miras sözleşmesi ile mirasbırakanın vasiyet alacaklısı karşı taraf lehine terekesinde bulunan belirli bir malvarlığı değerine yönelik alacak hakkını kazandırmada bulunması

[53] Gediz Kocabaş, “Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı”, *MÜHFHAD*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s.1797-1822, s.1812.

[54] Bununla ifade edilen, vasiyet alacağının doğumu için alacaklının kabulüne gerek olmadığıdır. Ancak vasiyet alacaklısı pek tabii vasiyeti kabul edebilir. Gerçekten, vasiyetin reddine karşılık gelebilecek bir kurum vasiyetin kabulüdür. Ancak vasiyet konusunda teknik olarak bir kabulden söz edilemeyeceğini belirtmek gerekir. Şöyle ki; mirasbırakanın ölümü ile birlikte vasiyet alacağı kendiliğinden vasiyet alacaklısının malvarlığında doğar. Burada alacak hakkının doğumu, vasiyet alacaklısının buna ilişkin kabulüne bağlı değildir. Bu nedenle vasiyet alacaklısı vasiyeti kabul ederse, bu esasen kendiliğinden malvarlığında doğmuş olan alacağı açıklayıcı bir nitelik taşır. Bu anlamda ifayı talep hakkının kullanımı niteliğinde olması da muhtemeldir.

[55] Vasiyet hem miras sözleşmesi hem de vasiyetname ile yapılabilen maddi anlamda ölüme bağlı bir tasarruftur (Serozan ve Engin, *op.cit.*, s.253, N. 14; Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 659; Gürsoy, *op.cit.*, s.22; İnan, Ertaş ve Albaş, *op.cit.*, N. 381).

[56] Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 477. Çoğunlukla ivazsız bir tasarruf niteliğinde olsa da miras sözleşmesi ile yapılmış olduğunda vasiyetin ivazlı da olabileceğini belirtmek gerekir. Bu yönde, Çabri, *Şerh Cilt I*, *op.cit.*, N. 589; Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 672; Oğuzman, *op.cit.*, s.93. Mirasbırakanın üçüncü kişi ile miras sözleşmesi yaparak 1 milyon TL karşılığında evini vasiyet etmesi buna örnektir. Örnek için bkz. Çabri, *Şerh Cilt I*, *op.cit.*, N. 589; Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 672.

mümkündür<sup>[57]</sup>. Dolayısıyla, vasiyet alacaklısının da sözleşmenin tarafı olarak vasiyet alacağına yönelik kabulü mevcuttur, meğerki belirtilen bu miras sözleşmesi mirasbırakan ve sözleşmenin diğer tarafı arasında vasiyet alacaklısı-üçüncü kişi yararına yapılmış olsun. Tüm bunlar, vasiyetin reddinin hukuki niteliğine bağlı sonuçları belirlerken önem arz eder. İşte bu noktada vasiyetname yolu ile vasiyet bırakılmışsa esasen vasiyet alacaklısının bundan haberi dahi olması gerekmez. Böylece, kabulü ve hatta haberi dahi olmaksızın bir alacak hakkı kazanır. İşte bu sürpriz alacak hakkı, kimseye arzusu hilafına hak dayatılamayacağı temel ilkesi karşısında bir koruma ile sarılıdır. Nasıl ki bu ilkeye aykırı düşen *mirasın kendiliğinden kazanılması* prensibine karşılık gerekli koruma yollarından biri *mirasın reddi* ile sağlanıyorsa *vasiyet alacağının kendiliğinden kazanılmasına* karşılık *vasiyetin reddine* ihtiyaç bulunmaktadır. Bu ihtiyaç; ancak tek taraflı bir irade açıklamasının alacağı ortadan kaldırdığının kabulü ile mümkün olur. Aksine, vasiyet borçlusunun kabulünün gerekli olduğu varsayımında alacaklı ibra sözleşmesi kurmaya mecbur bırakılarak vasiyet alacağının *tek taraflı kazanılmış* olma niteliği göz ardı edilmiş olur. Şu hâlde TMK m. 616 hükmü uyarınca vasiyet alacaklısı, tek taraflı irade açıklaması ile herhangi bir sebep göstermesine gerek olmaksızın vasiyeti reddederek vasiyet alacağını geçmişe etkili şekilde sona erdirebilir<sup>[58]</sup>. Burada vasiyet alacaklısı tek taraflı irade açıklaması ile kendi hukuk alanında etki eden ve bir *hakkı* sona erdiren işlemi ile alacak

[57] Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 483.

[58] Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 711; Çabri, *Şerh Cilt I, op.cit.*, N. 987.

hakkından feragat etmektedir<sup>[59]</sup>. TMK m.616 hükmü alacak hakkından tek taraflı feragati mümkün kılan istisnai bir hükümdür<sup>[60]</sup>.

Tek taraflı irade açıklaması ile alacak hakkının ortadan kaldırılması üçüncü kişi yararına sözleşmeler açısından da tartışılan bir husustur<sup>[61]</sup>.

[59] Doktrinde feragat kural olarak belirli bir hakkın başkasına devredilmeden ileri etkili sonlandırılması anlamında kullanılmaktadır. Ancak miras hakkından başkası lehine feragatte olduğu gibi hakkın sona ermeyip başkasına geçmesi de söz konusu olabilir. Yine istisnai olarak vasiyetin reddinde feragat geçmişe etkilidir. Konumuz itibari ile alacak hakkından feragat ile borcun sona ermesi kural olarak borçlunun kabulü ile olur. Başka bir söyleyişle alacaklı alacak hakkından tek taraflı feragat edebilirse de bu alacağı sona erdirmez. Alacağın sona ermesi ibra gerçekleşmişse söz konusu olur. Bu konuda bkz. Meliha Sermin Paksoy, *Zamanaşımından Feragat (TBK m. 160)* On iki Levha, 2012, s.15 vd; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, İstanbul, On iki Levha, 2014, s.90 vd; Mustafa Aksu, “Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Cilt 8, Sayı Özel, Haziran 2013, s.97-130, s.106; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, İstanbul, On iki Levha, 29. Baskı, 2023, s.228 vd. Durum böyleyken, hiç kimsenin malvarlığında rızası dışında bir artışı kabule zorlanamaması sebebiyle vasiyetin reddi ve bazı diğer istisnai durumlarda alacaklının tek taraflı irade açıklamasının alacağı sona erdirmeye yeterli olduğu sonucuna ulaşılır. Karş. Mustafa Alper Gümüş, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi*, İstanbul, Vedat, 2015, s.70 vd. Bununla birlikte esas haktan feragat bir maddi hukuk işlemidir. Davadan feragat ise usul hukukuna ilişkin tek taraflı bir hukuki işlem olarak alacağı sona erdirmez; ancak davayı sona erdirir. Bkz. Aksu, *op.cit.*, s.108.

[60] Helvacı, *op.cit.*, s.205; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639) Cilt-II*, İstanbul, On iki Levha, 2018, N. 988. Serozan ve Engin, kanun koyucunun, TMK m. 616 hükmü ile vasiyetin tek yanlı olarak reddedilebileceğini düzenlediğini, bu durumun alacak hakkından tek taraflı feragat anlamına geldiğini belirtmektedir (Serozan ve Engin, *op.cit.*, s.500, N. 31; Druey, *op.cit.*, §15, N. 23). Vasiyetin reddinin esasen vasiyet alacağından vazgeçme niteliğinde olduğu değerlendirilmesi için bkz. Kılıçoğlu, *op.cit.*, s.278; Yavuz ve Açıkgöz, *op.cit.*, s.679. Vasiyetin reddinin alacak hakkından tek taraflı feragat değil yenilik doğuran hakkın kullanılmasına yönelik yenilik doğuran işlem olduğu yönündeki farklı değerlendirme için bkz. Gümüş, *op.cit.*, s.70. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede edimi ret hakkının bozucu yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu değerlendirilmesi için bkz. Kocabaş, *op.cit.*, s.1808.

[61] Üçüncü kişi yararına sözleşmeler örneğinde üçüncü kişinin bu kazandırmayı tek taraflı reddinin mümkün olmasından hareketle vasiyet alacağının tek taraflı reddinin yadırganmaması gerektiği yönünde bkz. Serozan ve Engin, *op.cit.*, s.507, N. 51. Üçüncü kişi yararına sözleşmeler, üçüncü kişinin ifayı talep hakkına sahip olup

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi lehine doğan alacak hakkına, niteliği gereği bir ret hakkı eşlik etmelidir<sup>[62]</sup>. Ancak kanun koyucu üçüncü kişinin alacağı ret hakkını açıkça düzenlememiştir. Bunun bir kanun boşluğu olduğu değerlendirilerek yapılarak üçüncü kişiye, rızası olmaksızın kazandırılan alacak hakkının bir ret hakkı ile dengelenmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>[63]</sup>. Görüleceği üzere vasiyet alacaklısının vasiyet alacağında olduğu gibi burada da üçüncü kişi, tarafı olmadığı bir hukuki ilişkiden alacak hakkı kazanmaktadır. Vasiyetin reddini düzenleyen TMK 616 hükmünde korunan menfaate benzer niteliğine bağlı olarak buradaki mevcut boşluğun TMK m. 616 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle doldurulması gerektiği görüşü mevcuttur<sup>[64]</sup>. Böylece ister üçüncü kişi yararına sözleşme

olmamasına göre eksik veya tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak ayrılır. Eğer üçüncü kişinin sadece kendisine yapılan ifayı kabul yetkisi mevcut; ancak ifayı isteme hakkı yok ise burada eksik üçüncü kişi yararına sözleşme bulunur. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede ise üçüncü kişi, ifayı kabul yetkisinin de ötesinde ifayı talep etme hakkını haizdir. Bu konuda bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, İstanbul, Filiz, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4üncü Baskıdan 7nci Tıpkı Baskı, 2017, s.19; Turgut Öz, “Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme”, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu: Genel Hükümler*, Cilt 1, İstanbul, Vedat, 2018, s.1011-1036, s.1023; Şener Akyol, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, İstanbul, Vedat, 2008, s.21vd; Kocabaş, *op.cit.*, s.1805-1808.

[62] Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi lehine alacak hakkı doğmaz, üçüncü kişinin ifayı kabul yetkisi mevcuttur. Alacak hakkı doğmaması nedeni ile burada ret hakkına ihtiyaç olmadığı yönünde bkz. Kocabaş, *op.cit.*, s.1808. Karşı görüş için bkz. Dilşah Buşra Kartal, *Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi, İstanbul, On iki Levha, 2021, s.194 vd. Yazar, ret hakkını; tam üçüncü kişi yararına sözleşmede alacak hakkının reddi ile eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede ifayı kabul yetkisinin reddini kapsar şekilde kullanmaktadır.

[63] Kocabaş, *op.cit.*, s.1808. Başka bir görüşün temelinde bağışlama sözleşmesinin dahi bir sözleşme olarak karşılıksız kazandırmada bulunulan bağışlananın kabulünü gerektirmesi yer alır. Şu hâlde kimseye iradesi dışında hak kazandırılması mümkün değildir, aynı husus tam üçüncü kişi yararına sözleşme için de geçerli olmalıdır. Bu ve diğer görüşler için bkz. Kocabaş, *op.cit.*, s.1811 ve dn. 52-53'te belirtilen yazarlar.

[64] Akyol, *op.cit.*, s.193 vd; Kocabaş, *op.cit.*, s.1813. Benzer bir ihtiyaç tüzel kişilerde tasfiye sonrasında tasfiye alacaklısı yönünden de mevcuttur. Tasfiye neticesinde artakalan malvarlığının özgüleneceği tasfiye alacaklısının alacak hakkını kendi iradesi

isterse vasiyet alacağına konu borç ilişkisi olsun, istisnai olarak tek taraflı kazandırmanın mevcut olduğu bu hallerde alacak hakkının da tek taraflı olarak sona erdirilmesi birbiriyle uyumludur<sup>[65]</sup>.

Daha önce ifade edildiği üzere vasiyetin her iki şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufla yapılması; bu anlamda miras sözleşmesine de konu olması mümkündür. Vasiyetin miras sözleşmesine konu olması halinde iki ihtimal mevcuttur: Mirasbırakan vasiyet alacaklısı ile miras sözleşmesi yapabilir ya da miras sözleşmesi vasiyet alacaklısı dışında bir kişi ile yapılır; ancak sözleşmenin tarafı olmayan vasiyet alacaklısı- üçüncü kişiye vasiyet bırakılır. Bu ikinci ihtimalde üçüncü kişi (vasiyet alacaklısı) yararına yapılan miras sözleşmesi mevcuttur.

Miras sözleşmesinin üçüncü kişi yararına yapılması halinde, vasiyet alacaklısı yönünden vasiyetname ile vasiyet bırakılması ihtimalinde olduğu gibi vasiyet alacaklısı lehine tek taraflı bir alacak hakkı doğar<sup>[66]</sup>. Vasiyet alacaklısının bu alacak hakkını kabulü gerekmez, dahası bu sözleşmeden haberi dahi olmasa alacak hakkı mirasbırakanın ölümü ile kendiliğinden doğmaktadır. Böylece vasiyetname ile kendiliğinden kazanılan alacak hakkında olduğu gibi tek taraflı doğan bu alacak hakkının da bir tek taraflı irade açıklaması ile ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir. Bu kapsamda vasiyet alacaklısı, tarafı olmadığı miras sözleşmesinden kendi lehine doğan alacak hakkını, tek taraflı irade açıklaması ile geçmişe etkili şekilde ortadan kaldırabilir. TMK m. 616 hükmü burada da uygulanır.

---

dışında kazanmasına bağlı olarak TMK m. 616 hükmüne kıyasen alacağı tek taraflı sona erdirme hakkı bulunduğu değerlendirilmesi için bkz. Barış Demirsatan, “Hukuka Aykırı Tasfiyenin Tüzel Kişiliğe Etkisi”, *İÜHF*, Cilt 74, Sayı 2, 2016, s.685-708, s.694.

[65] Aksu, *op.cit.*, s.106.

[66] Mirasbırakanın, oğlu A ile yaptığı miras sözleşmesinde A'nın evlilik dışı çocuğu B'ye evini vasiyet etmesi böyledir. Üçüncü kişi yararına yapılan miras sözleşmesi ile (4.02.2011 tarih ve 6098 sayılı) Türk Borçlar Kanunu m. 129 kapsamında üçüncü kişi yararına sözleşmeler arasında farklılıklar mevcuttur. Örneğin miras sözleşmesinde alacak hakkı miras sözleşmesi ile değil mirasbırakanın ölümü ile doğar. Örnek ve iki sözleşme arasındaki farklılıklar için bkz. Mehmet Demir, “Olumlu Miras Sözleşmeleri”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 20, Sayı 3, Temmuz 1994, s.279-294, s.285-286.



Miras sözleşmesinin mirasbırakan ve vasiyet alacaklısı arasında yapılmış olması halinde farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Burada TMK m. 616 hükmünün uygulanabilirliğine ihtiyatlı yaklaşılmalıdır. Artık vasiyet alacaklısının tarafı olduğu, karşılıklı irade açıklamalarının birbirine uygunluğu ile kurulan bir sözleşme mevcuttur. Vasiyetin reddi ile amaçlanan tek taraflı kazanılan alacak hakkının tek taraflı ortadan kaldırılması dengesine burada ihtiyaç yoktur, bir başka ifade ile vasiyetin reddindeki korunan menfaat burada bulunmaz. Peki vasiyet alacaklısı vasiyet alacağını ortadan kaldırmak isterse nasıl hareket etmelidir? Vasiyet alacaklısının mirasbırakanın sağlığında mirasbırakanla miras sözleşmesini sona erdirmeye sözleşmesi yapması önünde bir engel yoktur<sup>[67]</sup>. Ancak bu ihtimalde mirasbırakan henüz sağ olduğundan bir vasiyet alacağı doğmamıştır. Vasiyetin reddi vasiyet alacağının doğumu ile doğacağından vasiyet alacaklısı bu alacağını ortadan kaldırmak isterse önünde tek bir yol vardır: Mirasçılarla ibra sözleşmesi yapmak. Vasiyet alacaklısının miras sözleşmesi ile kazandığı alacağı tek taraflı ortadan kaldırmasına imkân verecek TMK m. 616 hükmü miras sözleşmesi ile kazanılan alacak hakkının niteliğine uygun düşmeyeceğinden bu noktada uygulanamayacağı kanaatindeyiz<sup>[68]</sup>.

Bu başlık altında son olarak, vasiyetin reddinin aynı zamanda vasiyet alacağının kabulünden kaçınma ile kesişebileceği haller yönünden alacaklı temerrüdü ile sınırı çizilmelidir. Gerçekten, zaman yönünden vasiyetin reddinin, vasiyet borçlusunun borcun ifasını teklif etmesinden sonra olması muhtemelse de bu zorunlu değildir<sup>[69]</sup>. Tersine, vasiyet alacaklısı kendisine ifa teklifinde bulunulmadan önce de vasiyeti reddedebilir. Ancak

[67] TMK m. 546/1: *Miras sözleşmesi, tarafların yazılı anlaşmasıyla her zaman ortadan kaldırılabilir.* Bu sözleşme, miras sözleşmesi tarafları arasında yapılır. Üçüncü kişi yararına miras sözleşmesi yönünden de aynı şey geçerli olup son verme sözleşmesinin tarafı bu ihtimalde de miras sözleşmesinin taraflarıdır. Bkz. Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 562. Karş. Çabri, *Şerh Cilt I, op.cit.*, N. 1101.

[68] Miras sözleşmesinin konusu vasiyet ise bunun tek taraflı ortadan kaldırılmaması gerektiği yönünde Demir, *op.cit.*, s.282. Karş. Çabri, *Şerh Cilt I, op.cit.*, N. 1102. Yazar, miras sözleşmesinin karşı tarafının mirası veya vasiyeti reddetmesinin mümkün olduğunu; ancak bunun ivaz borcunu ortadan kaldırmayacağını belirtmektedir. Buna örnek olarak mirasbırakanın 100.000 TL karşılığında evini A'ya vasiyet etmesi ihtimalinde A'nın, vasiyeti reddetse dahi ivazı ödemek zorunda olması gösterilmektedir.

[69] Kartal, *op.cit.*, s.197 vd.

ifa teklifinden sonra vasiyeti reddediyorsa burada iradesinin vasiyet alacağına yönelik kazandırmanın reddine ilişkin olması gerekir; aksine, genel olarak kazandırmaya yönelik olmayan, o an teklif edilen ifanın reddi anlamına gelen bir durumda vasiyet alacaklısının alacaklı temerrüdüne düşmesi söz konusu olabilir<sup>[70]</sup>. Bu nedenle vasiyetin reddi ile vasiyet alacaklısının alacaklı temerrüdü arasındaki sınırdaki vasiyet alacaklısının iradesinin ne yönde olduğu önem arz eder<sup>[71]</sup>. Vasiyet alacaklısının alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde vasiyet borçlusu TBK 106 ve devamı hükümlerine göre hareket etme; özellikle vasiyete konu şeyi tevdi ederek borcundan kurtulma imkanına sahiptir<sup>[72]</sup>. Dahası, ret hakkı tanınması altındaki ihtiyaçlardan biri de bu hakkın kullanımının alacaklı temerrüdünü engellemesinde görülür. Hemen belirtmek gerekir ki, vasiyet alacaklısının alacaklı temerrüdüne düştüğü halde de vasiyeti reddi mümkündür meğer ki vasiyet alacağı tevdi edilerek borç sona ermiş olsun<sup>[73]</sup>.

## B) İBRA SÖZLEŞMESİ VE ALACAĞI TALEP ETMEME TAAHHÜDÜNDEN FARKI

İrade özerkliğine bağlı olarak kişiye iradesi dışında borç yüklenemeyeceği, borcun doğumu için borçlu ve alacaklının bu konuda anlaşması gerektiği, bunun sonucunda kişiye iradesi dışında kazandırmada bulunulamayacağı kabul edilmektedir<sup>[74]</sup>. Dolayısıyla mevcut borcun, borçlunun iradesi haricinde tek yanlı ortadan kaldırılamayacağı kabul edilir<sup>[75]</sup>. O halde alacak

[70] Franz Müller ve Johannes Stamm, *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Hrsg. Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland, Zürich, 4. Auflage, 2021, Art 577, N. 3; Kartal, *op.cit.*, 281 vd. Vasiyet alacaklısının her zaman alacağı reddedebileceğinden hareketle teknik olarak alacaklı temerrüdüne düşmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. Ekin Şentürk, “Belirli Mal Vasiyeti”, Doktora tezi, *Marmara Üniversitesi*, 2023, s.259.

[71] Kartal, *op.cit.*, s.281 vd.

[72] Müller ve Stamm, *op.cit.*, Art 577, N. 3.

[73] Çabri, *Şerh Cilt II*, *op.cit.*, N. 992 dn. 1858.

[74] Aksu, *op.cit.*, s.100.

[75] *Ibid.*

hakkı, tek taraflı irade açıklaması ile sona ermeye yabancıdır<sup>[76]</sup>. Niteliği gereği alacak hakkından tek taraflı vazgeçilemez, bunun için alacaklı ve borçlunun anlaşması gerekir. İşte dar anlamda borcu ifa olmaksızın sona erdiren anlaşma ibra sözleşmesidir.<sup>[77]</sup> İstisnai olarak tek taraflı kazandırmanın mevcut olduğu vasiyet alacağı gibi durumlar haricinde alacak hakkından feragat, ancak borçlunun kabulü ile hukuki sonuca kavuşur. Bu da ibra sözleşmesini ortaya çıkarır. Bundan hareketle vasiyetin reddi ile amaçlanan sonuca karşılıklı anlaşma ile talep hakkından vazgeçerek kavuşmanın mümkün olduğu belirtilmektedir<sup>[78]</sup>. Burada karşılıklı anlaşma ile ifade edilen esasen bir ibra sözleşmesidir.

İbra sözleşmesi ve tek taraflı irade açıklaması ile alacak hakkından feragatin bazı farklı neticeleri mevcuttur. Öncelikle ibra sözleşmesi; bir sözleşme olmasından mütevellit iki taraflı olması ve ileri etkili olması hususunda vasiyetin reddinden ayrılır<sup>[79]</sup>. Vasiyetin reddi esasen ibra sözleşmesine ihtiyaç duyulmaksızın, tek taraflı bir irade açıklaması ile alacağı geçmişe etkili ortadan kaldırmayı işaret eder.

Vasiyet alacaklısının, vasiyetin kabulünden sonra dahi bir ibra sözleşmesi ile vasiyet alacağından vazgeçmesi mümkündür<sup>[80]</sup>. Halbuki vasiyet alacağını tek taraflı ret; ancak kabul edilmemiş bir vasiyet açısından olanaklıdır<sup>[81]</sup>. Yine,

[76] Alacak hakkı, hak sahibinin iradesine bağlı hukuki pozisyonlardan farklı olarak sadece alacaklının tasarrufunda yer almaz (Aksu, *op.cit.*, s.100).

[77] Gümüş, *op.cit.*, 42; Aksu, *op.cit.*, s.99. TBK m. 132: *Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir.*

[78] İnan, Ertaş ve Albaş, *op.cit.*, N. 1696; İmre ve Erman, *op.cit.*, s.377; Yılmaz, *op.cit.*, s.244.

[79] Müller ve Stamm, *op.cit.*, Art 577, N. 5.

[80] Helvacı, *op.cit.*, s.205.

[81] Karşı görüş için bkz. Şentürk, *op.cit.*, s.114. Yazar, vasiyet alacağının kabul edilmesinin, (daha sonra) vasiyetin reddini engellemeyeceği; ancak vasiyetin reddedilmesi halinde sonradan bu beyanın geri alınması sureti ile vasiyet alacağının canlandırılmayacağı görüşündedir.

ibra sözleşmesinin karşılıksız olması halinde burada bir bağışlama mevcutken karşılıksız reddin bağışlama olarak kabul edilmeyeceği belirtilmektedir.<sup>[82]</sup>

Burada ayırım açısından daha önemlisi ibra sözleşmesi ile vasiyetin vasiyet borçlusuna kalacağı, halbuki vasiyetin reddinde mirasbırakan tarafından öngörülmüşse yedek vasiyet alacaklısının vasiyete sahip olabileceğidir<sup>[83]</sup>. Örneğin bir taşınmaz A'ya; A'nın herhangi bir sebeple vasiyet alacaklısı olmaması halinde B'ye vasiyet edilirse; A ile mirasçılar arasındaki ibra sözleşmesinin neticesinde A'nın vasiyet alacaklısı sıfatını korumasına bağlı olarak B'nin vasiyet alacaklısı olması engellenir<sup>[84]</sup>. Halbuki A vasiyeti reddederse, tasarrufta bu şekilde öngörüldüğü için vasiyet alacaklısı B olur (TMK m. 616).

Alacak hakkından tek taraflı feragat ile karıştırılmaya elverişli bir diğer kavram ise alacağı talep etmeme taahhüdüdür.

Alacaklının alacağından vazgeçmeyip alacağını takip etmekten vazgeçmesi, böylece alacağı talep etmeme taahhüdü (*pactum de non petendo*) yapılması mümkündür<sup>[85]</sup>. Kavramdan tek taraflı olduğu izlenimi doğsa da alacağı talep etmeme taahhüdü de bir sözleşme olduğundan borçlunun kabulünü gerektirir. Ancak bu sözleşme neticesinde borç sona ermez, karşı tarafa bir defa hakkı verir<sup>[86]</sup>. Bu noktada bir görüş, alacak hakkı henüz doğmadan

[82] Serozan ve Engin, *op.cit.*, s.506, N. 51. Ayrıca bkz. TBK m. 285/II.

[83] Serozan ve Engin, *op.cit.*, s.506, N. 51; Çabri, *Şerh Cilt II, op.cit.*, N. 991; Emre Köroğlu, "Türk Medeni Hukukunda Vasiyetin Reddi (TMK m. 616)", *THD*, Sayı 205, Eylül 2023, s.38-45, s.40.

Serozan ve Engin, *op.cit.*, s.506, N. 51.

[84] Örnek için bkz. Çabri, *Şerh Cilt II, op.cit.*, N. 991.

[85] Alacaklı ve borçlunun, alacaklının borçluya karşı sahip olduğu alacak hakkını ileri sürmeyeceği hususundaki anlaşmaları süreli ya da süresiz olabilir. Bkz. Gümüş, *op.cit.*, s.50. Çabri vasiyet alacaklısının vasiyeti reddetmesinin gerçek ret olduğunu; vasiyet alacağını istememesini beyan etmesinin reddin ziyade talep hakkından vazgeçme niteliğine büründüğünü ifade etmektedir. Bkz. Çabri, *Şerh Cilt II, op.cit.*, N. 990.

[86] K. Nuri Turanboy, *İbra Sözleşmesi*, Ankara, Yetkin, 1998, s.34vd; Aksu, *op.cit.*, s.104. Sözleşmenin ibra sözleşmesi mi yoksa alacağı talep etmeme taahhüdü mü olduğunun tespitinde tereddüt yaşanırsa, alacaklının alacağının devamında özel bir menfaati olup olmadığının belirleyici olduğu yönünde bkz. Gümüş, *op.cit.*, s.51.

alacak hakkını reddin geçerli olarak ileri sürülebileceğini, bir diğer ifade ile *öncelenmiş reddin* mümkün olduğunu belirtir<sup>[87]</sup>. Kanaatimizce bu ihtimal, alacağı talep etmeme taahhüdü ile ilişkilidir: Alacak hakkı doğmadan evvel ret açıklaması yapılırsa dahi alacak hakkının ortadan kalkmayacağı, ret hakkının; ancak alacak hakkı doğduktan sonra doğduğu yönündeki görüşe<sup>[88]</sup> katılmaktayız. Bu nedenle bu yöndeki açıklama esasen alacağı talep etmeme taahhüdüne yönelik bir öneri niteliğine bürünür. Borçlunun bunu kabulü ile birlikte bir sözleşme olan alacağı talep etmeme taahhüdü vücut bulur. Bu sözleşmeye rağmen vasiyet alacaklısının vasiyet alacağını talep etmesi halinde vasiyet borçlusu, aralarındaki anlaşma sayesinde vasiyet alacaklısına karşı def'i ileri sürebilir<sup>[89]</sup>.

#### IV. VASIYETİN REDDİNDE SÜRE, ŞEKİL VE EHLİYET MESELESİ

Vasiyetin reddinin, mirasın reddine ilişkin hükümler arasında düzenlenmesi ve vasiyetin reddinin nasıl yapılacağına bir açıklık taşımaması, bu konuda, özellikle süre ve şekil hususunda mirasın reddi hükümlerinin uygulama bulacağını düşündürebilir. Durum böyleyken mirasın reddine ilişkin usuli düzenlemelerin altında mirasçılarını netleştirme ve alacaklıların menfaatlerini koruma yer almaktayken vasiyet sadece vasiyet alacaklısı ve vasiyet borçluları arasında hüküm doğurduğundan bu koruma amacı mevcut değildir<sup>[90]</sup>. Vasiyet alacaklılarının külli halef olmamaları<sup>[91]</sup> ve buna bağlı olarak mirasbırakanın borçlarından sorumlu olmamaları vasiyet alacağının reddine mirasın reddinden farklı bir tutumla yaklaşılması gerekliliğini ortaya koyar<sup>[92]</sup>. Böylece ilk olarak vasiyet alacağının reddinin belirli bir

[87] Kartal, *op.cit.*, s.197 vd. Ayrıca bkz. Vardar Hamamcıoğlu, *op.cit.*, s.101 vd.

[88] Akyol, *op.cit.*, s.194 vd.; Kocabaş, *op.cit.*, s.1814.

[89] Ayrıca bkz. Kocabaş, *op.cit.*, s.1817.

[90] Gürsoy, *op.cit.*, s.109.

[91] Vasiyet alacaklısı, aynı zamanda yasal mirasçı ve dolayısıyla külli halef olsa dahi vasiyet hususunda sadece bir alacak hakkına sahiptir.

[92] Mirasın kazanılması kurallarından kıyasen yararlanılacağı görüşü için bkz. İnan, Ertaş ve Albaş, *op.cit.*, N. 1695. Mirasın reddi kurumundan kıyasen yararlanmak mümkün olmasa da TMK m. 5 hükmü yardımı ile Borçlar Hukuku'nun genel nitelikli hükümlerinden faydalanmak mümkündür.

sürede ileri sürülmesinin gerekip gerekmediğinin yanıtlanması gerekir. Bu noktada mirasın reddinde kanunda yerini bulan üç aylık süre vasiyetin reddi hususunda da uygulanabilir mi? Belirtmek gerekir ki mirasın reddindeki üç aylık süre, yenilik doğuran hak olmasına bağlı olarak bu hakkın tabi tutulduğu hak düşürücü süreyi gösterir. Bu kısa süre, mirasbırakanın tereke borçlarından kişisel sorumlu mirasçılarının hızlıca tespiti ile birlikte mirasbırakanın alacaklılarının korunmasına hizmet eder<sup>[93]</sup>. Külli halef olmamasına bağlı olarak mirasbırakanın borçlarından sorumlu olmayan vasiyet alacaklılarına yönelik bir süre öngörülmediğinden vasiyet alacağının reddi her zaman mümkündür<sup>[94]</sup>. Ancak burada TMK m. 602 hükmünde düzenlenen zamanaşımı<sup>[95]</sup> dikkate alınarak vasiyeti reddin ancak 10 yıl içerisinde yapılabileceği görüşü mevcuttur<sup>[96]</sup>. On yıllık zamanaşımı süresi içinde talep edilmemesine bağlı olarak zamanaşımına uğraması halinde vasiyeti talep hakkının düşeceği ve bunun neticesinde vasiyet olunan malın bunu ifa ile yükümlü olan kişiye ait olacağı belirtilmektedir<sup>[97]</sup>. Buna paralel bir başka görüş vasiyet alacaklısının on yıl içinde kendine vasiyet edilen malı talep etmemesi halinde malı örtülü olarak reddetmiş olduğunu kabul

[93] Helvacı, *op.cit.*, s.206.

[94] Üç aylık sürenin uygulanmayacağı yönünde Tuor ve Picononi, *op.cit.*, Art 577, N. 5; Kocayusufpaşaoğlu, *op.cit.*, s.269; Serozan ve Engin, *op.cit.*, s.507, N. 51; Helvacı, *op.cit.*, s.205; Gürsoy, *op.cit.*, s.111.

[95] TMK m. 602: *Vasiyet alacaklısının dava hakkı, ölüme bağlı kazandırmayı öğrenmesinin veya vasiyet borcu daha sonra muaccel olaksa muaccel olma tarihinin üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.*

[96] Belge Çetin, *op.cit.*, s.231; Erhan Günay, “Mirasın Reddi”, *THD*, Cilt 10, Sayı 112, Aralık, 2015, s.45-55, s.46. Vasiyeti kazanmak istemeyen vasiyet alacaklısının bu belirli malın kendisine teslimi talebinde bulunmayarak TMK m. 602 hükmünde düzenlenen on yıllık süreyi geçirmesinin yeterli olacağı ifade edilmektedir. İnan, Ertaş ve Albaş, *op.cit.*, N. 1696; İmre ve Erman, *op.cit.*, s.377; Serozan ve Engin, *op.cit.*, s.500, N. 31.

[97] İmre ve Erman, *op.cit.*, s.378. Ayrıca bkz. Günay, *op.cit.*, s.46; Yavuz ve Açıköz *op.cit.*, s.680. Ret açıklamasının TMK m. 602 hükmünde düzenlenen süre içerisinde beyan edilmesi gerektiği yönünde, Şentürk, *op.cit.*, s.113.

etmektedir<sup>[98]</sup>. Oysaki zamanaşımı, alacak hakkını sona erdiren nedenlerden biri olmayıp zamanaşımına uğramış borcun ifası mümkündür. Bu kapsamda TMK m. 602 hükmünde belirtili süre geçmiş olsa dahi vasiyet alacağının talebi ve ifası mümkündür, zamanaşımına uğramış olması vasiyet borçlusuna sadece bir defa hakkı verir<sup>[99]</sup>. Vasiyet borçlusu bu defiyi ileri sürmez ve vasiyet borcunu ifayı teklif ederse vasiyet alacaklısı alacaklı temerrüdüne düşmemek için ifayı kabul etmeli ya da vasiyeti reddetmelidir. Şu hâlde vasiyet borcunun zamanaşımı süresi geçtikten sonra da ifasının mümkün olmasına bağlı olarak vasiyetin reddi her zaman mümkündür<sup>[100]</sup>. Borçlu eğer bekleme durumunda kalmak istemiyorsa vasiyet alacaklısını alacaklı temerrüdüne düşürerek tevdi ile borcu sona erdirebilir.

Bu başlık altında tartışılması gereken bir diğer husus ise vasiyetin şeklidir. Vasiyetin reddinde şekle ilişkin bir düzenleme mevcut olmadığından ve korunan menfaatin farklı oluşuna bağlı olarak bu yönde bir ihtiyaç da olmadığından vasiyetin reddinin açık ya da örtülü olmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir<sup>[101]</sup>. Yine, mirasın reddinden farklı olarak mirasbırakanın mirasçuları veya alacaklılarının menfaatinin korunması ile ilgili bir gereklilik bulunmadığından, vasiyet alacağının reddinin kayıt ya da

[98] Yılmaz, *op.cit.*, s.244. Ayrıca bkz. Ayan ve Ayan, *op.cit.*, s. 324 dn. 25; Gürsoy, *op.cit.*, s.114; Günay, *op.cit.*, s.52.

[99] Vasiyet alacağının TMK m. 602 hükmünde düzenlenen zamanaşımı süresi içerisinde talep edilmemesinin vasiyetin reddi anlamına gelmediği ve vasiyet alacağının sona ermediği yönünde bkz. Oğuzman, *op.cit.*, s.287; Helvacı, *op.cit.*, s.206; Çabri, *Şerh Cilt II*, *op.cit.*, N. 992; Gülşah Sinem Aydın Ateş, *Vasiyetin Yerine Getirilmesi*, İstanbul, On iki Levha, 2022, s.175.

[100] Bu yönde Çabri, *Şerh Cilt II*, *op.cit.*, N. 992. Ayrıca bkz. Göksu, *op.cit.*, Art 577, N. 1.

[101] Göksu, *op.cit.*, Art 577, N. 1; Müller ve Stamm, *op.cit.*, Art 577, N. 2; Schwander, *op.cit.*, Art. 577, N. 3; İnan, Ertaş ve Albaş, *op.cit.*, N. 1698; Yılmaz, *op.cit.*, s.244; Çabri, *Şerh Cilt II*, *op.cit.*, N. 988. “(...) Kaldı ki E., 09.10.2007 tarihli oturumda kendisi lehine yapılan vasiyeti istemediğini ifade etmiş olup, bu beyan vasiyet alacaklısının vasiyeti reddetmesi niteliğindedir. (...)” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 7 Ekim 2009 tarih ve E. 2008/11865, K. 2009/16910 Sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası). Erişim tarihi: 12 Haziran 2024.

şarta bağlanabileceği doktrinde de kabul görmektedir<sup>[102]</sup>. Buna bağlı olarak vasiyetin kısmi reddi de mümkündür<sup>[103]</sup>. Ancak ret hakkının geri alınması, ret hakkının yöneldiği muhatabını (vasiyet borçlusunu) olumsuz etkiler. Bu nedenle ret hakkının kullanılmasından sonra tek taraflı geri alınması mümkün değildir<sup>[104]</sup>. Pek tabii, TMK m. 5 hükmü çerçevesinde vasiyetin reddinin irade sakatlığı nedeniyle iptali mümkündür<sup>[105]</sup>. Bu ihtimalde vasiyet alacağı canlanır<sup>[106]</sup>.

Vasiyetin reddinin vasiyet borçlusu ya da borçlularına yöneltilmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>[107]</sup>. Vasiyetin reddinden etkilenen muhatabın vasiyet borçlusu olmasına bağlı olarak bu kabul yerindedir<sup>[108]</sup>. Bununla birlikte sigorta alacağının vasiyet edilmesi halinde reddin mirasçılar yararlanacak

[102] Schwander, *op.cit.*, Art. 577, N. 3; Göksu, *op.cit.*, Art 577, N. 1; İnan, Ertaş ve Albaş, *op.cit.*, N. 1699; Yılmaz, *op.cit.*, s.244; İmre ve Erman, *op.cit.*, s.377; Ayan ve Ayan, *op.cit.*, s.325; Gürsoy, *op.cit.*, s.113; Şentürk, *op.cit.*, s.114; Köroğlu, *op.cit.*, s.42. Karşı görüş için bkz. Aydın Ateş, *op.cit.*, s.173. Yazar görüşüne gerekçe olarak vasiyet alacağının koşula bağlanması halinde mirasçının alacaklılarının zarara uğraması ihtimalini göstermektedir.

[103] Göksu, *op.cit.*, Art 577, N.1. Karş. Schwander, *op.cit.*, Art. 577, N. 3.

[104] Göksu, *op.cit.*, Art 577, N. 1; Müller ve Stamm, *op.cit.*, Art 577, N. 2.

[105] Müller ve Stamm, *op.cit.*, Art 577, N. 2; Göksu, *op.cit.*, Art 577, N. 1; Schwander, *op.cit.*, Art. 577, N. 3; Helvacı, *op.cit.*, s.205.

[106] Çabri, *Şerh Cilt II*, *op.cit.*, N. 999.

[107] Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 711; Çabri, *Şerh Cilt II*, *op.cit.*, N. 994; Köroğlu, *op.cit.*, s.40. Resmi makama bildirilmesi gerektiği yönünde: Göksu, *op.cit.*, Art 577, N. 1; Helvacı, *op.cit.*, s.207. Vasiyetin reddinde mirasın reddinin işlendiği özel sicil gibi bir sicil bulunmaz, vasiyetin reddi bir tutanakla tespit edilmez. Bu konuda bkz. Öztan, *op.cit.*, s.325.

[108] Vasiyetin reddinin alacak hakkından tek taraflı feragat olduğunun kabulüne bağlı olarak feragatin bir muhatabı var ise ona yöneltilmesi gerekmektedir. Feragatin konusu nisbi haksız feragat iradesinin kural olarak nisbi hak borçlusuna yöneltilmesi gerektiği hususunda bkz. Paksoy, *op.cit.*, s.18vd.



olsa dahi TMK m. 601/II hükmü yorumu ile vasiyet alacaklısının vasiyeti redde yönelik irade açıklamasını sigortacıya yöneltmesi gerekir<sup>[109]</sup>.

Peki vasiyet alacaklısı, vasiyeti ret açıklamasını şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarruf olan el yazılı vasiyetnamesine yazarak kasasına saklasa bu ret açıklamasına bağlı olarak alacaktan feragat hukuki sonuca ulaşır mı? Hemen belirtmek gerekir ki vasiyetnameler varması gerekli olmayan irade beyanı ile yapılan ölüme bağlı tasarruflardır<sup>[110]</sup>. Buna bağlı olarak alacaktan feragatin hukuki sonuca ulaşacağı düşünülebilirse de kanaatimizce burada vasiyet alacaklısının (*bu defa mirasbırakan olarak*) sahip olduğu alacak hakkını (*vasiyet alacağı*) konu alan ibra vasiyeti söz konusu olur. İbra vasiyeti alacaklısı, mirasçılardan ibra sözleşmesinin yapılmasını talep etmelidir. Bir diğer söyleyişle ibra vasiyetinde de vasiyet edilen değere kavuşmanın yolu vasiyet borçlusuna tarafından gerçekleştirilecek ibra tasarruf işlemi ile mümkündür<sup>[111]</sup>. Yoksa ibra edilen vasiyet alacaklısı, mirasbırakanın ölümü ile kendiliğinden borçtan kurtulmaz, mirasçılara karşı borçtan ibra edilmesine yönelik talep hakkı elde eder<sup>[112]</sup>. Bu nedenle el yazılı vasiyetname içerisinde yer alan ret açıklaması TMK m. 616 hükmü anlamında alacağı tek taraflı ortadan kaldırma sonucu doğurmaz, bu alacağın sona ermesi için mirasçılar ile ibra vasiyeti alacaklısının ibra sözleşmesi yapması gerekir.

Vasiyetin reddi konusunda ehliyet de özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak burada da mirasın reddine ilişkin istisnai hükümlerin uygulanabileceği anlaşılmamalıdır. Vasiyetin reddi açıklamasının geçerliliği için ayırt etme gücünün mevcudiyetinin yetmeyeceği, sınırlı ehliyetsiz yönünden yasal

[109] TMK m. 601/II: *Kendisine mirasbırakanın ölümünde ödenecek bir sigorta alacağı vasiyet edilen kimse, sigorta sözleşmesinden doğan istem hakkını sigortacıya karşı doğrudan doğruya kullanabilir.* Bu düzenleme, vasiyetin konusunu oluşturan hususa ilişkin hak sahipliğinin kendine özgü işlemle vasiyet alacaklısına geçeceğine ilişkin genel kurala istisna teşkil eder. Vasiyete konu sigorta alacağının vasiyet borçluları tarafından temlik gerekmeksizin vasiyet alacaklısı sigorta alacağında hak sahibi olmaktadır. Bkz. Belge Çetin, *op.cit.*, s.144.

[110] Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 254.

[111] Serozan ve Engin, *op.cit.*, s.498, N. 27b; Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 674; Çabri, *Şerh Cilt I*, *op.cit.*, N. 606; Gümüş, *op.cit.*, s.28.

[112] Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 674; Gürsoy, *op.cit.*, s.151; Kocayusufpaşaoğlu, *op.cit.*, s.264; Çabri, *Şerh Cilt I*, *op.cit.*, N. 606.

temsilcinin izni ya da onayı gerektiği belirtilirken, mirasın reddinden farklı olarak, TMK m. 463/b.5 hükmünde özel olarak sayılmadığından hareketle vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz yönünden vesayet ve denetim makamının iznine ihtiyaç yoktur<sup>[113]</sup>. Tartışmalı olmakla birlikte baskın görüş benzer bir farklılığı mal ortaklığı rejimine tabi eşler yönünden de kabul eder<sup>[114]</sup>. TMK m. 265/I hükmünde sadece mirasın reddinde diğer eşin rızası aranacağı düzenlendiğinden, eşin rızası olmaksızın vasiyetin reddinin mümkün olduğu ifade edilmektedir<sup>[115]</sup>.

## V. VASIYET ALACAĞININ REDDİNİN HÜKÜMLERİ

TMK m. 616 hükmü uyarınca vasiyet alacağının reddi halinde, vasiyet alacağı ve vasiyet alacaklısı sıfatı sona erer<sup>[116]</sup>. Ancak mirasbırakanın, vasiyet alacaklısının vasiyeti reddetmesi halinde yedek bir vasiyet alacaklısı öngörmesi mümkündür (TMK m. 616)<sup>[117]</sup>. Böylece mirasbırakanın belirlediği vasiyet alacaklısının vasiyeti reddetmesi hali için onun yerini alacak kişi belirlenebilir<sup>[118]</sup>. Örneğin birçok taşınmaz ve başkaca malvarlığı olan kişinin; oturduğu taşınmaz A1'in; ancak A1 reddederse A2'nin olsun şeklinde bir ölüme bağlı tasarrufu mevcut olsa ve vasiyet alacağı A1 tarafından reddedilse vasiyet A2'ye ait olur<sup>[119]</sup>. Görüleceği üzere burada yedek vasiyet

[113] Tuor ve Picenoni, *op.cit.*, Art 577, N. 9; Escher, *op.cit.*, Art. 577, N. 5; Schwander, *op.cit.*, Art. 577, N. 4; Helvacı, *op.cit.*, s.207; Şentürk, *op.cit.*, s.114; Çabri, *Şerh Cilt II, op.cit.*, N. 996; Köroğlu, *op.cit.*, s.41.

[114] Helvacı, *op.cit.*, s.208; Şentürk, *op.cit.*, s.114; Çabri, *Şerh Cilt II, op.cit.*, N. 998. Karş. Müller ve Stamm, *op.cit.*, Art 577, N. 4. Ayrıca bkz. Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2012, s.350 vd. Bununla birlikte TMK m. 199 hükmünün uygulaması ile *ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği ölçüde* vasiyeti ret hakkının kısıtlanabileceği görüşü ileri sürülmektedir. Bu konuda bkz. Çabri, *Şerh Cilt II, op.cit.*, N. 998.

[115] Farklı bir değerlendirme için bkz. Schwander, *op.cit.*, Art. 577, N. 4.

[116] Ayrıca bkz. Göksu, *op.cit.*, Art 577, N. 1; Müller ve Stamm, *op.cit.*, Art 577, N. 2.

[117] Ayrıca bkz. Göksu, *op.cit.*, Art 577, N. 1.

[118] Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 783.

[119] Örnek için bkz. Helvacı, *op.cit.*, s.209.

alacaklısı olan A2'nin hakkı geciktirici şarta bağlıdır<sup>[120]</sup>. Ancak mirasbırakan tarafından (TMK m. 520/II hükmünde öngörülenin aksine) bir yedek vasiyet alacaklısı tayin edilmemişse bu defa vasiyet konusu malvarlığı değeri vasiyet yükümlüsüne ait olur (TMK m. 616). Vasiyet yükümlüsü ise mirasbırakan tarafından belirlenmemişse mirasbırakanın yasal ve (var ise) atanmış mirasçıları olduğundan vasiyet bu kişilere ait olur. Bununla birlikte sigorta alacağının vasiyet edildiği halde sigorta alacağından geçmişe etkili şekilde feragatin neticesinde sigorta alacağı terekede kalacağından bundan sigortacı değil mirasçılar yararlanır.

Peki vasiyet alacaklısı birden fazla ise ve bunlardan sadece biri ya da bazıları vasiyeti reddederse ne olur? Örneğin mirasbırakan bir vasiyetname ile Göztepe'de bulunan evini A ve B'ye bırakabilir. Aksi tasarruftan anlaşılmadıkça (örneğin mirasbırakan tarafından farklı bir paylaşım yapılmadıkça) vasiyet alacaklılarının vasiyet konusu şeye eşit olarak hak sahibi olacağı belirtilmektedir<sup>[121]</sup>. Bu örnekte A'nın kendisine düşen 1/2'lik kısma ilişkin alacak hakkını reddetmesi halinde acaba bu kısımdan vasiyet borçlusu mu yararlanır (TMK m. 616) yoksa B mi? Esasen bu husus vasiyetnamenin yorumu ile çözümlenebilecek bir meseledir. Vasiyetnamenin yorumunun mirasbırakanın iradesini tespiti yetmemesi halinde vasiyetin reddinden vasiyet yükümlüsünün yararlanacağı kuralından sapılmaması gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir<sup>[122]</sup>.

Vasiyeti reddeden vasiyet alacaklısı, alt vasiyet ve yüklemekten kurtulur<sup>[123]</sup>. Ancak alt vasiyet ve yükleme varlığını korur. Esasen vasiyetin reddinin pratik sonucu da bu hallerde ortaya çıkar. Vasiyetin reddi halinde alt vasiyet alacaklısı ve lehine yüklemeye yapılan kişi talebini vasiyet alacağının reddinden yararlanana ileri sürer (TMK m. 519/II). Halbuki vasiyetin reddi yerine

[120] Dural ve Öz, *op.cit.*, N. 786.

[121] Çabri, *Şerh Cilt I, op.cit.*, N. 590.

[122] Şentürk, *op.cit.*, s.115. Karş. Aydın Ateş, *op.cit.*, s.177.

[123] Müller ve Stamm, *op.cit.*, Art 577, N. 2; Çabri, *Şerh Cilt II, op.cit.*, N. 1000; Şentürk, *op.cit.*, s.115.

vasiyet alacağının uzun süre boyunca talep edilmemesi<sup>[124]</sup> halinde talebin ileri sürüleceği kişi halen daha vasiyet alacaklısıdır.

Şunu da belirtmek gerekir ki vasiyet alacaklısı, vasiyeti reddetmeden evvel ölmüşse onun vasiyet alacağı kendi mirasçılara geçer. Bu ihtimalde vasiyet alacağı ve buna bağlı ret hakkı vasiyet alacaklısının mirasçılara geçer<sup>[125]</sup>. Ancak vasiyet alacaklısının henüz mirasbırakan ölmeye önce ölmüş olması halinde vasiyet borcu düşer, vasiyet alacağına ilişkin beklenti vasiyet alacaklılarının mirasçılara geçmez<sup>[126]</sup>. Böylelikle, mirasbırakan öldüğünde sağ olmadığı için mirasa ehil olmayan (TMK m. 581) vasiyet alacaklısının ve onun mirasçılarının vasiyeti reddetme hakkından söz edilemez.

Peki mirasın reddinde alacaklıların korunmasına hizmet eden TMK m. 617 hükmü vasiyet alacaklısından alacaklı olanlar yönünden de uygulama kabiliyetini haiz midir? Baskın görüş TMK m. 617 hükmü kapsamına vasiyet alacaklısının alacaklılarının girmediği yönündedir<sup>[127]</sup>. Gerçekten vasiyet alacaklılarından alacaklı olanlar maddede mirasın reddine ilişkin getirilen korumadan faydalanamaz, zira burada teknik olarak mirasın reddi söz konusu değildir. Ayrıca mirasın reddinin iptaline ilişkin düzenleme ihtiyacının vasiyetin reddinde karşılığı olduğunu belirtmek de güçtür. Şöyle ki; alacaklılar, mirasın geçişi ile beraber mirasçılarının malvarlığında yer alacak artıştan faydalanabilir. Buna ilişkin beklenti, borçlunun herhangi bir irade

[124] Bu ifade ile vasiyet alacağının takip edilmemesi hususunda tarafların anlaşması (pactum de non petendo) değil alacağı talep konusunda sessiz kalınması işaret edilmektedir.

[125] Helvacı, *op.cit.*, s.207; Köroğlu, *op.cit.*, s.42. Vasiyet reddedilmediyse vasiyetin kabul edildiğinden hareket eden bir görüş, vasiyet alacaklısının ret beyanında bulunmadan evvel ölmesi halinde bu vasiyet alacağının terekesinde mevcut olacağı ve kendi mirasçılara geçeceğini belirtir. Buna bağlı olarak mirasçılarının vasiyeti reddetmelerinin mümkün olmadığını belirten yazar bu durumda mirasçılarının *alacak hakkından feragat edebileceğini*, zamanaşımı süresince sessiz kalabileceğini ya da borçlu ile ibra sözleşmesi yapabileceğini belirtmektedir. Bkz. Şentürk, *op.cit.*, s.116 vd.

[126] Serozan ve Engin, *op.cit.*, s.500, N. 34.

[127] Göksu, *op.cit.*, Art 578, N. 2; Escher, *op.cit.*, Art 578, N. 2; İmre ve Erman, *op.cit.*, s.377; Helvacı, *op.cit.*, s.210; Şentürk, *op.cit.*, s.115; Gönen, *op.cit.*, s.865; Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın, *op.cit.*, s.788; Hoşlan, *op.cit.*, s.329. Bununla birlikte yazarlar bu ihtimalde alacaklıların İcra ve İflas Kanunu gereğince bir iptal davası açmasının mümkün olduğunu belirtmektedir.

açıklaması olmasa dahi teminat işlevi görür<sup>[128]</sup>. İşte mirasın reddinde alacaklıları koruma gereksiniminin temelinde mirasçıya intikal edecek mirasa yönelik beklenti yer alır<sup>[129]</sup>. Halbuki vasiyet alacaklısının durumu farklıdır. Vasiyet alacaklısına intikal eden bir miras olmadığı için vasiyet alacaklısından alacaklı olan kişilerin vasiyet alacaklısına *kalacak miras payına* dönük haklı beklentisi yoktur<sup>[130]</sup>. Gerçekten, vasiyet alacağının mirasbırakan ölmeden doğmayacağı, burada beklenen haktan dahi söz edilemeyeceği gerçeği karşısında alacaklılar yönünden borçlu lehine vasiyet yapılacağı ihtimaline binaen kredi verilmesinin pek muhtemel olmadığı belirtilmektedir<sup>[131]</sup>. Buna bağlı olarak bir görüşe göre bu ihtimalde vasiyeti reddeden kişinin alacaklılarının yararlanabileceği yegâne hüküm İcra İflas Kanunu<sup>[132]</sup> m. 280'dir<sup>[133]</sup>. İİK m. 280/I, c.1 hükmü uyarınca, *malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hâllerde iptal edilebilir*<sup>[134]</sup>. Buna karşılık vasiyetin reddi düzenlemesinin sistematik yerine bağlı olarak TMK m. 617 hükmünü geniş yorumlayıp vasiyet alacaklısının alacaklılarının da bu maddeden yararlanabileceği görüşü doktrinde ileri sürülmektedir<sup>[135]</sup>.

[128] Kürşat Nuri Turanboy, “Mirasçının Alacaklılarının Korunmasında Mirasın Reddinin İptali Davasının Hukuki Niteliği ve Koşullarının Değerlendirilmesi”, *AÜHFED*, Cilt 72, Sayı 3, 2023, s.1559-1590, s.1575.

[129] Baygın, *op.cit.*, 44 vd; Turanboy, *op.cit.*, s.1561.

[130] Turanboy, *op.cit.*, s.1575.

[131] Gönen, *op.cit.*, s.865; Aydın Ateş, *op.cit.*, s.179.

[132] 19.06.1932 tarih, 2004 sayılı İcra iflas Kanunu.

[133] Helvacı, *op.cit.*, s.210. Aynı yönde, Şentürk, *op.cit.*, s.115.

[134] İİK m. 280 hükmü ve mirası reddeden mirasçının alacaklılarını koruyan TMK m.617 hükmü koşulları farklıdır. Bu farklılıkların başında İİK m. 280 hükmü uyarınca tasarrufun iptali için işlemin diğer tarafının, borçlunun mali durumu ile alacaklıyı zarara uğrama kastını bilmesi ya da bu durumun bilinebilir olması şartı aranır (Gönen, *op.cit.*, s.857. Ayrıca bkz. Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın, *op.cit.*, s.794 vd.; Turanboy, *op.cit.*, s.1570 vd.)

[135] Kılıçoğlu, *op.cit.*, s.278.

## SONUÇ

TMK m. 616 hükmü uyarınca *mirasbırakanın arzusunun başka türlü olduğu tasarruftan anlaşılmadıkça, bu reddeden vasiyet yükümlüsü yararlanır*. Tek bir madde ile düzenlenen vasiyetin reddinin hukuki niteliği, şekli, bir süreye tabi olup olmadığı gibi hususlar açık değildir.

Vasiyetin reddi, mirasın reddine ilişkin hükümler arasında yer alsa da iki kavramın birbirinden oldukça önemli olan farklılıkları, bu konuda mirasın reddi hükümlerinin kıyasen uygulanmasına olanak vermez. Bu defa öncelikle diğer konuları da doğrudan ilgilendiren hukuki niteliğin tespiti gerekir. Bu amaçla vasiyetin esasen bir alacak hakkı olduğu; ancak alacak hakkının reddi kavramının hukuk sistemimize yabancı olduğunu belirtmek gerekir.

Vasiyet alacaklısı mirasbırakanın ölümü ile kendiliğinden vasiyet alacağına sahip olur. Alacak hakkının tek tarafı kazanıldığı istisnai hallerde alacak hakkının tek tarafı ortadan kaldırılması için bir hukuki imkân gerekir. Bu gibi hallerde borçlunun kabulünü beklemek, borçlunun direnmesi halinde amaçlanan sonuca ulaşılamayacağı anlamına gelir. Buna bağlı olarak TMK m. 616 hükmü ile ölüme bağlı bir alacak hakkı kazanan vasiyet alacaklısının bu alacağı tek tarafı ortadan kaldırmasının *neticesi* düzenlenir. Böylece, hükmün yorumundan vasiyet alacağının reddinin de mümkün olduğu sonucuna varılarak *alacak hakkından tek tarafı feragatin kural olarak mümkün olmadığı* kuralından istisnai bu halde ayrılır. Benzer bir ihtiyacın mevcut olduğu tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, ret hakkına ilişkin düzenleme eksikliğinde yine TMK m.616 hükmünün kıyasen uygulama bulacağı görüşü mevcuttur. Başka bir söyleyişle alacak hakkından tek tarafı feragati mümkün kılan bu düzenleme buna ilişkin temel norm halini almaktadır.

TMK m. 616 hükmünü alacak hakkından tek tarafı feragati mümkün kılan bir hüküm olarak ele aldığımızda vasiyete konu şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufları ayırarak buna bağlı sonucu ayrıca değerlendirmek gerekir.

Vasiyetin bir vasiyetname ile yapılmış olması halinde vasiyet alacaklısı yönünden onun katılımına, bilgisine ve dolayısıyla kabulüne gerek olmaksızın doğan bir alacak hakkı ortaya çıkar. Benzer bir değerlendirme, miras sözleşmesi ile vasiyet alacaklısı yararına yapılan kazandırmalarda da söz konusudur. Bu hallerde tek tarafı kazanılan alacak hakkı tek tarafı ortadan kaldırmayla dengelenmelidir. Ancak vasiyet alacaklısının bizatihi miras sözleşmesinin tarafı olması halinde TMK m. 616 hükmünün uygulanamayacağı, vasiyet

alacaklısının alacak hakkını sona erdirmek istiyorsa mirasçılarla ibra sözleşmesi yapması gerektiği kanaatine ulaşılmaktadır.

Alacak hakkından tek taraflı feragatin kabulü ile birlikte bu kavramı ibra ve alacağı talep etmeme taahhüdünden ayırmak gerekir. Bu noktada alacak hakkından tek taraflı feragatin aksine belirtilen bu diğer kavramların bir sözleşme olması böylece borçlunun kabulünü gerektirmesi önemlidir. Yine ibra sözleşmesinde sözleşmenin ileri etkili olması, alacağı talep etmeme taahhüdünde alacağın sona ermemesi kavramlar arasındaki farklılıklardandır. Buna bağlı olarak her ne kadar TMK m. 616 hükmü gereğince vasiyetin reddi ile sıklıkla karşılaşılsa da özellikle üçüncü şahıs lehine bir yükleme veya alt vasiyet mevcut olduğunda vasiyetin reddi pratik önem taşır.

Vasiyetin reddinde süre, şekil ve ehliyet özel olarak düzenlenmemiştir.

Vasiyetin reddi mirasın reddinden farklı olarak her zaman mümkündür. Alacak hakkı TMK m. 602 hükmünde işaret edilen zamanaşımına uğramış olsa dahi alacağın sona ermiyor olmasına bağlı olarak ret ilgili hükümdeki süre ile sınırlı değildir.

Vasiyetin reddinin açık veya örtülü yapılması mümkün olup resmi makama yöneltilmesi gerekmez. Bir alacak hakkından feragat niteliğinde olmasından hareketle reddin; feragatin muhatabı olan vasiyet borçlusuna yöneltilmesi gerekmektedir. Sigorta vasiyetinde ise reddin mirasçılar yararlanacak olsa dahi TMK m. 601/II hükmü yorumu ile reddin sigortacıya yöneltilmesi gerekir. Vasiyetin reddi bir vasiyetnameye konu olursa burada ret açıklaması ile borç sona ermez, ibra vasiyeti niteliği taşıyan bu halde mirasçılar ile vasiyet alacaklısının ibra sözleşmesi yapılması gerekir.

Vasiyetin reddinin hüküm ve sonuçlarını doğurması geçerli bir ret açıklamasını gerektirir. Sınırlı ehliyetsiz yönünden yasal temsilcinin izni ya da onayı gerekirken TMK m. 463/b.5 hükmünde belirtilmemesine bağlı olarak vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz yönünden vesayet ve denetim makamının iznine ihtiyaç bulunmaz. Tartışmalı olmakla beraber TMK m. 265/I hükmünün zıt anlamı ile, mirasın reddinden farklı olarak mal ortaklığı rejiminde eşlerden birinin vasiyeti reddi için diğer eşin rızasının aranmadığı kabul edilmektedir.

## KAYNAKLAR

- Acar, Faruk, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2012.
- Akkanat, Halil, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, İstanbul Filiz Kitabevi, 2004.
- Aksu, Mustafa, “Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Cilt 8, Sayı Özel, Haziran 2013, s. 97-130.
- Akyol, Şener, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, İstanbul, Vedat, 2008.
- Antalya, Gökhan ve İpek Sağlam, *Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt III*, Ankara, Seçkin, Genişletilmiş 5. Baskı, 2021.
- Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan, *Miras Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, 2023.
- Aydın Ateş, Gülşah Sinem, *Vasiyetin Yerine Getirilmesi*, İstanbul, On iki Levha, 2022.
- Ayiter, Nüşin ve Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, 1991.
- Baygın, Cem, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması*, Seçkin, 2005.
- Belge Çetin, Merve, *Vasiyet (Belirli Mal Bırakma)*, Ankara, Seçkin, 2022.
- Berki, Şakir, “Türk Miras Hukukunun Esasları”, *AÜHFD*, Cilt 11, Sayı 3, Mayıs 1954, s.174-221.
- Buz, Vedat, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara, Yetkin, 2005.
- Çabri, Sezer, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt-I*, İstanbul, On iki Levha, 2022.
- Çabri, Sezer, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639) Cilt-II*, İstanbul, On iki Levha, 2018.
- Demir, Mehmet, “Olumlu Miras Sözleşmeleri”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 20, Sayı 3, Temmuz 1994, s. 279-294.
- Demirsatan Barış, “Hukuka Aykırı Tasfiyenin Tüzel Kişiliğe Etkisi”, *İÜHFİM*, Cilt 74, Sayı 2, 2016, s.685-708.



- Druey, Jean N, *Grundriss des Erbrechts*, Bern, Staempfli Verlag AG, 5. Auflage, 2002.
- Dural, Mustafa ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, İstanbul, Filiz, Ondokuzuncu Baskı, 2023.
- Eren, Fikret ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, Ankara, Yetkin, 2. Baskı, 2019.
- Escher, Arnold, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Abt. 2, Der Erbgang, (Art. 537-640)*, Zürich, Schulthess, 1960.
- Ergüne, Mehmet Serkan, *Vasiyetnamenin Yorumu*, İstanbul, On iki Levha, 2011.
- Göksu, Tarkan, *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640*, Hrsg. Arnet Ruth/Breitschmid Peter/Jungo Alexandra, Zürich-Basel-Genf, 4. Auflage, 2023.
- Gönen, Doruk, “Mirası Reddeden Mirasçının Alacaklılarının TMK m 617 Kapsamında Korunması”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 80, Sayı 3, 2022, s.847-879.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi*, İstanbul, Vedat, 2015.
- Günay, Erhan, “Mirasın Reddi”, *THD*, Cilt 10, Sayı 112, Aralık, 2015, s.45-55.thd
- Gürsoy, Kemal Tahir, *Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti*, Ankara, 1955.
- Hatemi, Hüseyin, *Miras Hukuku*, İstanbul, On iki Levha, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, 2022.
- Helvacı, İlhan, *Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Mirasın Reddi (MK m. 605-MK. m. 618)*, İstanbul, Filiz, 1. Baskıdan Tıpkı 2. Baskı, 2014.
- Hoşlan, Osman, “Mirasçının Alacaklısının Mirasın Reddini İptal Ettirebilmesi Hakkı (MK. 557)”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 18, Sayı 71, Ocak 1975, s. 318-335.
- İmre, Zahit ve Hasan Erman, *Miras Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş 16. Baskım, 2022.

- İnan, Ali Naim, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, Ankara, Seçkin, 2022.
- Kartal, Dilşah Buşra, *Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi, İstanbul, On iki Levha, 2021.
- Kılıçoğlu, Ahmet, M, *Miras Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 11. Baskı, 2021.
- Kocabaş, Gediz, “Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı”, *MÜHFHAD*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 1797-1822.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, İstanbul, Filiz, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4üncü Baskıdan 7nci Tıpkı Baskı, 2017.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Miras Hukuku*, İstanbul, Filiz, Hiç Değiştirilmemiş 3. Baskı, 1987.
- Koroğlu, Emre, “Türk Medeni Hukukunda Vasiyetin Reddi (TMK m. 616)”, *THD*, Sayı 205, Eylül 2023, s. 38-45.
- Müller, Franz ve Johannes Stamm, *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Hrsg. Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland, Zürich, 4. Auflage, 2021.
- Oğuzman M. Kemal, *Miras Hukuku*, İstanbul, Filiz, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, 1995.
- Oğuzman M. Kemal ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, İstanbul, On iki Levha, 29. Baskı, 2023.
- Öz, Turgut, “Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme”, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu: Genel Hükümler, Cilt 1*, İstanbul, Vedat, 2018, s.1011-1036.
- Öztan, Bilge, *Miras Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Üçüncü Baskı, 2008.
- Paksoy, Meliha Sermin, *Zamanaşımından Feragat (TBK m. 160)*, On iki Levha, 2012.
- Petek, Hasan, “Mirasın Hükmen Reddi”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Cilt 8, Sayı Özel, Haziran 2013, s. 2191-2236.

- Schwander, Ivo, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB*, Hrsg. Geiser Thomas/Wolf/ Stephan, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 6. Auflage, 2019.
- Serozan, Rona ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar*, Ankara, Seçkin, Güncellenmiş 8. Baskı, 2022.
- Şentürk, Ekin, *Belirli Mal Vasiyeti*, Doktora tezi, Marmara Üniversitesi, 2023.
- Taşatan, Caner “Türk Medeni Kanunu’na Göre Mirasçı Atama”, *İnüHFD*, Cilt 10, Sayı 1, 2019, s.40-49.
- Tuncer Kazancı, İdil ve Bahar Öcal Apaydın, “Mirasçılarının Alacaklılarını Koruyan Davalar ile Tasarrufun İptali Davası İlişkisi”, *İnüHFD*, Cilt 2, Sayı Özel, 2015, s.775-808.
- Tuor, Peter ve Roberto Picononi, *Berner Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537-640*, Bern, 2. Auflage, 1964.
- Turanboy, K. Nuri, *İbra Sözleşmesi*, Ankara, Yetkin, 1998.
- Turanboy, Kürşat Nuri, “Mirasçının Alacaklılarının Korunmasında Mirasın Reddinin İptali Davasının Hukuki Niteliği ve Koşullarının Değerlendirilmesi”, *AÜHFD*, Cilt 72, Sayı 3, 2023, 1559-1590.
- Ürem Çetinel, Merve, “Belirli Mal Bırakmada Yarar ve Hasarın Geçiş (TMK m. 518/I)” *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 80, Sayı 4, 2022, s.1139-1168.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, İstanbul, On iki Levha, 2014.
- Yavuz, Cevdet ve Osman Açıkgöz, “Mirasın Temsilci Aracılığıyla Reddedilmesi Halinde Özel Yetkinin Gerekli Olup Olmadığı Hususunun Öğretideki Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *YÜHFD*, Cilt 18, Sayı 2, 2021, s. 677-693.
- Yılmaz, Süleyman, *Medeni Hukuk Cilt IV Miras Hukuku*, Ankara, Yetkin, 2022.



**Makaleler**

*Articles*



# Muhteşem Şaheser: Kemal Gözler'in 'Alıntı ve Atıf Usûlleri' Eserine Takdir ve Tenkit

Coşkun Can AKTAN\*

---

\* Prof.Dr. Dokuz Eylül Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, ccan.  
aktan@deu.edu.tr **ORCID** : 0000-0003-4294-2314.

**Makale geliş tarihi:** 13 Eylül 2024 **Makale kabul tarihi:** 17 Eylül 2024

**Atıf önerisi:** Aktan, Coşkun Can, "Muhteşem Şaheser Kemal Gözler'in 'Alıntı ve Atıf Usûlleri' Eserine Takdir ve Tenkit", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 4, Ekim 2024, s. 427-449. **DOI:** 10.30915/abd.1567387.

## MUHTEŞEM ŞAHESER: KEMAL GÖZLER'İN 'ALINTI VE ATIF USÛLLERİ' ESERİNE TAKDİR VE TENKİT

### GİRİŞ

Geçtiğimiz yaz (2023) Avrupa'ya seyahatimizin ardından Fakülte'deki posta bürosuna uğradığımda tuğladan büyük ve neredeyse bims kalınlığında bir kitap beni bekliyordu. Kemal Gözler'in yaklaşık 1700 sayfadan oluşan *Alıntı ve Atıf Usûlleri* kitabını aldım ve doğrusu arabama doğru yürürken elimde taşımakta zorlandığımı hissettim. Yazın sonlarına doğru ve güz boyunca kitabı ara ara okudum ve içimden “*bunu yazmak her babayiğidin harcı değil*” diyerek içten takdirlerimi ifade ettim.

2013 yılında başlanmış ve aralıklı da olsa neredeyse 10 yıllık bir emek sonunda hazırlanmış olan bu dev esere samimiyetle takdir ve tenkit yazısı yazmanın doğru olacağını düşündüm. Neden tenkit? Çünkü kitap eleştirisi sadece kitap tanıtımı demek değildir. Kitap tanıtımı öyle sanıyorum ki yayınevlerinin yapması gereken bir iştir. Kitap eleştirisi ise bilimin ve düşüncenin ilerlemesine hizmet eder ve içerisinde mutlaka az ya da çok yapıcı “tenkit” bulunur ve bulunmalıdır. Kitap eleştirisi yazısı sadece iltifatlarla dolu olursa eksik olur; yazıyı kaleme alan kişinin gördüğü eksiklikler varsa onu samimiyetle, nezaket ve saygı ifadeleriyle belirtmesi gerekir. Yazarın da bu eleştirilere hoşgörülü olması beklenir.

### I. KİTABIN GENEL PLANI VE KAPSAMI

**Kitabın Künyesi:** Kemal Gözler, *Alıntı ve Atıf Usûlleri*, Bursa, Ekin, 2023, XLVIII+1662 s.<sup>[1]</sup>

Kitabın planı ve kapsamı insanı hayrete düşürecek ve hayranlık uyandıracak bir titizlikle hazırlanmıştır. Birinci Kısım Alıntı Usûlleri başlığını taşımakta ve toplam 22 Bölümden, İkinci Kısım ise Atıf Usûlleri başlığını altında incelenen 3 Alt Kısım ve 20 Bölümden oluşmaktadır. Kitabın sonunda ise Bibliyografya, Ekler ve Dizin yer almaktadır. Ekler

[1] Yazar Alıntı ve Atıf Usûlleri (Bursa, Ekin, 2023, 48+1662 s.) başlıklı kitabın özetini ayrı bir kitap olarak yayınlamıştır: Kemal Gözler, *Alıntı ve Atıf Usûlleri Giriş: Bir Ders Kitabı*, Bursa, Ekin, 2023, XXII+562 s. Biz bu yazımızda 1662 (+ XLVIII) sayfadan oluşan ana kitabın tanıtım ve eleştirisi yapıyoruz. Yazımızda metin içerisinde yer alan sayfa numaralı alıntılar bu kitaba aittir.



kısımında Alıntı ve Atıf Usûllerinde Kullanılan Semboller; İngilizce ve Fransızca Kitaplarda Alıntı ve Atıf Usûlleriyle İlgili Kullanılan Bazı Kısaltmalar ve Bazı Latince Terimler; Türkçe-İngilizce Alıntı ve Atıf Usûlleri Terimleri Sözlüğü; İngilizce-Türkçe Alıntı ve Atıf Usûlleri Terimleri Sözlüğü ve son olarak Alıntı ve Atıf Kuralları başlıkları altında okuyucuya kolaylık sağlayacak terimler, kısa sözlük ve kurallar manzumesi (alıntı ve atıflara dair oldukça tertipli ilkeler) sunulmaktadır.

Benim yüksek lisans eğitimimi sürdürdüğüm yıllarda bilimsel araştırma yazımı konusu ile ilgili olarak ilk tanıştığım kitap Uludağ Üniversitesi'nde iktisat profesörü olarak görev yapan Halil Seyidoğlu'nun *Bilimsel Araştırma ve Yazma El Kitabı* olmuştur. Onun dışında şahsen bu konuda yazılmış diğer kitapları fiziken ele almış ve incelemiş değilim. İnternet üzerinden kısa bir arama yaptığımda münhasıran alıntı ve atıf usûlleri üzerine yazılmış bir kitaba rastlamadım. Yaptığımı kısa araştırma neticesinde Türkiye'de bugüne değin bu kapsamda ve detayda bir kitap yayınlanmamış olduğunu anlıyorum.

Gözler kitabının esasen lisans, yüksek lisans ve doktora öğrencilerine hitap ettiğini; kitabının ayrıca kıdemli akademisyenler dışında mevzuat ve içtihadat atıf usûlleri konusunda eksiklikleri olan hukukçulara da yarar sağlayacak şekilde hazırlandığını belirtiyor. Kemal Gözler'in değil mesleğinin henüz başında bulunan Araştırma Görevlileri, Öğretim Görevlileri, Dr. Öğretim Üyeleri “(...) Türkiye'de kıdemli öğretim üyelerinin dahi bir kısmının alıntı ve atıf usûlleri konusunda bilgileri zayıftır.” (s.14) ifadesi doğru bir tespittir.

## II. ALINTI VE ATIF USÜLLERİ: KİTABIN PLANI VE KAPSAMI

«BİRİNCİ KISIM: ALINTI USÜLLERİ»	«İKİNCİ KISIM: ATIF USÜLLERİ»
Bölüm 1: Alıntı Kavramı	BİRİNCİ ALT-KISIM: MEVZUATA ATIF USÜLLERİ
Bölüm 2: Mealen Alıntı	Bölüm 23: Kanunlara Atıf Usülleri
Bölüm 3: Genel Olarak Aynen Alıntı	Bölüm 24: Kanun Dışındaki Mevzuata Atıf Usülleri
Bölüm 4: Aynen Alıntılarda Tırnak Kuralı	İKİNCİ ALT-KISIM: MAHKEME KARARLARINA ATIF USÜLLERİ
Bölüm 5: Aynen Alıntı Türleri: Kısa ve Uzun Alıntılar	Bölüm 25: Mah. Kararlarına Atıfta Genel ve Ortak Usüller
Bölüm 6: Aynen Alıntılarda Vurgular	Bölüm 26: Türk Mahkeme Kararlarına Atıf Usülleri
Bölüm 7: Aynen Alıntılarının Sunulması	Bölüm 27: Yabancı Mahkeme Kararlarına Atıf Usülleri
Bölüm 8: Aynen Alıntılarda Çıkarmalar	Bölüm 28: Uluslararası Mahkeme Kararlarına Atıf Usülleri
Bölüm 9: Aynen Alıntılarda Düzeltme ve Eklemler	ÜÇÜNCÜ ALT-KISIM: DOKTRİNE ATIF USÜLLERİ
Bölüm 10: Aynen Alıntılarda Uyum ve Harf Dönüşümü	Birinci Ayrım: Yazar-Yıl Sistemi
Bölüm 11: Yabancı Dilden Aynen Alıntılar	Bölüm 29: Yazar-Yıl Sistemi
Bölüm 12: Aynen Alıntılarla İlgili Diğer Konular	İkinci Ayrım: Dipnot Sistemi
Bölüm 13: Alıntı Şartları	Bölüm 30: Dipnot Sisteminde Kitaplara Atıf Usülleri
Bölüm 14: Kaynak Gösterme Şartları	Bölüm 31: Dipnot Sisteminde Makalelere Atıf Usülleri
Bölüm 15: Mevzuat ve İçtihatın Alıntılar	Bölüm 32: Dipnot Sisteminde Diğer Eserlere Atıf Usülleri
Bölüm 16: Yargı Kararlarında Alıntı Yapma Sorunu	Bölüm 33: Dipnot Sisteminde Kısa Kıtneye Atıf Usülleri
Bölüm 17: Örnekleriyle Usülsüz Alıntı Türleri	Bölüm 34: Dipnot Sisteminde Naklen Atıf Usülleri
Bölüm 18: Transit Atıfla Yapılmış Alıntılar	Üçüncü Ayrım: Ortak Unsurlar (Temel Kıtneye Bilgileri)
Bölüm 19: Çeviri Yoluyla Yapılmış Usülsüz Alıntılar	Bölüm 35: Yazar Adı
Bölüm 20: Usülsüz Alıntının İspatı	Bölüm 36: Kitabın Başlığı
Bölüm 21: Usülsüz Alıntı Savunmaları	Bölüm 37: Çeviren
Bölüm 22: Usülsüz Alıntıyla Mücadele	Bölüm 38: Yayın Yeri
	Bölüm 39: Yayınevi
	Bölüm 40: Baskı Sayısı
	Bölüm 41: Yayın Yılı
	Bölüm 42: Cilt Numarası
	Bölüm 43: Sayfa Numarası

Bir akademisyenin bilimsel araştırma ve yazma konuları ile profesyonel anlamda ilk tanışması yüksek lisans tezi ile olur. Benimde öyle olmuştur. Yüksek lisans tezimi kaleme aldığım günden bu yana yaklaşık 40 yıl geçmiştir. 32 yaşında profesör olduğum günden bu yana onlarca kitap ve makale kaleme aldım, deyim yerindeyse “*enayilik*” mertebesinde kendimi yazmaya hasrettim ve hala da yazmaya devam ediyorum. Bundan 40 yıl öncesinden farklı olan akademinin, akademik derecelerin ve unvanların, akademik yazarlığın değersizleşmesi ve yozlaşmış olmasıdır. Bugün yüksek lisans ve doktora tezlerinin, doçentlik unvanını elde etmek için hazırlanan kitap ve makalelerin değil içerik, şekil şartları yönünden de (şekil şartlarından alıntı

ve atıf usûllerini kastediyorum) ne derece yetersiz, dahası etik açıdan sorunlu olduğunu görüyor ve üzüliyorum. Bilimsel araştırma yazma, alıntı ve atıf usûlleri konusu bu açıdan fevkalade önemlidir.

Ben yaklaşık 1700 sayfadan oluşan bu dev eserin en kalbi duygularıyla gerçek bir “*muhteşem şaheser*” olduğunu ifade etmek isterim. Mükemmeliyetin kantiteye değil kaliteye bağlı olduğunu her zaman yüksek sesle dile getiririm ve derslerimde İspanyol filozof Baltasar Gracián’a atfedilen ünlü sözü tekrar eder dururum: “*Mükemmeliyet, kantiteye değil, kaliteye bağlıdır.*”

Kemal Gözler’in kitabı ayakta akışlanacak, en yüksek övgüyü hak eden bir emek ürünüdür. Kalbinde kötü niyet beslemeyen ve akademik kıskançlık duygularına yenik düşmemiş her akademisyenin bu kitabın zahmetle ve özenle hazırlanmış “*muhteşem şaheser*” olduğunu kabul edeceklerine ve yazara takdirlerini sunacaklarına gönülden inanıyorum. Kaliteye eşlik eden bir başka emek daha var: kantite. Onu da görmezden gelmemek lazım. 1662 sayfadan oluşan ve taşımakta dahi zorlanacağınız bir büyük şaheser...

*Kemal Gözler’in Alıntı ve Atıf Usûlleri bir kitap değil, bir eserdir: bir eser değil, bir şaheserdir; bir şaheser değil, bir “muhteşem şaheser”dir.*

Kemal Gözler mükemmeliyeti ruhunda ve kaleminde saklı tutan ve bize bilimsel yazmayı, alıntı ve atıf usûllerini öğreten bir kıymetli akademisyendir. Kemal Gözler benim gözümde kitlesel yükseköğretimin yaygınlaşması neticesinde giderek nesli tükenmekte olan öğretim üyelerine bir güzel örnektir.<sup>[2]</sup> Kemal Gözler saygın hukukçu, fikir adamı ve yazar olmanın çok ötesinde yazma aşkı olan bir “*yazı ustası*” ve “*bilimsel yazma sanatçısı*”dır.

Mükemmeliyeti arayan her sanatçının fırçasında nasıl hatalar varsa Kemal Gözler’in kaleminde de o derece hatalar ve eksiklikler olması pek tabiidir. Bu mükemmeliyet arayışının bir doğal sonucudur. Kemal Gözler’in yazı

---

[2] Yükseköğretim alanında çalışmalarıyla tanınan Martin Trow bir makalesinde kitlesel yükseköğretimi eleştirerek akademinin amacının nesli tükenmekte olan bir elit sınıfa (*endangered species*) yeniden yaşam alanı sağlamak ve onları koruma altına almak olmalıdır görüşünü savunmaktadır. Martin Trow, “Elite Higher Education: An Endangered Species?”, *Minerva*, Sayı 14, 1976, s.355–376. Trow’dan esinlenerek Kemal Gözler’i nesli tükenmekte olan bir akademisyen sınıfının mensubu olarak görüyorum.

hayatındaki bu mükemmeliyetçiliğini ben Fransız edebiyatının büyük isimlerinden Honore De Balzac'ın *Bilinmeyen Şaheser* adlı eserindeki Frenhofer adında bir ressamın mükemmeliyetçilik arayışına benzetiyorum. Aşağıda Honoré de Balzac'ın *Bilinmeyen Şaheser*'i ile Kemal Gözler'in *Muhteşem Şaheser*'i ile bir bağ kurmaya çalışacağım. Bu analogi üzerinden Kemal Gözler'in *Alıntı ve Atıf Usûlleri* kitabına bazı eleştiriler yönelteceğim. Bakalım bunda başarılı olabilecek miyim?

### III. LE CHEF-D'ŒUVRE INCONNU (BİLİNMEYEN ŞAHESER)

*“Burr! Sözdizimini eksiksiz bilmek, dil hataları yapmamak  
büyük bir şair olmaya yetmez!”<sup>[3]</sup>*

Honoré de Balzac

Orijinal adı *Le Chef-d'œuvre inconnu*. Yazarı Honoré de Balzac. Türkçeye *Bilinmeyen Şaheser* ve ayrıca *Gizli Başyapıt*<sup>[4]</sup> adıyla tercüme edilmiş. Hikâye şöyle başlıyor: Yıl 1612... Bir gece genç bir ressam olan Nicolas Poussin Paris'te Grands-Agustins Sokağı'nda kendisinden daha yaşlıca ve deneyimli ressam Frenhofer'ın evinin kapısını çalar. Nicolas Poussin odada bulunan bir başka ressam François Porbus ile birlikte Frenhofer'ın ömrünü adadığı resimlerdeki mükemmeliyetçilik felsefesinin gerisindeki kusursuzluk arayışının ağır bedelini sorgularlar ve anlamaya çalışırlar.

Frenhofer konuşmaları sırasında Nicolas Poussin'a resmettiği çıplaklığı *“Saray için bir tablo yaptığında, içine tüm ruhunu koymazsın, saraylılara sadece boyalı mankenler satarsın. Benim resmim bir resim değil, bir duygu, bir tutku! O benim atölyemde doğdu, orada bakire olarak kalmak zorunda, oradan dışarı ancak giyinik olarak çıkabilir. Şiir ve kadınlar sadece âşıklarına çırılçıplak teslim olurlar!”* (s.73) diyerek resim çizme tutkusunu ve aşkını anlatır. Onunki bir aşk hikâyesi: mükemmeliyeti arayan bir ressamın resim aşkı.

*Bilinmeyen Şaheser*'i yazan Honoré de Balzac *“Görsel etkiler! Görsel etkiler! Onlar hayatın kendisi değil, arızalarıdır.”* (s.51) ve *“bakın, tıpkı cehalet gibi fazla bilginin sonu da inkâra varıyor.”* (s.62) diyerek mükemmeliyetçiliğin

[3] Honoré de Balzac, *Bilinmeyen Şaheser*, Çev. R. Akman, İstanbul, İletişim Yayınevi, 5. Baskı 2013, s.48.

[4] Honoré de Balzac, *Gizli Başyapıt*, Çev. S. Rifat, İstanbul, Can Yayınları, 2019.

yaratacağı sıkıntıları okuyucuya anlatmak istiyor. Ve ardından beni doğrusu etkileyen bir büyük söylev sunuyor<sup>[5]</sup>:

“Sizler bir figürü doğru çizip her şeyi anatomi kurallarına göre yerli yerine oturtunca işinizi bitirdiğinizi sanıyorsunuz. Şu yüz hattını, paletinizdeki önceden karılmış bir ten rengiyle, bir tarafı diğerinden koyu tutmaya özen göstererek boyuyorsunuz (...) ressam olduğunuzu hayal ediyorsunuz!.. Bırr! Sözdizimini eksiksiz bilmek, dil hataları yapmamak büyük bir şair olmaya yetmez!”

Sözdizimini yani dilbilgisini doğru kullanmak bir büyük şair ya da yazar olmaya yeter mi, elbette yetmez! İşte Balzac'ın zihin dünyasındaki bu sözler olsa gerek *Bilinmeyen Şaheser* başta Pablo Picasso ve Paul Cézanne olmak üzere onu okuyan her insanı etkilemiştir.

Acaba diyorum Honoré de Balzac'ın Bilinmeyen Şaheser'indeki bu etkili sözler Kemal Gözler'in *Muhteşem Şaheser* adlı eserindeki (Alıntı ve Atıf Usûlleri) eksiklikleri görmemize imkân sağlayabilir mi? Balzac'ın beni fazlasıyla etkileyen bu sözleri üzerinden Kemal Gözler'in kitabında yer alan mükemmeliyetçiliğinin bize sunduğu hataları tahlil etmeye çalışacağım.

#### IV. KEMAL GÖZLER'İN MUHTEŞEM ŞAHESER'İNDEKİ GEREKSİZ TAFSİLAT VE TEFERRUATLAR

“(...) tafsilat yığınlarıyla çok kere okuyucumun başını ağrıttıyorum.”<sup>[6]</sup>

Jean-Jacques Rousseau

Bu yazıyı kaleme alırken bile elim titriyor! Kemal Gözler'in Alıntı ve Atıf Usûlleri'ne uygunsuz yazarım diye stres altında hissediyorum kendimi! Jean-Jacques Rousseau'dan yaptığım alıntıda acaba baştaki üç noktayı nasıl versem? The Chicago Manual of Style'mı yoksa ALWD Citation Manual'a

[5] Balzac, *Bilinmeyen Şaheser*, op.cit., s.48.

[6] Jean-Jacques Rousseau, *İtiraflar 1*, Çev. R.N.Güntekin, Ankara, MEB Yayınları Batı Klâsikleri, 1955, s.363.

mı? Hangisi daha uygun olur? Kemal Gözler'in "üç nokta'nın (...) arasında 'ara (space)' konulmamalıdır tavsiyesine uyararak bu aşamayı geçiyorum."<sup>[7]</sup>

Önümde bir başka stres daha var: Acaba yukarıdaki Rousseau altıntısını tırnak içinde verirken Fransız usûlü tırnak (« ») mı, yoksa Amerikan usûlü tırnak (" ") mı kulansam diye düşünüyorum? Fransız değilim, Fransızca bilmediğim için "guillemet" ne demek onu da bilmiyorum! O zaman Fransız usûlü tırnak kullanmayayım diyorum. Yine Kemal Gözler'in tavsiyesini dinlemek geliyor içimden ve Amerikan usûlü tırnak (" ") kullanmaya karar veriyorum.<sup>[8]</sup>

Geldik dipnotu nasıl vereceğime! Rousseau'nun "(...) *tafsilat yağınlarıyla çok kere okuyucumun başını ağrıttıyorum.*" alıntısına dipnot verirken acaba hangi kurala uymalıyım? APA mı, AMA mı, Chicago mu, Vancouver mi? Hangisi? Eğer metin içinde değil de sayfa altında dipnot vereceksem ilk olarak yazar adını mı yoksa soyadını mı yazmalıyım? Kitabın basıldığı yılı yazarın adı ve soyadından sonra değil de en sonda vermem daha mı uygun olur? Ya da yerli-milli olsun diye ISNAD atıf sistemini mi kullanmalıyım!<sup>[9]</sup> Peki ya kitabı Türkçe'ye tercüme eden kişi... Çevirenin ismini (Reşat Nuri Güntekin) nerede ve nasıl vermeliyim? Tam isim olarak mı, kısaltma olarak mı?

---

[7] Üç nokta kuralı konusunda daha fazla bilgi için bkz. Kemal Gözler, *Bilimsel Yazma ve Yayınlama: Bir Stil Kılavuzu*, Bursa, Ekin, 2022, s.119 vd.

[8] Tırnak işaretinin şekilleri ve türleri konusunda daha fazla bilgi için bkz.: Kemal Gözler, *Bilimsel Yazma ve Yayınlama: Bir Stil Kılavuzu*, Bursa, Ekin, 2022, s.144-150.

[9] Burası belki yeri değil ama bir ufak not eklemek istiyorum. ISNAD Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, Dini İlimler Araştırma Merkezi (DİMER) tarafından geliştirilmiş bir atıf sistemidir. Web sayfasındaki bilgilere göre "Öncelikle Türkiye ve Türk Cumhuriyetlerinde akademik yayınlarda ortak bir referans sisteminin kullanımını sağlamak hedeflenmektedir. (...) Türkiye merkezli yayın yapan ilahiyat alan dergilerinde görev üstlenen editörlerin çoğunluğunun (%70,4) kararı ile marka adı olarak seçilmiştir." ifadeleri yer almaktadır. bkz. ISNAD Atıf Sistemi,

<https://www.isnadsistemi.org/> (Not. Türkiye'de yükseköğretim düzenleme ve denetleme kurumu olarak YÖK ya da ÜAK tarafından kısa ve öz bir atıf sistemi ilan edilse ve tüm üniversitelerde bu sistem kullanılmış olsa bu tür gereksiz girişimlere kapı aralanmamış olur. Özellikle islami çevrelere ve islami dergilere hizmet ettiği anlaşılan bu özel atıf sistemine gerek olup olmadığı konusu ayrı bir tartışma konusudur.)

Fransız usûlü tırnak, Amerikan usûlü tırnak, üç nokta kuralı, dipnot verme usulü vs. ve daha yüzlerce kuralın ne olması gerektiğini Kemal Gözler'in

*Alıntı ve Atıf Usûlleri* kitabından okumaya, öğrenmeye ve anlamaya çalışıyorum. Kemal Gözler bu konuda ısrarcı ve şöyle diyor:

*“Türkiye’de öğretim üyelerinin önemli bir kısmı, alıntı ve atıf usûlleri konusunda biçim kurallarını çok da önemsemezler. Pek çok öğretim üyesi için, alıntının kaynağı dürüstçe gösterilmiş ise gerisi önemsizdir. Onlara göre biçim ve stil kuralları teferruatır. Bu kurallara uyulsa da olur, uyulmasa da olur. Yazarların soyadı küçük harfle yazılabileceği gibi büyük harfle de yazılabilir. Kitap isimleri normal yazılabileceği gibi italik veya bold olarak da yazılabilir. Yayınevi, yayın yerinden önce verilebileceği gibi sonra da verilebilir vs. Biz öyle düşünmüyoruz. Bütün bu konularda standart kurallara ihtiyaç vardır. Bu kitap bu inançla yazılmıştır. Bu kitap, kıdemli öğretim üyelerine de hitap ediyor. (s.14-15.)*

Bendeniz 61 yaşındayım, yaklaşık 40 yıldır üniversitede görev yapıyorum ve yaklaşık 30 yıldan bu yana da kıdemli araştırmacı olarak bilimsel ve fikir yazıları kaleme alıyorum. Alıntı ve atıf usûlleri konusunda belirli bazı kuralların ve standartların mutlaka olması gerektiğini düşünüyorum; gereksiz olan “lüzümlü lüzumsuz” her konunun bir kural olarak kabul edilerek işin tafsilat ve teferruat kısmının genişletilerek yazarın başının fazlaca ağrıtılmasıdır! Tam da Rousseau'nun dediği gibi! Gereksiz tafsilat ve teferruatlı bir referans eser yazmak yazarını yormakla kalmaz, okuyucuyu da sıkar, bilimsel araştırma yapacak olan genç akademisyenleri ise deyim yerindeyse boğar!

Kemal Gözler ile yazdıkları konusunda aynı fikirde değilim. Bu kadar fazla tafsilat ve teferruat gerçekten rahatsız edici, sıkıcı, bunaltıcı, yorucu ve gereksizdir. Kemal Gözler bu konuda oldukça inatçı ve şöyle diyor:

*“Alıntı ve atıf usûlleri konusunda hislere değil, kurallara güvenmek gerekir. Bu kurallar bizi usûlsüz alıntı yapmaktan korur. Bu nedenle bu kuralları ezbere bilmek ve bunlara harfiyen uymak ve yazdıktan sonra da ortaya çıkan cümle ve paragrafların bu kurallara uyup uymadığını tek tek kontrol etmek gerekir. Bu husus,*

*ödev hazırlayan bir lisans öğrencisi için geçerli olduğu gibi, kıdemli bir profesör için de geçerlidir.”*

Ben de diyorum ki, kaleme aldığımız akademik metin ya da fikir yazısına başka bir yazardan alıntı yaptığımızda ve dipnot vermemiz gerektiğinde çok ince ayrıntılar ile yazarı boğmanın ne anlamı vardır! Neye yarar ve neye hizmet eder?

Kemal Gözler'in kitapta aşağıdaki verdiği örnekler üzerinden gidelim. Dipnotta ve bibliyografyada illaki farklı ve belli sırayı ve kuralı takip etmek mi gerekir? Örneğin, dipnotta yayın yılını yazardan önce yazsak ne olur? Ya da olmaz mı?

DİPNOTTA	1. Ergun Özbudun, <i>Türk Anayasa Hukuku</i> , Ankara, Yetkin, 21. Baskı, 2021, s.35.	YAYINEVİ
BİBLİYOG- RAFYADA	Özbudun, Ergun, <i>Türk Anayasa Hukuku</i> , Ankara, Yetkin, 21. Baskı, 2021.	YAYINEVİ

DİPNOTTA	1. Ergun Özbudun, <i>Türk Anayasa Hukuku</i> , Ankara, Yetkin, 21. Baskı, 2021, s.32.	YAYIN YILI
BİBLİYOG- RAFYADA	Özbudun, Ergun, <i>Türk Anayasa Hukuku</i> , Ankara, Yetkin, 21. Baskı, 2021.	YAYIN YILI

Bu kadar tafsilat ve bu kadar teferruata gerek var mı? Kemal Gözler'in kitabındaki tam 870 adet alıntı ve atıf usulü kuralını okuduğumda gerçekten yorulduğumu ve başımın ağrıdığını hissettim.<sup>[10]</sup>

[10] Kemal Gözler'in Alıntı ve Atıf Usûlleri kitabının sonunda yer alan yüzlerce kuralın birçoğunun gereksiz olduğunu düşünüyorum. Bazı örnekler sunayım: Türkiye'de aynen alıntılarda hangi usûl tırnak kullanılmalıdır? Amerikan usûlü mü, Fransız usûlü mü, Alman usûlü mü, yoksa İngiliz usûlü mü? Girintili paragrafın sol kenarı, normal paragrafın sol kenarına göre belli miktarda (örneğin 1 cm kadar) sağa doğru girintiyle başlar. Girintili paragrafın sağ kenarından sola doğru girintiyle bitirilmesine gerek var mıdır? Aynen alıntılarının verildiği girintili paragrafta kullanılan punto büyüklüğü nasıl belirlenir? Yüksek lisans ve doktora tezi gibi ana metni bir buçuk veya iki satır aralığı ile yazılan metinlerde girintili paragraflarda satır aralığı ne kadar olmalıdır? Aynen alıntılanan metinden bazı kelime veya cümleleri çıkarmak caiz midir? Boşluk (ara



500. kuralı okuyorum: *Önce yayın yeri mi, yoksa yayınevi mi verilir?* Ardından 501. Kuralı okuyorum: *Yayın yeri bilgisinden sonra üst üste iki nokta mı, yoksa virgül mü konulur?*

Kemal Gözler'in 2022 yılında yayınlanan *Bilimsel Yazma ve Yayınlama: Bir Stil Kılavuzu* kitabı da *Alıntı ve Atıf Usûlleri* gibi oldukça ince detaylar üzerinden konuyu incelemektedir. Buna rağmen sözkonusu eserin de her yönüyle bir büyük emek ürünü olduğunu burada not etmekte yarar görüyorum. Bu kitapta da gördüğüm tek sıkıntı tafsilat ve teferruatla yoğunlaşmış olmasıdır!

Kemal Gözler gibi bir büyük yazarın bu "gereksiz" detaylarla kendisini yormasının gereksiz olduğunu düşünüyorum. Önemli olan insanı büyüleyecek, gözlerinden yaş akıtacak, ya da heyecanlandıracak bir şiir yazabilmektir. Balzac'a geri dönelim: (Balzac, 2013:48)

*"Sözdizimini eksiksiz bilmek, dil hataları yapmamak büyük bir şair olmaya yetmez!"*

Bir araştırmacı olarak kurallar ve kurumlar (rules and institutions) üzerine bu ülkede en çok yazan kişilerin başında geliyorum. Google üzerinden basit bir arama yaptığınızda bu iki kelimeye ne kadar önem ve emek verdiğimi görebilirsiniz. Evet, kurallar önemlidir; ama aşırı kuralcılık, tafsilat ve teferrutlar gereksizdir ve sıkıcıdır.

---

üç noktadan önce mi, sonra mı konulur? Aynen alıntılanan metnin aslında üç nokta kullanılmış ise, bu üç nokta aynen alıntıda nasıl gösterilir? Aynen alıntının sonunda bulunan noktalama işaretleri sondaki tırnaktan, yani kapanış tırnağından önce mi, yoksa sonra mı konulmalıdır? Aynen alıntının sonunda dipnot başvuru numarası bulunacaksa, dipnot başvuru numarası, kapanış tırnağının önünde mi, yoksa arkasında mı yer almalıdır? Tek başına bir cümle oluşturmayan aynen alıntılardan sonra virgül işaretinin konulması gerekiyorsa, virgül, kapanış tırnağından önce mi, yoksa sonra mı konulur? Tırnak içine alınmadan verilmiş aynen alıntılar, neden birer usûlsüz alıntıdır? Üç satırdan uzun olup da girintili paragraf biçiminde verilmeyen aynen alıntılar, istisnalar dışında, neden birer usûlsüz alıntıdır? Bir dipnotta birden fazla kaynağa atıf yapılıyorsa, kaynaklar arasına hangi noktalama işareti konulur? Künye bilgilerinde kelimelerin ilk harfleri büyük mü, küçük mü yazılır? Künye bilgileri verilirken kitap ana başlığı ile alt başlığı arasına hangi noktalama işareti konulur? Makalelere atıfta cilt ve/veya sayı bilgisinin Roma rakamıyla yazılması şart mıdır? Makalelere atıfta sayı bilgisinin parantez içinde verilmesi gerekir mi?

Yukarıda alıntı ile verdiğimiz üzere Kemal Gözler diyor ki: “*Pek çok öğretim üyesi için, alıntının kaynağı dürüstçe gösterilmiş ise gerisi önemsizdir. Onlara göre biçim ve stil kuralları teferruattır.*”

Hukukçu değilim ama ben de hukuk dili ile bu görüşe karşı diyorum ki; Roma hukukunda yer alan “*iyi niyet ilkesi*” (bona fides) fevkalade önemli ve değerlidir; bu dürüstlük ilkesi kuralların ikincil plana atılması anlamına gelmez.<sup>[11]</sup>

“*Usûl esasa mukaddemdir*” ile “*Esas usûle mukaddemdir.*” arasındaki tartışmada benim yerim bellidir. “*Usûl esasa mukaddemdir*” pozitif hukukun eksik bakış açısıdır. İdeal ve normatif hukuk açısından ilke şu olmalıdır: “*Esas usûle mukaddemdir.*”

Taksir ve taksirat terimleri ile de konuyu açıklayabiliriz. Türk hukuk sisteminde Ceza Kanunu kapsamında “kasten”, “taksir”, “taksirle”, “olası kast” ve “bilinçli taksir” kavramları kullanılmıştır. Taksir, ceza hukuku anlamında “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir*” (TCK:22/2). Açık-aleni bir kötü niyet olmadığı sürece alıntı ve atıflarda ufak hatalar yapılması hoşgörülebilir. Bırakınız Frenhofer karşısında çırılçıplak duran kadına bakarak özgürce resmini yapadursun!

“*Şiir ve kadınlar sadece âşıklarına çırılçıplak teslim olurlar!*” (s.73)

## V. GEREKSİZ!

“*Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem.*”

“*Pluralitas non est ponenda sine neccesitate.*”

“*Frustra fit per plura quod potest fieri per pauciora*”<sup>[12]</sup>

Occam'lı William

[11] Talya Şans Uçaryılmaz, *Bona Fides (Dürüstlük Kuralı)*, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2019; Talya Şans Uçaryılmaz, “Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 135, Mart-Nisan 2018, s.335-382.

[12] Occam'lı William'ın yaklaşık 800 yıl öncesinde söylenmiş olan bu sözlerinin (“*Nesneler gerekmedikçe çoğaltılmamalıdır.*”) çok kıymetli olduğunu düşünüyorum. Occam'lı William'ın felsefesine de atıfta bulunduğum iki yazım için bkz. Coşkun Can Aktan,

Filozof değilim ama felsefe dili ile diyorum ki gereksiz şeyleri kesip atalım. Elimize bir Occam Usturası alalım ve alıntı ve atıf usûlleri konusundaki yüzlerce “gereksiz” kuralı kesip atalım...

Kemal Gözler’in ‘Alıntı ve Atıf Usûlleri’ Eserine Takdir ve Tenkit başlığı altındaki bu yazımda “gereksiz” kelimesini niçin kullandım? Üç temel açıklaması ya da gerekçesi var:

*Basitlik/Yalınlık ilkesi.* Alıntı ve atıf usûlleri konusunda fazla tafsilat ve teferruat gereksizdir. Yalınlık (sadelik) ve basitlik önemlidir. Bir akademisyen bilimsel bir makale ya da fikir yazısı kaleme aldığı anda basitçe yazmamalı, basit ve anlaşılır kurallara riayet ederek yazmalıdır<sup>[13]</sup>. Bir bilim insanını ya da fikir adamını ağır bir pedantokrasinin pedalları altında yormanın bir gereği yoktur; gereksizdir<sup>[14]</sup>.

Ibid, op cit, loc cit... Evet, gereksiz tekrarlar yapmamak için loc.cit gerekli olabilir fakat bugünün tık-tok toplumunda ibid, op cit, loc cit’in kullanımının ne kadar gerekli olduğu tartışılır!<sup>[15]</sup> Öte yandan basitlik ilkesi

---

2021. “Akademik Enflasyon: Çoğal(t)ma ve Değersizleş(tir)me”, ResearchGate Preprint,

[https://www.researchgate.net/publication/354680685\\_AKADEMIK\\_ENFLASYON\\_Cogaltma\\_ve\\_Degersizlestirme](https://www.researchgate.net/publication/354680685_AKADEMIK_ENFLASYON_Cogaltma_ve_Degersizlestirme) ; Coşkun Can Aktan, 2023. “Ölümcül Çoğaltma: Akademiye Çoğaltma Kafası ve Yıkım:

[https://www.researchgate.net/publication/361340214\\_OLUMCUL\\_COGALTMA\\_Akademiye\\_Cogaltma\\_Kafasi\\_ve\\_Yikim](https://www.researchgate.net/publication/361340214_OLUMCUL_COGALTMA_Akademiye_Cogaltma_Kafasi_ve_Yikim)

[13] Albert Einstein’e atfedilen bir söz vardır: “Her şey olabildiğince basit bir şekilde yapılmalı ama basitçe değil.” (Everything should be made as simple as possible, but not simpler.) Bu söz Einstein’e atfedilir ama onun tarafından söylenip söylenmediği kesin değildir. bkz. Andrew Robinson, “Did Einstein Really Say That?”, *Nature*, Sayı 557, 2018, s.30.

[14] Pedantokrasi İngiliz düşünür John Stuart Mill tarafından aşırı kuralcılık ile meşgul olma eğiliminde olan bürokrasiyi açıklamakta kullanılmış bir kavramdır. Mill’in ifadesiyle: “Bürokrasi daima pedantokrasi olmaya eğilimlidir.” (A bureaucracy always tends to become a pedantocracy.) bkz. John Stuart Mill, 1861. On Representative Government, Ch. VI. Online erişim için bkz. <https://www.gutenberg.org/files/5669/5669-h/5669-h.htm>

[15] Kemal Gözler ile burada da anlaşamıyoruz. Gözler şöyle yazıyor: “Bazı sosyal bilimler enstitüleri tarafından yayınlanan tez yazım kılavuzlarında Latince kelime ve kısaltmalardan eser yoktur. Oysa bütün medenî memleketlerde, bilimsel yazma alanında

gereği alıntı ve atıf usûlleri konusunda hazırlanan kitaplar çok da uzun olmamalıdır. Kısa ve öz bir rehber kitap doğru bir referanstır. Kemal Gözler ise “*Bu kuralları 20-30 sayfa içinde vermenin imkân ve ihtimali yoktur*” görüşündedir<sup>[16]</sup>.

*Faydacılık/Pragmatizm ilkesi.* Faydacı felsefenin babası olarak kabul edilen Jeremy Bentham *Ahlak ve Yasama İlkeleri* adlı eserinde “(...) *çalışmanın temeli fayda ilkesidir*”<sup>[17]</sup> diye yazar. Faydacılık felsefesinde en büyük sayıda insana en büyük fayda (haz) sağlayan bir eylem doğru eylem kabul edilir. Faydacılık felsefesine yöneltilebilecek eleştiriler olsa da nihayetinde eserin faydalı olması esastır: Sadece aşırı şekilcilik ya da aşırı kuralcılıkla fayda sağlayacak bir eser ortaya konulamaz. Bilimcilik (scientism) değil asıl gaye bilimsellik olmalıdır; şekilcilikten çok daha önemli olan içeriktir. Balzac'ın Bilinmeyen Şaheser'indeki en önemli mesajlardan birisi budur. Varsın bir bilimsel çalışma yazım kuralları vs. yönünden bazı eksiklikler taşıyın; önemli olan o yazının içeriğidir<sup>[18]</sup>.

*Fırsat maliyeti ilkesi.* Burada “*fırsat maliyeti*” (alternatif maliyet) kavramını anlamak ve kavramak önem taşır. Kemal Gözler gibi kıymetli bir yazarın alıntı usûlleri ile kafasını yormasının ve kendi eserinden yapılan usulsüz alıntılarla kendisini üzmesinin tamamen “*gereksiz*” olduğunu düşünüyorum.

---

*yaygın olarak Latince kelime ve kısaltmalar kullanılır. Türkiye'de ise bilimsel yazma alanında bir Latince korkusu vardır. Maalesef işin uzmanı olmayan öğretim üyeleri tarafından yazılan tez yazım kılavuzları, bilimsel yazma stilleri konusunda ülkemizde Latince'den uzaklaşmayı artırıyor ve derinleştiriyor.”* bkz. Kemal Gözler, “Yüksek Lisans ve Doktora Programlarında ‘Tez Yazım Kılavuzu’ Sorunu”, (www.anayasa.gen.tr/aau-tez-kilavuzu.htm) (Yayın Tarihi: 16 Eylül 2023).

[16] Bakalım bu konuda Kemal Gözler ne düşünüyor: “*Sosyal bilimler enstitülerindeki tez yazım kılavuzları yararlıdır; ancak bunlar, hacim bakımından yetersizdirler. Bunların sayfa sayısı (...) 10 sayfa ile 30 sayfa arasındadır. (...) alıntı ve atıf usûlleri konusunda yazılan kitaplar 1000 sayfa civarında olan kitaplardır. Bu kuralları 20-30 sayfa içinde vermenin imkân ve ihtimali yoktur.*” bkz. Kemal Gözler, “Yüksek Lisans ve Doktora Programlarında ‘Tez Yazım Kılavuzu’ Sorunu”, (www.anayasa.gen.tr/aau-tez-kilavuzu.htm) (Yayın Tarihi: 16 Eylül 2023).

[17] Jeremy Bentham, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, Çev. Ö. Saruhanlıoğlu, İstanbul, Litera Yayıncılık, 2017.

[18] Okuyucunun bu sözlerimi çarpıtmasını doğru karşılamam. İdeal olan emek verilmiş kaliteli bir içeriğe doğru yazım kurallarının eşlik etmesidir.

Kemal Gözler'in 1662 sayfalık bu dev şaheseri kalem almasının gerisinde yatan ana nedenlerden birisi kendi ifadesiyle kendi eserlerinden başka yazarların yaptığı usulsüz alıntılardır<sup>[19]</sup>. Oysa Kemal Gözler'in bu "gereksiz tafsilat ve teferruatlar" yerine bu ülkenin en büyük sorunu olan hukuksuzluk konusunda yazacağı bir küçük makalesinin bile ekmek ve su kadar elzem olduğunu düşünüyorum.

Sosyal bilimlerin genelinde çalışmalar yapan bir akademisyen olarak kendimi en başta bir iktisatçı olarak görüyorum ve "fırsat maliyeti" (opportunity cost) kavramının çok ama çok önem taşıdığını düşünüyorum. Kemal Gözler'in "fırsat maliyeti" öylesine büyük ve değerlidir ki, onun böylesine "gereksiz tafsilat ve teferruatlar"dan uzak olmasının topluma ve insanlığa çok daha büyük katkılar sunacağını düşünüyorum.

Yazarlık serüvenimin başlangıcında beni derinden etkileyen ve halen başucu kitaplarımın iki önemli yazarı olan Michel de Montaigne ve Francis Bacon'a zaman zaman müracaat ederim... Onlardan da benzer tavsiyeleri alıyorum...

Özetle bu çalışmada "gereksiz" kelimesini şu açılardan kullanmayı uygun gördüm:

- (1) Alıntı ve atıf usûlleri konusunda gereksiz yere çoğaltılmış, çok uzun tafsilat ve teferruatlarla kaleme alınmış bir kitabın "gereksiz" olduğunu düşünüyorum.<sup>[20]</sup>

---

[19] Kemal Gözler'i bu dev şaheseri yazmaya sevk eden en önemli unsurlardan birisi kendi ifadesiyle usulsüz alıntı sorunundan duyduğu rahatsızlıktır. "(...) kanayan yaranız varsa, (...) 'kafayı takmış' iseniz" diyerek (s. 392) içinde bulunduğu ruh halini ifade ediyor. Kemal Gözler usulsüz alıntı sorunu ile ilgili olarak ciddi hukuki mücadele vermiş, davalar açmış, mahkeme kapılarında beklemiş, bu konuda zihnini yormuş ve enerjisini tüketmiştir. Konu ile ilgili kaleme alınan kitaplardan bu durum çok açık olarak anlaşılmaktadır. Bkz. Kemal Gözler, *Gözler v. Çağlayan Davası: Gözlemler ve Eleştiriler*, Bursa, Yazarın Kendi Yayını, 2020. (Açık Erişim: <https://www.idare.gen.tr/gozler-caglayan-davasi.htm>). ; Kemal Gözler, *Örnekleleriyle Usulsüz Alıntı Sorunu: : Adnan Küçük, Ahmet Nohutçu, Bilal Canatan, Nevzat Sönmez, Ali Rıza Çoban, Serdar Özgüldür, Fatih Dikici ve Diğerlerinin Kitapları Hakkında Eleştiriler*, Bursa, Yazarın Kendi Yayını, 2013. (Açık Erişim: [www.anayasa.gen.tr/usulsuz-alinti-sorunu.htm](http://www.anayasa.gen.tr/usulsuz-alinti-sorunu.htm))

[20] New Oxford Style Manual ve The Chicago Manual of Style gibi iki temel kaynağın yaklaşık 1000'er sayfası olması bizim basitlik ilkesini gözardı etmemize gerekçe olmaz.

(2) Zor ama çok zor zamanlarda yazıyoruz! Montaigne'nin "Gözlerimin önünde ölüm ve kölelik dururken yıldızların düzeniyle nasıl uğraşabilirim?"<sup>[21]</sup> mesajından benim anladığım şey özellikle zor zamanlarda daha fazla faydacı (utilitarian) düşünmeli ve "gereksiz" şeyleri Occam'ın Usturası ile kesip atabilmeliyiz.

(3) Ve son olarak Kemal Gözler gibi bir büyük yazarın fırsat maliyeti çok büyük olduğu için "gereksiz" diyorum.

Gereksiz demek yararsız ve değersiz demek değildir. Kemal Gözler'in büyük şaheseri için böyle bir değerlendirme yapmak ahlakla, vicdanla, dürüstlikle, iyi niyetle bağdaşmaz...

Öte yandan gereksiz demek aynı zamanda abesle iştiğal ya da absürdle meşguiyet demektir. Bu başka bir şey! Eğer bir akademisyen kalkar da bir başkasına "bak mealan alıntı yaparken benden esinlenmiş, dipnot/kaynak göstermemiş, usulüne uygun dipnot vermemiş..." deyip bunları kafasına fazla takarsa bu bana göre abesle iştiğal ediyor demektir. Eğer bir akademisyen kalkar da hafıye ya da dedektif gibi bir yazar için hangi durakta indi, hangi durakta indi, transit yolcu mu, transit alıntı mı, değil mi diye sorgulamaya kalkar ve bunları kafasına takarsa bu absürdle meşguliyettir. Hele günümüz tik-tok dünyasında sörf-yapan, yazı yazan, tweet atan mübtezel kalabalıkların elindeki oyuncakların izini sürmek akıl kârı değildir! Akademisyen müsveddelerinin<sup>[22]</sup> yazılarındaki usulsüz alıntılarla kafa yormak kolay bir iş değildir! Kişinin en başta kendisine zarar verir ki boş ve beyhude bir zahmettir.<sup>[23]</sup>

[21] "Çocuklarımıza kendi dünyalarında önce sekizinci kat göklerdeki yıldızların ve devinimlerinin bilimini öğretmek büyük bir saflıktır. Anaksimenes, Pythagoras'a sunu yazmış. Gözlerimin önünde ölüm ve kölelik dururken yıldızların düzeniyle nasıl uğraşabiliriz?" b kz. Montaigne, *Denemeler*, Çev. S.Eyüboğ lu, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2020, s.146.

[22] Coşkun Can Aktan, 2022. "Akademisyen Müsveddeleri: Vasat Akademik Yazarlık", ResearchGate Preprint.  
[https://www.researchgate.net/publication/365197697\\_AKADEMISYEN\\_MUSVEDDELERI\\_Vasat\\_Akademik\\_Yazarlik](https://www.researchgate.net/publication/365197697_AKADEMISYEN_MUSVEDDELERI_Vasat_Akademik_Yazarlik)

[23] Okuyucunun dikkatine: Fikri mülkiyet haklarının önemsiz ve gereksiz olduğunu savunan birisi olabilir miyim? Mesajımın gayesi şudur: Kemal Gözler gibi gözlerinin

Bu bahsi kapatmadan önce serbest ticaretin güçlü savunucusu ve Aydınlanma felsefesinin öncülerinden biri olarak kabul edilen Voltaire'nin arkadaşı Marquis of Argenson'un (1694-1757) dediği gibi *Laissez faire, morbleu ! Laissez faire !!*<sup>[24]</sup> Ben de diyorum ki, "bırakınız yazsınlar! bırakınız alsınlar, Kemal hocam!" Bırakınız alsınlar, bırakınız çalsınlar, bırakınız yapsınlar!

## VI. KİTABIN ALICISI KİM?

*Sığıntılar ölçülere, gereksiz kurallara;*

*Öte yanda, soylu doğa aldırılmaz bu kalıplara.*<sup>[25]</sup>

William Shakespeare

Muhteşem Will'e hayran olmayan bir insan var mıdır acaba? Shakespeare nasıl Shakespeare olmuştur?<sup>[26]</sup> Shakespeare'in sözü üzerinden bazı ilave notlar yazayım... Eğer gerçekten asil/soylu/elit bir *akademik habitus* var olsa o akademik kültürde kuralların değeri olur ve kurallara saygı duyulur.

Okumayı bilmeyen bir insana siz önce yazmayı öğretmeye kalkışırsanız olmaz! Aslında ders vermekle görevli öğretim üyeleri topluluğunun tamamına gelin yüksek lisans ve daha sonra doktora yapın ve tez yazın; daha sonra

---

cevherlerini kitaplarda eskitmiş bir bilge insanın zihninin berrak ve dingin olması gerekir ki yazabilsin. Oysa Kemal Gözler bana göre tamamen gereksiz bir yol izleyerek bir takım akademisyen müsveddelerinin usulsüz alıntılarını kafasına takmış (kendi ifadesiyle), kendisini ve belki de ailesini gereksiz yere yormuş ve üzümüştür. Kemal Gözler bu usulsüz alıntılar konusunu öylesine kafasına takmış ki, işi tamamen gereksiz "atuf hafiyeliği"ne kadar vardırırmıştır. Kendi kitaplarından usulsüz alıntı yapanların adeta izini sürerek ve açık deliller toplayarak bunları kitaplaştırmıştır. Bununla da kalmayarak mahkemelerde davalar açmıştır.

[24] Marquis of Argenson'un orijinal sözüne değinen ilk büyük yazarın ünlü iktisatçı Keynes olduğunu burada not edelim: Bkz. John Maynard Keynes, "The End of Laissez Faire", 1926. bkz. Panarchy, A Gateway to Selected Documents and Web Sites, <https://www.panarchy.org/keynes/laissezfaire.1926.html>

[25] William Shakespeare, *Çifte İhanet ya da Dertli Âşıklar*, Çev. Ö.Nutku, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2016.

[26] Stephen Greenblatt, *Muhteşem Will (Shakespeare Nasıl Shakespeare Oldu?)*, Çev. C. Alpan, İstanbul, Everest Yayınları, 2017.

da torba kitaplar içinde makaleler yazarak puan toplayın ve doçent olun diyerek kapıyı sonuna kadar açarsanız orada bilimsel yazım, alıntı ve atıf usûlleri konusunda yüzlerce sayfadan oluşan bir muhteşem şaheser yazılsa da o eserin bir alıcısı olmaz...

Bugün ülkemizde “*akademik enflasyon*” sorunu öylesine büyük boyutlara ulaşmıştır ki ben bunu “*ölümcül çoğaltma*” olarak adlandırıyorum.<sup>[27]</sup> Örneğin, 2013 yılında Dergi Park projesi başladığında bu platforma dâhil olan dergi sayısı sadece ve sadece 100 idi. Bugün bu sayı 2500'e çıkmış bulunuyor. Bunun anlamı şudur. Akademisyen enflasyonu dolayısıyla üniversitede görev yapanlar için tek gaye sözde hakemli dergilerde yayın yapmak ve doçentliğe başvurmaktır! Her talep kendi arzını yaratır...

Usulsüz değil, usulüne uygun olarak yeknesak bir alıntı ve atıf usûlleri rehberine başvurularak makale yazılsa ne olacak ki! O makalenin içeriğinde bir şey yoksa değeri nedir ki? Çığ gibi artan yüksek lisans ve doktora programlarında ders aşamasını tamamlayan kişiler usulüne uygun şekilde Kemal Gözler'in alıntı ve atıf usûlleri eserine tam uyararak makale yazarlarsa o tezler ne işe yarar ki? Daha da ileri gideyim: Bir an için Yükseköğretim Kurulu'nun bir toplantısında tüm akademik yükseltilme ve atanmaya yönelik kullanılacak yayınlarda (yüksek lisans tezleri, doktora tezleri, akademik dergilerde yayınlanan makaleler, kitap bölümleri, kitaplar vs.) yeknesaklık sağlamak gayesiyle Kemal Gözler'in *Alıntı ve Atıf Usûlleri* eserinin kullanılmasını şart koştuğunu düşünelim. Bu konuda alınan kararı da üniversitelere tebliğ ettiğini düşünelim. Bu karar akademik kaliteye ne katkı sağlar?

“*Akademik garboloji*” sorununu anlamayan kafaların benim yukarıda sert üslupla kaleme aldığım üzüntülerimi anlayamayacağını düşünüyorum. Hukukçulara hukuk dersi vermek haddim olmayabilir ama tekrar edeyim: *Usûl esasa mukaddem değil, esas usûle mukaddemdir*. Bir tez ya da bilimsel makale için yazım kuralları, alıntı ve atıf kuralları çok önemlidir; fakat ondan önce liyakat gelir. Siz “öğretim üyesi” ile “araştırma üyesi” ayrımını yapmaz iseniz ve üniversitede bir dersten çıkıp diğerine koşan eğitmenlere/öğretmenlere gelin tez/makale yazın dersiniz bu çok ama çok büyük bir

---

[27] Coşkun Can Aktan, “Ölümcül Çoğaltma: Akademide Çoğaltma Kafası ve Yıkım”, ResearchGate Preprint, 2024. [https://www.researchgate.net/publication/361340214\\_OLUMCUL\\_COGALTMA\\_Akademide\\_Cogaltma\\_Kafasi\\_ve\\_Yikim](https://www.researchgate.net/publication/361340214_OLUMCUL_COGALTMA_Akademide_Cogaltma_Kafasi_ve_Yikim)



yanlıştır. Sırf ek ders ücreti rantı üzerinden tezli, tezsiz, uzaktan adları altında onlarca yüksek lisans tez programına binlerce öğrenci alırsanız ve tez enflasyonu altında sözde bir “*garbolojik bilim*” yaratırsanız orada yeknesaklığı sağlamak için yazılmış bir rehber kitabın ne yararı olur ki?<sup>[28]</sup> Bu ülkede akademideki değersizleşmeyi dürüstçe kaleme alan akademisyen sayısı o kadar azdır ki, Kemal Gözler bunların başında gelir.

Özetle, alıntı ve atıf kuralları konusunda 1662 sayfalık bir “muhteşem şaheser” puan toplayarak doçent olma yarışına sokulmuş akademik zevatın umurunda değilse realist bir bakış açısıyla verilen bu emek gereksizdir! Ya da daha uygun bir dille şöyle ifade edelim: Gereksiz çünkü, Honoré de Balzac’ın “*Bilinmeyen Şaheser*” isimli eserini alıp okuyacak bir nesil yok, öyle bir ülkede de yaşamıyoruz! Balzac “*Sen adi bir tablo kopyacısı değil, bir şairsin!*” diyor... “*Sanatın görevi doğayı kopya etmek değil, ifade etmektir.*” diyor... “*Benim asıl istidatım seni sevmek. Ben ressam değilim, âşık bir adamım.*” diyor... Muhteşem Şaheser yazma aşkı olan insanlar için bir değer taşır... En azından ben öyle düşünüyorum...

“Bârîka-i hakikat, müsâdeme-i efkârdan doğar.”

*Hakikatin ışığı fikirlerin çarpışmasından ortaya çıkar.*

Önemle ve altını çizerek belirtmeliyim ki, doğrudan kendi ilgi ve uzmanlık alanım olsa bile değersiz bir kitaba bugüne değin asla bir kitap/makale eleştirisi yazmadım. Vasat kalemlerle gereksiz polemik ve tartışmalara girerek başımı ağrıtmam istemem! Umarım metin içerisinde kullandığım “*gereksiz*” kelimesi bu büyük şaheseri yazan kalem sahibini incitmez. Yazının bütünü okuyan her akıllı adam bu yazıda kullanılan “*gereksiz*” kelimesinin gerisinde bir felsefenin var olduğunu anlayabilir.

Friedrich Nietzsche’nin bir büyük dehanın akıl hocası olduğu söylenen Alman filozof Arthur Schopenhauer’in “*Neminem laede, immo omnes, quantum potes, iuva.*”ne inanıyorum ve kimseyi ama kimseyi incitmek istemem! Hele dev bir şahesere imza atmış bir büyük yazarı asla yaralamak

[28] Okuyucular lütfen görüşlerimi yanlış yorumlamasınlar ve çarpıtmasınlar. Akademik yayınlarda alıntı ve atıf kuralları fevkalade önemli ve değerlidir. Ondan önce akademik çoğaltmayı ve onun sonucu olan değersizleşmeyi ortadan kaldırmamız gereklidir.

istemem! Namık Kemâl'in büyük sözünün değerini her büyük yazar bilir ve kabul eder: “*Bârîka-i hakikat, müsâdeme-i efkârdan doğar.*” Arthur Schopenhauer tartışacağınız insanları iyi seçin, asla cahillerle ve eleştiriye tahammülü olmayanlarla tartışmaya girmeyin der.<sup>[29]</sup> Onun için çok ama çok korkarım; kendim de mugalatayı meslek, safsatayı meşrep haline getirenlerden uzak kaçırım; dil cambazlığı, yanılmaca, safsata, retorik, polemik, demagoji peşinde koşan insanların yaralamalarına maruz kalmak istemem. Ben kimseyi incitmek istemem, kimsenin de beni incitmesini istemem. Kant'ın kategorik zorunluluk ilkesi gibi Arthur Schopenhauer'in ahlak ilkesini benimserim ve uygulamaya çalışırım:

“*Neminem laede, immo omnes, quantum potes, iuva.*”<sup>[30]</sup>

“*Kimseye zarar verme, gücün yettiğince yardım et.*”

## SONSÖZ

Anayasa hukukçusu Kemal Gözler'in 1987 yılında mezun olduğu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmış olan anayasa hukukçusu İlhan Arsel (1920-2010) bir kitabında aynı fakültede kıdemli hoca olarak görev yapan Ordinaryüs Profesör Baha Kantar'ın (1883-1955) fakültede birlikte çalıştıkları Almanya doğumlu ve sonrasında Türk vatandaşı da olan hukukçu Ernst Hirsch (1883-1955) hakkında anısını şu şekilde özetler:<sup>[31]</sup>

*Fakültenin en eski ve en yaşlı hocalarından Prof. Baha Kantar, özel konuşmalarımız sırasında bana: “...Fakültenin tüm hocalarını terazinin bir kefesine, ve Prof. Hirsh'i de diğer kefesine koysalar, hiç kuşkusuz o ağır basar” derdi. (...) eğer Üniversitelerimizde Hirsh çapında bir düzine hoca bulunmuş olsa Türkiye yepyeni zihniyette bir hoca kadrosu yetiştirmekte güçlük çekmeyecektir.*

[29] “... yüz kişiden belki de ancak biri tartışmaya degerdir. Geri kalanlar geri kalanlar bırakın canlarımın istediğini söylesinler.” Arthur Schopenhauer, *Tartışma Sanatının İncelikleri*, Çev. A. Aydoğan, İstanbul, Say Yayınları, 2014, s.126.

[30] Arthur Schopenhauer, *The Two Fundamental Problems of Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2010, s.210.

[31] İlhan Arsel, *Biz Profesörler*, İstanbul, İnkilap Kitabevi, 2. Baskı, 1987, s.10-11.

Bu kısa yazıyı kaleme alan yazar olarak ben de Kemal Gözler’i ismi zikredilen hocalar ve diğerleri gibi kıymetli bir hukukçu ve yazar olarak görüyorum.

Bu kitap eleştirisini kaleme alırken sanırım terazimin dengesini kaçırarak “tenkit”e “takdir”den daha fazla yer verdim. Kemal Gözler’in benim bu yazımda yeralan yapıcı eleştirilerimi hoşgörü ile karşılmasını temenni ediyorum. “*Yiğidi öldür hakkını yeme*” demiş atalarımız... Bütün kalbimle ve samimiyetimle ifade etmek isterim ki, bu ülkede Kemal Gözler’in Muhteşem Şaheseri’ni kaleme alabilecek bir başka babayiğit olmadığına inanıyorum.

Kemal Gözler kitabında “*İyi veya kötü, dağınık veya toplu, tutarlı veya tutarsız, kusurlarıyla da olsa, çok gecikerek de olsa, bu kitabı bitirebildiğim için çok mutluyum.*” (s.6) diye yazıyor. Ve sonra 2023 ve 2024 yılında bilimsel yazma, alıntı ve atıf usûlleri üzerine yazdığı kitap ve makalelerinin ardından bir karamsarlık ifadesi dökülüyor kaleminden: “... *bu kitapların amacına ulaştığını söylemek çok zor. Pek muhtemelen boş bir heves uğruna yıllarımı harcadım.*”<sup>[32]</sup>

“... *boş bir heves uğruna yıllarımı harcadım*” sözü benim gözümde yüksek bir fırsat maliyeti itirafıdır. Alıntı ve Atıf Usûlleri eseri bu ülkede kimsenin umrunda değildir. Akademisyenlerin ekseriyeti puan toplama, derece ve unvan elde etme peşindedir. Eğer Kemal Gözler son birkaç yılını kendi ifadesiyle usulsüz alıntılarla ilgili kitaplara harcamak yerine Hukuksuzluk, Akademiye Değersizleşme vb. üzerine harcasaydı bu ülkeye çok daha anlamlı katkılar sunmuş olurdu. Her tercihin bir maliyeti vardır. Susuzluk bir ağır maliyettir ve bedeli yok olmaktır. Hukuksuzluk da Susuzluk kadar bir büyük sorundur. Bu ülkede derin bir hukuksuzluk sorunu vardır ve bu soruna Kemal Gözler gibi büyük hukukçuların kaleme alacağı bir küçük makalenin değeri çok büyüktür.

---

[32] Kemal Gözler, *TÜHAS: Türk Hukuk Atıf Sistemi*, Bursa, Ekin, 2024, s.XXII.  
bkz. <https://www.tuhas.com.tr/onsoz.htm>

**EK: KEMAL GÖZLER'İN BİLİMSEL YAZMA, ALINTI VE ATIF USÛLLERİ, ÜZERİNE ÇALIŞMALARI**

Kemal Gözler, *Alıntı ve Atıf Usûlleri*, Bursa, Ekin, 2023.

Kemal Gözler, *Alıntı ve Atıf Usûllerine Giriş: Bir Ders Kitabı*, Bursa, Ekin, 2023.

Kemal Gözler, *Bilimsel Yazma ve Yayınlama: Bir Stil Kılavuzu*, Bursa, Ekin, 2. Baskı, 2023.

Kemal Gözler, *Bilimsel Yazma ve Yayınlamaya Giriş: Bir Ders Kitabı*, Bursa, Ekin, 2023.

Kemal Gözler, “Hukuk Fakültelerinde Bilimsel Yazma, Alıntı ve Atıf Usûlleri Dersine Neden İhtiyaç Vardır?”, [www.anayasa.gen.tr/aau-lisans.htm](http://www.anayasa.gen.tr/aau-lisans.htm) (Yayın Tarihi: 14 Eylül 2023).

Kemal Gözler, “Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Yüksek Lisans Programlarında ‘Bilimsel Araştırma ve Etik’ Dersi Değil, ‘Bilimsel Yazma, Alıntı ve Atıf Usûlleri’ Dersi Konulmalıdır”, [www.anayasa.gen.tr/aau-yuksekk-lisans.htm](http://www.anayasa.gen.tr/aau-yuksekk-lisans.htm) (Yayın Tarihi: 15 Eylül 2023).

Kemal Gözler, “Yüksek Lisans ve Doktora Programlarında ‘Tez Yazım Kılavuzu’ Sorunu”, [www.anayasa.gen.tr/aau-tez-kilavuzu.htm](http://www.anayasa.gen.tr/aau-tez-kilavuzu.htm) (Yayın Tarihi: 16 Eylül 2023).

Kemal Gözler, “Hukuk Dergilerinde ‘Makale Yazım Kuralları’ Sorunu”, [www.anayasa.gen.tr/aau-dergi.htm](http://www.anayasa.gen.tr/aau-dergi.htm) (Yayın Tarihi: 20 Eylül 2023).

Kemal Gözler, “Yayınevlerinde Bilimsel Yazma, Yayınlama ve Atıf Usûlleri Kurallarının Belirsizliği Sorunu”, [www.anayasa.gen.tr/aau-yayinevleri.htm](http://www.anayasa.gen.tr/aau-yayinevleri.htm) (Yayın Tarihi: 22 Eylül 2023).

Kemal Gözler, “Hukuk Uygulamasında Atıf Usûlleri Kurallarının Belirsizliği Sorunu”, [www.anayasa.gen.tr/aau-uygulama.htm](http://www.anayasa.gen.tr/aau-uygulama.htm) (Yayın Tarihi: 25 Eylül 2023).

Kemal Gözler, “OSCOLA’ya Hayır!”, [www.tuhas.com.tr/oscolaya-hayir.htm](http://www.tuhas.com.tr/oscolaya-hayir.htm) (Yayın Tarihi: 14 Şubat 2024).

Kemal Gözler, “Chicago’ya Hayır!”, [www.tuhas.com.tr/chicagoya-hayir.htm](http://www.tuhas.com.tr/chicagoya-hayir.htm) (Yayın Tarihi: 11 Şubat 2024).

Kemal Gözler, “Bir Türk Hukuk Atıf Geleneği Var mı?”, *www.tuhas.com.tr/turk-atif-gelenegi.htm* (Yayın Tarihi: 11 Şubat 2024).

Kemal Gözler, “TÜHAS’ın Gerekliği Konusunda Altı Makale”, *www.tuhas.com.tr/alti-makale.htm* (Yayın Tarihi: 1 Şubat 2024).



# Delillerin Toplanmasında Silahların Eşitliği İlkesi

Murat Can IŞIK\*

---

\* Avukat, Ankara Barosu. av.muratcanisik@gmail.com

## DELİLLERİN TOPLANMASINDA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

### ÖZ

Silahların eşitliği ilkesi, birçok konuda iddia makamı ile sanığın (şüphelinin) eşit imkanlardan faydalanmasını gerekli kılmaktadır. Bu çalışmada, delillerin toplanmasında fırsat eşitliğinin hangi alanlarda nasıl sağlandığı ele alınmıştır. Çalışma kapsamında, cezai alanda silahların eşitliği ilkesinin ne olduğu ortaya konarak başlanacak, ilkenin, delillerin toplanması aşamasına etkisi ele alınacaktır. Burada dikkat edilecek husus, cezai alanda adil yargılanma hakkının sağladığı teminatlardan sadece sanığın (şüpheli) faydalanabilecek olmasıdır. Bu sebeple çalışma boyunca, sanığın, iddia makamıyla dengelenmesine dair bir tartışmaya yer verilecektir. Savunma aleyhine toplanılan deliller ve delil toplanması talepleri şeklindeki iki ana başlıkta silahların eşitliği ilkesinin etkisi değerlendirilecek olup, dördüncü derece doktrini, re'sen araştırma ilkesi gibi kavramlara da ihtiyaç duyulduğu kadarıyla temas edilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** silahların eşitliği, deliller, tanık, delillerin toplanması, adil yargılanma hakkı



## GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesi adil yargılanma hakkını düzenlemektedir. Sözleşmenin Fransızca ve İngilizce metinlerinden yapılan çevirilerde, hakkaniyetli yargılama veya davanın adil bir şekilde dinlenmesi hakkı olarak da adlandırıldığı görülmektedir. Adil yargılanma hakkı; medeni hak ve yükümlülükler alanında davanın taraflarına, cezai alanda ise sanığa davasını adil bir biçimde dinletebilmesini garanti etmektedir. Bu bağlamda AİHS m.6'da birtakım teminatlar yer verilmiştir. Adil yargılanma hakkı kapsamında açıkça sayılan teminatların yanı sıra birtakım zımni teminatların da varlığı söz konusu olup bu teminatlar içtihatlar yoluyla ortaya konulmuştur<sup>[1]</sup>. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6 hükmünden yola çıkarak içtihadî olarak ortaya konulan teminatlardan bir tanesi de silahların eşitliği ilkesidir. Silahların eşitliği ilkesi cezai alanda sanığın (şüphelinin), medeni hak ve yükümlülükler alanında da davanın taraflarının, birbirleri ile eşit imkanların tanınması suretiyle davalarının dinlenmesini sağlama hakkına sahip olduklarını deklare eden bir ilkedir. Özellikle burada, AİHS m.6 lafzı dolayısıyla cezai alanda adil yargılanma hakkından doğan teminatların sadece sanık (veya şüpheli) açısından söz konusu olacağı gözden kaçırılmamalıdır.

Silahların eşitliği ilkesi, yukarıda da değinildiği üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6'da açıkça düzenlenmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6/3-d bendinde, sanığın (şüphelinin) eşit şartlar altında tanık dinletebilmesinin garanti altına alındığına dair bir hüküm yer almaktadır. Sözleşme kapsamında, silahların eşitliği ilkesi hakkında sadece buradaki bentte bir ipucuna rastlanmakla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından ortaya konulan içtihatlarla, silahların eşitliği ilkesinin adil yargılanma hakkının bir parçası olduğu kabul edilmiştir. Silahların eşitliği ilkesinin temas ettiği ve dikkate alınması gereken birçok alan da yine AİHM içtihatları ile tespit edilmiştir. 23 Eylül 2012 tarihinde Anayasa Mahkemesine (AYM) bireysel başvuru yolunun açılması ile de bu ilke, iç hukukumuzdaki uygulaması itibariyle güç kazanmıştır.

---

[1] Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4*, Ankara, Avrupa Konseyi Yayınları, 2018, s.3-4.

## I. SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ VE DELİLLERİN TOPLANMASI

Silahların eşitliği ilkesi, adil yargılanma hakkı kapsamındaki zımni teminatlardan bir tanesidir. Aynı zamanda AİHS m.6/3-d hükmünde, sanığın, iddia makamıyla eşit şartlarda tanık çağırma ve tanıkları sorguya çekme hakkı yer almaktadır. Silahların eşitliği ilkesinin bir dayanağının da “6/3-d” bendi olduğu söylenebilir<sup>[2]</sup>. İlgili bent şu şekildedir: “...İddia şahitlerini sorguya çekmek, veya çektirmek, müdafaa şahitlerinin de iddia şahitleriyle aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek, ...”<sup>[3]</sup> Bununla beraber AİHS m.6/3’te sayılan, sanık açısından adil yargılanma hakkı bağlamında sağlanması gereken asgari standartlar da silahların eşitliği ilkesinin bir görünümü olarak kabul edilebilir<sup>[4]</sup>. Ancak silahların eşitliği ilkesinin bunlarla sınırlı olmadığını söylemek gerekmektedir. Buradaki asgari standartlar sadece ilkenin görünümleri olup bahsi geçen asgari standartların silahların eşitliği ilkesi kapsamında sanık veya şüpheliye tanınan hak veya haklar demetini bütünüyle kapsadığı ileri sürülemez<sup>[5]</sup>.

Silahların eşitliği ilkesi, taraflar arasında adil bir denge kurulması gerekliliğini ifade eden ilkedir. Eşitliğin sağlanması her durumda mümkün değildir ancak tarafların birbirleri ile dengelenmesi mümkündür<sup>[6]</sup>. Ayrıca yeri gelmişken şunu da söylemek gerekir ki; dava özelinde bir tarafın etkisizliğinin, silahlarda eşitliğin sağlanması adına diğer tarafın da bu düşük standarttan yargılamaya devam etmesi anlamına gelmemektedir. Silahların eşitliği ilkesinden, davanın sunulmasına dair imkanlar bakımından adil bir dengenin kurulacağı anlaşılmalıdır. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin

---

[2] İnceoğlu, *op.cit.*, s. 343.

[3] RG, 19.03.1954, Sayı 8662, 6366 Sayılı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun.

[4] Ertuğrul Ünal, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s.54-55.

[5] Fahri Gökçen Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2021, s.105-106.

[6] Taner, *Çelişme ve Silahların Eşitliği*, *op.cit.*, s.108.

ve Anayasa Mahkemesinin de aynı kanaatte olduklarına ilişkin içtihatlar mevcuttur<sup>[7]</sup>.

Adil yargılanma hakkına ilişkin denetim yapılırken hakkın unsurlarından bazılarının ihlal edilmesi mutlaka adil yargılanma hakkının ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. Bu açıdan silahların eşitliği ilkesi de mutlak bir suretle uygulanacak bir ilke değildir. Yargılamanın bir bütün olarak adil olmaktan çıkması halinde bir ihlalin varlığından bahsetmek mümkün olacaktır. “*Fiilen ve gerçekten*” yargılamanın adaletsiz bir hale gelmiş olması gerektiği şeklinde de bu durum ifade edilebilir<sup>[8]</sup>. Bu bakımdan, somut olayın koşulları değerlendirilirken dengeleyici tedbirlerin alınıp alınmadığı hususunun da üstünde durulması gerekmektedir. Nitekim gerekli dengeleyici tedbirlerin alınmış olması, yargılamanın bir bütün olarak adil olmaktan çıktığı kanaatine varılmasını engelleyebilmektedir<sup>[9]</sup>. Bir diğer deyişle, savunmanın, iddia makamına karşı dezavantajlı hale düştüğü her durum yargılamayı bir bütün olarak adil olmaktan çıkarmamaktadır. Ancak savunmaya bu durumu gidermek adına birtakım fırsatların tanınıp tanınmadığı, iddia makamıyla savunmayı dengeleyecek tedbirlerin alınıp alınmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu açıdan yargılamanın tamamı (soruşturma evresinden hükmün kesinleştiği son aşamaya kadar) dikkate alınarak ihlal olup olmadığına dair bir kanaat oluşturulacaktır<sup>[10]</sup>.

[7] AİHM, bir kararında, “*Mabkeme, ...*” silahların eşitliği”nin, kendisini önemli ölçüde dezavantajlı duruma düşürmeden hasmı karşısında her bir tarafa- deliller de dahil olmak üzere- davasını sunması için makul bir fırsat verilmesi gerektiğine katılmaktadır.” (AİHM, Dombo Beheer B.V. v. Hollanda, B. No. 14448/88, T. 14.10.1993, § 33) ifadelerine yer vermiştir. Benzeri yönde diğer kararlar için bkz. AİHM, Bulut v. Avusturya, B.No. 17358/90, T. 22.02.1996; AİHM, Miran v. Türkiye, B.No: 43980/04, T. 21/4/2009; AYM, B.No. 2012/660, T. 07.11.2013; AYM, B.No. 2012/998, T. 07.11.2013.

[8] İnceoğlu, *op.cit.*, s.116; “*Silahların eşitliğinin denetlenmesinde esas olan, eşitlik denetimine konu olan işlemin yargılamadaki önemidir. AİHM, silahların eşitliği ilkesine uyulup uyulmadığını denetlerken somut olayda şikayet konusu eşitsizliğin yargılamayı fiilen ve gerçekten adaletsiz kılıp kılmadığına bakmaktadır*” AYM, B.No. 2014/253, T. 09.01.2015, §66.

[9] Ünal, *op.cit.*, s.54.

[10] Servet Alyanak, *Avrupa Birliği Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı ve Etkili Yargısal Denetim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.117.

Silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilip edilmediği değerlendirilirken, ilkenin sağladığı korumanın da gereği olarak, bazen sadece usulün ihlal edilmiş olması adil yargılanma hakkının ihlali kararı verilmesi için yeterli olabilmektedir<sup>[11]</sup>. Zira AİHM, *Bulut v. Avusturya* kararında bu hususun üzerinde şu şekilde durmuştur:

*“Diğer bir taraftan Komisyon, savunmanın bilgisi olmadığı yahut savunmanın dosyaya ilişkin hususları değerlendirme imkanının olmadığı bir mahkemeye iddia makamının sunumunda bulunmasının doğası gereği adil olmadığı kanaatine varmıştır.*

*Mahkeme, geniş anlamda adil yargılanma hakkının içerdiği ilkelere biri olan silahların eşitliği ilkesi uyarınca, yargılamanın her bir tarafına, hasmı ile kıyaslandığında kendisini dezavantajlı duruma düşürmeyecek koşullar altında davasını sunması için makul imkanların sağlanması gerektiğini yinelemektedir. Bu bağlamda, görünüş de yargılamanın adil bir biçimde yönetilmesi kadar önem teşkil etmektedir.”*<sup>[12]</sup>

Bu konuda AYM'nin farklı bir farklı bir yaklaşım sergilediği *Larysa Ziabkina*<sup>[13]</sup> başvurusunda, başvuru, duruşma salonunda müdafiden fiziken ayrı bir yerde savunma yapması ve bu durumun da mevzuatta bir dayanağı olmayan geleneksel bir uygulamadan kaynaklandığından yakınmış ve silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmiş olduğunu ileri sürmüştür. AYM, yargılamanın bir bütün olarak adil olmaktan çıkması ölçütüne vurgu yaparak silahların eşitliği açısından başvuruyu kabul edilemez bulmuş ve aşağıdaki gerekçeye yer vermiştir:

*“Somut olayda başvuruçunun duruşmadaki oturma düzeninde “fiziken” avukatından ayrı bir konumda olmasının, menfaatlerini savunduğu esnada kendisini nasıl dezavantajlı bir konuma*

[11] D. J. Harris, M. O'Boyle ve C. Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2021, s.393.

[12] AİHM, *Bulut v. Avusturya*, No. 17358/90, T. 22.02.1996, §§ 46-47.

[13] AYM, B. No. 2014/5142, T. 21.11.2017.

getirdiği temellendirilmemiştir. Anılan iddia soyut ve genel ifadelerle dile getirilmiş, duruşma sırasında müdafî yardımından yararlanmak için başvurusunun ilk derece mahkemesinden talepte bulunup bulunmadığı, talepte bulunmuş ise bu talebinin mahkemece ne zaman ve hangi gerekçeyle reddedildiği, bunun bir bütün olarak yargılamanın adillliğini ne şekilde etkilediği hususlarında bir açıklamada bulunulmamış; bu itibarla başvuru başlıktaki ihlal iddiasına ilişkin olarak delillerini sunma ve savunma hakkının hangi nedenle ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarda bulunma yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemiştir.”<sup>[14]</sup>

Yukarıdaki karar, yargılamanın bir bütün olarak adil olmaktan çıktığının veya savunmanın hangi gerekçe ile dezavantajlı konumda kaldığının açıklanmasının ne kadar mümkün olduğu soruları sorularak eleştirilmeye oldukça açıktır. Başvurucu açısından bunları ortaya koymanın oldukça güç olduğu göz önünde bulundurulduğunda, yukarıda yer verilen AİHM kararında yer alan “...görünüş de yargılamanın adil bir biçimde yönetilmesi kadar önem teşkil etmektedir.” şeklindeki tespit kanaatimizce oldukça isabetlidir.

Konumuz özelinde devam edecek olursak, delillerin toplanmasına ilişkin bir değerlendirmeye burada yer vermek gerekecektir. Cumhuriyet savcısı, soruşturma aşamasında, 5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK) m.160/2 hükmü uyarınca sanığın lehine ve aleyhine olan delilleri toplamakla yükümlüdür. Soruşturma evresinde, şüpheli ile müdafinin delil toplama yetkileri bulunmamaktadır. Soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısından ve kovuşturma aşamasında da mahkemeden, delil toplanması talebinde bulunmak mümkündür<sup>[15]</sup>. Cumhuriyet savcısı, kamu davası açılmasına karar verdiği takdirde suçun ispatına dair delilleri iddianame ile mahkemeye bildirecektir. İddianamenin kabulünden sonra ortaya yeni deliller çıkmış ise Cumhuriyet savcısı, tevsii tahkikat (soruşturmanın/

---

[14] AYM, B.No. 2014/5142, T. 21.11.2017, § 34.

[15] Ünal, *op.cit.*, s.180.

kovuşturmanın genişletilmesi) talebi ile yine bu delillerin mahkemeye getirilmesini isteyebilmektedir<sup>[16]</sup>.

İddianamenin kabulü ile kovuşturma evresi başlamaktadır (CMK m.175/1). Duruşma hazırlığı devresi olarak da tabir edilen aşamada sanık, lehine olan delillerin toplanması, tanık ve bilirkişilerin daveti taleplerini (bunların ilişkin olduğu olayları da göstermek suretiyle) içeren bir dilekçe ile mahkemeye başvurabilmektedir (CMK m.177/1). Hükmün okunmasına kadar yargılamanın her aşamasında yine sözlü veya yazılı olarak mahkemeye başvurmak mümkündür. Burada yer alan taleplere ilişkin kabul edilebilirlik değerlendirmesini yapmak mahkemenin görev alanına girmektedir (CMK m.206/2). Talebin reddi söz konusu olduğu durumda, mahkemenin ret kararına ilişkin bir gerekçelendirme yapması gerekmektedir. Burada talebin görmezden gelinmesi de silahların eşitliği ilkesini zedeleyecek bir tutumdur<sup>[17]</sup>.

Yargıtay, delillerin toplanmasını isteme hakkını, savunma hakkı kapsamında değerlendirmiştir<sup>[18]</sup>. Aynı kararda müdafii yardımından faydalanma hakkı da zikredilmektedir. Kararda bu şekilde ortaya konmasa da delillerin toplanmasını talep etme hakkının, kimi zaman müdafii yardımından faydalanma hakkı ile bağlantılı olduğunun mütalaa edilmesi uygun düşmektedir. Zira kanıtların toplanmasının talep edilmesi hakkı, hukuk bilgisi ve tecrübesine sahip olan bir müdafinin yardımı ile daha etkin bir biçimde kullanılabilir. Erdal Süsem başvurusunun gerekçesinde AYM, bu konuya ilişkin şu şekilde açıklamada bulunmuştur:

*“..Özellikle delillerin toplanması ve kullanılması aşamasında cezai yargılamaya ilişkin mevzuat giderek daha karmaşık hâle geldiğinden şüpheliler, ceza yargılamasının bu evresinde kendilerini savunmasız bir durumda bulabilir. Belirtilen savunmasızlık*

[16] Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 15. Baskı, 2018, s.721.

[17] Ünal, *op.cit.*, s.189; Ayrıca bkz. Yargıtay 4. CD. 2007/8558 E., 2008/15780 K., 10.07.2008 T.

[18] “...geniş bir bakış açısı ile değerlendirilmesi gereken savunma hakkı, susma, soru sorma, kendi aleyhine işlemlere katılmama, tercümandan yararlanma, kanıtların toplanmasını isteme, duruşmada hazır bulunma gibi hakların yanında müdafiden yararlanma hakkını da içerir.” (Yargıtay CGK 2016/1107 E., 2018/560 K., 22.11.2018 T.)

hâli, ancak bir müdafinin hukuki yardımıyla gereği gibi telafi edilebilir.”<sup>[19]</sup>

Burada son olarak re’sen araştırma ilkesine değinmekte fayda bulunmaktadır. 5271 Sayılı CMK’de bu ilke açıkça düzenlenmemişse de mahkemenin maddi gerçeği araştırma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir<sup>[20]</sup>. Nitekim re’sen araştırma ilkesinin varlığı, AYM’nin verdiği kararlarda da kabul görmektedir<sup>[21]</sup>. Re’sen araştırma ilkesinin, silahların eşitliği ilkesini zedelediği kanaatine varmak doğru olmayacaktır. Ancak AİHM, *Ozerov v. Rusya* kararında<sup>[22]</sup>, savcının yokluğunda mahkemenin savcının görevini üstlenerek sanık aleyhine delil toplama faaliyetine girişmesini mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığını zedelediğinden bahisle bir ihlal nedeni olarak görmüştür.

## II. DÖRDÜNCÜ DERECE DOKTRİNİ

Adil yargılanma hakkı, kural olarak, yargılamanın sonucu garanti altına almamaktadır. Adil yargılanma hakkının temel amacı, medeni hak ve yükümlülükler alanında davanın taraflarının, cezai alanda ise sanığın (şüphelinin) davasını, adil bir biçimde sunmasını sağlamaktır<sup>[23]</sup>. Adil yargılanma hakkı, muhakemenin sağlıklı bir biçimde yürütülmesi için

[19] AYM, B.No. 2019/14049, T. 13.09.2022, §47; Benzeri yöndeki diğer kararlar için bkz. AYM, B.No. 2013/1138, T. 27.10.2015, §§ 118-135; AYM, B.No. 2012/543, T. 15.10.2014, § 64.

[20] Centel ve Zafer, *op.cit.*, s.732.

[21] “Diğer taraftan, ceza muhakemesinde mahkeme, dava açıldıktan sonra pasif konumda olmayıp, hüküm vermek için yeterli kanaate ulaşıncaya kadar maddi gerçeği araştırmaya devam etmek zorundadır. Resen araştırma ilkesi uyarınca mahkemeler, Cumhuriyet savcısının ortaya koyduğu delillerle bağlı olmadıkları gibi, savcı olmasa bile kendiliklerinden, hüküm için gerekli tüm araştırmaları yapmak ve tarafların haklarını korumak zorundadırlar.” (AYM, 2011/43 E., 2012/10 K., 19.01.2012 T., R.G. 05.04.2012-28225.); AYM, 2015/9 E., 2015/94 K., 22.10.2015 T., R.G. 07.11.2015-29525.

[22] AİHM, *Ozerov v. Rusya*, B. No. 64962/01, T. 18.05.2010.

[23] Özgür Duman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Karşılaştırmalı Hukuk Penceresinden ‘Dördüncü Derece Olmama Doktrini’ ve Yansımaları”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 39, Sayı 1, 2022, s.47–92; Dovydas Vitkauskas ve Grigoriy Dikov,

davanın taraflarına bahşedilmiş olan asgari teminatlara dair olan usulü hakları içermektedir. Bu sebeple adil yargılanma hakkını, yargılamanın AİHS m.6'da sayılan süjelerinin, davasını adil bir biçimde dinletebilmesine olanak sağlayan bir hak olarak değerlendirmek yerinde olacaktır.

“Dördüncü derece olma doktrini” veya “dördüncü derece doktrini” adil yargılanma hakkı bağlamında değerlendirildiğinde, maddi gerçeğin tespitine ilişkin olan hususlarda veya hukuk normlarının yorumlanmasına dair konularda bir denetim faaliyeti yürütülmeyeceğini ortaya koyan kavramlardır. Diğer bir deyişle, derece mahkemesinin gözeteceği hususlarda bir inceleme, temel hak yargısı niteliğindeki yargı organlarınca yapılamamakta olup bu nitelikteki yargı organları süper temyiz mercii işlevi görmemektedir<sup>[24]</sup>. AİHM, *Garcia Ruiz v. İspanya* kararında, “...Sözleşme ile korunan hak ve özgürlükler ihlal edilmedikçe ulusal bir yargı organının maddi veya hukuki hatalarını incelemek Mahkemenin görevi değildir...”<sup>[25]</sup> ifadeleri ile dördüncü derece doktrini kavramını kullanmasa dahi bu kavram çerçevesinde bir yaklaşım izlediğini ortaya koymuştur.

AİHM ile benzer bir biçimde AYM de dördüncü derece doktrini yaklaşımını benimsediğini Necati Gündüz ve Recep Gündüz başvurusunda şu şekilde açık etmiştir:

“Bu kapsamda, bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyumsuzluğa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamaz.”<sup>[26]</sup>

Dördüncü derece olma doktrininin temelde iki amaca hizmet ettiği söylenebilir: Temel hak yargısı niteliğindeki yargı organlarının asıl amacına

---

*Protecting the Right to a Fair Trial under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Press, 2. Baskı, 2017, s.11.

[24] Harris, O’Boyle ve Warbrick, *op.cit.*, s.17-18.

[25] AİHM, *Garcia Ruiz v. İspanya*, B. No. 30544/96, T. 21.01.1999, § 28.

[26] AYM, *Necati Gündüz ve Recep Gündüz Başvurusu*, B.No. 2012/1027, T. 12.02.2013, § 26.



odaklanması (zira temel hak yargısı organları temel hak ve hürriyetler kapsamında bir denetim yapmayı hedeflemektedir), ulusal yargı organlarının yargı yetkilerine saygı gösterilmesi<sup>[27]</sup>. Bu iki amaç doğrultusunda, maddi gerçekliğin tespitine dair delillerin takdiri ve kabul edilebilirliği ile hukuk kurallarının yorumuna ilişkin denetim yapılmayacağı hususu, delillerin toplanması aşamasında dikkate alınmalıdır. Ancak burada değinilen hususların tümüyle denetimin dışında bırakılacağına yönelik bir kanının da oluşmaması gerekmektedir. Dördüncü derece doktrininin istisnai hallerde uygulanmamaktadır. AYM, buna örnek olabilecek bir kararında;

*“...Açık bir keyfilik nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin temelden sarsıldığı ve adil yargılama hakkı kapsamındaki usule ilişkin güvencelerin anlamsız hâle geldiği çok istisnai hâllerde, aslında yargılamanın sonucuna ilişkin olan bu durumun bizzatı kendisi usule ilişkin bir güvenceye dönüşmüş olur.  
...”<sup>[28]</sup>*

gerekçesine yer vermiştir. Çalışmanın ileriki kısımlarında da dördüncü derece doktrinine ve istisnalarına değinilecektir.

### III. SAVUNMA ALEYHİNE TOPLANAN DELİLLER

#### A) HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN ETKİSİ

Hukuka aykırı delillerle ilgili itirazların kural olarak adil yargılanma hakkı kapsamında ileri sürülmesi mümkün değildir. Dolayısıyla silahların eşitliği ilkesi kapsamında da bir delilin hukuka aykırı olarak elde edilip edilmediği, kural olarak irdelenmeyecektir. AİHS’e taraf olan devletlerce ortak bir delil hukuku oluşturulmasının oldukça güç olduğu göz önünde bulundurulduğunda AİHM’in sözleşmeciler devletlere, delillerin kabul edilebilirliği konusunda bir takdir marjı tanımakta olduğunu ve sözleşme kapsamını aşmayacak bir denetim yaptığına burada değinmekte fayda

[27] Maija Dahlberg, “It is Not Its Task to Act as a Court of Fourth Instance: The Case of the European Court of Human Rights”, *European Journal of Legal Studies*, Sayı 7, 2014, s.84-118.

[28] AYM, B.No. 2018/37392, T. 23.07.2020, § 83.

vardır<sup>[29]</sup>. AYM'nin içtihadının da bu konuda AİHM ile paralellik gösterdiği görülmektedir. Nitekim AYM'nin Ferhat Kara başvurusunda verdiği kararın gerekçesinden bir aktarımla bu durum ortaya konulabilir:

*“... Başvurucu ... dijital delillerin mahkeme huzuruna getirilmemesi konusunda birtakım açıklamalarda bulunmuş ise de bu açıklamaları kendisiyle ilgili yargılamada ByLock verileri bağlamında karşılaştığı somut sorunlar kapsamında değil genel olarak ByLock verilerinin hukuka aykırı olarak elde edildiği iddiası kapsamında dile getirmiştir. Diğer bir ifadeyle başvurusunun ByLock verilerinin kendisiyle ilgili yargılamada kullanılmasının ortaya çıkardığı somut sorunları derece mahkemeleri önünde dile getirip bu kapsamda gerekli araştırma ve incelemelerin yapılmasını istediğine ancak derece mahkemelerinden yanıt alamadığına dair bir bilgi ve belge bulunmamaktadır.”<sup>[30]</sup>*

Kural, delillerin hukuka uygunluğunun denetiminin yapılmaması şeklinde ise de hukuka aykırı deliller açısından bir istisnanın varlığından bahsetmek mümkündür. Burada kuralın istisnası, yargılama sonucuna doğrudan etki edecek belirleyici delillerin hukuka aykırı bir biçimde elde edilmesi, yargılamanın adillliğini bir bütün olarak etkileyecek mahiyette ise delillerin hukuka aykırılığının denetlenecek olmasıdır. Orhan Kılıç başvurusunda<sup>[31]</sup>, konutta yapılan aramada başvurucuya ait olduğu iddia edilen hassas terazi ve uyuşturucu maddeye rastlanılmış, başvuru hakkında uyuşturucu ticaretinden mahkûmiyet hükmü verilmiştir. Mahkûmiyet hükmünde, başvurusunun delillerin hukuka aykırı olduğuna yönelik olan itirazları dikkate alınmamıştır. AYM, aramanın hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri olmadan gerçekleştirildiğine, elde edilen delillerin hükmü belirleyici delil niteliğinde olduğuna ve kanuna aykırılığın bir bütün

[29] Taner, *Çelişme ve Silahların Eşitliği*, *op.cit.*, s.383.

[30] AYM, B.No. 2018/15231, T. 04.06.2020, §171.

[31] AYM, B.No. 2014/4704, T. 01.02.2018.

olarak yargılamayı adil olmaktan çıkardığından bahisle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir<sup>[32]</sup>.

## **B) DELİLLERİN AKSİNİN İSPATI**

Savunma aleyhine toplanan delillerin, bir vakıayı ispat ettiği sonucuna varılırken savunmanın, aleyhine toplanan delilleri çürütmesinin de mümkün kılınması gerekmektedir. Aksi takdirde savunmanın, delil sunmasının ve lehine olan delilleri toplanması yönündeki isteminin hiçbir anlamı kalmamaktadır. Buradan hareketle, iddia makamının ortaya koyduğu delillere, savunmanın dayandığı delillere nazaran ispat kabiliyeti açısından bir avantaj sağlanmasının silahların eşitliği ilkesini zedeleyeceği söylenebilecektir. İddia makamının topladığı delillerin her halükârda aksinin iddia edilebilir olması silahların eşitliği bakımından elzemdir.

AYM önüne gelen Gurbet Çoban<sup>[33]</sup> başvurusuna konu olayda, Gurbet Çoban, alkollü içki satışı ruhsatı olan bir işletmenin sahibi olup hakkında, 22.00'dan sonra alkollü içki satışı gerçekleştirdiği nedeniyle tutanak tutulmuş ve idari para cezası uygulanmıştır. Kolluk tarafından tutulan tutanağın aksini ispatlayacak birtakım savlar ileri sürmüştü de bunlar kabul görmediğinden, Gurbet Çoban hakkındaki idari para cezası kesinleşmiştir. AYM, başvuru hakkında şu kararı vermiştir: “...başvurucu tarafından yapılan itirazın kamu görevlilerince düzenlenen tutanakların gerçekliği karinesine dayalı olarak reddedilmesinin -başvurucunun savunmalarının hiç irdelenmediği gözetildiğinde- silahların eşitliği ilkesini ihlal ettiği kanaatine varılmıştır.”<sup>[34]</sup> Burada bir diğer örnek olarak AYM önüne gelen Sencer Başat ve diğerleri başvurusu değerlendirilebilir. AYM kararının gerekçesinde; sanıkların dijital deliller hakkında sundukları bilirkişi raporlarına yerel mahkemenin kararında itibar edilmediği, buna karşın iddia makamının sunduğu bilirkişi raporlarının tümüne itibar edildiğini tespit etmiştir. Sanıklar kendilerinin sundukları bilirkişi raporlarına itibar edilmemesi karşısında ayrıca bir bilirkişi heyetinin görevlendirilerek bir rapor alınmasını talep etmişler ancak talepleri yetersiz

[32] Benzeri yöndeki kararlar için bkz. AYM, B.No. 2013/6183, T. 19.11.2014; AYM, B.No. 2014/16877, T. 22.03.2018.

[33] AYM, B.No. 2019/38857, T. 17.11.2021.

[34] AYM, B.No. 2019/38857, T. 17.11.2021, §51. Benzeri yönde bir diğer karar için bkz. AYM, B. No. 2020/23006, T. 15.3.2023.

gerekçeler ile reddedilmiştir. Bu durumun da silahların eşitliği hakkını ihlal ettiği kanısına varmıştır<sup>[35]</sup>.

#### IV. SAVUNMANIN DELİL TOPLANMASI TALEPLERİ

##### A) İDDİA TANIKLARININ DİNLENİLMESİ VE TEK TANIK VARSA MUTLAKA DİNLENİR KURALI

AİHS m.6/3-d hükmü düzenlemesi “*iddia şahitlerini sorguya çekmek veya çektirmek*” hakkının suç isnadı altında bulunan kimselere tanımıştır. Burada sanığa tanınan güvenceden hareketle, aleyhteki unsurların tamamının kural olarak aleni ve sanık veya müdafinin de katılımının sağlandığı bir duruşmada ortaya konulması gerekmektedir<sup>[36]</sup>. Bu bağlamda, iddia şahidinin duruşmaya katılımı ile birlikte sanık veya müdafinin de etkili katılımının sağlanması gerekmektedir<sup>[37]</sup>. İddia tanıklarının dinlenilmesi için savunmanın herhangi bir gerekçe ileri sürmesine de lüzum görülmemektedir<sup>[38]</sup>. Bu kural mutlak olmamakla beraber, aleyhte beyanda bulunan tanıklarla savunmanın yüzleştirilmesinin mümkün olup olmadığı araştırılmadan veya yine bu kapsamda savunmanın haklarının haklı bir gerekçeyle kısıtlanmasına karşın bu kısıtlamayı dengeleyebilecek tedbirler alınmadan hüküm verilmesi adil yargılanma hakkını ihlal edecektir. Ancak ihlal kararının verilebilmesi, iddia tanıklarının beyanlarının belirleyici delil niteliği taşımasına bağlıdır<sup>[39]</sup>.

Tek tanık varsa mutlaka dinlenir kuralı, “*Duruşmada okunmayacak belgeler*” başlığını taşıyan 5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu m. 210 hükmü ile pozitif dayanak bulmaktadır. Maddenin birinci fıkrasında, “*Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez.*” hükmüne yer verilmiştir. Anılan kuralın tanık haricindeki belirleyici delillerin mahkemeye getirilmesi

[35] AYM, B.No. 2013/7800, T. 18.06.2014, § 67,70-71.

[36] AİHM, Balta ve Demir/Türkiye, B.No. 48628/12, T. 23.09.2015, § 37; AYM, B.No. 2013/7090, T. 18.02.2016, § 177.

[37] AYM, B.No. 2013/7090, T.18.02.2016, § 178.

[38] AİHM, Süleyman v. Türkiye, B.No. 59453/10, T. 17.02.2021, § 92.

[39] AYM, B. No. 2013/7011, 05.11.2015, § 73.

şeklinde uygulandığı da görülmektedir<sup>[40]</sup>. Buna karşın, “*Duruşmada okunmasıyla yetinilebilecek belgeler*” başlığını taşıyan CMK m.211 hükmüne dayanılarak söz konusu kuralın aşıldığına da rastlamak mümkündür<sup>[41]</sup>. Anayasa Mahkemesi ise bu kurala uyulmamasını bir ihlal sebebi olarak görmüştür:

“Kovuşturma sırasında bütün kanıtların tartışılabilmesi için, kural olarak, bu kanıtların aleni bir duruşmada ve sanığın huzurunda ortaya konulmaları gerekir. Bu kural istisnasız olmamakla birlikte, eğer bir mahkûmiyet sadece veya belirleyici ölçüde, sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı bir kimse tarafından verilen ifadelere dayandırılmış ise, sanığın hakları Sözleşmenin 6. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur. Olayın tek tanığı varsa ve sadece bu tanığın ifadesine dayanılarak hüküm kurulacak ise, bu tanık duruşmada dinlenmeli ve sanık tarafından sorgulanmalıdır. Bu tanığın, sanığın sorgulamadığı bir dönemde alınan önceki ifadesine dayanılarak mahkûmiyet kararı verilemez.”<sup>[42]</sup>

Ulusal hukukun haricinde AİHM, konuyu “*Tek ve belirleyici delil*” ölçütü ile ele almaktadır. Mahkûmiyet hükmüne esas alınacak, hüküm belirleyici

[40] Bkz. Yargıtay 6.CD. 2017/3358 E., 2018/548 K., 31.01.2018 T.; Yargıtay 2. CD. 2016/4056 E., 2016/12332 K., 29.06.2016 T.

[41] Taner, Çelişme ve Silahların Eşitliği, *op.cit.*, s.432-433.; “*Suçun sübutuna ilişkin olarak, katılanın beyanı, olay tutanağı, adli raporlar, sanığın Amerika Birleşik Devletlerinde öğrenim gördüğüne ilişkin açık beyanı ve öğrenim belgesi gibi başka deliller de mevcut olduğundan, olayın uyumsuzlukla ilgili kısmının tek tanığı olan ve kovuşturma aşamasında tüm aramalara rağmen hazır edilemeyen O. M.’in soruşturma aşamasında alınan ifadesinin CMK’nun 211. maddesi uyarınca okunması ile yetinilerek, sanığın görevli memura direnme ve hakaret suçlarından mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yerel mahkemece soruşturmada dinlenen tanık beyanına göre mahkûmiyet kararı verilmesinin CMK’nun 210. maddesine uygun olmayacağıın kabulü ile beraatine hükmolunması isabetsizdir.*” (Yargıtay CGK, 2013/242 E., 2014/79 K., 18.02.2014 T.)

[42] AYM, B.No. 2013/99, T. 20.03.2014, § 46.

etkide olacak olan tanık beyanlarının güvenilirliği, savunma tarafından sorgulanmaksızın mahkûmiyet hükmü kurulması AİHM tarafından adil yargılanma hakkının ihlali olarak görülmüştür. Hükmün adil bir biçimde verilmesi, beyanı alınan tanığın, savunma tarafından sorgulanmasına bağlıdır. Sanığa, tanığın beyanlarını tartışabilmek için uygun ve yeterli imkânın sağlanması gerekmektedir. Yeri gelmişken, belirleyici delil kavramını, davanın seyrini esaslı bir biçimde değiştiren delil olarak tanımlamanın yerinde olacağını belirtmek yerinde olacaktır. Yani dava içerisinde her fark yaratan delil değil davanın bir yönden öteki yöne gitmesine sebep olan deliller belirleyici delil olarak ele alınmalıdır. Dolayısıyla bu nitelikteki bir delile savunma tarafından temas edilememesi ciddi bir dezavantaj doğuracağından silahların eşitliği ilkesi de zedelenecektir<sup>[43]</sup>.

Tek tanık varsa mutlaka dinlenir kuralına yukarıda değinilmekle birlikte kısaca bu kuralın istisnası üzerinde durmakta da fayda vardır. Duruşmaya getirilmeyen tanıklar<sup>[44]</sup> açısından AİHM, Al-Khawaja testi olarak adlandırılan testi uygulamaktadır. Bu testin nihayetinde yargılamanın adil olup olmadığına karar vermektedir. Testte üç soru mevcut olup bunlar, kural olarak sırasıyla cevaplandırılacaktır. İstisnai hallerde, somut olayın koşulları uyarınca birine verilecek cevap diğer sorulara verilecek cevaplara nispeten öncelikli halde ise sıranın gözetilmeksizin cevaplandırılarak bir sonuca varılması gerekmektedir. Al-Khawaja testi şu şekildedir:

- *“Tanığın duruşmada hazır bulunmaması için makul bir sebep var mıdır?”*
- *Başvurucunun mahkûmiyetinde bu tanığın beyanı tek veya belirleyici delil niteliğinde midir?”*
- *Dengeleyici tedbirlere başvurulmuş mudur?”<sup>[45]</sup>*

[43] Taner, Çelişme ve Silahların Eşitliği, *op.cit.*, s.434-438.

[44] Duruşmaya getirilmeyen tanıklar üç kategoride değerlendirilebilir: gizli tanıklar, duruşmaya getirilemeyen tanıklar, kırılğan tanık ve mağdurlar.

[45] Fahri Gökçen Taner, “Kırılğan Mağdurun Beyanının CMK’nın 236. Maddesi Uyarınca Alınması ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Savunma Hakkının Dengelenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 153, 2021, s.1-38; AİHM, Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık, B.No. 26766/05 ve 22228/06, T. 15.11.2011.

Bu sorulara verilen cevaplar, duruşmaya getirilmeyen tanıkların sanığın adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini belirleyecektir. Testin birinci aşaması, kamu makamlarının, tanığın sanıkla yüzleştirmesi için makul bir çaba içine girdiklerini teyit etmek için kullanılmaktadır<sup>[46]</sup>. Bu çabalara rağmen tanığın dinlenilememesi söz konusu olduğunda da tanık delilinin güvenilirliği sınaması için sanığa gerekli imkanların sağlanması gerekmektedir.

## **B) TANIK DİNLENMESİ TALEPLERİ VE MURTAZALİYEVA TESTİ**

AİHS m. 6/1 ve 6/3-d hükümlerinde tanınan haklar sanığa; kendisi aleyhinde beyanda bulunan tanığın, beyanda bulunduğu esnada yahut beyanda bulunduktan sonra bu beyanlarına itiraz etmek için veya tanığı sorgulamak için yeterli ve uygun imkanların sağlanmasını gerekli kılmaktadır<sup>[47]</sup>. Bunun haricinde de savunmanın tanıklarının çağırmasına imkân verilmesi ve bu tanıkların iddianın tanıkları ile eşit koşullarda dinlenilmesi de gereklilikler arasındadır<sup>[48]</sup>. Kural olarak sanığa yer verilen imkanların tanınmaması silahların eşitliği ilkesini zedeleyecektir. Ancak burada hemen sonuca varmadan önce tanık kavramından ne anlaşılması gerektiğinin üzerinde durulması gerekmektedir.

Tanık, Sözleşme kapsamında özerk bir anlamı bulunan bir kavram olup AİHM'in özerk kavramı nasıl oluşturduğu ve tanık kelimesinin özerk anlamının ne olduğu hususlarını açıklamak gerekirse: “*Tanık*” sözcüğüne ulusal hukuk sistemlerince verilen anlamı ile bağlı kalmaksızın bu sözcüğün içeriğini AİHM kendisi doldurmuş ve “*tanık*” sözcüğünün Sözleşmesel anlamını belirlemiştir. Buna göre, sanık haricinde dosyaya giren beyanları delil olarak kabul edilen herkes tanık olarak değerlendirilebilmektedir. Dosyaya beyanları girmiş olan diğer bir sanık, taraflarca görevlendirilen veya mahkeme tarafından atanan bilirkişiler ve bu gibi kişiler yine Sözleşme kapsamında tanık olarak değerlendirilmektedir<sup>[49]</sup>.

[46] AYM, B. No. 2013/1189, T. 18.11.2015, § 76.

[47] AİHM, Saïdi v. Fransa No. 14647/89, T. 20.09.1993, §43.

[48] İnceoğlu, *op.cit.*, s.343.

[49] Harris, O'Boyle ve Warbrick, *op.cit.*, s.456.

Tanık beyanının sözlü olması gerekmektedir. Zira tanık dinlenilmesi tabiri tanığın sözlü olarak beyanlarının alınmasını kastetmektedir ve delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi gereğince tanığın beyanlarının hâkim huzurunda alınması gerekmektedir.<sup>[50]</sup> Savunmanın tanık deliline dayanabilmesi için tanığı duruşmaya getirmesi ve duruşmada beyanlarının alınması gerekmektedir. Duruşmada dinlenmesi talep edilen tanığın, vermesi muhtemel görülen beyanlarının davanın konusu ile ilişkili görülmemesi, kararı etkileyemeyeceğinin düşünülmesi veya yalnızca davayı uzatmak maksadı talepte bulunduğu kanısına varılması tanık dinlenilmesi talebinin reddedilmesi için sebep teşkil edebilmektedir. Dördüncü derece doktrini başlığı altında da ifade edilmeye çalışıldığı üzere, delillerin kabul edilebilirliği üzerinde AİHM veya AYM'nin adil yargılanma hakkı kapsamında kural olarak bir denetim yetkisi bulunmamaktadır. Ancak sözleşme kapsamında korunan bir hakkın ihlali söz konusu olduğunda bu kural aşılabilir. Tanık kelimesine verilen özerk anlam da göz önünde bulundurulmak kaydıyla, tanık dinlenmesine ilişkin uygunluk denetimi de yine derece mahkemeleri tarafından yapılmalıdır. Dolayısıyla sanık açısından her tanığın katılımı ve sorgulanması gerekmemekte, duruşmaya getirilmeyen bir tanık doğrudan bizi silahların eşitliği ilkesinin ihlali sonucuna götürmemektedir.<sup>[51]</sup> Burada hakkın etkili kullanımı için savunmaya düşen, dinlenecek olan tanığın hangi hususlara ilişkin dinleneceğini ortaya koymak ve bu hususların karara etkisi olacağı noktasında mahkemeyi ikna etmek olacaktır. Değinen biçimde oluşturulan bir gerekçenin kabul görmemesi halinde ise taleplerinin reddedilmesinin yargılamayı adil olmaktan çıkardığının gösterilmesi gerekmektedir.<sup>[52]</sup>

Tanık dinlenilmesi taleplerinin reddinin adil yargılanma hakkı ihlali olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin olarak AİHM, *Perna v. İtalya*<sup>[53]</sup> kararında ortaya iki kriter koymuş ve bunların değerlendirilmesi

[50] Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, 2022, s.548 ve s.814-815.

[51] AİHM, Vidal v. Belçika, No. 12351/86, T. 22.04.1992, §33. AİHM, Perna/İtalya No. 48898/99, T.06.05.2003, §29.

[52] Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, New York, Oxford University Press, 2005, s.323-324.

[53] AİHM, Perna v. İtalya No. 48898/99, T. 06.05.2003.



ile bir sonuca varmıştır. Bu iki kriter şunlardır: 1- Savunmanın, dinlenecek tanıkların ve verecekleri beyanların maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında neden önemli olduğunu ortaya koyup koymadığı, 2- Tanığın dinlenmediği takdirde yargılamanın bir bütün olarak adil olmaktan çıkıp çıkmadığı. Daha sonrasında *Murtazaliyeva v. Rusya* kararında AİHM, içtihadını ilerletmiş ve üç sorudan oluşan bir test geliştirmiştir. *Murtazaliyeva v. Rusya* kararı alıntılanarak bu teste yer verilecek olunursa:

*“1- Bir tanığın dinlenmesi talebinin gerekçeli olup olmadığını ve suçlamanın konusuyla ilgili olup olmadığını,*

*2- Yerel mahkemelerin bu tanık beyanının alaka düzeyini dikkate alıp almadığı ve duruşmada tanık dinlenmemesi kararı için yeterli bir sebep sunup sunmadığı,*

*3- Yerel mahkemelerin bir tanığı dinlememe kararının, yargılamanın adilliğini bir bütün olarak zedeleyip zedelediği...*

[54]

Testte yer alan hususlar gözetilmek kaydıyla AİHM, AİHS m. 6/3-d hükmüne aykırılık oluşup oluşmadığı değerlendirilmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun da Murtazaliyeva testine benzer kriterlere içtihadında yer verildiği görülmektedir. İlgili karardan alıntı yapmak gerekirse:

*“Adil bir yargılamanın temelini oluşturan hukuk devleti, silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkeleri kapsamında suçsuzluğunu ispat etmek ve iddiaları çürütmek için delil gösterme hakkını haiz olan sanığın ve müdafisinin gerek sözlü gerekse yazılı savunmalarında dile getirdikleri tanık dinletme talepleri bakımından yargılama sırasında ayrıca ve açıkça bir karar verilmesi, taleplerin reddi hâlinde ise anılan ilkelere uygun düşecek nitelikte dosya kapsamında örtüşen, yeterli, makul, denetime elverişli ve objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek nitelikte gerekçe gösterilmesi gerekmektedir. Hâl böyleyken, vaki tanık dinletme talepleri yönünden duruşmalar esnasında olumlu veya olumsuz bir*

[54] AİHM, *Murtazaliyeva v. Rusya*, No. 36658/05, T. 18.12.2018, §158.

*karar vermekten zühul edilerek gerekçeli kararda açıklamalarda bulunmakla yetinilmesi yerinde görülmemiştir.*<sup>[55]</sup>

Murtazaliyeva testinin birinci aşamasına ilişkin olan hususta daha önceden açıklama yapıldığı için alıntılanan kararlar birlikte ikinci aşama hakkında değerlendirmelerde bulunmak daha yerinde olacaktır. Nitekim alıntılanan kararda da tanık dinlenilmesi talebinin reddi hakkında CMK m.192/2 hükmü uyarınca bir karar verilmesi gerektiği ve verilen kararın gerekçesinin nasıl olması gerektiği üzerinde durulmuştur. Buna göre tanık dinlenilmesi talebinin reddi kararında gerekçe, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine uygun düşecek şekilde “*dosya kapsamıyla örtüşen, yeterli, makul, denetime elverişli ve objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek nitelikte*” olmalıdır. Testin son aşamasında ise “*Silahların Eşitliği İlkesi ve Delillerin Toplanması*” başlığında da üzerinde durulduğu üzere “*fîilen ve gerçekten*” yargılamanın adillığının etkilenip etkilenmediğine bakılmalıdır.

Sencer Başat ve diğerleri başvurusunda<sup>[56]</sup> sanıklar, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu m.147<sup>[57]</sup> hükmü kapsamında düzenlenen suçta teşebbüs iddiası ile yargılanıp hüküm giymişlerdir. Askeri personel olan sanıkların; yargılamaya konu suçun tamamlanmasına engel oldukları kabul gören, dönemin Genelkurmay Başkanı ile Kara Kuvvetleri Komutanı'nın dosya kapsamında dinlenilmesi talepleri, mahkeme tarafından dijital deliller ile maddi gerçekliğin ortaya konulduğu ve dolayısıyla tanık beyanlarının karara etkisi olmayacağı gerekçesi ile reddedilmiştir. Tanık dinlenilmesi taleplerinin reddine ilişkin gerekçe, AYM tarafından makul bulunmamıştır. AYM;

*“İsnat edilen suçun sübutu bakımından objektif olarak esaslı olduğu mahkemenin gerekçesinde de ifade edilen dönemin Genelkurmay Başkanı Hilmi Özkök ve Kara Kuvvetleri Komutanı Aytaç Yalman'ın tanıklıklarının reddi “çelişmeli yargılama ilkesine” ve “savunma tanıklarının davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin*

[55] Yargıtay CGK 2019/548 E., 2022/462 K., 22.06.2022 T.

[56] AYM, B. No. 2013/7800, 18.06.2014, §§ 73-91.

[57] İlgili hüküm şu şekildedir: “*Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini cebren ıskat veya vazife görmekten cebren menedenlerle bunları teşvik eyliyenlere ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası hükmolünür.*”

*sağlanması hakkına” uygun olmaması nedeniyle adil yargılanma hakkını ihlal etmiştir.”<sup>[58]</sup>*

ifadeleri ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir.

### **C) TANIK HARİCİ DELİLLER**

Yukarıda yer verilen test, tanık dinletilmesi taleplerine ilişkin olmakla birlikte daha sonrasında AİHM tarafından içtihat daha da geliştirilmiş ve uygun düştüğü ölçüde (mutatis mutandis) tanık haricindeki delillere de uygulanmıştır. AİHM, *Abdullayev v. Azerbaycan* kararında<sup>[59]</sup>, Murtazaliyeva testini tanık haricindeki delillere uygulanabilir hale getirmiştir. Başvuruya konu olayda, Azerbaycan parlamentosunda iki parlamenter arasında sözlü tartışma çıkmış ve ardından da tartışma fiziksel saldırı boyutuna ulaşmıştır. Bütün bu olaylar parlamentonun genel kurul salonunda gerçekleşmiştir. Sanık, yargılama sürecinde video kayıtlarının mahkemeye getirilmesini istemiştir. Video kayıtlarında, kendisine ilk karşı tarafın saldırdığı hususunun yer aldığını belirtmiştir. Ancak video kayıtlarının mahkemeye getirilmesi talebi yerine getirilmemiştir. Delil toplanmasına ilişkin talebinin reddi karşısında AİHM, 1- video kayıtlarının delil olarak öneminin ortaya konulduğuna, 2- video kaydının mahkemeye getirilmesinde bir sakınca veya erişiminde bir engel olmadığına, 3- video kayıtlarının mahkemeye getirilmemesinin yargılamayı bir bütün olarak ihlal ettiğine hükmetmiştir. Benzeri yöndeki ihlal kararlarına AYM önüne gelen Ruhşen Mahmutoğlu başvurusunda<sup>[60]</sup> ve Murat Ergan başvurusunda<sup>[61]</sup> rastlamak mümkündür:

*“...somut olayda, derece mahkemesinin mahkûmiyete gerekçe gösterdiği olguların varlığı yönünden sadece iddia makamının gösterdiği delilleri dikkate alması, başvurusunun aynı olguların aksini ispat için gösterdiği delillerle ilgili gerekli ve yeterli bir inceleme/değerlendirme yapmaması başvurusuyu iddia makamı karşısında usule ilişkin imkânlardan yararlanma*

[58] AYM, B. No. 2013/7800, 18.06.2014, § 90.

[59] AİHM, *Abdullayev v. Azerbaycan*, No. 6005/08, T. 07.03.2019.

[60] AYM, B.No. 2015/22, T. 15.01.2020.

[61] AYM, B.No. 2020/2395, T. 21.02.2023.

noktasında önemli ölçüde dezavantajlı konuma düşürmüştür. Başvurucunun iddialarını kendi imkânlarıyla ispat etmesi olanaklı değildir. ...<sup>[62]</sup>

*“Somut olayda alkolmetrenin yanlış ölçüm yaptığını ileri süren başvuru, Hastaneye müracaat ederek alkol testi yaptırmak istemiştir. Başvurucunun bu talebi Valiliğin genelgesi gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Halbuki başvuru toplanmasını talep ettiği delil ancak devlet yardımıyla elde edilebilecek niteliktedir. Somut olayda ise başvuru toplanmasını talep ettiği delil, Valiliğin genelgesiyle engellenmiştir. Dolayısıyla başvurucu kendisinin elde etme olanağı bulamadığı delilin aksini ortaya koyma hususunda makul imkânlar sunulmamıştır. Sonuç olarak başvuru, usule ilişkin imkânlar noktasında dezavantajlı bir konuma düşürülmüş; yargılamada silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ihlal edilmiştir.”<sup>[63]</sup>*

## SONUÇ

Çalışma metninde, delillerin toplanmasına ilişkin konularda silahların eşitliği ilkesine ve bu ilkenin tesis edilmemesi sonucunda yargılamanın adil olmaktan çıkması üzerine değerlendirmelerde bulunulmuş, AYM ve AİHM içtihatlarından örneklere de yer verilmiştir. Silahların eşitliği ilkesi bağlamında, yargılamanın görünüşü de önem teşkil etmektedir. Yargılamada dengeleyici birtakım tedbirlerin alındığı takdirde silahların eşitliği ilkesine ilişkin teminatların sağlandığının kabul edileceği üzerinde durulsa da AYM'nin Larysa Ziabkina başvurusu<sup>[64]</sup> hakkındaki kararı örneğinden yola çıkılarak değinilen bazı eşitsizliklerin telafisinin mümkün olamayacağı kanaatine varılmıştır. Zira bazı durumlarda oluşan eşitsizlikler ancak kurgusal argümanlarla açıklanabilir durumdadır. Larysa Ziabkina kararında olduğu gibi duruşma sırasında müdafii ile sanığın uzak konumlarda bulunması, örneğin tanıkların sorgulanması sırasında savunmanın elini

[62] AYM, B.No. 2015/22, T. 15.01.2020, §68

[63] AYM, B.No. 2020/2395, T. 21.02.2023, §18.

[64] AYM, B.No. 2014/5142, T. 21.11.2017.

zayıflatabilecek olup yargılamanın bir bütün olarak adil olmaktan çıkıp çıkmadığı değerlendirilmesinde ancak kurgusal argümanlarla ihlale ilişkin açıklama yapılabilecektir. Çünkü verilen örnekte, “*aleyhe olan tanık şu ifadeyi verdiği, müdafinin doğrudan soru yöneltme hakkı kapsamında şu soru yöneltseydi tanığın ifadeleri güvenilirliğini yitirirdi*” gibi kurgusal olan açıklamalardan daha öteye gidilmesi çok da mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple istisnai olarak da değerlendirilse, yargılamanın görünüşü silahların eşitliği ilkesinin tesis edilip edilmediğine ilişkin yapılacak bir değerlendirmede önem teşkil etmektedir.

AYM'nin Erdal Süsem başvurusu hakkında verdiği ve yukarıda değinilen kararda<sup>[65]</sup>, delillerin ileri sürülmesine dair olan mevzuatın karmaşıklaşması, hukuki yardımdan faydalanmayı daha da önemli hale getirmektedir. Sonuç başlığındaki bir üst paragrafta da duruşma sırasında hukuki yardımdan faydalanmanın, silahların eşitliği ilkesi perspektifindeki önemine değinilmiştir. Buradan çıkarılacak olan; delillerin toplanılması, değerlendirilmesi ve tanıkların dinlenilmesi ile sorgulanmasında hukuki yardıma erişim, yargılamada iddia makamı ile savunmanın şartlarının eşitlenmesinde oldukça önemli bir yer teşkil etmektedir. Bu durum da ceza yargılamasında müdafinin üstlendiği rolün önemini katbekat artırmaktadır.

Silahların eşitliği ilkesinde bir başka önemli noktanın iddia makamının ortaya koyduğu delillerin sorgulanması, çürütülmesi ve aksi hususların ispat edilmesi hususlarında ortaya çıktığı bu çalışmada tespit edilmiştir. İddia makamının sunduğu delillerin, yargılamanın bir bütün olarak adil olmaktan çıkarak bir şekilde hukuka aykırı bir biçimde elde edilmiş olması bir ihlal sebebidir. Bununla beraber savunmanın, iddia makamının sunduğu delilleri ve tanıkları etkili bir biçimde sorgulayabilmesi imkanına sahip olması, yargılamanın adil bir biçimde yürütülmesi açısından oldukça büyük bir önem teşkil etmektedir. Bunların yanında, savunmanın kendi tanıklarını eşit şartlarda dinletebilmesi ve delillerini serbestçe sunabilmesi de yine büyük ölçüde önem taşımaktadır. Sunulacak delillerin, “*ancak devlet tarafından elde edilebilecek nitelikte*”<sup>[66]</sup> olması halinde de bu delillerin dosyaya kazandırılması yine silahların eşitliği ilkesinin tesis edilmesi için gereklidir.

[65] AYM, B.No. 2019/14049, T. 13.09.2022.

[66] AYM, B.No. 2021/2754, T. 07.06.2023, §27.

## KAYNAKÇA

- Alyanak, Servet, *Avrupa Birliği Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı ve Etkili Yargısal Denetim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 15. Baskı, 2018.
- Dahlberg, Maija, “It is Not Its Task to Act as a Court of Fourth Instance: The Case of the European Court of Human Rights”, *European Journal of Legal Studies*, Sayı 7, 2014, s.84-118.
- Duman, Özgür, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Karşılaştırmalı Hukuk Penceresinden ‘Dördüncü Derece Olmama Doktrini’ ve Yansımaları”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 39, Sayı 1, 2022, s.47–92.
- Harris, D. J., M. O’Boyle ve C. Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2021.
- İnceoğlu, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4*, Ankara, Avrupa Konseyi Yayınları, 2018.
- Taner, Fahri Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2021.
- Taner, Fahri Gökçen, “Kırılğan Mağdurun Beyanının CMK’nın 236. Maddesi Uyarınca Alınması ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Savunma Hakkının Dengelenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 153, 2021, s. 1-38.
- Trechsel, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*, New York, Oxford University Press, 2005.
- Ünal, Ertuğrul, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- Vitkauskas, Dovydas ve Grigoriy Dikov, *Protecting the Right to a Fair Trial under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Press, 2. Baskı, 2017.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, 2022.

**Yitirdiklerimiz**

*In loving memory of our late colleagues*





Yitirdiklerimiz



**AV. KUBİLAY ŞEVİRAN (17188)**  
1975–2024



**AV. SELMİN ÇINAR (11386)**  
1964–2024



**AV. ŞÜKRÜ YURTTAŞ (48029)**  
1949–2024



**AV. ÖNDER GÜNERİ (3482)**  
1942–2024

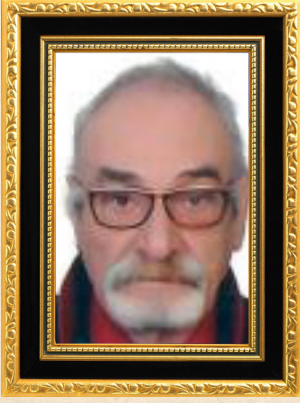


**AV. İLYAS DOĞAN (33414)**  
1963–2024



**AV. HÜSEYİN DUMAN (3881)**  
1925–2024

Yitirdiklerimiz



**AV. İMDAT BALKOCA (5346)**  
1949–2024



**AV. FATİH MERT KÖSE (48946)**  
1998–2024



**AV. CEMİLE LAKERTA (7331)**  
1952–2024



**AV. BAHATTİN CENGİZ (13564)**  
1948–2024