

**Gazi Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi  
Dergisi**



**Gazi University  
Faculty of Law  
Review**

---

**Cilt XVII, Ekim 2013, Sayı 4**

**Vol. XVII, October 2013, No. 4**

---



**ANKARA  
Mart 2014**

# GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Gazi Üniversitesi Gazi University**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review**

**Sahibi : Owner :**

Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief**

Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM

**Editörler: Editors :**

Doç. Dr. Bülent YAVUZ Assoc. Prof. Dr. Bülent YAVUZ

Yrd. Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM Assist. Prof. Dr. Abdulkerim YILDIRIM

Yrd. Doç. Dr. M. Çelebi CAN Assist. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

**Yayın Kurulu : Editorial Board :**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Assoc. Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

**Yayın Sekreteri : Secretary of Publication**

Günay KANDEMİR Günay KANDEMİR

**ISSN-1302-0013**

**Tasarım - Dizgi:** Kemal ERDOĞAN

**Basım Yeri:**Hazar Reklam Matbaacılık

Kazım Karabekir Cad. Kültür Çarşısı No: 7/56-57

İskitler/ANKARA Tel: 0312 341 22 06 - 07

**Basım Tarihi :** Mart 2014

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 21 51 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>

e-posta: [hukukdergi@gazi.edu.tr](mailto:hukukdergi@gazi.edu.tr) - [dergihukuk2013@gmail.com](mailto:dergihukuk2013@gmail.com)

**Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.**

**Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.**

### **DANIŞMANLAR KURULU**

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Konya Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD) Yayın İlkeleri

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), U L A K B İ M tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (**Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim**) olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Yazılar; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto-normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile hukukdergi@gazi.edu.tr, dergihukuk2013@gmail.com adresine gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, İngilizce, Almanca, Fransızca yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan **Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca özetlerin**; her iki dilde **yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün** yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, geri çevrilir.
7. Editörler kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
10. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

### **Örnek**

#### **Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:**

Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*, Baskı. Basıldığı Yer, Yıl,  
Örn. AYHAN, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, b. 2, Ankara 2007.

#### **İlk atıf dâhil olmak üzere atıf usulü:**

Örn. AYHAN, s. 178.

#### **Aynı yazarın birden fazla kitabına ilk atıf usulü:**

AYHAN, Şirketler, s. 120. ve AYHAN, Ticarî İşletme, s. 136.

#### **Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:**

Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, sayı numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları.

Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

#### **Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:**

Örn. AYHAN, s. 31.

#### **İnternette alınan dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:**

Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40 ([http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1\\_2\\_3.pdf](http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf), erişim 13 Haziran 2010).

#### **Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:**

Örn. AYHAN, s. 31.

**İletişim Adresi:** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANK.

**Tel:** (312) 216 21 90

**Faks:** (312) 215 01 69

**http:** www.hukuk.gazi.edu.tr

**e-posta:** hukukdergi@gazi.edu.tr , dergihukuk2013@gmail.com



# Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XVII

Ekim 2013

Sayı 4

## İÇİNDEKİLER

### MAKALELER\*

#### ÖZEL HUKUK

- Pazarlamacılık Sözleşmesi  
**Umut AKDENİZ**.....1-34
- 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Düzenlenen Alt İşveren Hükümlerinin  
Deniz Taşıma İşlerinde Uygulanıp Uygulanamayacağına Dair  
Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi  
**İbrahim AYDINLI** .....35-52
- Oto Kiralama Klozlu Kasko Sigortası İle Güvence Altına Alınan  
Araçlarda Sigorta Ettirenin Sözleşme Süresi İçinde Beyan Yükümlülüğü  
**Huriye KUBİLAY**.....53-80
- Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları  
**H. Kübra ERCOŞKUN ŞENOL**.....81-116
- Kiralananın Temliki Halinde Kiracının Korunması Gereksiz mi?  
-Kiralananın Temliki Halinde Yeni Malik Tarafından Tahliye  
Edilen Kiracının Tazminat Talebi-  
**Mustafa Fadıl YILDIRIM**.....117-126

#### KAMU HUKUKU

- “Sevk Tutuklaması” Sorunu ve AİHM’in Yaklaşımı  
**Hikmet Murat AKKAYA**.....129-154
- Mükellefçe Gösterilen Kişi Beyanlarının Vergi İnceleme  
Tutanaklarındaki Yeri  
**Recep KAPLAN**.....155-182
- Demokrasi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin  
Temel Özelliklerinden Birisidir  
**Joseph ZAND / Hayri KESER**.....183-222

\* Makaleler, yazarların soyadına göre sıralanmıştır.

İslam Aile Hukukunda Kadının Mehir Hakkına Toplumun Bakış Açısı Üzerine Bir Değerlendirme <b>Saliha OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU</b> .....	223-256
İdari Yargıda “Görev”, “İş Bölümü”, “İş Dağılımı” Paradoksu <b>Dilşat YILMAZ</b> .....	257-270
Bilgi İletişim Teknolojilerinin Demokrasi İçerisinde Kullanımı ve Dijital Demokrasiye Geçiş <b>Mehmet Ali ZENGİN</b> .....	271-304

### ÇEVİRİ

İsviçre Federal Mahkemesi’nin Kira Bedelinin Kararlaştırılmaması Halinde Kira Sözleşmesinin Kurulmadığına İlişkin 15.9.1993 Tarihli (BGE 119 II 347) Kararı <b>Fahri Erdem KAŞAK</b> .....	307-308
---	---------



**C O N T E N T S**

**ARTICLES\***

**PRIVATE LAW**

- The Contract Of The Salesman*  
**Umut AKDENİZ**.....1-34
- The Evaluation Of The Decision Of The Court Of Cassation About That If Subcontractor Provision Which Is Organized In Labor Code no. 4857 Can Be Applied To Maritime Transportation*  
**İbrahim AYDINLI**.....35-52
- Insured's Duty to Give Information About Cars Which Have Been Covered By Automobile Insurance With The Car Rental Clause During The Insurance Contract Period*  
**Huriye KUBİLAY**.....53-80
- The Separate Fields Of Application Of Cheating In Turkish Law Of Obligations*  
**H.Kübra ERÇOŞKUN ŞENOL**.....81-116
- Is Protection Of Lessee Inessential When Leased Object Alienated? - By New Owner Terminated Lessee's Claim For Damages In The Event Of Leased Object's Alienation-*  
**Mustafa Fadıl YILDIRIM**.....117-126

**PUBLIC LAW**

- The Approach Of Ecrh To The Pre-Dispatch Detention*  
**Hikmet Murat AKKAYA**.....129-154
- The Position Of Persons' Statements Shown By Taxpayer In Tax Examination Records*  
**Recep KAPLAN**.....155-182
- Democracy is one of the Main Features of the European Convention on Human Rights*  
**Joseph ZAND/Hayri KESER**.....183-222

\* Articles are drawn up according to the surnames of the authors.

<i>An Evaluation Of Society's Point Of View On Mahr Right Of Women In Islamic Family Law</i> <b>Saliha OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU</b> .....	<b>223-256</b>
<i>The Paradox Of "Jurisdiction", "Division Of Labour", "Dispersal Of Labour" In The Administrative Proceeding</i> <b>Dilşat YILMAZ</b> .....	<b>257-270</b>
Using Of Information And Communication Technologies In Democracy And Transition Of Digital Democracy <b>Mehmet Ali ZENGİN</b> .....	<b>271-304</b>

### TRANSLATION

The Decision Of The Swiss Federal Court (BGE 119 II 347) Dated 15.9.1993 Regarding A Rental Agreement Is Not Concluded In Case Rent Money Is Not Decided <b>Fahri Erdem KAŞAK</b> .....	<b>307-308</b>
--	----------------

**ÖZEL HUKUK >>**

BOŞ

# PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİ

Umut AKDENİZ\*

## ÖZET

*Bu çalışma, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) altıncı bölümünün ikinci ayrımında 448 ile 460. maddeler arasında, hizmet sözleşmelerinin özel bir türü olarak düzenlenen pazarlamacılık sözleşmesinin, tanımı, unsurları, hukuki niteliği, pazarlamacının hak ve borçları, sorumlulukları, pazarlamacılık sözleşmesinin sona ermesi hakkında bilgi vermeyi amaç edinmiştir. Pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK.m.448). Aslında, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun (EBK) 454. maddesinde pazarlamacı, seyyar tüccar memuru adıyla düzenlenmişti. Ancak, seyyar tüccar memuru eski Borçlar Kanunu'nda tek bir maddede ve bağımlı tacir yardımcıları sayılan ticari mümessil, ticari vekil ve diğer tacir yardımcılığı ile beraber düzenlenmesine karşılık yeni kanunda bu kısımdan alınarak hizmet sözleşmeleri ile ilgili bölüme eklenmiş, adı da "pazarlamacı" olarak değiştirilmiş ve hakkında ayrıntılı hükümler getirilmiştir. Ancak, pazarlamacı, tacire bağlı yardımcılardandır. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun tacir yardımcılığı bölümünde düzenlenmemesi, pazarlamacının tacir yardımcısı olarak kabul edilmesine engel değildir. Bu nedenle, pazarlamacının, ticari işletme organizasyonu içerisindeki yeri ve rolü dikkate alındığında hizmet sözleşmesi kapsamında değil de "diğer tacir yardımcılığı" başlığı altında düzenlenmesi daha isabetli olurdu.*

**Anahtar Kelimeler:** Pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacı, tacir, aracılık, sözleşme yapma yetkisi

## THE CONTRACT OF THE SALESMAN

### ABSTRACT

*With this article it is aimed to examine the definition, elements, legal character, rights and obligations, liability of salesman, termination of the contract of the salesman which is regulated as an specific type of contract of service and issued between Articles 448 and 460 in sixth section, second part of the 6098 numbered new Turkish Code of Obligations (TBK) that enter into force in 1 July 2012. The contract of salesman is a contract that salesman undertakes to intermediate all transactions*

---

\* Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi  
Bu çalışmada 31.09.2013 tarihine kadar yayınlanmış eserlerden yararlanılmıştır.

or to do the stuff determined in a written agreement and to work off the business cooperation and on behalf of the employer who owns a business cooperation where the employer undertakes to pay the fee (TBK m. 448). In Article 454 of 818 numbered old Code of Obligations (EBK), salesman was regulated under the name of traveling salesperson. Although EBK regulated traveling salesperson with the other dependent merchant assistants such as commercial representative, commercial agent and other merchant assistants in a single article; TBK regulates this term as salesman and issued under the part of contract of service in detailed provisions. However, the salesman is a dependent merchant assistant. Despite TBK is not regulating salesman in merchant assistant part, the salesman is assumed as a merchant assistant. Therefore, according to the statute in business cooperation, the salesman shall be regulated in scope of "merchant assistant", not the contract of service.

**Keywords:** *The contract of the salesman, salesman, merchant, intermediation, the authority to enter into a contract*

## GİRİŞ

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK)<sup>1</sup> altıncı bölümünün ikinci ayrımında yer alan 448 ilâ 460. maddelerde, hizmet sözleşmelerinin özel bir türü olarak pazarlamacılık sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu düzenleme yapılırken İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İBK) 347 ilâ 350a maddeleri mehz alınmıştır<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Resmî Gazete Tarih: 04.02.2011- Sayı: 27836.

<sup>2</sup> İsviçre'de doktrin, pazarlamacı için öngörülmüş olan özel hükümlerin eskimiş ve gereksiz olduğu görüşündedir, REHBİNDER, Manfred, Das Obligationenrecht, Berner Kommentar, VI/2/2/2, Der Arbeitsvertrag (OR 331-355), Bern, 1992, Art.347, 16; İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İBK) pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerinin doğrudan kaynağı 01.01.1972 yılında İBK'da yapılan revizyonla yürürlükten kalkan 1941 tarihli HRAG (BG vom 13. Juni 1941 über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden) olup; söz konusu kanunun amacı, o dönemde komisyon ücretlerinde oluşan düzensizliği belli bir düzen altına almaktır. Zira birinci dünya savaşı sonrasında ortaya çıkan küresel ekonomik kriz dolayısıyla oluşan geçim sıkıntısı, pazarlamacıların işsiz kalmamak uğruna sadece komisyon ücreti karşılığında çalışmaya razı olmalarına neden olmuştur. Bir süre sonra piyasada artan rekabet, pazarlamacıların aldıkları bu komisyon ücretlerinin, masraflarını dâhi karşılamaya yetmez hâle gelmesine yol açmıştır. Çünkü, akdedilen çoğu sözleşmede masrafların tazmini hakkında bir hüküm öngörülüyor ve bu masraflara pazarlamacılar katlanmak zorunda kalıyorlardı. Bu durum, bazı pazarlamacıların rekabet ortamını bozacak şekilde hukuka aykırı davranmalarına ve saldırgan satış yöntemlerine başvurmalarına neden oluyor ve bundan müşteriler de olumsuz etkileniyorlardı. Kanun Koyucu, rekabet ortamını yeniden tesis etmek, tüketiciyi korumak ve pazarlamacıların tacir tarafından sömürülmesini engellemek amacıyla söz konusu kanunu çıkarmış ve bu kanunda pazarlamacılar bakımından sabit bir ücret öngörmüş (HRAG 9/II) ve onların masraflarının da tazmin edilmesi gerektiğini (HRAG.m. 13-14) hükme bağlamıştır. Ancak günümüzde bu hükümler gerekliliklerini ve güncel olma özelliklerini yitirmişlerdir. Zira, kanunun çıkış amaçlarından biri olan rekabetin korunması, rekabet

Esasen pazarlamacı, yeni TBK ile yürürlükten kaldırılan 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun (EBK) 454. maddesinde seyyar tüccar memuru adıyla hüküm altına alınmıştı<sup>3</sup>. Anılan madde “bir müessese için merkezinin haricindeki mahallerde muamele icra eden seyyar memurlar, müessese namına sattıkları malın bedelini almak ve makbuz vermek ve borçluya mehil ita etmek salahiyetini dahi haiz sayılırlar. Bu salahiyetin tahdidi, hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı muteber değildir” şeklindeydi. Seyyar tüccar memurunun EBK’da tek maddede düzenlenmesine karşılık yeni kanunda pazarlamacılık sözleşmesi için ayrıntılı hükümler sevk edilmiştir. Ancak seyyar tüccar memuru eski kanunda bağımlı tacir yardımcıları sayılan ticari mümessil, ticari vekil ve diğer tacir yardımcıları ile beraber 449. ve 456. maddeler arasında düzenlenmişken, yeni TBK’da buradan alınarak hizmet sözleşmeleri ile ilgili bölüme eklenmiş ve adı da “pazarlamacı” olarak değiştirilmiştir.

## I. TANIMI

Pazarlamacılık sözleşmesi, TBK’nın 448. maddesinde tanımlanmıştır. Bu maddeye göre “pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”.

---

hukuku ile zaten sağlanmaktadır. Diğer yandan, pazarlamacıların korunması ve onların sömürülmelerinin engellenmesi de genel hizmet sözleşmesinin işçiyi koruyan hükümleri ile sağlanabilir, REHBINDER, Art. 347, 16.

<sup>3</sup> Pazarlamacının, seyyar tüccar memurundan farklı olmadığı hususunda bkz. TUNCAY, Can, Pazarlamacı (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri, *Çimento İşveren Dergisi*, Mart 2012, S.2, (<http://www.ceis.org.tr/dergi/2012mart/makale1.pdf>, erişim tarihi: 04.06.2013), s. 5; pazarlamacı ile seyyar tüccar memurunun faaliyet biçimleri açısından benzedikleri yönünde bkz. ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2011, s. 182; pazarlamacının, tüm özellikleri taşımamakla beraber “seyyar tüccar memuru” yerine öngörüldüğü yönünde bkz. BOZER, Ali; GÖLE, Celal, Ticari İşletme Hukuku, İkinci Bası, Ankara, 2013, s. 80; 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’nda (EBK) düzenlenmeyen pazarlamacının, seyyar tüccar memurunun fonksiyonunu ikame edeceği yönünde bkz. TOPÇUOĞLU, Metin, Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı, *SDÜHFD*, C. I, S. 2, s. 30, 31; pazarlamacının, EBK’da yer alan seyyar tüccar memurunun basit bir devamı olmadığı yönündeki aksi görüş için bkz. DEMİRKAPI, Ertan, Pazarlamacının Garanti Yükümlülüğü Açısından “Kendi Müşteri Çevresi” Kavramı ve Eleştirisi, *Ersin Çamoğlu’na Armağan*, İstanbul, 2013, s. 63.

## II. UNSURLARI

### 1. Ticari İşletmenin Varlığı ve Bu İşletmeyi İşleten Kişiye (Tacire) Bağlı Olmak

Bir kimsenin pazarlamacı ve akdedilen sözleşmenin de pazarlamacılık sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle bir ticari işletmenin varlığı gerekir. Pazarlamacı, faaliyetlerini bu işletme altında yürütmelidir. Dolayısıyla esnaf işletmeleri için atanan kişiler pazarlamacı sıfatını haiz olmazlar.

Pazarlamacı, tacire bağlı yardımcılardandır<sup>4</sup>. Zira pazarlamacı, çalışma yöntem ve zamanını serbestçe belirleme yetkisine sahip değildir. TBK'nın tacir yardımcıları bölümünde düzenlenmemesi, pazarlamacının tacir yardımcısı olarak kabul edilmesine engel değildir<sup>5</sup>. Ancak TBK'nın 448. maddesinde "tacir" yerine "ticari işletme sahibi" ifadesi kullanılmıştır. Doktrinde, kanun maddesinde kullanılan bu ifade yerine "tacir işveren"<sup>6</sup> veya "tacir"<sup>7</sup> terimlerinin kullanılmasının gerektiği ifade edilmektedir<sup>8</sup>. Zira işletme sahibi her zaman tacir konumunda olmayabilir<sup>9</sup>. Ticari işletmeyi işleten kişinin, yani tacirin, söz konusu işletmenin sahibi olmaması hâlinde pazarlamacının da bu sıfatı kazanamaması gibi bir sonuç doğacaktır<sup>10</sup>. Kanun Koyucu'nun amacının bu yönde olmadığı, dolayısıyla "işletme sahibi" ifadesinin de tacir şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

Tacir tarafından atanan kişinin pazarlamacılık yapmak üzere kendisine mahsus bir işyerinin mevcudiyeti hâlinde pazarlamacılık sözleşmesinden bahsedilemez<sup>11</sup>. Bu hâlde, akdedilen sözleşme süreklilik özelliği taşıyorsa acentelik sözleşmesi olarak nitelendirilebilir.

<sup>4</sup> ARKAN, s. 182; TOPÇUOĞLU, s. 37.

<sup>5</sup> TUNCAI, s. 6; aksi görüş için bkz. AYOĞLU, Tolga, Bağımlı ve Bağımsız Tacir Yardımcıları Bakımından Getirilen Yenilikler, *Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Anlamında Getirdiği Yenilikler, Sempozyum*, İstanbul, 2012, s. 47, 48.

<sup>6</sup> ARKAN, s. 183, dnp. 1.

<sup>7</sup> DEMİRKAPI, s. 63.

<sup>8</sup> Aynı durum ticari mümessil (TBK.m.547) ve ticari vekil (TBK.m.551) için de söz konusudur. Zira, orada da "işletme sahibi" ibaresi kullanılmıştır.

<sup>9</sup> BOZER/GÖLE, s. 80.

<sup>10</sup> Ticari işletmeyi işleten kişinin, işletmenin sahibi olup olmaması, bu kişinin tacir sıfatının belirlenmesi bakımından herhangi bir önemi haiz değildir. Zira TTK'nın 12. maddesinin ilk fıkrasına göre, bir gerçek kişinin tacir sayılabilmesi için, ticari bir işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işletmesi gerek ve yeterlidir.

<sup>11</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; ASTARLI, Muhittin, *İş Hukuku*, Ankara, 2012, s. 427.



Pazarlamacının, adına faaliyet gösterdiği işletmenin ticaret siciline kaydedilmiş olması da gerekmemektedir<sup>12</sup>.

## **2. Başkası Adına İş Görmek**

Pazarlamacılık sözleşmesinin konusu TBK'nın 448. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmek veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmaktır. Her ne kadar, pazarlamacılık faaliyetinin işletmenin ürettiği mal ve hizmetlerin münhasıran “satışına” yönelik bir faaliyet olduğu 448. maddede açıkça belirtilmemiş olsa da belirtmek gerekir ki pazarlamacı sadece mal ve hizmet satımına yönelik faaliyet de gösterebilir. Buna karşılık, mal veya hizmet “alımına” yönelik bir faaliyet, pazarlamacılık faaliyeti değildir<sup>13</sup>. Nitekim, pazarlamacının yükümlülüklerinin düzenlendiği TBK'nın 450. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “aldığı siparişleri işverene derhâl ulaştırmak” ifadesi de bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Dolayısıyla TBK'nın 448. maddesinde yer alan “her türlü işlemin” ifadesindeki işlem sözünün de bu şekilde, yani satıma yönelik her türlü işlem şeklinde anlaşılması gerekir.

Belirtilmesi gereken diğer bir husus, pazarlamacının faaliyetinin, işlemin tamamlanmasına yönelik bir faaliyet olması gerektiğidir. Yani pazarlamacı, karşı tarafın sipariş vermesi veya gerekli yetkiyi haiz ise sözleşmenin akdi hususunda aktif olarak çalışmalı; faaliyeti bunlara yönelik olmalıdır. Dolayısıyla söz konusu sonuçlara yönelmeyen mal tanıtımı veya danışma faaliyetleri pazarlamacılık faaliyeti sayılmaz<sup>14</sup>.

Pazarlamacının gördüğü iş başkası adına olmalıdır. TBK'nın 448. maddesinde pazarlamacının, bir ticari işletme sahibi işveren “hesabına” faaliyette bulunacağı belirtilmiştir. Kanun maddesinde kullanılan “hesabına” sözcüğünün “adına” şeklinde anlaşılması gerekmektedir<sup>15</sup>. Zira gördüğü işin

---

<sup>12</sup> TRUNİGER, Philipp, Schweizerisches Obligationenrecht, 2009, Art.347, 3, s. 826; MEYER, Beat, Das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden, Diss., Zürich, 1978, s. 6.

<sup>13</sup> Aynı yönde Rehbindler, Art. 347, 2; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.427; TUNCAY, s. 10; aksi görüş için bkz. MEYER, s. 7.

<sup>14</sup> Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titelsbis des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) (İBK'nın iş sözleşmeleri ile ilgili kısmında yapılan revizyona ilişkin 25 Ağustos 1967 tarihli gerekçe) BBL 1967 II s. 409; REHBİNDER, Art. 347, 3; MEYER, s. 7.

<sup>15</sup> ARKAN, s. 182, dpn. 1; pazarlamacının işletme adına hareket etmesi gerektiği yönünde TRUNİGER, Art.347, 3, s. 826; MEYER, s. 12; aksi yönde TUNCAY, s. 9, aslında yazar, bir yandan pazarlamacının işveren adına hareket etmeyeceğini açıkça ifade etmekte, diğer yandan işverenle pazarlamacı arasında doğrudan temsil ilişkisi olduğunu belirterek kendisiyle

niteliği gereği pazarlamacının, tacir hesabına faaliyette bulunacağı aşikârdır<sup>16</sup>.

TBK'nın 450. maddesinin 1. fıkrasına göre pazarlamacı, işverenin izni olmadıkça, kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapamaz. Her ne kadar gerekçede,<sup>17</sup> verilecek iznin yazılı olacağı belirtilmiş olsa da, madde metninde buna ilişkin bir belirleme ve sınırlama olmadığından, anılan iznin yazılı olmasına gerek yoktur.

Pazarlamacı, tacir hesabına ve kendi adına işlem yapabilir mi? Bir başka deyişle, pazarlamacı dolaylı temsilci olarak hareket edebilir mi? Kanaatimizce pazarlamacının, faaliyetlerini kendi adına yapamaması gerekir<sup>18</sup>. Zira, böyle bir durumda pazarlamacı, komisyoncu sayılır.

### **3. Süreklilik**

TBK'nın 448. maddesinde verilen tanımdan da anlaşılacağı üzere, pazarlamacının yaptığı faaliyet süreklilik arzetmelidir<sup>19</sup>. Dolayısıyla geçici olarak veya tek bir işlem için faaliyet gösteren kişi yerine göre simsar veya vekil sayılır<sup>20</sup>.

Süreklilik unsurunun sözleşmenin akdi sırasında öngörölmüş olması, pazarlamacılık faaliyetinin varlığı için yeterlidir. Bu nedenle, sözleşmenin herhangi bir nedenle kısa bir süre sonra sona ermesi, onun pazarlamacılık sözleşmesi olarak kabulüne engel değildir<sup>21</sup>.

### **4. Haricilik**

Pazarlamacı, faaliyetlerini ticari işletmenin dışında yerine getirmelidir. Bu anlamda, merkez ve varsa şube dışındaki her yer işletmenin dışı sayılır. Bu özelliğiyle pazarlamacı, faaliyetlerin işletme merkezi dışındaki yerlere de

---

çalışmaktadır. Zira doğrudan temsilde pazarlamacı, işveren adına hareket eder.

<sup>16</sup> İBK'nın, TBK'ya alınmayan 347. maddesinin 2. fıkrasında, işlemleri kendi hesabına yapan kişinin pazarlamacı sayılmayacağı özel olarak hüküm altına alınmıştır.

<sup>17</sup> TBK.m.450'ye ilişkin gerekçe, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, T.C. Adalet Bakanlığı, Şubat, 2008, s. 448.

<sup>18</sup> Aynı yönde REHBİNDER, Art. 347, 6; aksi yönde MEYER, s. 11.

<sup>19</sup> Belirtmek gerekir ki TBK'nın 448. maddesine kaynaklık eden ve pazarlamacılık sözleşmesini tanımlayan Mevaz İBK'nın 347. maddesinin 1. fıkrasında, TBK'nın 448. maddesindeki "sürekli olarak" ifadesi yer almamasına rağmen maddenin ikinci fıkrasında geçici ve tesadüfî faaliyetlerin pazarlamacılık faaliyeti sayılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

<sup>20</sup> Aynı yönde TOPÇUOĞLU, s. 37, 38.

<sup>21</sup> REHBİNDER, Art. 347, 10; aksi yönde İBK Gerekçesi (Botschaft), s. 409.

yayılmamasını sağlayan tacir yardımcısıdır<sup>22</sup>. Merkez dışındaki bir şubede veya sabit bir yerde faaliyet göstermek pazarlamacılık olarak nitelendirilemez<sup>23</sup>.

İBK'nın 347. maddesinin 2. fıkrasında pazarlamacının, faaliyetini ağırlıklı olarak seyahat ederek, yani gezici şekilde (*Reisetätigkeit*) yerine getirmesi gerektiği, aksi hâlde pazarlamacı sayılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle pazarlamacının, zamansal olarak faaliyetlerinin yarısından fazlasını işletme dışında gerçekleştiriyor olmasının gerektiği ifade edilmektedir<sup>24</sup>. Belirtmek gerekir ki söz konusu fıkra kanunumuza alınmamıştır. Ancak hukukumuz bakımından da bu şartın aranmasının gerektiği kanaatindeyiz.

### **5. Ücret Karşılığında Faaliyet Göstermek**

TBK'nın 448. maddesinde pazarlamacılık faaliyetinin bir ücret karşılığında yapılacağı; ücretin, sözleşmenin zorunlu bir unsuru olduğu hüküm altına alınmıştır. Ücretsiz yapılan pazarlamacılık faaliyetleri hakkında TBK'nın vekâlet hükümleri uygulanmalıdır.

## **III. PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ VE KURULMASI**

Kanun Koyucu, pazarlamacılık sözleşmesinin şekli hakkında herhangi bir hüküm öngörmemiştir. Genel hizmet sözleşmesi hükümleri arasında yer alan 394. maddede de hizmet sözleşmesinin, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça özel bir şekle bağlı olmadığı açık olarak hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla TBK'nın 12. maddesinde yer alan “sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir” hükmü gereğince pazarlamacı ile tacir arasında akdedilen sözleşmenin herhangi bir şekle tâbi olmadığını söyleyebiliriz<sup>25</sup>. Pazarlamacılık sözleşmesi, tarafların karşılıklı, birbirine uygun irade beyanları ile kurulur (TBK.m.1/1). Pazarlamacılık sözleşmesinin zımnen kurulması da mümkündür.

---

<sup>22</sup> ARKAN, s. 182.

<sup>23</sup> TUNCAY, s. 9.

<sup>24</sup> STREIFF, Ullin, VON KAENEL, Adrian, Arbeitsvertrag- Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, 2012, Art. 347, 2; TRUNİGER, Art.347, 2, s. 826; MEYER, s. 8; REHBİNDER, Art. 347, 8.

<sup>25</sup> Aynı yönde MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 427; TUNCAY, s. 10, yazar, sözleşmenin yazılı yapılması gerektiğini ancak, yazılı şeklin geçerlilik koşulu olmadığını belirtmektedir; aksi yönde bkz. TOPÇUOĞLU, s. 35, 36, 39. Kanaatimizce, son yazarın, çalışmasının belirtilen sayfalarında, pazarlamacılık sözleşmesinin yazılı yapılmasının zorunlu olduğuna kanıt olarak ileri sürdüğü hususların geçerliliklerinin yazılı anlaşmaya bağlı olması, sözleşmenin kendisinin de yazılı olması gerektiği sonucunu doğurmaz.

Mehaz İBK’da ise pazarlamacılık sözleşmesinin kural olarak yazılı yapılması gerektiği ve yazılı anlaşmanın, sözleşmenin süresini, sona ermesini, pazarlamacının yetkilerini, ücret ve masrafların nasıl ödeneceğini, taraflardan birinin yerleşim yeri yabancı ülkede ise uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin hangisi olduğunu içermesi gerektiği hüküm altına alınmıştır (İBK.m.347a/1). Sözleşmenin yazılı düzenlenmemesi hâlinde ise belirtilen hususlar hakkında kanun hükümleri ve alışılmış hizmet koşullarının uygulanacağı belirtilmiştir (İBK.m.347a/2). Ayrıca, sözlü anlaşma da yapılabileceği, ancak sözlü anlaşmanın sadece iş ilişkisinin başlangıcı bakımından geçerli olduğu ve kanun hükümleri ve alışılmış hizmet koşullarına aykırı sözlü anlaşma hükümlerinin geçersiz olduğu, yani bunların geçerliliklerinin ancak kanun hükümleri ve alışılmış hizmet koşullarına aykırı olmamaları hâline hasredilmiş olduğu hüküm altına alınmıştır (İBK.m.347a/3). Bu nedenle doktrinde İBK.m.347’nin düzenleyici bir hüküm olmadığı, zira bu maddede yer alan yazılı şeklin kısmi bir geçerlilik koşulu olduğu haklı olarak belirtilmektedir<sup>26</sup>. Buna karşılık, TBK bakımından bir önceki paragrafta da belirttiğimiz üzere, kanun hükümleri ve alışılmış hizmet koşullarına aykırı sözlü anlaşma hükümleri dâhi geçerlidir. Belirtmek gerekir ki TBK’nın 449. maddesine ilişkin gerekçede yer alan “...birinci fıkrada belirtilen hususların **sözleşme metninde** yer almaması durumunda...” ifadesinden aslında Kanun Koyucu’nun pazarlamacılık sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiği düşüncesinde olduğu sonucuna varılmaktadır. Ancak kanun maddesinde buna ilişkin açık bir ifadeye yer verilmemiştir.

Her ne kadar TBK’nın 449. maddesinin başlığı “Kurulması” olsa da maddede pazarlamacılık sözleşmesinin kurulması değil, içeriği düzenlenmiştir. Buna karşılık, Mehaz İBK’nın anılan maddenin kaynağı olan 347a maddesinin başlığı “Kurulma ve İçerik” (*Entstehung ve Inhalt*) şeklindedir. Bir önceki paragrafta belirttiğimiz üzere, İBK’dan farklı olarak TBK’da pazarlamacılık sözleşmesinin şekli hakkında herhangi bir hüküm öngörülmediğinden, bu maddenin başlığı da sadece “içerik” olmalıydı. Söz konusu maddenin 1. fıkrasında pazarlamacılık sözleşmesinin, sözleşmenin süresini, sona ermesini, pazarlamacının yetkilerini, ücret ve masrafların nasıl ödeneceğini, taraflardan birinin yerleşim yeri yabancı ülkede ise uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin hangisi olduğunu içereceğinden bahsedilmektedir. Esasen Kanun Koyucu tarafından, sözleşmenin içeriği hakkında bu kadar ayrıntılı bir hüküm öngörülmesi gereksizdir. Zaten sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca

---

<sup>26</sup> REHBİNDER, Art. 347a, 1; aksi yönde TUNCAY, s. 10.

taraf, sözleşmenin içeriğini serbestçe tayin etme hakkına sahiptirler. Kaldı ki maddenin ikinci fıkrasında da, sözleşmede yer alması öngörülen hususlar taraflarca belirlenmemişse, kanun hükümleri ve alışılmış hizmet koşullarının<sup>27</sup> uygulanacağı belirtilmiştir. Yani Gerekeçe’de<sup>28</sup> de belirtildiği üzere, birinci fıkrada sayılan hususların sözleşmede yer almaması, sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır.

#### **IV. TARAFLARI**

##### **1. Pazarlamacı**

TBK’nın 448. maddesinde işveren hesabına çalışan kişi için “pazarlamacı” terimi kullanılmıştır. Kanaatimizce bu terim tercihi yerinde olmamıştır. Zira pazarlamacı denilince akla genellikle taşınır niteliğindeki bazı malları kendi adlarına ve hesaplarına üçüncü kişilere satan kişiler gelir ve bunlar seyyar tüccar memurlarından farklıdır<sup>29</sup>. Bu nedenle TBK’da “pazarlamacı” yerine, yerleşmiş bir ifade olması sebebiyle EBK’da kullanılan “seyyar tüccar memuru” ifadesinin kullanılması daha uygun olurdu<sup>30</sup>. Nitekim İBK’da pazarlamacılık sözleşmesi için “Handelsreisendenvertrag” terimi kullanılmıştır. Bu terim Türkçe’ye “gezici tüccar sözleşmesi” şeklinde çevrilebilir.

##### **2. Tacir**

TBK’nın 448. maddesinde yer alan tanımda pazarlamacının bir ticari işletme sahibi işveren hesabına çalışacağı, yani sözleşmenin karşı tarafının işletme sahibi olan bir işveren olacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce bu ifade tarzı da yerinde olmamıştır. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu kişi, ticari işletmenin sahibi olmayabilir. Dolayısıyla bu ifadenin tacir şeklinde anlaşılması ve kullanılması daha uygundur.

#### **V. HUKUKİ NİTELİĞİ**

Pazarlamacılık sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen, rızai, tipik sözleşmelerdendir. Diğer yandan Kanun Koyucu, pazarlamacılık sözleşmesini TBK’nın “özel borç ilişkileri”nin yer aldığı ikinci kısmının altıncı bölümü

---

<sup>27</sup> Kanaatimizce, “alışılmış hizmet koşulları” ibaresinden ticari hayattaki teamüller anlaşılmalıdır. Benzer yönde BOZER/GÖLE, s. 82.

<sup>28</sup> TBK.m.449’a ilişkin gerekçe, s. 447.

<sup>29</sup> TEOMAN, Ömer, Tacir Yardımcıları, *Mehmet Somer’e Armağan*, İstanbul, 2006, s. 245.

<sup>30</sup> Pazar satıcısını çağrıştıran “pazarlamacı” ibaresi yerine “ticari gezgin” ya da “gezici tüccar yardımcısı” ibarelerinin kullanılmasının daha uygun olacağı yönünde bkz. TUNCAY, s. 5.

olan hizmet sözleşmelerinin genel hizmet sözleşmesi olan birinci ayrımından hemen sonra düzenlemiştir<sup>31</sup>. Buradan, Kanun Koyucu'nun, pazarlamacılık sözleşmesini, hizmet sözleşmesinin bir türü olarak telâkki ettiği sonucuna varabiliriz. Gerekçe'de de bu husus açık olarak belirtilmiş ve bu sözleşmenin hizmet sözleşmesinin özel bir türü olduğu ifade edilmiştir<sup>32</sup>.

Pazarlamacılık sözleşmesi gerçekten hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilebilir mi? Yoksa, EBK'da vekâletin özel bir türü olarak düzenlenen seyyar tüccar memurluğu gibi vekâlet sözleşmesinin özel bir türü müdür? Zira iş görme sözleşmelerinin bir diğer türü de vekalet sözleşmesidir. TBK'nın 502. maddesinin 1. fıkrasına göre "vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir". Vekâlet sözleşmesinde vekil, belli bir sonucun mutlaka elde edilebilmesi için değil, fakat belli bir yönde çalışmak için taahhüt altına girer. Ancak vekilin yaptığı faaliyeti sayesinde, vekâlet verenin yararına bir sonuç ortaya çıkabileceği gibi, böyle bir sonuç da çıkmayabilir. Burada önemli olan, vekilin belli bir yönde işi özenle ve sadakatle görmeye çalışmasıdır<sup>33</sup>. Bu yönüyle vekâlet sözleşmesi hizmet sözleşmesine yaklaşmaktadır. Ancak vekâlet sözleşmelerinde vekil çoğu kez temsil yetkisini de haiz olmaktadır. Kanaatimizce pazarlamacılık sözleşmesinin hukuki niteliği hizmet sözleşmesinden ziyade vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir<sup>34</sup>. Kanun Koyucu, pazarlamacının çoğu kez temsil yetkisini haiz olarak iş gördüğünü göz ardı etmiştir. Bu yüzden pazarlamacılık sözleşmesinin, hizmet sözleşmesi kapsamında değil de, ticari temsilci ve vekil gibi vekâlet ilişkileri başlığı altında ve onlar gibi bir tacir yardımcısı türü olarak düzenlenmesi gerekirdi<sup>35</sup>. Bununla birlikte Kanun Koyucu'nun pazarlamacılık sözleşmesini hizmet sözleşmeleri bölümünde düzenlemesi, bu kişilerle hizmet sözleşmesi dışında başka sözleşme tipleri akdedilmesine engel değildir<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Kanun Koyucu'nun, bu şekilde bir düzenleme tercih nedeninin, diğer tacir yardımcılarının aksine işletme dışında çalışan pazarlamacının hukukunu işverene karşı hizmet sözleşmesi hükümlerinin yardımıyla koruma arzusu olduğu yönünde bkz. TUNCAY, s. 6.

<sup>32</sup> TBK Gerekçesi, s. 446; aynı yönde Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.427; pazarlama sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olduğu, dolayısıyla, tacirin işveren, pazarlamacının da işçi statüsünde olduğu yönünde bkz. AYHAN, Rıza; ÖZDAMAR, Mehmet; ÇAĞLAR, Hayrettin, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticarî İşletme Hukuku, Ankara, 2012, s. 346.

<sup>33</sup> TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara, 1987, s. 39; Yargıtay 13.HD'nin 05.2.1991 tarih ve E:1990/7902- K:1991/1070 sayılı kararı, YKD, C.XVII, S. 5, s. 731.

<sup>34</sup> Aynı yönde TOPÇUOĞLU, s. 30, 36.

<sup>35</sup> Aynı yönde TOPÇUOĞLU, s. 32.

<sup>36</sup> TUNCAY, s. 6.

Belirtmek gerekir ki pazarlamacılık sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin yapılan bu inceleme ve tespitler TBK'nın 469. maddesi karşısında pratik açıdan bir önemi haiz değildir. Zira söz konusu maddeye göre pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanacaktır.

## **VI. PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER**

Pazarlamacılık sözleşmesine öncelikle mevzuatımızda yer alan emredici hükümler uygulanır. İkinci olarak, özel hukukta geçerli olan sözleşme serbestisi ilkesi gereğince pazarlamacı ile tacir arasında akdedilen sözleşme hükümleri uygulanır. Daha sonra TBK'da pazarlamacılık sözleşmesi için özel olarak öngörülmüş olan 448 ilâ 460. maddeleri uygulanmalıdır. Bu maddelerde hüküm bulunmaması hâlinde ise TBK'nın 469. maddesi gereğince hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanacaktır. Pazarlamacılık sözleşmelerine İş Kanunu hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır<sup>37</sup>. İsviçre'de İş Kanunu'nun pazarlamacıya uygulanamayacağı özel olarak hüküm altına alınmıştır (ArG 3).

## **VII. PAZARLAMACININ ATANMASI**

Pazarlamacı kural olarak ticari işletmeyi işleten kişi, yani tacir tarafından atanır. Bunun yanında, ticari mümessilin de işletme için pazarlamacı atama yetkisi vardır<sup>38</sup>.

Pazarlamacının, ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerek olmadığı gibi mümkün de değildir (TST.m.27/1).

---

<sup>37</sup> Uygulanmayacağı yönünde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 429; TUNCAY ise, pazarlamacılık sözleşmesinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesindeki istisnalar arasında sayılmaması nedeniyle İş Kanunu kapsamında bir sözleşme olduğu, söz konusu kanunda pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin özel hükümler bulunmadığı ölçüde 6098 sayılı yeni TBK'nın hükümlerinin uygulanacağı görüşündedir. Bununla birlikte, yazarın kendisi dâhi bu tür bir yorum tarzının aslında zorlama olduğunu kabul etmekte ve İş Kanunu'nda sayılan sözleşme türleri arasına pazarlamacılık sözleşmesinin de eklenmesini teklif etmektedir, TUNCAY, s. 17; İş Kanunu ve TBK arasındaki öncelik sonralık ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, Ejder, Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), *Sicil (İş Hukuku Dergisi)*, Haziran 2011, s. 22 vd.

<sup>38</sup> AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 346; TOPÇUOĞLU, s. 39.

## VIII. PAZARLAMACI TÜRLERİ VE BUNLARIN YETKİLERİNİN KAPSAMI

### 1. Aracı Pazarlamacı ve Onun Sahip Olduğu Yetkinin Kapsamı

TBK'nın 452. maddesinin 1. fıkrasına göre aksine yazılı anlaşma olmadıkça pazarlamacı, sadece işlemlere aracılık etmeye yetkilidir. Pazarlamacının hangi işlemlere aracılık edebileceği 450. maddede belirtilmiştir. Anılan maddeye göre aracı pazarlamacı “her türlü işlemin” yapılmasına aracılık etmeye yetkilidir. Bu ibarenin, işletmenin faaliyet alanı ile ilgili işlemler olarak anlaşılması gerekir<sup>39</sup>. Ayrıca, yukarıda da zikrettiğimiz üzere, söz konusu işlemlerin, münhasıran ticari işletme tarafından üretilen malların satışına, yani pazarlanmasına yönelik de olması gerekir.

### 2. İşlem Yapma Yetkisine Sahip Pazarlamacı ve Onun Sahip Olduğu Yetkinin Kapsamı

Pazarlamacı işlem yapma yetkisine de sahip olabilir. Nitekim TBK.m.452/1'de “aksine yazılı anlaşma olmadıkça pazarlamacı, sadece işlemlere aracılık etmeye yetkilidir” ifadesi yer almaktadır. Demek ki bu yönde yazılı anlaşmanın olduğu durumda pazarlamacı işlem yapmaya da yetkili hâle gelecektir. Daha doğru bir ifadeyle, pazarlamacı yazılı olarak yetkili “kılındığı” hâllerde işlem yapmaya da yetkili olur. Zira TBK.m.452/1'de ki “anlaşma” terimini teknik anlamıyla iki taraflı bir anlaşma olarak anlamamak gerekir. Burada tek taraflı irade beyanı söz konusudur<sup>40</sup>. Ancak, bu temsil yetkisinin yazılı olarak verilmesi gerekir. Zira anılan maddenin 2. fıkrasında yer alan “pazarlamacı, işlem yapmaya yetkili kılınmışsa ...” ifadesi de bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

Pazarlamacı işlem yapmaya yetkili kılınmışsa, söz konusu yetkisi, bu işlerin icrası için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri kapsar; özel yetki verilmedikçe müşterilerden tahsilât yapamaz ve ödeme günlerini değiştiremez (TBK.m.452/2)<sup>41</sup>. “Olağan işlem”, sözleşme konusu edimin ifasına hizmet eden ve tarafları, sözleşme ile ulaşmak istedikleri amaca

---

<sup>39</sup> TUNCAI, s. 10.

<sup>40</sup> REHBİNDER, Art. 348b, 4.

<sup>41</sup> Pazarlamacının, yaptığı işlemlerle ilgili tahsilât yapabilmesi ve ödeme günlerini değiştirebilmesinin özel yetkiye bağlanması, olağan hukuki işlem anlayışını ve tacir yardımcısı olarak pazarlamacının fonksiyonunu daraltacağı gerekçesiyle doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir, TOPÇUOĞLU, s. 34; gerçekten de TBK'nın 552. maddesinde düzenlenmiş olan “Diğer Tacir Yardımcıları”na dâhi tahsilât yapabilme imkânı tanınmışken bu imkânın pazarlamacıya tanınmaması yerinde olmamıştır.



götürecek bütün işlemler;<sup>42</sup> bir başka deyişle, pazarlamacının üstlendiği edimi tam olarak yerine getirebilmesi için gerekli işlemler<sup>43</sup> olarak tarif edilebilir. Bu işlemlerin ne olduğu; dolayısıyla pazarlamacının hangi işlemleri yapmaya yetkili olduğu, işletmenin faaliyetlerini sürdürdüğü ticaret dalına göre farklılık göstereceğinden; her somut olayda ayrı değerlendirme yapılmalı ve bu hususta işletmenin faaliyet gösterdiği ticaret alanındaki ticari teamüller göz önünde tutulmalıdır<sup>44</sup>.

Her ne kadar TBK'nın 452. maddesinin 2. fıkrasında açık olarak ifade edilmemişse de pazarlamacının müşterilerden tahsilât yapabilmesi ve ödeme günlerini değiştirebilmesi için ona verilmesi gereken özel yetkinin de yazılı olması gerekir<sup>45</sup>.

Doktrinde Topçuoğlu, kendisine tahsilât yetkisi verilen pazarlamacının, para borcunun ödenmemesi durumunda müşteriye karşı, tacir adına dava ve takip yoluna da başvurabilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>46</sup>. Yazar, Kanun Koyucu'nun pazarlamacıyı, işlerin icrası için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri yapmakla yetkilendirdiğini, bu nedenle pazarlamacının, para borcunun tahsili için gerektiğinde dava açmak ve açılan davalarda taciri savunmak gibi usul işlemlerini de yapabileceğini ifade etmekte; zira ticari temsilcinin de aynı yetkiye sahip olduğunu belirtmektedir. Yazar tarafından örnek olarak verilen ticari temsilcinin yetkisi, işletmenin konusuna giren tüm olağan ve olağanüstü işlemleri kapsar. Buna karşılık pazarlamacının yetkisi, sadece işlerin icrası için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri yapmakla sınırlıdır. Pazarlamacıya tahsil yetkisi verilmiş olması bu durumu değiştirmez. Bu nedenle kanaatimizce dava ve takip olağanüstü işlem sayılmalı ve kendisine tahsil yetkisi verilmiş olsa bile pazarlamacı bunları yapmaya yetkili olamamalıdır.

Tahsil ve ödeme günlerini değiştirme yetkisine sahip pazarlamacı, ödemeyi teminat altına alan işlemleri yapmaya; örneğin, rehin, kefalet gibi şahsi yahut ayni teminatları da kabule yetkili sayılmalıdır<sup>47</sup>. Kendisine tahsil yetkisi verilen pazarlamacı, mevcut para borcu için ödeme vasıtası olarak

---

<sup>42</sup> TOPÇUOĞLU, s. 41.

<sup>43</sup> REHBİNDER, Art.348b, 7

<sup>44</sup> MEYER, s. 44, 45.

<sup>45</sup> STREİFF/VON KAENEL, Art.348b, 5; MEYER, s. 47.

<sup>46</sup> TOPÇUOĞLU, s. 42, 43.

<sup>47</sup> TOPÇUOĞLU, s. 43.

ya nakit para ya da çek kabul edebilir<sup>48</sup>. Buna karşılık pazarlamacının çek dışındaki diğer kambiyo senetlerini almaya yetkili olmaması gerekir<sup>49</sup>. Zira kambiyo senetlerinden sadece çek bir ödeme vasıtasıdır.

Pazarlamacıya verilen tahsil yetkisi, kendisine, müşteri ile ibra sözleşmesi yapma gibi borcu sona erdirecek tasarruflarda bulunma veya sözleşmeyi değiştirme imkânını bahşetmez<sup>50</sup>. Zira sözleşmenin sona erdirilmesi ile sonuçlanacak işlemler olağanüstü işlem sayılır. Bu hususta, sözleşmenin feshi ve sözleşmeden dönme gibi hâller de olağanüstü işlem olarak nitelendirilmelidir<sup>51</sup>.

### **3. Pazarlamacının Sahip Olduğu Temsil Yetkisinin Geri Alınması, Sınırlandırılması ve Bu Yetkinin Aşılması**

Tacir, pazarlamacıya verdiği temsil yetkisini istediği zaman tek taraflı olarak geri alabilme imkânına sahiptir. Zira temsil olunan, hukuki bir işlemde doğan temsil yetkisini her zaman sınırlayabilir veya geri alabilir (TBK.m.42/1). Bu durumun sözleşmeyi sona erdirmeye etkisi bakımından, sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacı ile bu yetkiyi haiz olmayan pazarlamacı arasında bir ayırım yapmak gerekir. Zira sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacının bu yetkisinin geri alınması, sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğurmaz. Böyle bir hâlde pazarlamacı sadece işlemlere aracılık yapmakla yetkili kalır. Ancak işlemlere sadece aracılık yapmaya yetkili pazarlamacının bu yetkisinin geri alınması sözleşmenin de feshi anlamına gelir<sup>52</sup>.

Temsil olunan, verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, bu yetkiyi tamamen veya kısmen geri aldığı da onlara bildirmelidir. Aksi takdirde yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez (TBK.m.42/3).

Tacir, aracı ve sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacının yetkilerini istediği şekilde sınırlandırabilir. Bu hususta herhangi bir sicile tescil veya ilan şartı yoktur. Ancak yetki kısıtlamasının yazılı olması şarttır<sup>53</sup>. Pazarlamacının yetkisinin sınırlandırılması hâlinde durumdan haberi olmayan müşterilerin, pazarlamacının o zamana kadar sahip olduğu yetkiye halen sahip

---

<sup>48</sup> REHBİNDER, Art.348b, 7.

<sup>49</sup> Aksi yönde bkz. MEYER, s.47.

<sup>50</sup> REHBİNDER, Art.348b, 7; TOPÇUOĞLU, s. 43.

<sup>51</sup> TOPÇUOĞLU, s. 41.

<sup>52</sup> MEYER, s. 46, dpn. 10.

<sup>53</sup> TOPÇUOĞLU, s. 44.

olduğuna ilişkin iyiniyetleri korunur<sup>54</sup> ve bu hâlde pazarlamacının yetkisini aşarak yaptığı işlemler taciri bağlar. Bu nedenle bu tür sınırlandırmaların pazarlamacıya verilen yetki belgesinde açıkça belirtilmesi gerekir<sup>55</sup>.

Pazarlamacı, tacir adına yetkisi olmaksızın da hareket edebilir. Yetkisiz temsilin (falsus procurator) söz konusu olduğu bu hâlde temsil olunan (tacir) kural olarak pazarlamacının yetkisi olmaksızın adına akdettiği sözleşmeler nedeniyle sözleşmenin tarafı hâline gelmez. Ancak tacir, pazarlamacının yetkisi olmadığı hâlde onun adına akdettiği sözleşmelere sonradan icazet verebilir (TBK.m.46).

## **IX. PAZARLAMACININ BENZER KİŞİLERDEN FARKLARI**

### **1. Pazarlamacının Acenteden Farkı**

Acente 6102 sayılı TTK'nın 102. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanmıştır. Bu tanımdan acentenin unsurlarını; ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaması, bir sözleşmeye dayanarak faaliyet göstermesi, faaliyetlerini belirli bir yer veya bölge içinde yapması, yaptığı faaliyetin sürekli olması, faaliyetlerinin konusunun ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmeler olması, faaliyetinin sözleşmelere aracılık etmek veya bunları tacir adına yapmak olması, acenteliği meslek edinmesi olarak sayabiliriz.

Acente ile pazarlamacı arasındaki en önemli farklılık, acentenin bağımsız olmasıdır<sup>56</sup>. Acente, işletmesine ilişkin iş organizasyonunu kendisi yapar; çalışma saat ve koşullarını kendisi belirler. İşletmesinden kaynaklı risklere de kendisi katlanır<sup>57</sup>. Buna karşılık, pazarlamacı tacire bağımlı olarak iş görür.

Acente ile pazarlamacı arasındaki bir diğer farklılık; acentenin faaliyetlerini belirli bir yer veya bölge içinde yürütmesinin zorunlu olmasına karşılık<sup>58</sup> pazarlamacı için böyle bir zorunluluğun olmamasıdır. Ancak

---

<sup>54</sup> MEYER, s. 46.

<sup>55</sup> REHBİNDER, Art.348b, 7.

<sup>56</sup> Aynı yönde REHBİNDER, Art.347, 11; MEYER, s.15, TUNCAY, s.7; STREİFF/VON KANENEL, Art.347, 3.

<sup>57</sup> REHBİNDER, Art.347, 13.

<sup>58</sup> Belirli bir yer ve bölge içinde faaliyet göstermeyi acentenin unsurları arasında sayan görüş için bkz. KAYIHAN, Şaban, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Ankara, 2003, s. 33; İMREGÜN, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), İstanbul, 2001, s. 128; aksi görüş için bkz. KINACIOĞLU, Naci, Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Ankara, 1963, s. 15; ARKAN, s. 199.

pazarlamacıya da belirli bir pazarlama alanında veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi verilebildiğinden, söz konusu farklılığın bu iki kişiye ayırmada etkisi zayıftır.

Yapılan faaliyetin pazarlamacılık mı yoksa acentelik mi olduğunun tespiti bakımından, her somut olayda ayrı değerlendirme yapılmalı ve somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Bu değerlendirmede, aracı kişinin tacire bağımlı veya bağımsız olup olmadığı belirleyici olacaktır<sup>59</sup>. Tacire bağımlılık hâlinde pazarlamacılık, bağımsızlıkta ise acentelik ilişkisinin varlığından bahsedilir.

## **2. Pazarlamacının Simsardan Farkı**

TBK'nın 520 vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunan simsar,<sup>60</sup> taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlenir. Yani simsar, sözleşme yapacak kişileri bir araya getirerek aracılık faaliyetinde bulunur. Pazarlamacılık faaliyeti de esasen aracılık olmakla birlikte pazarlamacı bazı durumlarda temsil yetkisini de haizdir (TBK.m.452). Buna karşılık simsarın, simsarlık sözleşmesini akdettiği kişi ad ve hesabına hareket etme yetkisi, yani onu temsil etme yetkisi yoktur<sup>61</sup>.

Pazarlamacı ile simsar arasındaki en önemli fark süreklilik noktasındadır. Pazarlamacı, tacirin daimi bir yardımcısı olmasına karşılık simsar geçici olarak iş görür. Son olarak, simsar taraflardan her ikisi için de faaliyette bulunabilirken, pazarlamacının müşteri hesabına hareket etmesi mümkün değildir.

## **3. Pazarlamacının Alım Satım Komisyoncusundan Farkı**

Alım satım komisyoncusu TBK'nın 532. vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Alım satım komisyoncusunun, ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına iş görmesine (kıymetli evrak ve taşınırların alım veya satımı) karşılık pazarlamacı kendi adına değil başkası adına faaliyet gösterir.

---

<sup>59</sup> MEYER, s. 16.; REHBİNDER, Art.347, 11; STREİFF/VON KAENEL, Art.347, 3.

<sup>60</sup> EBK'da kullanılan "tellal" terimi yerine yeni TBK'da "simsar" terimi tercih edilmiştir. Ayrıca 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 100 vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunan ticaret işleri tellah 6102 sayılı yeni TTK'ya alınmamıştır.

<sup>61</sup> KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, I.Giriş-Ticari İşletme, Ankara, 1968, s. 506.

## **X. PAZARLAMACININ BORÇLARI**

### **1. Müşterileri Ziyaret Etme ve Verilen Talimatlara Uyuma Yükümlülüğü**

Pazarlamacının ilk ve en önemli borcu müşterileri ziyaret etmektir. Zira 450. maddenin ilk fıkrasında pazarlamacının, müşterileri ziyaret etmekle yükümlü olduğu açık olarak hüküm altına alınmıştır. Müşterileri ziyaret etmekle yükümlü bulunan pazarlamacı ayrıca üstlendiği işin doğası gereği müşterileri tacirle sözleşme yapmaya ikna etmeye çalışmalı ve bu yönde gayret göstermelidir<sup>62</sup>. Müşterinin, pazarlamacının faaliyeti sonucunda sözleşmeyi imzalaması veya işi pazarlamacıya vermesi icap sayılır ve sözleşme, tacirin kabul beyanıyla kurulmuş olur<sup>63</sup>.

Müşterileri ziyaret etmenin kapsamı ve içeriği sözleşmede belirlenmiş olabilir. Sözleşmede belirlenmemişse bu hususta işverenin pazarlamacıya talimat verebileceği ve pazarlamacının da tacirin kendisine verdiği talimat ile bağlı olduğu belirtilmiştir (TBK.m.450/1). Örneğin tacir, pazarlamacının hangi bölge içerisinde faaliyet göstereceğini belirleyebilir ve pazarlamacıya buna ilişkin talimat verebilir. Talimat verilmesi hususunda TBK'nın 399. maddesi de uygulama alanı bulabilecektir. Bu maddede işverenin, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabileceği ve onlara özel talimat verebileceği; işçilerin de bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorunda oldukları hüküm altına alınmıştır.

Pazarlamacı, ancak talimata uymamasını zorunlu kılan haklı bir sebep varsa verilen talimata aykırı davranabilir (TBK.m.450/1). Bayram tatili, ulaşım güçlükleri veya ulaşımın sekteye uğraması, müşteri sayısının azlığı veya herhangi bir müşterinin bulunmaması, pazar veya fuar açılması gibi durumlar haklı sebebe örnek teşkil ederler<sup>64</sup>. Kural olarak haklı sebebin varlığı durumunda pazarlamacının, nasıl davranması gerektiği hakkında tacirin görüşünü veya iznini alması gerekmez<sup>65</sup>. Ancak haklı sebebe rağmen talimata aykırı davranış tacire zarar verecekse mutlaka onun izni alınmalıdır<sup>66</sup>. Bundan başka faaliyet bölgesinin sözleşmeyle belirlenmiş olması hâlinde de pazarlamacı bölge değişikliği sonucunu doğuracak bir talimat ile bağlı değildir. Böyle bir değişiklik için pazarlamacının kabulü gerekir<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> TOPÇUOĞLU, s. 33; REHBİNDER, Art.348, 5.

<sup>63</sup> MEYER, s. 42; STREIFF/VON KAENEL, Art.348b, 3; TOPÇUOĞLU, s. 33.

<sup>64</sup> İBK Gerekeçesi, (Botschaft), s. 410.

<sup>65</sup> MEYER, s. 34.

<sup>66</sup> TOPÇUOĞLU, s. 54.

<sup>67</sup> Aynı yönde REHBİNDER, Art.348, 3.

Pazarlamacı işlem yapmaya yetkiliyse, talimatta öngörülen fiyatlara ve diğer işlem koşullarına uymak zorundadır; işveren razı olmadıkça bunlarda değişiklik yapamaz (TBK.m.450/2).

## **2. Bilgi ve Hesap Verme Yükümlülüğü**

TBK'nın 450. maddesinin 3. fıkrası uyarınca pazarlamacı, pazarlama faaliyetleri ile ilgili olarak tacire düzenli biçimde ayrıntılı bilgi vermek, aldığı siparişleri kendisine derhâl ulaştırmak ve müşteri çevresini ilgilendiren önemli olayları bildirmekle yükümlüdür.

Kanun maddesinde açıkça vurgulandığı üzere pazarlamacı, müşteri çevresini ilgilendiren bütün olayları değil, sadece önemli olanlarını tacire bildirmekle yükümlüdür. Tacirin menfaatini ilgilendirmesi hâlinde olayın önemli olduğu söylenebilecektir. Zira işletmesinin başarısı için bu bilgiye sahip olması tacir bakımından önem arz edebilir. Önemli bilgilere örnek olarak, müşterilerin ödeme ahlâkı, yani borçlarına sadakati veya finansal yeterliliklerine ilişkin bilgiler ya da müşterilerin istekleri, ürünler hakkındaki görüş ve şikâyetleri gösterilebilir. Pazarlamacının bilgi verme yükümlülüğü, faaliyeti sonucunda öğrendiği bilgilere ilişkin olanlarla sınırlıdır. Başka bir deyişle, pazarlamacının söz konusu bilgileri edinmek amacıyla aktif olarak çalışma gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>68</sup>.

## **3. Özen Yükümlülüğü**

Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerde özel olarak öngörülme de TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf neticesinde işçi için öngörülmüş olan 396. madde gereğince pazarlamacı yüklendiği işi özenle yapmak zorundadır.

Pazarlamacı, tacire ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür (TBK.m.396/2).

## **4. Kendi veya Üçüncü Kişiler Hesabına İşlem Yapmama Yükümlülüğü**

TBK'nın 450. maddesinin 1. fıkrası uyarınca pazarlamacı, tacirin izni olmadıkça kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapamaz, aracılık edemez. Her ne kadar madde gerekçesinde pazarlamacıya verilecek bu iznin

---

<sup>68</sup> REHBİNDER, Art.348, 9.

yazılı olması gerektiği ifade edilmişse de madde metninde buna ilişkin bir belirleme yapılmadığından, izne yönelik beyanın yazılı veya sözlü olması fark etmez; hatta bu iznin zımni olarak verilmesi de mümkündür<sup>69</sup>.

Doktrinde, esasen TBK'nın 450. maddesinde rekabet yasağının düzenlendiği belirtilmektedir<sup>70</sup>. Ancak söz konusu maddede rekabet yasağı düzenlenmemektedir. Zira anılan maddede rekabete ilişkin açık bir ifade yer almamaktadır<sup>71</sup>. Gerçi pazarlamacının kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapmadığı bir durumdan rekabet yasağı da dolaylı olarak çıkmaktadır. Acaba tersi durumda da aynı sonuç doğar mı? Bir başka ifadeyle, tacirin, kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapabileceği yönünde pazarlamacıya verdiği izin aynı zamanda ona kendisiyle rekabet etme yetkisini de bahşeder mi? Kanaatimizce bu soruya verilecek cevap olumsuz olmalıdır. Zira bir durumda rekabetten, dolayısıyla rekabet yasağından bahsedebilmek için, kişinin, aynı faaliyet alanı içine giren işleri yapması ve bunun sözleşme veya kanunla açık olarak yasaklanmış olması gerekir. Örneğin ticari mümessiller, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için rekabet yasağının öngörüldüğü 553. maddede açıkça bu kişilerin işletmenin yaptığı türden bir iş yapamayacakları ve kendi hesaplarına bu tür işlemleri üçüncü kişilere de yaptıramayacakları belirtilmiştir.

### **5. Rekabet Etmeme Yükümlülüğü**

Yukarıda da belirttiğimiz üzere pazarlamacının rekabet etme yasağı pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerde açık olarak düzenlenmediği için bu hususta TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf gereğince genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlere başvurmamız gerekir.

Nitekim TBK'nın 396. maddesinin 3. fıkrasında işçinin, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamayacağı ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm, pazarlamacı bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

---

<sup>69</sup> Aynı yönde TOPÇUOĞLU, s. 56; İBK'da ise tacir tarafından verilecek iznin yazılı olması gerektiği hüküm altına alınmıştır bkz.m.348/1.

<sup>70</sup> TUNCAI, s. 13; TOPÇUOĞLU, s. 56; STREIFF/VON KAENEL, Art.348, 3.

<sup>71</sup> REHBİNDER, Art.348, 11, yazar'a göre, burada rekabet yasağından başka bir durum söz konusudur. Zira, söz konusu hükümde belirtilen yasak, pazarlamacının tacire karşı sözleşme dolayısıyla üstlendiği hizmet yükümlülüğünü ihmal etmesini engelleme amacıyla getirilmiştir. Bu sayede pazarlamacı, zamanını sadece bu yükümlülüğü yerine getirmek için harcayacaktır.

TBK'nın 396. maddesinin 3. fıkrasında, pazarlamacılık sözleşmesinin devamı sırasındaki rekabet etmeme yükümlülüğü hüküm altına alınmıştır. TBK'nın 444. maddesinde ise işçinin, sözleşme bittikten sonra da rekabet etmeyeceğini taahhüt edebileceği belirtilmiştir. Anılan maddeye göre fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra<sup>72</sup> herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir. Bu taahhüt, 469. maddede yapılan atıf gereği pazarlamacı tarafından da verilebilecektir.

Rekabet yasağına aykırı davranan pazarlamacı, bunun sonucunda tacirin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlü olur (TBK.m.446/1).

## **6. Sır Saklama Yükümlülüğü**

Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerde özel olarak öngörülme de pazarlamacı, TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf neticesinde uygulanması gereken 396. maddenin 4. fıkrası uyarınca sır saklama yükümlülüğü altındadır. Anılan madde uyarınca pazarlamacı, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde pazarlamacı, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür.

## **XI. PAZARLAMACININ HAKLARI**

### **1. Ücret Hakkı**

Pazarlamacının, pazarlamacılık sözleşmesinden kaynaklanan en önemli hakkı ücrettir. İşveren, pazarlamacıya sadece belirli bir miktardan veya bu miktarla birlikte komisyondan oluşan bir ücret ödemekle yükümlüdür (TBK.m.454/1).

---

<sup>72</sup> TBK'nın 447. maddesinin 2. fıkrasının "sözleşme, haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse, rekabet yasağı sona erer" şeklindeki ifadesinden ilk bakışta bu maddede sözleşmenin devamı sırasındaki rekabet yasağının düzenlendiği intibai oluşmaktadır. Ancak belirttiğimiz üzere, buradaki rekabet etme yasağı sözleşme sonrasına ilişkindir. EBK'nın aynı durumun düzenlendiği maddesinde (m.352/2) "...dava ikame edilemez" ifadesi yer almaktaydı. Bu bakımdan yeni kanunda da "rekabet yasağı sona erer" ifadesi yerine "rekabet yasağı hüküm ifade etmez" denilmesi daha uygun olurdu.



Sözleşmede, ödenmesi gereken ücretin miktarı hakkında herhangi bir hüküm öngörülmemişse, TBK'nın 401. maddesi gereğince tacir, pazarlamacıya asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür.

Ücretin tamamının veya önemli kısmının komisyondan oluşacağının kararlaştırılması da mümkündür. Buna ilişkin anlaşmanın yazılı olması ve kararlaştırılan komisyonun, pazarlamacının faaliyetinin uygun karşılığını oluşturması şarttır (TBK.m.454/2). Deneme süresi için ödenecek ücret, serbestçe kararlaştırılabilir. Ancak deneme süresi iki ayı geçemez.

Sözleşmenin tacire veya müşteriye ilişkin sebeplerle kurulamamış olması pazarlamacının ücret hakkını etkilemeyecektir. Zira pazarlamacı, müşterileri ziyaret etmek ve onların tacir ile sözleşme yapmalarını temin etmek için gayret göstermekle yükümlüğünü yerine getirmiş olur<sup>73</sup>.

Tacir, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, pazarlamacıya ücretini ödemekle yükümlü olup, pazarlamacının edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, pazarlamacının, bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir (TBK.m.408).

TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf gereği uygulanması gerekli 409. madde uyarınca uzun süreli bir hizmet ilişkisinde pazarlamacı, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edemezse tacirin, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için kendisine hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlü olması da söz konusu olabilir.

Ücretin muacceliyeti hakkında pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin kısımda herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. Bu nedenle ücret, hizmet sözleşmelerinin genel hükümleri arasında yer alan 406. madde gereğince, aksine âdet olmadıkça her ayın sonunda muaccel olacaktır. Ancak hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle daha kısa ödeme süreleri belirlenebilir.

TBK'nın 456. maddesinde "pazarlama faaliyetinin engellenmesi" başlığı altında pazarlamacının, pazarlama işlerini yürütmesinin kendi kusuru olmaksızın imkânsız hâle gelmesi düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, maddenin başlığı "pazarlama faaliyetinin engellenmesi" olmasına rağmen maddede pazarlama işlerinin yürütülmesinin imkânsız hâle gelmesinden

---

<sup>73</sup> TOPÇUOĞLU, s. 40.

söz edilmektedir<sup>74</sup>. Pazarlama faaliyetinin engellenmesi imkânsızlıktan daha kapsamlıdır<sup>75</sup>. Zira imkânsızlık durumu mevcut olmasa dâhi pazarlama faaliyetinin engellenebilmesi söz konusu olabilir. Buna karşılık, pazarlama faaliyetinin imkânsız olduğu her durum aynı zamanda da pazarlama faaliyetinin engellenmesidir. 456. maddeye göre pazarlamacının, pazarlama işlerini yürütmesi kendi kusuru olmaksızın imkânsız hâlde gelir ve sözleşme veya kanun gereği bu hâlde bile kendisine ücret ödenmesi gerekirse ücret, sabit ücrete ve komisyonun kaybı sebebiyle ödenebilecek uygun tazminata göre belirlenir. Ancak komisyon, ücretin beşte birinden az ise, komisyon kaybı sebebiyle tazminat ödenmeyeceği yazılı olarak kararlaştırılabilir.

Pazarlamacı, pazarlama işlerini kendi kusuru olmaksızın yürütme imkânını bulamamasına karşın ücretinin tamamını almışsa, tacirin istemi üzerine, kendisinin yapabileceği ve kendisinden beklenebilecek işleri onun işletmesinde yapmakla yükümlüdür (TBK.m.456/2). Örneğin, müşterilerin telefonla aranması pazarlamacılık faaliyetine uygun bir iş sayılabilecekken, pazarlamacının işletme kantininde çalıştırılması bu kapsamda değerlendirilemez<sup>76</sup>.

## **2. Komisyon Hakkı**

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, ücretin tamamının veya önemli kısmının komisyondan oluşacağının kararlaştırılması da mümkündür. Komisyon, pazarlamacının aracılık ettiği veya yaptığı sözleşmelerin sayısına göre belirlenebileceği gibi bunların para cinsinden karşılığına göre de tespit edilebilir<sup>77</sup>.

Ücretin tamamının veya önemli kısmının komisyondan oluşacağına ilişkin anlaşmanın yazılı olması ve kararlaştırılan komisyonun, pazarlamacının faaliyetinin uygun karşılığını oluşturması şarttır (TBK.m.454/2). Pazarlamacının faaliyetinin “uygun” karşılığı olan komisyonun miktarı her olayda ayrı değerlendirilmelidir. Bu hususta pazarlamacının yetenekleri, işletmenin cirosuna katkısı ve işletmedeki pozisyonu, uygun komisyonun belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılabilir<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Buna karşılık, Mevaz İBK'nın, TBK.m.456'nın karşılığı olan 349c maddesinin başlığı ve içeriği uyum içindedir.

<sup>75</sup> TOPÇUOĞLU, s. 50.

<sup>76</sup> REHBİNDER, Art.349c, 4.

<sup>77</sup> MEYER, s. 75, 77; TOPÇUOĞLU, s. 47.

<sup>78</sup> MEYER, s. 73; REHBİNDER, Art.349a, 6.

Kararlaştırılan komisyonun, ücretin “önemli bir kısmını” oluşturup oluşturmadığının kararı nasıl verilecektir? Zira işin ifası sonucunda pazarlamacının aldığı komisyon bir süre sonra sözleşmede kararlaştırılan sabit ücreti aşabilir; yani fiili olarak pazarlamacının ücretinin önemli bir kısmının komisyondan oluştuğu bir durum ortaya çıkabilir. Bu durumda sözleşmede kararlaştırılan sabit ücretin makûl olup olmadığına bakılmalıdır. Sözleşmenin akdi sırasında kararlaştırılan sabit ücretin makûl olmadığı ve komisyon ücretinin de fiili olarak sözleşmede kararlaştırılan sabit ücreti aştığı bir durumda, komisyon ücreti pazarlamacının faaliyetine uygun bir oranda değilse, yazılı olarak kararlaştırılmamış olsa dâhi pazarlamacı, komisyon ücretinin faaliyetinin uygun karşılığı olan orana yükseltilmesini talep edebilmelidir.

Normal komisyon ücreti yanında pazarlamacı ayrıca, TBK'nın 455. maddesi uyarınca belirli bir pazarlama alanı veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi sadece kendisine verilmişse, kendisinin veya işverenin bu alan veya çevrede yaptığı bütün işlerde kararlaştırılmış ya da alışılmış olan komisyonun ödenmesini de isteyebilir.

Belirli bir pazarlama alanı veya belirli müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi pazarlamacıyla birlikte başkalarına da verilmişse, pazarlamacıya sadece kendisinin aracılık ettiği veya bizzat yaptığı işler için komisyon ödenir (TBK.m.455/2). Ancak taraflar böyle bir hâlde dâhi pazarlamacıya özel bölge komisyonu (*Bezirkprovisionen*) ödeneceğini kararlaştırabilirler<sup>79</sup>.

Komisyon hakkının doğumu bakımından pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin kısımda herhangi bir hüküm öngörülmediği için TBK'nın 469. maddesi gereğince hizmet sözleşmelerinin genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Hizmet sözleşmelerinin genel hükümleri arasında yer alan 404. maddede, işçiye belirli işler için aracılık yapması karşılığında işverence bir ücret ödeneceği kararlaştırılmışsa, aracılık yapılan işlemin üçüncü kişi ile geçerli olarak kurulmasıyla işçinin buna ilişkin istem hakkının doğacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla pazarlamacının komisyon hakkı, aracılık konusu işlemin geçerli olarak kurulmasıyla doğar. Ancak aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca, pazarlamacının aracılığı suretiyle tacir ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşme, tacir tarafından kusuru olmaksızın ifa edilmezse veya üçüncü kişi borçlarını yerine getirmezse, ücret istemine yönelik hak sona

---

<sup>79</sup> REHBİNDER, Art.349b, 2.

erer. Sadece kısmi ifa hâlinde ücretten orantılı olarak indirim yapılır. TBK'nın 404. maddesinin 2. fıkrasına göre ise, borçların kısım kısım ifa edileceği sözleşmeler ile sigorta sözleşmelerinde, her kısma ilişkin ücret isteminin bu kısma ilişkin borcun muaccel olmasıyla veya yerine getirilmesiyle doğacağı yazılı olarak kararlaştırılabilir.

Komisyonun muaccel olması anında, yapılan işin değeri henüz kesin olarak belirlenemiyorsa komisyon, önce alışılmış olan en az değeri üzerinden, geri kalanı ise, en geç işin yerine getirilmesinde ödenir (TBK.m.455/3).

Ücret gibi komisyonun muacceliyeti hakkında da pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin kısımda herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. Bu nedenle hizmet sözleşmelerinin genel hükümleri arasında yer alan 406. madde gereğince komisyon, aksine âdet olmadıkça her ayın sonunda muaccel olacaktır. Ancak, hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle daha kısa ödeme süreleri belirlenebilir.

### **3. Masraf İsteme Hakkı**

TBK'nın 457. maddesinin 1. fıkrasında pazarlamacının, aynı zamanda birden fazla işveren hesabına faaliyette bulunuyorsa, aksi yazılı şekilde kararlaştırılmadıkça, her işverenin, pazarlamacının harcamalarına eşit olarak katılmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla pazarlamacının, üstlendiği faaliyetin gereği gibi yerine getirilmesi için yapmak zorunda kaldığı harcamaları da tacirden isteme hakkına sahip olduğu söylenebilir. Tacir, pazarlamacının seyahat harcamaları başta olmak üzere, konaklama, yeme içme, iletişim gibi harcamalarına katlanmakla yükümlüdür<sup>80</sup>.

TBK'nın 457. maddesinin 2. fıkrasına göre harcamaların tamamen veya kısmen sabit ücrete veya komisyona dâhil edilmesine ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür<sup>81</sup>.

TBK'nın 415. maddesine göre pazarlamacı, işin görülmesi için tacirle anlaşarak tacirin veya kendisinin sağladığı bir taşıma aracı kullanıyorsa, taşıtın işletilmesi ve bakımı için gerekli olağan giderler, hizmet için kullanıldığı ölçüde tacir tarafından karşılanır. Pazarlamacı, tacirle anlaşarak, işin görülmesinde kendi motorlu aracını kullanıyorsa, tacir ayrıca bu araçla

<sup>80</sup> MEYER, s. 92; TOPÇUOĞLU, s. 51.

<sup>81</sup> TBK.m.414/3'te ise, aynı sonucu doğuran anlaşmaların "geçersiz" oldukları ifade edilmiştir. Buna karşın İBK'da, hem TBK.m.414/3'e karşılık gelen 327a/3'te hem de TBK.m.457'e karşılık gelen 349d/2'de bu anlaşmalar için "geçersiz" anlamına gelen "nichtigkeit" sözcüğü kullanılmıştır.

ilgili vergiyi, zorunlu mali sorumluluk sigortası primini ve aracın yıpranması karşılığında uygun bir tazminatı hizmet için kullandığı ölçüde pazarlamacıya ödemekle yükümlüdür.

Pazarlamacının yapmış olduğu giderlerden doğan alacağı, daha kısa bir süre kararlaştırılmamışsa veya yerel âdet yoksa, her defasında ücretle birlikte ödenmelidir ( TBK.m.416/1).

Pazarlamacı, sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmek için düzenli olarak masraf yapıyorsa, kendisine en az ayda bir olmak üzere belirli aralıklarla uygun bir avans verilir (TBK.m.416/2).

#### **4. Hapis Hakkı**

TBK'nın 458. madde hükmüne göre pazarlamacılık ilişkisinden doğan muaccel alacaklar ile tacirin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda, henüz muaccel olmayan alacakların güvence altına alınması için pazarlamacı, taşınırlar, kıymetli evrak ve tahsil yetkisine dayanarak müşterilerden almış olduğu paralar üzerinde hapis hakkına sahiptir.

Pazarlamacı, araç ve taşıma belgelerini, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtlar ile diğer belgeleri alıkoyamaz.

#### **5. Tekel Hakkı**

TBK'nın 453. maddesine göre pazarlamacıya belirli bir pazarlama alanında veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi verilmiş ve aksine yazılı anlaşma da yapılmamışsa tacir, başkalarına aynı alan veya çevrede faaliyette bulunma yetkisi veremez; ancak, kendisi üçüncü kişilerle işlem yapabilir. Anılan maddenin ilk fıkrasındaki “pazarlamacıya belirli bir pazarlama alanında veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi verilmiş” ifadesinden bu hakkın tacirin tek taraflı bir yetkisiyle verilebileceği anlaşılıyor ise de ikinci fıkrasındaki “sözleşmenin, pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükmünün” ifadesinden pazarlamacının tekel hakkı için bir anlaşmanın varlığının şart olduğu şeklinde bir sonuç çıkmaktadır. Kanaatimizce söz konusu hak, iki taraf arasındaki bir anlaşmadan doğabileceği gibi tacirin pazarlamacıya tek taraflı verdiği bir yetki ile de doğabilir<sup>82</sup>. Ayrıca bu anlaşmanın veya yetkinin yazılı olmasına gerek yoktur.

---

<sup>82</sup> Aksi görüş için bkz. REHBİNDER, Art.349, 1, yazar, tekel hakkının doğumu için iki taraf arasında bir anlaşmanın gerektiği, ancak bu anlaşmanın mutlaka yazılı olması gerektiği, sözlü olarak ya da zimnen dâhi kurulabileceği görüşündedir.

Pazarlamacıya, belirli bir pazarlama alanında veya belirli bir müşteri çevresinde ya da belirli bir alandaki belirli bir müşteri çevresinde<sup>83</sup> faaliyet gösterme yetkisi verilebilir. Bu durumda tacir, aynı alan veya çevrede başkalarına da faaliyette bulunma yetkisi veremez. Söz konusu maddede kullanılan “başkaları” terimi içine sadece başka pazarlamacılar değil, tacirin başka şekilde görevlendirdiği ve kendileriyle ilişki içinde olduğu kişiler de girer. Örneğin tacirin bir acenteyi de aynı alanda veya müşteri çevresinde görevlendirmesi mümkün değildir<sup>84</sup>.

Sözleşmenin, pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükmünün değiştirilmesini gerektiren bir sebep varsa işveren, söz konusu hükmü, sözleşmede fesih bildirim süresi öngörülmüş olsa bile, bu süreye uymadan tek taraflı olarak değiştirebilir; ancak, bu durumda pazarlamacının tazminat ve hizmet sözleşmesini haklı sebeple sona erdirmeye hakkı saklıdır (TBK.m.453/2). Sözleşmenin, pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükmünün değiştirilmesini gerektiren bir sebebin, dürüstlük kuralına göre geçerli, objektif, haklı ve kabul edilebilir bir sebep olması gerekir<sup>85</sup>. TBK’nın 453. maddesinin 2. fıkrasına kaynak teşkil eden İBK’nın 349/2 hükmünde bu sebebin esaslı bir sebep (*ein begründeter Anlass*) olması gerektiği belirtilmiştir.

Sözleşmenin pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükmünün tacir tarafından tek taraflı olarak değiştirilmesi durumunda pazarlamacıya tazminat ve hizmet sözleşmesini haklı sebeple sona erdirmeye hakkı tanınmıştır. Bunun nedeni, kısmen veya tamamen komisyon karşılığında çalışan pazarlamacının gelirinin bundan doğrudan etkilenecek olmasıdır<sup>86</sup>.

Tekel hakkı bakımından, pazarlamacının aracı veya sözleşme yapma yetkisine sahip olması arasında fark yoktur<sup>87</sup>.

## **XII. PAZARLAMACININ SORUMLULUĞU**

Pazarlamacının sorumluluğu hakkında, TBK’nın 469. maddesinde yapılan atıf uyarınca işçinin sorumluluğuna ilişkin olarak öngörülmüş olan TBK’nın 400. maddesi uygulanır. Anılan maddeye göre işçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur (TBK.m.400/1). Bu sorumluluğun

---

<sup>83</sup> MEYER, s. 50, dph. 3.

<sup>84</sup> TRUNİGER, Art.349, 2, s. 831; REHBİNDER, Art.349, 2.

<sup>85</sup> TUNCAY, s. 14; MEYER, 52; REHBİNDER, Art.349, 4; STREİFF/VON KAENEL, Art.349, 4; KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Konya, 2011, s. 314.

<sup>86</sup> REHBİNDER, Art.349, 5.

<sup>87</sup> TOPÇUOĞLU, s. 45.

belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur (TBK.m.400/2).

TBK'nın 451. maddesine göre pazarlamacının, müşterilerin ödememelerinden veya diğer yükümlülüklerini ifa etmemelerinden sorumlu olacağına ya da alacağın tahsili için yapılacak masrafları tamamen veya kısmen karşılayacağına ilişkin anlaşmalar, kesin olarak hükümsüzdür<sup>88</sup>. Anılan maddede sayılan hâller sınırlı değildir. Dolayısıyla niteliği gereği tacirin katlanması gereken her türlü riskin pazarlamacı tarafından üstlenilmesi sonucunu doğuran bütün anlaşmalar aynı kapsamda değerlendirilerek geçersiz sayılmalıdır<sup>89</sup>.

Mehaz İBK'nın, TBK'nın 451. maddesine kaynak teşkil eden maddesinin (m.348a) başlığı "Delcredere"dir. İsviçre doktrininde, İBK.m.348a'da düzenlenmiş olan bu sorumluluk üstlenmesinin garanti mi yoksa kefalet mi olduğu konusunda, bunun, garantiden ziyade kefalet olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>90</sup>. Mehaz İBK'nın aksine TBK'nın 451. maddesinin başlığı "Garanti" olup, madde gerekçesinde de pazarlamacının işletme sahibi işverene verebileceği "garanti"den bahsedilmektedir. Bu nedenle kanunumuz bakımından üstlenilen bu yükümlülüğün niteliğinin garanti olduğunu söyleyebiliriz. Belirtelim ki bunun kefalet olarak düzenlenmesi hizmet sözleşmelerinde işçinin korunması amacına daha uygun olurdu. Zira kural olarak sorumluluğunun niteliğinin kusur sorumluluğu olan pazarlamacının (bkz.TBK.m.400; İBK.m.321e) TBK'nın 451. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen durumda sorumluluğu kusursuz sorumluluğa dönüşmekte, dolayısıyla aleyhine bir durum ortaya çıkmaktadır<sup>91</sup>. Pazarlamacının aleyhine olan bu durum, ancak bunun kefalet olarak kabul edilmesiyle hafifletilebilir. Zira, kefalet fer'i (asıl alacağına bağlı), garanti ise bağımsızdır.

Pazarlamacının, sadece aracı olarak hareket ettiği ve işlemin bizzat tacir tarafından yapıldığı durumlar için garanti yükümlülüğünün öngörülmesi

---

<sup>88</sup> Söz konusu maddenin öngörülme nedeninin, iş hukukunda geçerli olan işçinin korunması ilkesi uyarınca pazarlamacının, işveren tarafından haksız sözleşme koşulları altında çalışmaya zorlanmasını engellenmesi olduğu belirtilmektedir, DEMİRKAPI, s. 69; benzer yönde TUN-CAY, s. 13.

<sup>89</sup> DEMİRKAPI, s. 68.

<sup>90</sup> REHBİNDER, Art.348a, 2.

<sup>91</sup> REHBİNDER, Art.348a, 2.

mümkün değildir<sup>92</sup>. Zira söz konusu hükümde (m.451) açıkça pazarlamacı tarafından gerçekleştirilen işlemlerden bahsedilmektedir.

Pazarlamacı, kendi müşteri çevresiyle işlem yapıyorsa, müşterilerin borçlarını ifa etmemesi durumunda, işverenin her bir işlemde uğrayacağı zararın dörtte birini geçmemek üzere karşılamayı, uygun<sup>93</sup> bir ek komisyon kararlaştırılması koşuluyla yazılı olarak üstlenebilir<sup>94</sup>.

Kanun maddesinde kullanılan “pazarlamacının kendi müşteri çevresi” kavramının anlamı üzerinde durmak gerekir. Karahan, “kendi müşteri çevresi” ibaresinin, pazarlamacının, işveren hesabına çalışmaya başlamadan önce, ayrı ticari alanda faaliyet gösterirken oluşturduğu müşteri portföyünü ifade ettiğini belirtmektedir. Yazar, önceden gelen bu müşteri çevresiyle ilgili pazarlamacının yakın bilgi sahibi olduğu, onların yükümlülüklerini yerine getirme ve ödeme alışkanlıklarını daha iyi bildiği düşüncesiyle Kanun Koyucu’nun onun garanti verme yasağına ilişkin yükümlülüğünün kapsamını daralttığı görüşündedir<sup>95</sup>.

Demirkapı ise, kanun maddesinde kullanılan “kendi müşteri çevresi” ifadesini konu alan makalesinde, bu ifade için İBK’da “*Privatkunde*” teriminin kullanılmış olduğunu ve bu ifadenin de İsviçre doktrininde<sup>96</sup> “tüketici” anlamında, yani işlemin diğer tarafının, işlemi kendi kişisel veya ailevi ihtiyacı için gerçekleştiren kimse olarak kabul edildiğini belirtmektedir<sup>97</sup>. Yazar, “kendi müşteri çevresi” kavramının, müşteri topluluğunun esasen ticari işletmeye ve dolayısıyla tacire bağlı olduğu esasını reddeden bir kavram olduğunu, TTK’nın genel sistemine uymadığını; bu nedenle, pazarlamacının kendi müşteri çevresi kavramının, kaynak kanuna uygun olarak “tüketici” olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir<sup>98</sup>.

---

<sup>92</sup> Aynı yönde DEMİRKAPI, s. 71.

<sup>93</sup> “Uygun” teriminin kapsamı somut olayın şartları göz önüne alınarak TMK.m.2 çerçevesinde belirlenir, KARAHAN, s. 318.

<sup>94</sup> Pazarlamacının garanti yükümlülüğü altına girebilmesi bakımından kefalet sözleşmesine ilişkin TBK.m.603’ün uygulanması gerektiği yönünde bkz. DEMİRKAPI, s. 71, dpn. 36.

<sup>95</sup> KARAHAN, s. 318.

<sup>96</sup> Nitekim bu yönde TRUNİGER, Art.348a, 3; REHBİNDER, Art.348a, 3; MEYER, s. 110, dpn. 12.

<sup>97</sup> DEMİRKAPI, s. 73, 74.

<sup>98</sup> DEMİRKAPI, s. 78, 79.



Topçuoğlu ise bu kavramı, pazarlamacının piyasa faaliyetleri sonucunda edindiği ve güvendiği, ödeme gücü ve sadakatine inandığı kimseler olarak anlamak gerektiğini belirtmektedir<sup>99</sup>.

Kanaatimizce de son görüşe hak vermek ve “pazarlamacının kendi müşteri çevresi” kavramını, pazarlamacının çalışmaya başlamadan ya da başladıktan sonra piyasa faaliyetleri sonucunda edindiği ve güvendiği, ödeme gücü ve sadakatine inandığı kimseler olarak anlamak gerekir. Demirkapı'nın ifade ettiği gibi, kanunumuz bu hususta kaynak kanundan ayrılmıştır. Bu ayrılma ister bilinçli bir tercih olsun ister olmasın, kanaatimizce yerinde olmuştur. Zira anılan kavramın Mevaz kanunda olduğu gibi “tüketici” olarak anlaşılması hâlinde, pazarlamacının daha önce işlem yaptığı ve güvendiği, fakat tüketici olmayan kişiler bakımından garanti yükümlülüğü altına girememesi gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Diğer yandan pazarlamacının, tüketici de olsa hiç tanımadığı ve ödeme alışkanlıklarını bilmediği kişiler bakımından garanti yükümlülüğü altına girmesine yol açabilecektir. Bu düşünce tarzı iş hukukunun işçiyi korumaya yönelik yapısına da uygundur. Kanaatimizce pazarlamacının “kendi müşteri çevresi” ile TBK'nın 453. maddesinin ilk fıkrasında yer alan “belirli bir müşteri çevresi” kavramı arasında bu yönüyle fark vardır.

Sigorta sözleşmelerinde aracılık yapan pazarlamacılar, bir primin tamamının veya bir kısmının ödenmemesi sebebiyle, bunun tahsili için dava veya icra takibi yoluna başvurulması durumunda, bu amaçla yapılacak masrafların en çok yarısını karşılayacaklarını, yazılı olarak üstlenebilirler (TBK.m.451/3).

### **XIII. ZAMANAŞIMI**

Ne pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerde ne de TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf gereği pazarlamacılık sözleşmelerine de uygulanması kabil genel hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümlerde, zamanaşımı konusunda özel bir hüküm öngörülmiştir. Dolayısıyla pazarlamacılık sözleşmesinde zamanaşımı bakımından TBK'nın zamanaşımı konusundaki genel hükümleri uygulama alanı bulur. TBK'nın 146. maddesi gereğince pazarlamacının ücret alacağı dışındaki istemler 10 yılda zamanaşımına uğrar. Pazarlamacının ücret alacağı ise 147. madde uyarınca 5 yılda zamanaşımına uğrayacaktır.

---

<sup>99</sup> TOPÇUOĞLU, s. 55.

## **XIV. PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ**

### **1. Sona Erme Sebepleri**

Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerde, sözleşmenin sona erme sebebine ilişkin olarak “özel fesih süresi” başlığı altında tek bir hükme yer verilmiştir (TBK.m.459). Bu maddenin ilk fıkrasına göre komisyon, sabit ücretin en az beşte birini oluşturuyor ve önemli mevsimlik dalgalanmalardan etkileniyorsa işveren, bir önceki mevsimin sona ermesinden beri kendisiyle çalışmaya devam eden pazarlacının sözleşmesini, yeni mevsim sırasında iki aylık fesih süresine uyarak feshedebilir.

Aynı koşullar altında pazarlamacı da, kendisini bir önceki mevsim sonuna kadar çalıştırmış ve bundan sonra da çalıştırmaya devam eden işverene karşı, bir sonraki mevsimin başlamasına kadar olan dönemde, iki aylık fesih süresine uyarak sözleşmeyi feshedebilir (TBK.m.459/2).

Bunun dışında, TBK'nın 453. maddesinin 2. fıkrasında da pazarlamacıya sözleşmeyi haklı sebeple sona erme hakkı tanınmıştır. Anılan madde hükmüne göre sözleşmenin pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükmünün değiştirilmesini gerektiren bir sebep varsa işveren, söz konusu hükmü, sözleşmede fesih bildirim süresi öngörülmüş olsa bile, bu süreye uymadan tek tarafı olarak değiştirebilir. Ancak, böyle bir durumda pazarlacının tazminat ve hizmet sözleşmesini haklı sebeple sona erdirme hakkı saklı tutulmuştur.

Yukarıdaki maddeler dışında pazarlamacılık sözleşmesinin sona ermesi bakımından, TBK'nın 469. maddesindeki atıf uyarınca genel hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Buna göre sözleşme, pazarlacının ölümüyle kendiliğinden sona erer (TBK.m.440). Bunun dışında, pazarlamacılık sözleşmesi belirli süreli ise aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer (TBK.m.430). Belirsiz süreli pazarlamacılık sözleşmelerinde ise taraflardan her birinin, belirsiz süreli sözleşmeyi fesih sürelerine uyarak feshetme hakkı vardır (TBK.m.431). Diğer yandan, sözleşme, ister belirli ister belirsiz süreli akdedilmiş olsun, taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir (TBK.m.431/1). Bu hususta, sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır (m.431/2). Sözleşmeyi haklı sebeple fesheden tarafın, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır.

## **2. Sona Ermenin Özel Sonuçları**

Sözleşmenin sona ermesi hâlinde, pazarlamacının bizzat yaptığı veya yapılmasına aracılık ettiği bütün işlemler ile kabul ve yerine getirme zamanına bakılmaksızın, sözleşmenin sona ermesine kadar işverene iletilen bütün siparişler için komisyon ödenir (TBK.m.460/1).

TBK'nın 460. maddesinde öngörülen komisyonun ödenmesi gereken zaman hakkında hükümde herhangi bir belirleme yapılmadığından vade, 469. maddede yapılan atıf gereğince uygulanması gereken TBK'nın 442. maddesine göre belirlenir. Anılan maddenin ilk fıkrasına göre sözleşmenin sona ermesiyle, sözleşmeden doğan bütün borçlar muaccel olur.

TBK'nın 460. maddesinin 2. fıkrasında, sözleşmenin sona ermesi hâlinde pazarlamacının, pazarlamacılık faaliyetinde bulunması için kendisine verilen örnek ve modelleri, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtları ve diğer belgeleri işverene geri vermekle yükümlü olduğu; ancak pazarlamacının hapis hakkının saklı olduğu hüküm altına alınmıştır. TBK'nın 469. maddesindeki atıf uyarınca uygulanabilecek olan TBK'nın 443. maddesinin varlığı karşısında bu hükmün gereksiz olduğunu söylemek yanlış olmaz<sup>100</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki pazarlamacılık sözleşmesinin son bulması hâlinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinde, esasen acente için öngörülmüş olan denkleştirme tazminatına bazı durumlarda pazarlamacının da talebe yetkili olması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira anılan maddenin 5. fıkrasında, hükmün, hakkaniyete aykırı düşmedikçe tekel hakkı veren benzer sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi hâlinde de uygulanacağı belirtilmiştir. Bu bakımdan özellikle TBK'nın 453. maddesine göre pazarlamacıya belirli bir pazarlama alanında veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi verildiği ve aksine yazılı anlaşma da yapılmadığı, yani tekel hakkı tanındığı ve TTK'nın 122. maddesinde sayılan şartların da sağlandığı bir durumda pazarlamacının denkleştirme isteyebileceği söylenebilecektir<sup>101</sup>. Buna karşılık, sadece kendisine verilen müşteri listesine göre iş gören, yani işletmeye yeni müşteriler kazandırmadığı bir durumda ise pazarlamacı, anılan tazminatı ancak söz konusu müşterilerle olan iş ilişkilerini önemli bir şekilde genişlettiği, yani bunun yeni müşteri sağlamaya denk sayılabileceği<sup>102</sup> hâllerde isteyebilmelidir.

---

<sup>100</sup> Nitekim bu yönde REHBİNDER, Art.350a, 7.

<sup>101</sup> Aynı yönde bkz. ARKAN, s. 185.

<sup>102</sup> ARKAN, s. 221.

## SONUÇ

Esasen pazarlamacı, yeni TBK ile yürürlükten kaldırılan 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun (EBK) 454. maddesinde seyyar tüccar memuru adı altında düzenlenmişti. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda seyyar tüccar memuru tek maddede düzenlenmesine karşılık 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda pazarlamacılık sözleşmesi için ayrıntılı hükümler sevk edilmiştir. Seyyar tüccar memurunun, EBK'da bağımlı tacir yardımcıları sayılan ticari mümessil, ticari vekil ve diğer tacir yardımcıları ile beraber 449. ve 456. maddeler arasında düzenlenmişken yeni kanunda buradan alınarak hizmet sözleşmeleri ile ilgili bölüme eklenmesi ve adının "pazarlamacı" olarak değiştirilmesi kanaatimizce yerinde olmamıştır. Zira söz konusu hükümlerin iktibas edildiği İsviçre'de dâhi doktrin, bu maddelerin güncelliklerini yitirdiğini ve bu nedenle gereksiz olduklarını haklı olarak ifade etmekteyken, bunların yeni TBK'da yer alması yerinde bir tercih olmamıştır. Kanaatimizce pazarlamacının, ticari işletme organizasyonu içerisindeki yeri ve rolü dikkate alındığında hizmet sözleşmesi kapsamında değil de "diğer tacir yardımcıları" başlığı altında düzenlenmesi daha isabetli olurdu.

**KAYNAKÇA**

- ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2011
- AYHAN, Rıza; ÖZDAMAR, Mehmet; ÇAĞLAR, Hayrettin, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticarî İşletme Hukuku, Ankara, 2012
- AYOĞLU, Tolga, Bağımlı ve Bağımsız Tacir Yardımcıları Bakımından Getirilen Yenilikler, *Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Anlamında Getirdiği Yenilikler, Sempozyum*, İstanbul, 2012, s. 46-52)
- BOZER, Ali; GÖLE, Celal, Ticari İşletme Hukuku, İkinci Bası, Ankara, 2013
- DEMİRKAPI, Ertan, Pazarlamacının Garanti Yükümlülüğü Açısından “Kendi Müşteri Çevresi” Kavramı ve Eleştirisi, *Ersin Çamoğlu'na Armağan*, İstanbul, 2013
- İMREGÜN, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), İstanbul, 2001
- KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, I.Giriş-Ticari İşletme, Ankara, 1968
- KAYIHAN, Şaban, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Ankara, 2003
- KINACIOĞLU, Naci, Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Ankara, 1963
- MEYER, Beat, Das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden, Diss., Zürich, 1978
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; ASTARLI, Muhittin, İş Hukuku, Ankara, 2012
- REHBİNDER, Manfred, Das Obligationenrecht, Berner Kommentar, VI/2/2/2, Der Arbeitsvertrag (OR 331-355), Bern, 1992
- STREIFF, Ullin; VON KAENEL, Adrian, Arbeitsvertrag- Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, 2012
- TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara, 1987
- TEOMAN, Ömer, Tacir Yardımcıları, *Mehmet Somer'e Armağan*, İstanbul, 2006, (s. 221-304)
- TOPÇUOĞLU, Metin, Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı, *SDÜHFD*, C. I, S. 2, (s. 27-70)

TRUNİGER, Philipp, Schweizerisches Obligationenrecht, 2009

TUNCAY, Can, Pazarlamacı (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri, *Çimento İşveren Dergisi*, Mart 2012, S. 2, (s. 4-17) (<http://www.ceis.org.tr/dergi/2012mart/makale1.pdf>, erişim tarihi: 04.06.2013)

YILMAZ, Ejder, Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), *Sicil (İş Hukuku Dergisi)*, Haziran 2011 (s. 22 vd.)

# 4857 SAYILI İŞ KANUNU'NDA DÜZENLENEN ALT İŞVEREN HÜKÜMLERİNİN DENİZ TAŞIMA İŞLERİNDE UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞINA DAİR YARGITAY KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

İbrahim AYDINLI\*

## ÖZET

*Türk denizcilik sektöründe gemi yapımı ve gemi taşımacılığındaki gelişmeler, gemilerde alt işverenlik ilişkisinin yaygınlaşmasına neden olmaktadır. Çalışmada Yargıtay'ın alt işveren işçisi olan gemi adamlarının işçilik alacaklarına ilişkin bir kararı incelenmiştir. Bu konuda Deniz İş Kanununda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Genel kanun olan Türk Borçlar Kanununda da muvazaa konusu iş hukukundan farklı bir anlam taşımaktadır. Yargıtay sorunu İş Kanunu'nda yer alan muvazaalı alt işverenlik hükmünü olaya uygulayarak çözmüştür. Çalışmada Deniz İş Kanunu ile İş Kanunu arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi olup olmadığı tartışılmıştır. İncelenen Yargıtay kararında dayanan gerekçenin yanlış bir hukuki değerlendirmenin sonucu olduğu düşünülmektedir. Çalışmada çözüme ulaşmak için kullanılması gereken hukuki yöntemler değerlendirilmiştir.*

*Anahtar Kelimeler:* Gemi adamı, alt işveren, muvazaa, Deniz İş Kanunu, özel kanun

## THE EVALUATION OF THE DECISION OF THE COURT OF CASSATION ABOUT THAT IF SUBCONTRACTOR PROVISION WHICH IS ORGANIZED IN LABOR CODE NO. 4857 CAN BE APPLIED TO MARITIME TRANSPORTATION

### ABSTRACT

*Shipbuilding and ship transport developments in Turkish maritime sector cause the expansion of the subcontracting relationship in the ships. In this study it is examined a decision of Court of Appeal about labour receivables of seafarers who are subcontractor's employees. On this subject there isn't a special regulation in Maritime Labour Code. In the Turkish Code of Obligations which is general legislation, the topic of collusion has a different meaning from labour law. Court of Appeal solved the problem by applying the provision about collusion subcontracting in the Labour Code to the event. In the study it is discussed that whether there is a general- specific legislation relationship between Maritime Labour Code and Labour Code. It is thought that the justification which is relied on the examined Court of Appeal's decision, is a result of an incorrect legal assessment. In the study, the judicial methods that should be used to reach a solution is evaluated.*

*Keywords:* Seafarer, sub-contractor, collusion, Maritime Labour Code, spesific legislation

\* Doç. Dr., Gazi Üniv. Huk. Fak. İş ve Sos. Güv. Huk. ABD iaydinli@gazi.edu.tr

## **I- Yargıtay Kararı**

T.C.

YARGITAY

9. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2010/46245

KARAR NO : 2013/6661

*DAVA : “Davacı vekili, davacı gemi adamının ücret, ikramiye, fazla mesai, tatil çalışmaları karşılığı ücret ve sözleşmeden kaynaklanan sosyal yardım alacaklarının davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.*

*Mahkemece, davanın kısmen kabülüne karar verilmiştir.*

*Hüküm süresi içinde davalılardan Bimtaş Boğaziçi Peyzaj İnşaat Müşavirlik Teknik Hizmetler Ağaç San. Tic. A.Ş. avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi B.Kar tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:*

### **Y A R G I T A Y K A R A R I**

#### *A) Davacı İsteminin Özeti:*

*Davacı vekili, davacının davalılardan İDO'nun gemi işyerinde hizmet akdi ile gemi adamı olarak çalıştığını, davalılardan asıl işveren İDO'nun teknolojik nedenlerin bulunmaması, işin gereği olmamasına ve işin uzmanlık gerektirmemesine karşı asıl işi bölerek aynı işyerinde ve aynı işlerde kendi işçilerini çalıştırdığı gibi alt işverenlik ilişkisi kurduğu BİMTAŞ'ın işçilerini de bir arada çalıştırmayı sürdürdüğünü, davacının işyerindeki çalışmalarının günlük olağan çalışma saatlerinin çok üstünde hafta sonlarında ulusal bayram ve genel tatil günlerini de kapsadığını, davalı İDO'nun diğer davalı BİMTAŞ ile alt işverenlik ilişkisi kurmasının işyeri çalışanlarının haklarının kısıtlanmasına yönelik olduğunu, aynı işyerinde çalışan asıl işveren İDO işçilerinin ücret ve diğer işçilik hakları ile yine aynı işyerinde çalışan ve aynı işi yapan diğer davalı BİMTAŞ işçileri aleyhine önemli farkların olduğunu, asıl işverene ait işyerinde alt işverenin işçilerine emir ve talimatın asıl işveren İDO tarafından verildiğini, İş Kanunu'nun 2/7 maddesi gereğince*



yasadaki sınırlamalara uyulmadan veya muvazaalı olarak alt işverenlik ilişkisi kurulduğunu, Toplu İş Sözleşmesine taraf sendika üyesi olduğunu, başlangıçtan itibaren davalı asıl işveren İDO'nun işçin sayılması gerektiğini belirterek, fark ücret, ikramiye, fazla mesai, tatil çalışmaları karşılığı ücret ve sözleşmeden kaynaklanan sosyal yardım alacaklarının davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

**B) Davalı Cevabının Özeti:**

Davalılardan İstanbul Deniz Otobüsleri San. Ve Tic. A.Ş vekili, muvazaalı durumunun söz konusu olmadığını ve ihale kapsamında işin diğer davalıya verilmiş olduğunu bu nedenle davacının talebinin kabul edilmesinin mümkün olmadığını, belirtirken, diğer davalı BİMTAŞ- Boğaziçi Peyzaj İnşaat Müşavirlik Teknik Hizmetleri Ağaç San. Ve Tic. A.Ş vekili; ihale yolu ile alınan işin içinde davacının istihdam edildiğini bu durumun tamamen yasal olduğunu ve tüm ücret ve diğer hakların eksiksiz olarak ödenmiş olduğunu, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

**C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:**

Mahkemece yapılan yargılama sonunda alınan hesap raporuna itibar edilerek, 4857 Sayılı Yasanın 2/7 maddesinin “asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce bu işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçilerine başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” hükmünü içerdiği, asıl işverenin işçilerinden daha az ücret ve sosyal haklarla aynı yaptırılması durumunun bulunduğu ve muvazaanın söz konusu olduğu gerekçesi ile hesaplanan işçilik alacakları hesaplanmıştır.

**D) Temyiz:**

Karar davalı İDO şirketi vekili tarafından temyiz edilmiştir.

**E) Gerekçe:**

Uyuşmazlık gemiadamı olarak hizmet alınan BİMTAŞ işçisi olarak diğer davalıya ait gemide Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan davacının, davalı İDO'nun taraf olduğu Toplu İş Sözleşmesinden yararlanıp yararlanmayacağı, davalılar arasındaki sözleşmenin muvazaaya dayanıp dayanmadığı ve

*muvazaa tespitinin hangi normatif düzenlemelere göre yapılacağı noktalarında toplanmaktadır.*

*Deniz İş Kanununda alt işveren-asıl işveren kavramına ise hiç yer verilmemiştir. 4857 sayılı İş Kanunu, asıl-alt işveren ilişkisinde asıl işverenin de işçiler açısından alt işverenle birlikte sorumluluğunu düzenlemiş, bunun yanında bazı muvazaa kriterlerine yer vermiştir. 4857 sayılı İş Kanununda kurula bağlanan alt işveren uygulamasının Deniz İş Hukukunda bire bir ve kıyasen uygulanması olanağı yoktur. Ancak sosyal güvenlik boyutu dikkate alındığında 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Kanunu'nun genel kanun olması nedeni ile asıl-alt işveren tanımı ve sorumluluğuna ilişkin 12. Maddesindeki düzenleme Deniz İş Kanunu uygulaması bakımından kabul edilmelidir. Anılan maddenin son fıkrasına göre "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir. Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur".*

*Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir. Bu anlamda bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.*

*Dosya içeriğine göre davalı asıl işveren İDO A. Şirketine ait gemide diğer davalı şirket kaydında gemiadamı olarak çalışan davacı, Ocak 2006 tarihinde işverenin İDO olduğunu belirterek, adı geçen davalının taraf olduğu Toplu İş Sözleşmesini imzalayan iş kolundaki sendikaya üye olmuştur. Üye sendika ile davalı İDO 01.01.2005-31.12.2006 yürürlük süreli Toplu İş Sözleşmesini 15.10.2005 tarihinde imzalamıştır. Davacının sendika üyeliğinin davalı İDO A. Şirketine bildirilip bildirilmediği de dosya içeriğinden anlaşılmamaktadır. Hükme esas bilirkişi raporunda ise davacının fark işçilik*

alacakları hesaplanırken, emsal sendika üyesi işçinin aldığı ücret ile davacıya ödenen ücret farkı dikkate alınmıştır.

Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre;

1. Gemiadamı davacı Deniz İş Kanununun kapsamında kaldığından davacı hakkında uygulanma olanağı bulunmayan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/7 maddesi uyarınca davalılar arasında asıl alt işverenlik ilişkisinin muvazaa kabul edilerek, davacının başlangıçtan itibaren davalı İDO A. Şirketinin işçisi sayılması isabetli değildir. Yukarıda açıklandığı üzere Deniz İş Kanunu'nda hüküm bulunmadığından Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Kanunu'nun genel kanun olması nedeni ile asıl-alt işveren tanımı ve sorumluluğuna ilişkin 12. Maddesindeki düzenleme kapsamında davalılar arasındaki asıl-alt işveren ilişkisi değerlendirilmelidir.

2. Davalılar arasındaki ilişkinin belirtilen normatif düzenlemelere göre asıl-alt işveren ilişkisini taşımadığı veya muvazaaya dayandığı tespit edildiği takdirde ise davacının sendika üyeliğinin asıl işveren İDO A. Şirketine bildirildiği tarih yararlanma tarihi olacağından, bu tarih araştırılmalı ve buna göre Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinden faydalanıp faydalanmayacağı belirlenmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 25.02.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

## II- Yargıtay Kararına Konu Olan Olayın Aşamaları

### A- Davanın Açılma Nedeni

Yargıtay kararından anlaşıldığı kadarıyla; davacı İDO adlı şirketin gemilerinde çalışan bir işçidir. Ancak davacı işçi İDO'nun işçisi olmayıp İDO'dan iş alan diğer işveren olan BİMTAŞ'ın işçisidir. Davacı vekili; “davacı işçinin İDO'nun gemi işyerinde hizmet akdi ile gemi adamı olarak çalıştığını, davalılardan asıl işveren İDO'nun teknolojik nedenlerin bulunmaması, işin gereği olmamasına ve işin uzmanlık gerektirmemesine karşı asıl işi bölerek aynı işyerinde ve aynı işlerde kendi işçilerini çalıştırdığı gibi alt işverenlik ilişkisi kurduğu BİMTAŞ'ın işçilerini de bir arada çalıştırmayı sürdürdüğünü, davalı İDO'nun diğer davalı BİMTAŞ ile alt işverenlik ilişkisi kurmasının işyeri çalışanlarının haklarının kısıtlanmasına yönelik olduğunu, aynı işyerinde

*çalışan asıl işveren İDO işçilerinin ücret ve diğer işçilik hakları ile yine aynı işyerinde çalışan ve aynı işi yapan diğer davalı BİMTAŞ işçileri aleyhine önemli farkların olduğunu, asıl işverene ait işyerinde alt işverenin işçilerine emir ve talimatın asıl işveren İDO tarafından verildiğini, iddia etmektedir.”*

Tüm bu nedenlerle davacı işçi vekili; “İş Kanunu’nun 2/7 maddesi gereğince yasadaki sınırlamalara uyulmadan veya muvazaalı olarak alt işverenlik ilişkisi kurulduğunu, başlangıçtan itibaren davalı asıl işveren İDO’nun işçin sayılması gerektiğini ve aynı zamanda asıl işveren İDO ile toplu iş sözleşmesi yapan taraf sendika üyesi olduğunu belirterek, fark ücret, ikramiye, fazla mesai, tatil çalışmaları karşılığı ücret ve sözleşmeden kaynaklanan sosyal yardım alacaklarının davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.”

### **B-İlk Derece Mahkemesinin Kararı**

İlk derece mahkemesi davacının gemi işyerinde ve deniz taşımacılığında çalışan bir gemi adamı olması ile ilgili bir çekince koymadan doğrudan ilişkinin asıl işveren alt işveren niteliğini İş Kanuna göre inceleyerek muvazaaya dayanan bilirkişi raporundaki hesaplamaları aynen kararına esas almıştır. Buna göre ilk derece mahkemesi; “4857 Sayılı Yasanın 2/7 maddesinin “asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce bu işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçilerine başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” hükmünü içerdiği, asıl işverenin işçilerinden daha az ücret ve sosyal haklarla aynı yaptırılması durumunun bulunduğu ve muvazaanın söz konusu olduğu”na karar vermiştir.

### **C-Yargıtay’ın Temyiz Kararı**

Yüksek Mahkeme kararının ilk kısmında Deniz İş Kanunu - İş Kanunu ilişkisi ile Deniz İş Kanunu- Borçlar Kanunu ile 5510 sayılı SSGSSK arasındaki ilişkiyi doğru olarak nitelemiştir. Ancak kararın ikinci aşaması olan hüküm bölümünde anlaşıldığı kadarıyla katılmadığımız bir gerekçeyle sonuca ulaşmıştır.

Yargıtay kararında aynen:

*“Deniz İş Kanununda alt işveren-asıl işveren kavramına ise hiç yer verilmemiştir. 4857 sayılı İş Kanunu, asıl-alt işveren ilişkisinde asıl işverenin*

de işçiler açısından alt işverenle birlikte sorumluluğunu düzenlemiş, bunun yanında bazı muvazaa kriterlerine yer vermiştir. 4857 sayılı İş Kanununda kurula bağlanan alt işveren uygulamasının Deniz İş Hukukunda bire bir ve kıyasen uygulanması olanağı yoktur. Ancak sosyal güvenlik boyutu dikkate alındığında 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Kanunu'nun genel kanun olması nedeni ile asıl-alt işveren tanımı ve sorumluluğuna ilişkin 12. maddesindeki düzenleme Deniz İş Kanunu uygulaması bakımından kabul edilmelidir. Gemiadamı davacı Deniz İş Kanununun kapsamında kaldığından davacı hakkında uygulanma olanağı bulunmayan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/7 maddesi uyarınca davalılar arasında asıl alt işverenlik ilişkisinin muvazaa kabul edilerek, davacının başlangıçtan itibaren davalı İDO A. Şirketinin işçisi sayılması isabetli değildir. Yukarıda açıklandığı üzere Deniz İş Kanunu'nda hüküm bulunmadığından Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Kanunu'nun genel kanun olması nedeni ile asıl-alt işveren tanımı ve sorumluluğuna ilişkin 12. maddesindeki düzenleme kapsamında davalılar arasındaki asıl-alt işveren ilişkisi değerlendirilmelidir.

Davalılar arasındaki ilişkinin belirtilen normatif düzenlemelere göre asıl-alt işveren ilişkisini taşımadığı veya muvazaaya dayandığı tespit edildiği takdirde ise davacının sendika üyeliğinin asıl işveren İDO A. Şirketine bildirildiği tarih yararlanma tarihi olacağından, bu tarih araştırılmalı ve buna göre Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinden faydalanıp faydalanmayacağı belirlenmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.” ifadelerine yer verilmiştir.

### **III- Kararın İncelenmesi ve Varılan Sonuçlar**

#### **A-Genel Olarak**

Ülkemizde alt işveren ilişkilerinin özel ve kamu sektöründe hızlı bir şekilde yaygınlaşması, başta kanun koyucu olarak yasamayı, yürütme ve yargıyı ciddi bir şekilde meşgul etmesine neden olmuştur. Ortaya çıkan tablo itibarıyla, alt işveren işçilerinin ferdi ve toplu iş hukukundan doğan haklarının durumu ile sosyal güvenlik ve iş sağlığı ve güvenliği alanlarına ilişkin sorunlarının her geçen gün daha da karmaşıklaştığı görülmektedir. Özellikle satın alma gücü açısından asgari ücret seviyesinin düşüklüğü, genelde asgari ücretle çalıştırılan alt işveren çalışanları üzerinde her alanda olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Bir taraftan alt işveren işçilerinin işçilik haklarında ortaya çıkan mağduriyetler, İş Kanunu'nda düzenlenen alt işveren hükümleri ile önlenmeye ve giderilmeye çalışılsa da, diğer taraftan ücret maliyetlerini

düşürmeye çalışan işverenler için alt işveren yolu ile istihdam sağlamak, önemli ölçüde cazibesini korumaktadır.

2000’li yıllardan sonra Türk denizcilik sektöründe, gemi yapımı başta olmak üzere ulusal ve uluslararası sularda gemi taşımacılığındaki ilerlemeler, bu alanda iş gücü ve/veya gemi adamı ihtiyacını doğurmuştur. Bu ihtiyacın son zamanlarda gemi işverenlerince, (gemi sahibi ya da donatan gibi) gemide yapılan değişik işleri başka işverenlere vererek, gemi adamı istihdam etme yoluyla karşılandığı görülmektedir.

Günümüzde gemiler; sadece mal taşımacılığında değil, yolcu taşımacılığı, araştırma, eğlence, eğitim faaliyetlerinin de yapıldığı yerler olarak faaliyet göstermektedir. Gemi işverenleri özellikle; yolcu gemilerinde yeme, içme, temizlik gibi hizmetleri başka işverenlere gördürdüğü gibi, gemide yapılan asıl işe ilişkin bölümlerde de hizmet satın alma yolu ile alt işveren işçisi çalıştırmaktadırlar. Sonuç itibariyle; uygulamadaki söze konu olan asıl işin bir bölümünü ya da yardımcı işleri verme yöntemiyle meydana gelen çalışma ilişkileri, salt olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisini oluştursa da<sup>1</sup>, İş Kanunu’nda olduğu gibi Deniz İş Kanunu’nda konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bir başka anlatımla, İş Kanunu kapsamında karşılaşılan asıl işveren-alt işveren ilişkilerine ait sorunların, Deniz İş Hukuku alanında da ortaya çıkmaya başladığı görülmektedir. Asıl sorun ise Deniz İş Kanunu’nda alt işverenlikle ilgili doğrudan bir kanun hükmünün bulunmamasıdır<sup>2</sup>. Son yıllarda, deniz taşımacılığına ilişkin Yargıtay’ın konuya ilişkin verdiği kararlara daha sık rastlanmaktadır.

## **B- İş Kanunları ve Aralarındaki İlişki**

Türk iş hukukunda, mer’i mevzuat bakımından üç ayrı İş Kanunu yürürlüktedir. İş hukukunda farklı çalışma alanlarına ilişkin halen üç ayrı İş Kanunu’nun uygulanmaktadır. Çalışma ilişkilerine üç ayrı kanunun uygulanıyor olmasının sakıncaları ya da gerekliliği<sup>3</sup> tartışması bir tarafa

<sup>1</sup> BEDÜK, Nusret; Deniz İş Sözleşmesi, Yalova 2012, s.112-115.

<sup>2</sup> Deniz iş hukuku alanının yıllardan beri ihmal edilmesi, özellikle İş Kanunu’nun iki defa ana kanun niteliğinde değişikliğe uğramasına rağmen, 1967 tarihli Deniz İş Kanunu üzerinde bir kaç değişiklik dışında baştan sona bir yenileme çalışması yapılmamış olması, büyük bir eksiklik olarak durmaktadır. Benzer görüş için bkz; ERGİN, Berin; “Deniz İş Hukukunda Gemi Adamının Hizmet Akdininin Haklı Nedenle Feshi Sebepleri” İş Hukuku Dergisi, C:I, 1991, s.557.

<sup>3</sup> Bkz; ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri Yenilenmiş 26. Baskı, İstanbul, 2013, s.72. BEDÜK, , s.7vd.

bırakılacak olursa; söze konu İş Kanunlarından en geniş uygulama alanına sahip olan üç kanundan ilki, 4857 sayılı İş Kanunu'dur. İkinci olarak, kısaca Basın İş Kanunu olarak bilinen 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanundur. Üçüncü iş kanunu ise 854 sayılı Deniz İş Kanunu'dur. Türk çalışma hayatında, geçerli olan bu üç kanunun uygulama alanına ya da kapsamına giren işçi-işveren ilişkilerinin neler olduğu, ciddi bir tartışma yaratmayacak şekilde, kanunların kapsam maddelerinde, teferruatlı bir şekilde belirlenmiştir.

Bir başka anlatımla; her üç kanunun kapsamı birbirinden ayrı olarak belirlendiği için üç kanun arasında özel-genel kanun ilişkisi olmayıp, her üç kanun da birbirine göre özel kanun şeklinde değerlendirilmelidir<sup>4</sup>. Buna karşın, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri ile kanunun ikinci kısmında, yani sözleşme türleri içinde düzenlenmiş olan hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri, söz konusu üç İş Kanunu'na göre genel hüküm niteliğindedir<sup>5</sup>. Zira, uygulama alanları belirlenmiş özel kanunlar arasında, birinde olmayan bir kurumun diğerine uygulanması, genel hukuk prensiplerine göre mümkün değildir<sup>6</sup>. Çünkü, bu üç İş Kanunu'nun, birbirine yaptığı atıf hükümleri hariç

<sup>4</sup> Benzer görüş için bkz; SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul, 2013, s.218-220. Aksi görüşte olan MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI Deniz İş Kanunu için görüşünü açıklamayı olsa da Basın İş Kanunu ile İş Kanunu arasındaki ilişkiyi nitelerken; Basın İş Kanunu'nda olmayan hükümler için öncelikle, ana kanun olan İş Kanunu'nun uygulanacağını, burada da ilgili hüküm yoksa, genel kanun olan Borçlar Kanunu'nun uygulanması gerektiğini savunmaktadır. MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI Muhittin; İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2011, s.279., ULUCAN, İş hukukundaki temel ilke ve prensiplerin, işçiyi koruma ilkesi gereği, Deniz İş Kanunu kapsamındaki ilişkilere de uygulanmasının gerekli olduğuna inanmaktadır. ULUCAN Devrim; Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler, İstanbul, 1986, s.18. Benzer görüşte olan BAŞBUĞ, İş Kanunu'nun diğer İş Kanunları olan Basın ve Deniz İş Kanunu'na göre boşluk bulunan hallerde genel kanun olduğunu, Borçlar Kanunu'nun ise boşluk bulunan hallerde, tamamlayıcı hükümler ihtiva eden bir kanun olduğunu savunmaktadır. BAŞBUĞ, Aydın; İş ve Hukuk, Ankara, 2011, s.126, GÖKÇE'de aynı görüşte olup, Deniz İş Kanunu'nda boşluk bulunan hallerde, genel kanun niteliğinde olan İş Kanunun uygulanabileceğini belirtmektedir. GÖKÇE, Deniz İş Kanununun Hukuk Sistematiği İçindeki Yeri ve Niteliği, İstanbul Barosu Derneği, C.82, S:2008/2, s.740.

<sup>5</sup> Benzer görüş için bkz; SÜZEK, s.221., AKYİĞİT, Deniz İş Kanunu'na tabi gemi adamlarının yıllık izin haklarına ilişkin incelemesinde; kanunlar arasındaki ilişkiye ilişkin görüşünü, benzer ifadelerle ortaya koymuştur. AKYİĞİT; Ercan; "Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.24, Şubat- Mayıs 2012, s.18.

<sup>6</sup> İki özel kanun arasında tarih önceliğinin öneme alınıp, yeni tarihli-özel kanunun uygulanması kuralının geçerliliği, ancak somut olaydaki hukuki ilişkinin her iki özel kanunun kapsamında yani uygulama alanı içinde olmasına bağlıdır. Bkz; EDİZ, Seyfullah; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri Ankara, 1997, s.181-183. Kanaatimizce; gemi adamının çalışma ilişkisi, İş Kanunu'nun kapsamı dışında bırakıldığından, Deniz İş Kanunu ile İş Kanunu arasındaki kanun ilişkisi iki özel kanun arasındaki ilişki gibi değerlendirilmesi gerekir.

olmak üzere, tüm hükümleri özel düzenleme mahiyetinde olup, sadece kendi uygulama kapsamına giren işçi-işveren ilişkisine uygulanması gerekmektedir<sup>7</sup>.

İncelenen Yargıtay kararından anlaşıldığı kadarıyla ilk derece mahkemesi, ilgili kanunların söz konusu özelliğine hiç değinmeden ihtilafi hükme bağlarken, buna karşılık Yargıtay kararının ilk kısmında, yukarıda belirtilen hususlar haklı olarak benzer bir şekilde hüküm metninde haklı olarak yer almıştır.

### **C-İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'nun Kapsamı Bakımından Somut Uyuşmazlığa Konu Olan Çalışmanın Niteliği**

Somut uyuşmazlığa konu olan olayda davacı işçi, İDO şirketine ait yolcu gemilerinde, bir başka şirketin (BİMTAŞ) işçisi olarak çalışmaktadır. Bir başka anlatımla, davacı işçi denizde insan taşımacılığı yapan bir şirkete ait gemilerde, çalışmaktadır. Davacı işçinin, Deniz İş Kanunu'nun kapsamına girmesi için en başta; çalıştığı yer olan geminin<sup>8</sup> (Deniz İş Kanunu'nda sandal, mavna, şat, salapurya gibi olanlar da kanunen gemi sayılmaktadır. (Den. İşK.m.1/3) ve kendisinin, kanunda belirtilen vasıfları taşıması gerekir. Bu niteliklerden ilki; gemi adamının çalıştığı işyeri olan gemi ile ilgilidir. Kural olarak, öncelikle geminin kanunda belirtildiği üzere "...denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilato<sup>9</sup> ağırlığında olması ya da "...aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamı yüz veya daha fazla olması veyahut işverenin çalıştırdığı gemi adamı sayısı 5 veya daha fazla..." olması gerekir . (Den.İşK.m.1/2)

Ayrıca "*Bakanlar Kurulu, ekonomik ve sosyal gerekler bakımından bu kanun hükümlerini yukardaki bentlerin kapsamı dışında kalan gemilerle gemi*

<sup>7</sup> Benzer görüşte olan NARMANLIOĞLU; İş Kanunu'nun uygulama alanının sınırları, kanunla çizilmiş olduğundan, Deniz İş Kanunu karşısında İş Kanunu'nun genel kanun olmasının mümkün olmadığını haklı olarak belirtmektedir. Yazarın görüşü için bkz; NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1994, s.68. Aynı görüşte olan yazarlar için ayrıca bkz: aynı eser; 18 nolu dipnottaki yazarlar. Aynı görüşte olan KAR, Deniz İş Kanunu'nda olmayan ancak İş Kanunu'nda olan bir kurumun, deniz taşıma işlerine uygulanmasının doğru olmadığını, iki kanunun uygulama alanının farklı olduğunu, bu iki kanunun özel kanun ilişkisi içinde olduğundan, ancak atf halinde böyle bir uygulamaya gidilebileceğini, haklı olarak savunmaktadır. KAR, Bektaş; İçtihatları ve Mevzuatı ile Deniz İş Hukuku, Ankara, 2011, s.28.

<sup>8</sup> Gemi kavramı 6201 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 931. maddesinde "Tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzme özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da, bu Kanun bakımından "gemi" sayılır." şeklinde hükme bağlanmıştır.

<sup>9</sup> Grostonilato;2,83 m3 büyüklüğünde hacim birimidir. Bir teknenin tüm kapalı yerlerinin kadem küp olarak hacminin yüzü bölümüdür.



adamlarına ve bunların işverenlerine kısmen veya tamamen teşmile yetkili” kılınmıştır<sup>10</sup>. (Den.İŞK.m.1/4)

Kanun koyucu, Deniz İş Kanunu'nun uygulanacağı işyerine ilişkin özellikler dışında, bir de gemide çalışan kişilerle ilgili olarak; kanun kapsamındaki “*gemilerde bir hizmet akdi ile çalışan gemi adamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanır.*” şeklinde düzenleme getirerek, hizmet akdi ile çalışan gemi adamı kavramını kullanmaktadır.

Deniz İş Kanunu'nun 2. maddesinin A bendinde işvereni; “...*Gemi sahibi veya kendisinin olmayan bir gemiyi kendi adına ve hesabına işleten kimse*” şeklinde tarif ederken, gemi adamını; B bendinde “*Bir hizmet aktine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimseler*” olarak, hükme bağlamaktadır. Kısacası, bir işçinin Deniz İş Kanunu'nun kapsamına girebilmesi için, hizmet akdi ile kanunun gösterdiği gemide kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselerden<sup>11</sup> biri olarak yani gemi adamı olarak çalışması yeterli ve gereklidir.

Yargıtay'ın karar gerekçesinin ilk paragrafında açıkça belirtildiği gibi, somut uyuşmazlıkta, davacı işçinin çalıştığı gemi ve çalışma şekli anlamında gemi adamı olması nedeniyle, Deniz İş Kanunu'nun kapsamına girdiği anlaşılmaktadır.

<sup>10</sup> Deniz İş Kanunu'nun kapsamına giren geminin özelliklerine ilişkin geniş bilgi için bkz; BEDÜK, s.28-35. Yargıtay katılmadığımız bir kararında Deniz İş Kanunu'nun kapsamını sadece denizde taşıma işine hasrettiği için turistik bir yatta çalışan kaptanın Deniz İş Kanunu'nun kapsamına değil İş Kanunu'nun kapsamına girdiğine karar vermiştir. Yarg. 9.HD., 28.04.2009T., 2009/6543E., 2009/12102 K sayılı Yargıtay kararı için bkz; ÇİL, Şahin; İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 3. Baskı, Ankara, 2011, s.933-934.

<sup>11</sup> Kaptan, zabıt ve tayfa dışındaki diğer kimseler geminin sevk ve idaresi dışında işverenin istihdam ettiği aşçı, temizlikçi, doktor, hemşire gibi kişiler de gemi adamı sayılırlar. BEDÜK, Nusret; Deniz İş Sözleşmesi, 2012, s.21. Gemi adamlarına ilişkin geniş bilgi için bkz; SEVİMLİ K. Ahmet; İş Hukukunda Kaptan, 2000, s.11vd. BEDÜK, s.12-21., MOLLAMAHMUTOĞU/ASTARLI Kanunda sayılan gemi adamları dışındaki iş sözleşmesi ile çalışan süvari, çarkçı, makinist, telsizci, gemi doktoru, aşçı ve aşçı yardımcıları ile lostroma gibi kişilerin gemi adamı olduklarını ancak iş sözleşmesi ile çalışsa bile örneğin bir petrol arama gemisinde çalışan jeologlar ya da petrol mühendislerinin gemi adamı sayılmayacağı için Deniz İş Kanunu'na dahil edilmeyeceğini belirtmektedir. MOLLAMAHMUTOĞU/ASTARLI, s.277. Kanaatimizce; ilk anda bu kişilerin genel kanun olan Borçlar Kanunu'na dahil edilebileceği akla gelse de söz konusu kişilerin çalıştıkları araştırma gemisi olması da göz önüne alındığında denizde gemilerde taşıma işi de yapmadıkları için İş Kanunu'nun kapsamına dahil edilmeleri gerekir. BEKTAŞ, gemide iş sözleşmesi ile çalışmanın yeterli olduğunu Deniz Hukuku kuralları gereği gemi adamı belgesinin olma şartının bu gibi kişilere Deniz İş Kanununun uygulanabilmesi için haklı olarak kurucu bir unsur olmadığı savunmaktadır. KAR, Bektaş; Deniz İş Sözleşmesi, SİCİL, İş Hukuku Dergisi, Eylül, 2011, S:23, s.46.

İş Kanunu'nun konuya ilişkin kapsamı incelendiğinde Kanunun 4. maddesinde “*Kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri ile Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işleri hariç olmak üzere deniz taşıma işlerinde*<sup>12</sup> çalışan işçilerin İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalacağı belirtilmektedir(İŞK m.4/2,a,f)<sup>13</sup>.

### **D-İş Kanunu'ndaki Alt İşveren Hükümlerinin Somut Uyuşmazlığa Hukuken Uygulanabilme İmkânı**

Yargıtay kararından anlaşıldığı kadarıyla, ihtilafın yargıya taşınmasının asıl nedeni; davacı işçinin, geminin sahibi olan İDO şirketinin işçilerinin tabi olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan haklardan faydalanabilmek amacıyla, kendi işvereni olan BİMTAŞ'ın alt işveren, İDO şirketinin ise asıl işveren olduğunu ve aralarındaki hizmet alım sözleşmesinin muvazaaya dayanması nedeniyle, İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasının uygulanarak, işçilik haklarının asıl işveren işçilerine uygulanan TİS'e göre hesaplanmasının talep edilmesidir.

İlk derece mahkemesi kararında; kanunlar (İş Kanunu–Deniz İş Kanunu) arasında özel-genel ilişkisine hiç değinmemiştir, Mahkeme doğrudan işin esasına girerek, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için kanunda aranan işyeri ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık şartının oluşmadığını tesbit etmiştir. Bu nedenle de davacının talebini, muvazaalı alt işveren ilişkisine dayandırmış ve buna göre işçilik haklarının hesaplanmasına hükmetmiştir.

<sup>12</sup> Deniz taşıma işinin sadece denizlerde değil akarsu ve göllerde de yapılan taşımanın deniz taşıması olduğundan buradaki taşımaların da İş Kanununun kapsamı dışında kalacağına ilişkin görüş için bkz; AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/ KAPLAN/SENYEN E. Tuncay; İş Hukuku, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara, 2013, s.47.

<sup>13</sup> İş Kanunu'nun hükmünden anlaşıldığı kadarıyla, İş Kanunun kapsamı içine girmeyen gemi adamı-işveren ilişkisi *sadece denizde* yapılan taşıma işlerindeki gemi adamı (işçi)-işveren ilişkisidir. Mefhumu muhalifi ile ifade edilirse; gölde ya da akarsularda yapılan taşıma işlerinde kullanılan gemi, Deniz İş Kanunu'nda belirtilen geminin özelliklerini taşıyorsa, buradaki çalışma ilişkisine Deniz İş Kanunu uygulanır. Şayet gölde veya akarsuda taşımacılık yapan geminin özellikleri Deniz İş Kanunu'nda aranan özellikleri taşıyorsa bu tür gemideki çalışma ilişkisi İş Kanunu'nun kapsamına girmektedir.

Bir başka durum ise denizde yapılan taşıma işlerinde kullanılan geminin özellikleri, Deniz İş Kanunu'nda belirtildiği gibi değilse, böyle bir gemide çalışan gemi adamı Deniz İş Kanunu'nun kapsamına bu yüzden girmez. Bu çalışma ilişkisi, salt deniz taşımacılığında gerçekleştiği için de, İş Kanunu'nun kapsamına dahil edilemez. Böyle bir halde ise, bu tür bir gemide çalışan gemi adamı (işçi) genel kanun olan Borçlar Kanunu'nun kapsamında değerlendirilmelidir.

Kanımızca, ilk derece mahkemesinin öncelikle; iki İş Kanunu arasındaki ilişkiyi incelemeyen ve buna ilişkin gerekçe belirtmeden, doğrudan uyuşmazlığın esasına girmesi hatalıdır.

İlk derece mahkemesinin kararının temyizi üzerine Yargıtay kararında; yukarıda da belirttiğimiz gibi, Deniz İş Kanunu ile İş Kanunu arasında genel-özel ilişkisi olmayıp her iki kanunun da özel olması dolayısıyla, alt işveren düzenlemesinin sadece İş Kanunu'nda olduğundan, ilgili hükümlerin Deniz İş Kanunu'nun kapsamına giren ihtilafa uygulanamayacağını haklı olarak, hükme bağlamıştır. Bu açıdan, Yargıtay kararına katılmaktayız.

Yüksek mahkemenin vardığı bu sonucun aynı zamanda, İş Kanunu'nda düzenlenen alt işveren düzenlemesi incelendiğinde, kanun koyucunun "... bu kanundan doğan.." (İşKm.2/6)ibaresi ile de uyduğunu söyleyebiliriz. Çünkü İş Kanunu'nun kastettiği şey, İş Kanunu kapsamında olan işçilerin alt işveren düzenlemelerinden yararlanabileceğidir<sup>14</sup>. Aynı durum elbette geçersiz bir alt işveren ilişkisi dolayısıyla, "baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılma sonucunu" düzenleyen İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkra hükmü için de geçerlidir. (İşKm.2/7)

Ancak Yargıtay kararının devamında, uyuşmazlığın esasları ile bir türlü nasıl bağlantı kurulduğunu anlayamadığımız şekilde, 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile 5510 sayılı SSGSSK'nun 12. maddesi dayanak yapılarak, farklı bir çözüme gidildiği görülmektedir. Kararın sonuç kısmında Yüksek Mahkeme; söz konusu kanuni düzenlemelerin Deniz İş Kanunu'na göre genel olduğundan yola çıkarak, alt işveren ilişkisindeki muvazaa hallerinde uygulanan İş Kanunu'ndaki yaptırımın, somut olaya da uygulanması ve buna göre davacı işçinin işçilik haklarının, asıl işverenin işçisiymiş gibi, asıl işverenin işçilerine uygulanan TİS'e göre hesaplanmasına, karar vermiştir.

Yargıtay'ın özellikle hukuki dayanak olarak sunduğu gerekçe kısmına ve sonucuna katılmamaktayız. Bilindiği gibi muvazaa kurumu, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olsa da İş Kanunu'ndaki hukuka uygun olmayan alt işveren ilişkisine uygulanan yaptırımın yapısı ve sonucu ile Borçlar hukukundaki muvazaanın yapısı ve sonucu tamamen farklılık taşımaktadır<sup>15</sup>. Ayrıca, Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri

<sup>14</sup> AYDINLI; İbrahim; Türk İş Hukukunda Alt İşveren ve Muvazaa Sorunu, 3. Baskı, Ankara, 2013, s.226.

<sup>15</sup> İki hukuk dalında muvazaa düzenlemesi ve uygulanmasına ilişkin kurucu yapı ve sonuçların farklılığına ilişkin bkz; AYDINLI, s.347-351.

(BKm.393vd.) arasında, asıl işveren-alt işveren ilişkisine yönelik hiç bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Bu konudaki aksi bir görüşe göre; Deniz İş Hukuku'nda alt işveren konusunda İş Kanunu'ndaki alt işveren için getirilen kanuni sınırlandırmaların geçerli olmadığı, yani asıl işverenin istediği işi başka işverenlere gördürebileceği, ancak Borçlar Kanunundaki muvazaa hükümlerinin genel kanun olarak Deniz İş Hukukunda da geçerli olacağını savunulmaktadır<sup>16</sup>. Kanımızca bu görüş, ilk kısım itibariyle geçerli olsa bile, Borçlar Kanunu'ndaki muvazaanın kurucu unsurlarının oluşması ve mutlak butlana ilişkin sonuçlarının alt işveren ilişkisine nasıl uygulanacağını, cevapsız bırakmaktadır.

Gerçekten de İş Kanunu'nda kanun koyucu, kanuni düzenlemede muvazaa kavramını doğrudan kullanmayıp, "muvazaalı sayılarak" deyimini özellikle seçmiş ve "alt işveren işçisi baştan itibaren, asıl işverenle iş ilişkisi kurulmuş sayılır" şeklindeki sonuç hükmüyle, kendine özgü bir çözüm getirmiştir.

Tüm bunlardan dolayı Borçlar Kanunu'nun genel kanun olması dolayısıyla, Deniz İş Hukuku'nda ortaya çıkan asıl işveren-alt işveren ilişkisine İş Kanunu'nda düzenlenen muvazaa sonucunun uygulanacağını söylemek, aslında sorunun çözülmediğini, bilakis çözümsüz bırakıldığını bize göstermektedir.

Yargıtay'ın, genel kanun olarak nitelediği ikinci kanun olan 5510 sayılı Kanunun, tüm çalışanları kapsamaması bakımından böyle bir özelliğe sahip olduğu doğrudur<sup>17</sup>. Ancak kararda anılan ve alt işveren kurumunun yer aldığı 5510 sayılı Kanunu'nun 12. maddesinin asıl amacı; SGK'nın işverenlerden olan prim alacakları, yani işverenlerin prim yükümlülükleri ile işverenler için kanunda getirilen sosyal sigorta yükümlülüklerini düzenlemektir<sup>18</sup>. İlgili kanun hükmü incelendiğinde, burada alt işveren-asıl işveren ilişkisinde işçilerin alacaklarına ilişkin bir sorumluluğun hüküm altına alınmadığı gayet açıktır.

---

<sup>16</sup> KAR, s.78.

<sup>17</sup> KAR konuyla ilgili olarak alt işveren ilişkisinde asıl işverenin alt işverenle beraber *sosyal güvenlik hukukundan doğan* yükümlülükleri için müteselsilen sorumlu olmasının 5510 sayılı SSGSSK'nun tüm İş Kanunlarına göre genel kanun olmasından kaynaklandığını haklı olarak savunmaktadır. KAR, Deniz İş Hukuku, s.78.

<sup>18</sup> 5510 sayılı SSGSSK'nun 12. maddesinde düzenlenen alt işveren ilişkisinde asıl işverenin müteselsil sorumluluğunun konusu ve kapsamına ilişkin geniş bilgi için bkz; GÜZEL, Ali/ OKUR, Ali Rıza/ CANIKLIOĞLU, Nurşen; Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Baskı, 2010, s. 191-196.

Somut uyuşmazlıkta, ihtilafın esası sigorta primi ya da 5510 sayılı Kanundan doğan işveren sorumluluğunun yerine getirilememesinden değil, doğrudan davacı işçinin ferdi işçi alacaklarından oluştuğu, davanın talep kısmından (...*ücret, ikramiye, fazla mesai, tatil çalışmaları karşılığı ücret ve sözleşmeden kaynaklanan sosyal yardım...*) açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle, uyuşmazlığın konusu olan ferdi işçi alacağına, 5510 sayılı Kanunun 12. maddesini kanuni dayanak yapmak; hukuka aykırılık bağı ve normun (hükmün) koruma amacına<sup>19</sup> aykırı olup, aynı zamanda böyle bir sonuca varmak, kanun hükmünü zorlamaktan öteye geçmez.

Kanaatimizce, Yargıtay sosyal düşünceyle harekete ederek, deniz taşımacılığında daha geniş ifadeyle, Deniz İş Kanunu kapsamında olan gemi adamı(işçi)-işveren ilişkilerine, işçiyi koruyucu bir nitelik taşıyan İş Kanunu'ndaki alt işveren hükümlerinin uygulanmasını amaçlamış olabilir. Yüksek mahkeme, bu amaçla, böyle bir sonuca varmış olsa da, pozitif hukuk ve hukuk kurallarının uygulanmasına ilişkin genel ilkeler ışığında, sonuca ilişkin gerekçeye katılmak son derece zor, hatta imkânsız gözükmektedir.

Pozitif hukuk bakımından belki de yapılması gereken düzenleme; asgari ücret (İşKm.39/1) ve iş güvencesinde (İşKm.116) olduğu gibi, İş Kanununun 2. maddesine Basın ve Deniz İş Kanunlarına da alt işveren hükümlerinin uygulanabileceğine ilişkin bir ek fıkra eklendiği takdirde, buna dayanılarak, kanuna uygun bir çözüm gerçekleştirilebilir.

İş Kanunu'nda düzenlendiği gibi, Deniz İş Kanunu hükümleri incelendiğinde de (Deniz İş Kanunu'nun 49. maddesi ile İş Kanunu'nun denetim ve teftişe ilişkin hükümlerine, yine Deniz İş Kanununun 37. maddesi ile İş Kanunu'ndaki asgari ücret düzenlemesine ve son olarak Deniz İş Kanunu'nun 38. maddesinin son fıkrası ile İş Kanunu'ndaki ücretten kesme cezasına yönelik) İş Kanunu'na yönelik, atf hükümlerinin olduğu tespit edilmektedir. Bir bakıma kanun koyucunun, iki özel kanun arasında, birinde bulunan hükmün diğerine uygulanabilmesinin ancak bu şekilde olabileceğine ilişkin, uygulamaya yön göstermektedir.

Son olarak, Deniz İş Kanunu'nda olmayan, ancak İş Kanunu'nda olan bir hükmün, kanun boşluğu olduğu kabul edilerek, Deniz İş Kanunu'nun kapsamına giren ilişkilere uygulanması (şayet özel bir atf yok ise) hukuken mümkün değildir düşüncesindeyiz.

<sup>19</sup> Hukuka aykırılık bağı ve normun koruma amacı kurumuna ilişkin geniş bilgi için bkz; EREN, Fikret; "Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi", Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara, 1975.

## **E- İş Kanunu'ndaki Alt İşveren Hükümlerinin Uygulanabilmesinde Deniz İş Kanunu'nun 48. Maddesinin Anlamı**

Somut uyuşmazlığa uygulanma açısından, Deniz İş Kanunu'ndaki bu eksikliği gideren bir hüküm var mı diye Deniz İş Kanunu incelendiğinde, bu konuda, bize belki de ışık tutacak olan maddenin “saklı hükümler” başlığıyla, Kanunun 48. maddesinin olduğu görülmektedir. Kanuni düzenleme; “*Bu kanun hükümleri, gemiadamına daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, hizmet akti, örf ve adetlerden doğan haklara halel getirmez. Bu kanunun uygulanması sonucu olarak işverene düşen yükümlülükler, gemiadamlarının ücret vesair haklarının daha aşağı hadlere indirilmesine sebep tutulamaz.*” şeklinde hükme bağlanmıştır.

İlgili düzenlemede dikkat çeken yer; kanunun ilk cümlesinde, yer alan “...*gemiadamına daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun...*” ifadesidir. Bir başka anlatımla, somut uyuşmazlıkta davacı, İş Kanunu'nda düzenlenen alt işveren ilişkisinde muvazaa hükmünün sonuçları talep etmektedir. İş Kanununun 2. maddesinin 6 ve 7. fıkraları Deniz İş Kanunu kapsamındaki gemi adamına Kanunun deyimiyile “...*daha elverişli hak ve menfaat sağlayan...*” bir kanuni düzenleme olduğundan, İş Kanunu'nda alt işveren işçileri için getirilmiş olan kanuni haklar aynen gemi adamları için de uygulanabilir<sup>20</sup>.

Bu konuda karşı görüş olarak; İş Kanunu, Deniz İş Kanunu'ndaki denizlerde yapılan gemi taşımacılığında çalışan gemi adamını kapsam dışı bırakmıştır denilebilirse de, gemi adamına ilişkin özel kanun olan Deniz İş Kanunu'nda, diğer kanunlara yönelik atıf hükmünü (m.48) işçiyi koruma genel prensibi altında, işçi lehine yorum ilkesi gereği yorumladığımızda, İş Kanunu'ndaki alt işveren düzenlemelerinin, gemi adamlarına da uygulanabilir olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Ancak en sağlıklı ve tartışma yaratmayacak olanı belki de; Deniz İş Kanunu'na “*İş Kanunundaki alt işveren düzenlemeleri bu kanundaki ilişkiler için de geçerlidir.*” Ya da İş Kanunu'na “ *Bu kanundaki alt işveren düzenlemeleri Deniz İş Kanunu içinde geçerlidir.*” şeklinde ilgili hükme ek fıkra getirilerek kanun değişikliğine gidilmesidir.

### **IV-Sonuç**

Sonuç olarak; ilk derece mahkemesi ve Yargıtay'ın verdiği kararlarda, alt işveren işçisi olan gemi adamının işçilik alacaklarına ilişkin taleplerinin, İş

---

<sup>20</sup> Benzer görüş için bkz; KAR, Deniz İş Hukuku, s.26.

Kanunu'nda yer alan muvazaalı alt işveren ilişkisine bağlanan çözüme göre sonuçlandırılması, *sosyal açıdan* istenilen bir sonuç olabilir. Ancak Yargıtay'ın hükme esas aldığı hukuki gerekçelerin eksikliği ve yanlış nitelendirmelerle meseleyi çözmesi, doğru bir hukuki değerlendirme ya da nitelendirme olarak kabul edilemez. Bunun yerine Yargıtay karar gerekçesinde, Deniz İş Kanunu'nun "saklı hükümler" başlığını taşıyan 48. maddedeki düzenlemeye dayanması kanunların uygulanması prensiplerine daha uygun olurdu düşüncesindeyiz.

Son olarak belirtelim ki, somut uyuşmazlığa ve buna benzer ihtilaflara ilişkin en sağlıklı hukuki çözüm; ya Deniz İş Kanunu'na deniz taşıma işlerinin özelliği gözetilerek, alt işveren hükümlerinin konulması ya da önemli bir farklılık yoksa o halde İş Kanunu'ndaki alt işverenle ilgili 2. maddenin 6. ve 7. fıkralarına atf yapılarak bir kanun değişikliğine gidilmesidir.

#### KAYNAKÇA

- AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/ KAPLAN, SENYEN E. Tuncay; İş Hukuku, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara, 2013.
- AKYİĞİT; Ercan; "Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.24, Şubat- Mayıs 2012.
- AYDINLI; İbrahim; Türk İş Hukukunda Alt İşveren ve Muvazaa Sorunu, 3. Baskı, Ankara, 2013.
- BAŞBUĞ, Aydın; İş ve Hukuk, Ankara, 2011.
- BEDÜK, Nusret; Deniz İş Sözleşmesi, Yalova 2012.
- ÇELİK Nuri; İş Hukuku Dersleri Yenilenmiş 26. Baskı, İstanbul, 2013.
- ÇİL, Şahin; İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 3. Baskı, Ankara, 2011.
- EDİZ, Seyfullah; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri Ankara, 1997.
- EREN, Fikret; "Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi", Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara, 1975.

- ERGİN, Berin; “Deniz İş Hukukunda Gemi Adamının Hizmet Akdinin Haklı Nedenle Feshi Sebepleri” İş Hukuku Dergisi, C:I, 1991.
- GÖKÇE, Deniz İş Kanununun Hukuk Sistematiği İçindeki Yeri ve Niteliği, İstanbul Barosu Derneği, C.82, S:2008/2.
- GÜZEL, Ali/ OKUR, Ali Rıza/ CANIKLIOĞLU, Nurşen; Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Baskı, 2010.
- KAR, Bektaş; İçtihatları ve Mevzuatı ile Deniz İş Hukuku, Ankara, 2011.
- KAR, Bektaş; Deniz İş Sözleşmesi, SİCİL, İş Hukuku Dergisi, Eylül, 2011, S:23.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI Muhittin; İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2011.
- NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1994.
- SEVİMLİ K. Ahmet; İş Hukukunda Kaptan, 2000.
- SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul, 2013.
- ULUCAN Devrim; Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler, İstanbul, 1986.



# OTO KİRALAMA KLOZLU KASKO SİGORTASI İLE GÜVENCE ALTINA ALINAN ARAÇLARDA SİGORTA ETTİRENİN SÖZLEŞME SÜRESİ İÇİNDE BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Huriye KUBİLAY\*

## ÖZET

Ülkemizde özel araçların sahipleri tarafından zaman zaman kısa süreli kiralınması veya uzun süreli olarak bir araç kiralama firmasına kiralınması oldukça yaygın bir uygulamadır. Bu uygulamanın, araçların kasko ve trafik sigortalarına etkileri; tarafların hak ve yükümlülükleri bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Sigorta Süresi İçinde Beyan Yükümlülüğü" ile ilgili 1444 ve 1445inci maddeleri hükümleri ile getirilen yeni düzenleme, bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde sigortacıya sözleşmeyi fesih veya prim farkı talep edebilme şeklinde seçimlik hakların tanınması ve rizikonun gerçekleşmesinden sonra beyan yükümlülüğüne aykırı davranıldığına ortaya çıkması durumunda sigorta ettirenin kusuru ve değişiklik ile gerçekleşen riziko arasındaki bağlantının göz önünde bulundurulması nedeniyle uyuşmazlıklara hakkaniyete uygun çözümler getirebilecek niteliktedir.

Yargıtay kararlarının da değerlendirildiği bu çalışmada, uygulamadan bir örnek verilerek konunun somut bir şekilde açıklanması amaçlanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Klok (ek şart), beyan yükümlülüğü, kasko sigortası, sigorta ettiren, oto kiralama, sigorta primi, Yeni Türk Ticaret Kanunu

## **INSURED'S DUTY TO GIVE INFORMATION ABOUT CARS WHICH HAVE BEEN COVERED BY AUTOMOBILE INSURANCE WITH THE CAR RENTAL CLAUSE DURING THE INSURANCE CONTRACT PERIOD**

### **ABSTRACT**

The practice of hiring of private cars by their owners from time to time for a short-period or for a long period to a rent a car firm is a quite extensive. Impacts of this practice on auto and traffic insurance contracts and rights and obligations of the parties constitute the subject of this Article.

New regulation on Article 1444 and 1445 of the Turkish Commercial Code No 6102 related to "Duty to give information in insurance period", is such as to bring equitable remedies to disputes for the reason of granting alternative rights as

\* Prof.Dr., İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı ve Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, huriye.kubilay@ieu.edu.tr

*to cancelling of contract or claiming premium difference to insurer and considering fault of insured and relation between change and actual risk in case of occurrence the breach of duty to give information after realisation of the risk.*

*In this paper, where the decisions of the Court of Cassation are also evaluated, it is aimed to explain the subject in concrete form by giving an example from practice.*

**Keywords:** *Clause (additional/supplementary clause), duty to give information, land vehicles insurance, insured, rent a car, insurance premium, New Turkish Commercial Code*

## **GİRİŞ**

Sürekli bir ilişkiyi düzenleyen sigorta sözleşmesinin kural olarak, taraflardan sadece biri tarafından değişikliğe uğratılmaması gerekir. Bununla birlikte, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1444üncü maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere, sözleşme yapıldıktan sonra, sigorta ettirenin kendisi veya üçüncü bir şahıs tarafından, şartlarda ve özellikle rizikonun gerçekleşme olasılığında sözleşmeyi etkileyebilecek nitelikte değişiklikler yapılabilir. Bu durumda, nasıl ki sözleşmenin yapılması sırasında sigorta ettirenin yapacağı beyanlara ihtiyaç duyuluyorsa, taraflar arasındaki menfaatler dengesini sürdürmek bakımından, sözleşmenin devamı sırasında da böyle bir ihtiyaç vardır. Böylece 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda olduğu gibi (TTK m.1291), sigorta süresi içinde beyan yükümlülüğü 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş; illiyet ve kusur unsurları da dikkate alınmak suretiyle çok daha ayrıntılı bir tarzda hüküm altına alınmıştır. Bu çalışmada, oto kiralama klotlu (ek şartlı) kasko sigortası sözleşmelerinde, sigorta sözleşmesi süresi içinde beyan yükümlülüğü çeşitli olasılıklar gözönünde bulundurulurken ele alınmaktadır.

Özel kullanım amacına tahsis edilmiş ve baştan bu amaca yönelik olarak sigorta ettirilmiş bir aracın sonradan kiralama amacına yönelik olarak kullanılmaya başlaması kullanım amacında değişiklik olduğunu gösterir. Böyle bir aracın kiralama durumunda, kiralama süresi ve kiracının kullanım amacı da; özel kullanım veya ticari kullanım amacı üzere farklı olabilecektir. Kiralama klotu taşıyan bir kasko sigorta sözleşmesi, böyle bir klotu içermeyen; özel otoyola ilişkin sigorta sözleşmesine oranla sigortacının daha çok riski üstlenmeyi taahhüt ettiğini gösterir. Bunun da sigorta primini etkileyeceği açıktır. Kiralama klotu içeren bir sigorta sözleşmesi yapılırken özel kullanım amacına tahsis edilmiş bir aracın sigorta primine oranla daha fazla sigorta primi istenebilecektir. Özel kullanım amacına tahsis edilmiş bir

aracın kasko sigortası yapıldıktan sonra kiralanması durumunda ise riziko ağırlaştığından sigorta ettirenin beyan yükümü doğacaktır (6762 sayılı TTK m.1291, 6102 sayılı TTK m.1444-1445). Sigorta ettirenin sözleşme süresi içinde beyan yükümlülüğü, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, önceki düzenlemeye oranla çok daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlükte olduğu zaman Yargıtay 17nci Hukuk Dairesi tarafından 12.04.2012 tarihinde oyçokluğuyla verilen kararda (E.2011/10711, K.2012/4585)<sup>1</sup>, özetle;

<sup>1</sup> “Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine dair verilen hükmün süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

**KARAR :** Davacı vekili, davalı şirkete kasko sigortalı müvekkiline ait aracın trafik kazasında hasarlandığını, ihbara rağmen davalının hasar bedelini ödemediğini belirterek şimdilik 250 TL'nin 10.05.2009 tarihinden işleyecek avans faizi ile davalıdan tahsilini talep etmiş, 05.11.2010 tarihli islah dilekçesi ile talebini 3.067 TL daha artırarak toplam 3.317 TL'nin aynı tarihten işleyecek avans faizi ile davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı vekili davacı aracının özel oto olarak sigorta poliçesinin düzenlendiğini ancak davalının aracı kiralık araç olarak kullandığını, kazanın bu esnada meydana geldiğini, davalının araç kiralama faaliyetinde bulunduğunu, adına kayıtlı çok sayıda araç bulunduğunu, hasarın teminat kapsamında olmadığını, davacının ticari defterlerinde inceleme yapılması gerektiğini belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, davacı şirketin ticari defter ve kayıtlarında uzman bilirkişiye yaptırılan bilirkişi raporunda davacı tarafın bir başka şirket aracılığıyla araçlarını kiralandığını, araç kiralamadan gelir sağladığının tespit edilmesine, duruşmada dinlenen davalı tanığının (kazaya karışan karşı aracın zilyedi Harun ) davacı tarafa ait aracın sürücüsünün aracı kiraladığını kendisine beyan ettiğini söylemesine, davacı aracının kiralık araç olarak kullanıldığının sabit olmasına göre davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, kasko sigorta sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Taraflar arasında düzenlenen kasko sigorta poliçesinin 3. sayfasında kullanım şekli istisnası klozunda sürücü kursu aracı taksi veya dolmuş olarak işletilen veya kullanılan ayrıca günlük veya kısa yahut uzun süreli olarak kiralanan araçlarda meydana gelen yangın ve çalınma dahil tüm hasarlar aksi açıkça kararlaştırılmış ve gereken ek prim de ödenmiş olmadıkça sigorta teminatının dışında olduğu belirtilmiştir. Somut olayda davaya konu aracın dosya kapsamına göre kiralık araç olarak kullanıldığının davacı tarafça kiraya verildiğinin kabulü gerekmemekte ise de kasko sigortası genel şartlarında özel aracın sigortacının bilgisi dışında ticari amaçla (kiralık ) kullanılması teminat dışı bir hal olarak düzenlenmemiştir. Bu maddenin amacı sigortacının sigorta priminin yükseltilmesini sağlayabilmektir.

TTK'nın 1266. maddesine göre poliçede nelerin yazılı olacağı belirlenmiştir. TTK'nın 1264/4. maddesine göre de genel şartlarda yazılı olmayan bir husus sigortalı aleyhine değiştirilemez. Değiştirilmiş ise bu değişiklik geçersizdir. BK'nın hükümleri TTK 1264/1 maddesi gereğince Ticaret Kanunu'nun bu konuları düzenleyen beşinci kitabında düzenleme olmazsa uygulanır. Ancak, poliçe genel şartlarının sigortalı aleyhine değiştirilemeyeceği TTK 1266,

“Davaya konu aracın kiralık araç olarak kullanıldığına davacı tarafça kiraya verildiğinin kabulü gerekmekte ise de, kasko sigortası genel şartlarında özel aracın sigortacının bilgisi dışında ticari amaçla kullanılması teminat dışı bir hal olarak düzenlenmemiştir. Kanunda, genel şartlarda yazılı olmayan bir hususun sigortalı aleyhine değiştirilemeyeceği, değiştirilmiş ise bu değişikliğin geçersiz olduğu kabul edildiğinden, mahkemece rizikonun gerçekleştiği tarihte sözleşme geçerli olduğuna göre, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği ile davalı sigorta şirketi ile diğer bir kısım sigorta şirketlerinden davacı şirkete ait aracın tüm özellikleri de belirtilerek kasko poliçesinin düzenlendiği tarihte aracın kiralık olarak kullanılacağı beyan edilmiş olsaydı alınması gereken prim bedelinin araştırılıp sorulması, bununla ilgili düzenlenen poliçe örneklerinin istenilmesi, daha sonra bilirkişi kurulundan tahakkuk ettirilen prim ile alacağın kiralık olarak kullanılacağına bilinmesi durumunda ödenmesi gereken prim arasındaki oran belirlenerek bu orana göre tespit edilen hasar bedelinden proporsiyon indirimi yapılarak davalı sigorta şirketinin sorumlu olduğu hasarın tespiti yönünden ek rapor alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir.” sonucuna varmıştır.

Karşı oy yazısı ise şöyledir:

“TC Anayasası’nın 48. maddesinde “herkesin sözleşme hürriyetine sahip olduğu”..., 818 sayılı BK 19. maddesinde “bir akdin mevzuunun, kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunabileceği, kanunun kati suretle emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet, ahlaka

---

1264/4 maddeleri kapsamında düzenlendiğinden TTK 1264/1 maddesi gereğince somut olayda BK’nın hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Bu durumda mahkeme rizikonun gerçekleştiği tarihte sözleşme geçerli olduğuna göre Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği ile davalı sigorta şirketi ile diğer bir kısım sigorta şirketlerinden davacı şirkete ait aracın tüm özellikleri de belirtilerek kasko poliçesinin düzenlendiği tarihte (20.10.2008 ) aracın kiralık olarak kullanılacağı beyan etmiş olsaydı alınması gereken prim bedelinin araştırılıp sorulması, bununla ilgili düzenlenen poliçe örneklerinin istenilmesi, daha sonra 12.10.2010 tarihli raporu düzenleyen bilirkişi kurulundan tahakkuk ettirilen prim ile aracın kiralık olarak kullanılacağına bilinmesi durumunda ödenmesi gereken prim arasındaki oran belirlenerek bu orana göre tespit edilen hasar bedelinden proporsiyon indirimi yapılarak davalı sigorta şirketinin sorumlu olduğu (ödenmesi gereken hasarın tespiti yönünden ek rapor alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu biçimde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

**SONUÇ :** Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı T.. Mob. Dekorasyon Tur. Haki. San. Tic. Ltd. Şti. vekilinin temyiz itirazının kabulü ile hükmün (BOZULMASINA ), peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, 12.04.2012 tarihinde Başkan A. Velioğlu ile Üye E.S. Baydar ’ın karşı oyu ve oyçokluğuyla karar verildi.”

Bu Karar için bk. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim tarihi:03.09.2013)

(adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça iki tarafın yaptıkları mukavelelerin muteber bulunduğu” öngörölmüştür.

Göröldüğü üzere hukuk sistemimizde emredici hükümlere aykırı olmamak koşuluyla, irade hürriyeti ve akit serbestisi sınırları içerisinde tarafların diledikleri gibi sözleşme yapabilmeleri mümkündür.

Somut uyuşmazlıkta, taraflar arasında düzenlenen kasko sigorta poliçesinde özel şart (kloz) olarak “kiralanan araçlardaki bütün hasarların aksi açıkça kararlaştırılmış ve gereken ek primin ödenmiş olmadıkça sigorta teminatı dışında kalacağı” kararlaştırılmıştır.

Davalı sigorta vekili, aracın rent a car olarak kullanıldığını, bu nedenle rizikonun teminat dışında kaldığını ileri sürmüştür.

Dosya içeriği ile rizikonun, aracın rent a car olarak kullanımı sırasında gerçekleştiği anlaşılmaktadır.

Davacı sözleşme özel şartı gereğince ek prim ödediğini ve özel şartının aksinin kararlaştırıldığını ileri sürmediği gibi kanıtlamamıştır.

Taraflar arasında düzenlenen Kasko Poliçesindeki Özel Şart TTK 1264. maddesinde sayılan emredici kanun hükümlerine aykırı olmadığı gibi, TTK 1266/son ve 1281/2 maddesi hükümlerine uygun bulunmaktadır.

O halde poliçe özel şartını geçerli kabul ederek davayı reddeden yerel mahkeme kararının onanması gerekirken, tarafların serbest iradeleri ile akit serbestisi sınırları içerisinde kararlaştırıldıkları poliçe özel şartına değer vermeyerek yerel mahkeme kararını bozan sayın çoğunluk görüşüne muhalifiz.”

Yargıtayın bu Kararı, Kararın verildiği tarihte yürürlükte olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamasına karşın, bugün yürürlükte olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’muzun 1445inci maddesinin beşinci fıkrasındaki hükmünün uygulanmasına örnek oluşturabilecek bir olaydır.

Kararın verildiği tarihte yürürlükte olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu yönünden değerlendirildiğinde, klozdaki açıklama ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri çerçevesinde Karşı Oy yazısındaki görüşün yerinde olduğu kabul edilebilir. Yargıtay Kararı’nda, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1266 ncı maddesine ve 1264üncü maddesinin 4üncü fıkrasına dayanılarak

“Kanunda, genel şartlarda yazılı olmayan bir hususun sigortalı aleyhine değiştirilemeyeceği, değiştirilmiş ise bu değişikliğin geçersiz olduğu kabul edildiğinden...” denilmek suretiyle özel şart hükmünün geçersiz olduğu belirtilmektedir. Şöyle ki; Yargıtay Kararı’nda; “*Taraflar arasında düzenlenen kasko sigorta poliçesinin 3. sayfasında kullanım şekli istisnası klozunda sürücü kursu aracı taksi veya dolmuş olarak işletilen veya kullanılan ayrıca günlük veya kısa yahut uzun süreli olarak kiralanan araçlarda meydana gelen yangın ve çalınma dahil tüm hasarlar aksi açıkça kararlaştırılmış ve gereken ek prim de ödenmiş olmadıkça sigorta teminatının dışında olduğu belirtilmiştir. Somut olayda davaya konu aracın dosya kapsamına göre kiralık araç olarak kullanıldığına davacı tarafça kiraya verildiğinin kabulü gerekmekte ise de kasko sigortası genel şartlarında özel aracın sigortacının bilgisi dışında ticari amaçla (kiralık) kullanılması teminat dışı bir hal olarak düzenlenmemiştir.*” denilmektedir. Yargıtay Kararı’nda açıkça ifade edilmese de “kloz” terimi “özel şart” olarak nitelendirilmiş, Karşı Oy yazısında açıkça “özel şart” terimi kullanılmıştır. Genel şartların tamamlayıcısı olan klozlar (ek şartlar)<sup>2</sup>, genel şartların tabi olduğu hukuki esaslara tabidirler.<sup>3</sup> Bu nedenle, Yargıtay Kararı’nda, kasko sigortası genel şartlarında, özel aracın sigortacının bilgisi dışında ticari amaçla (kiralık) kullanılmasının teminat dışı bir hal olarak düzenlenmediğinin belirtilmiş olması yerinde değildir. Ayrıca, özel şartların<sup>4</sup>, sigorta sözleşmesinin içeriğine dahil unsurlardan olması nedeniyle, teminat dışı bırakılan halin bir özel şart olarak sigorta poliçesinde yer alması da, bu şartın gözönüne alınmayacağı anlamını taşımamaktadır.

TTK m.1264, f.4 uyarınca, 1266ncı madde hükmü, sigorta ettiren kimsenin zararına olarak sözleşme ile değiştirilemeyen, değiştirilirse kanun

<sup>2</sup> Genel koşullara ilişkin eklerin hukuksal değeri hakkında bk. BAHTİYAR, **Mehmet**, Sigorta Poliçesi Özel Koşulları, Genel Koşullardan Ayırılması ve Bazı Sorunlar, Prof.Dr.Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın Nu: 331, Ankara 1998, s.145-146; rizikoların ek klozlarla sigorta kapsamına alınabilmesi hakkında bk. BAHTİYAR, S.145; **ULUĞ, İlknur**, Sigorta Hukukunda Riziko Kavramı ve Bu Kavramdaki Değişiklikler, Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği, Sempozyum, İstanbul 19-20 Kasım 2004, Türkiye Barolar Birliği-Türk Ekonomi Bankası, s.348.

<sup>3</sup> CAN, Mertol, “Gözden Geçirilmeye Muhtaç Hükümler Var mı?” Sorusu Çerçevesinde, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Sözleşmesinin Tabi olduğu Hukuki Esaslar, 2. Bası, Ankara 2012, s.30.

<sup>4</sup> “*Sigorta poliçesi özel koşulları, kendi iradeleri doğrultusunda bizzat taraflarca, her somut sigorta ilişkisinin özelliklerine uygun olarak ve yalnızca o anda yapmakta oldukları belirli bir sözleşme gözönünde tutularak kararlaştırılan sözleşme hükümleridir....Özel koşullar taraflarca belirlenip sözleşme içeriğine dahil edildiğine göre, hukuksal açıdan “sözleşmesel” niteliğe sahiptirler. Böyle olunca, emredici hükümlere aykırı olmamaları ve sözleşme özgürlüğü sınırları içerisinde geçerli olmaları gerekir (BK m.19-20)”* **BAHTİYAR**, s.133-134.

hükümlerinin re'sen tatbik olunacağı bir hükümdür. TTK m.1266 hükmüne göre, sigorta poliçesinin içermesi gereken hususlardan biri de sigortacının üstüne aldığı rizikolardır (b.3) ve ayrıca 6ncı bende göre, sigortacının üstüne aldığı rizikoların hakiki mahiyetlerini tamamen tayine yarayacak bütün hallerin belirtilmesi gerekmektedir.<sup>5</sup> Olayda, TTK m.1266 hükmüne aykırılık söz konusu olmayıp, kapsam dışı bırakılmak istenen risk; özel kullanım amacına tahsis edilmiş sigortalı otonun sigorta sözleşmesi yapıldıktan sonra, sigorta süresi içinde kiralanması nedeniyle doğabilecek risk, sigorta sözleşmesinde açıkça aksi kararlaştırılmış ve ek prim ödenmiş olmadıkça teminat kapsamı dışında bırakılmış olduğundan, sigorta ettirenin sigorta tazminatı talebinin reddedilmesi uygun olurdu.

Sigorta sözleşmesinin içeriğine dahil olan özel şart, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m.11 (1) hükmüne uygun bir şekilde, herhangi bir yanılıya neden olmayacak şekilde açık olarak, “*kiralanan araçlardaki bütün hasarların aksi açıkça kararlaştırılmış ve gereken ek primin ödenmiş olmadıkça sigorta teminatı dışında kalacağı*”nı düzenlemektedir. (4)üncü fıkra hükmüne göre de; “(4) *Sigorta sözleşmelerinde kapsam dahiline alınmış olan riskler haricinde, kapsam dışı bırakılmış riskler açıkça belirtilir. Belirtilmemiş olan riskler teminat kapsamında sayılır.*” Yargıtay Kararı’nda, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun hiç gözönünde bulundurulmadığı anlaşılmaktadır.

Olayın vuku bulduğu tarihte henüz yürürlükte bulunmayan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na göre bir değerlendirme yapılacak olursa, sigorta ettirenin kastı bulunmadığı veya kastı bulunsa bile meydana gelen değişiklik ile gerçekleşen riziko arasında bağlantı bulunmadığı ve sigortacı sözleşmeyi feshetmediği takdirde, oyçokluğuyla alınan Kararın yerinde olduğu sonucuna varmak mümkün olabilirdi.

Uygulamada, kiralama amaçlı olarak kullanılan araçlar *kısa süreli kiralama klozu ve uzun süreli kiralama klozu* ile sigortalanmaktadır.

Kiracı, aracı özel kullanım amacıyla kullanabileceği gibi ticari amaçla da kullanabilecek, kiracının kullanım amacı da özel veya ticari amaçlı olmak üzere farklı olabilecektir; ticari amaçlı kullanım söz konusu olduğunda, taraflar arasında kısa süreli veya uzun süreli olmak üzere farklı içerikte kiralama sözleşmeleri yapılabilecektir. Esas olan, kasko sigortası sözleşmesindeki kiralama klozuna uygun bir kiralama sözleşmesinin yapılmış olmasıdır. Ancak, uygulamada, sigorta sözleşmelerindeki kiralama klozuyla, sigorta ettiren/kiralayan ve kiracı arasındaki kira sözleşmesinin her zaman uyumlu

<sup>5</sup> ULUĞ, s.324.

olmadığı durumlara rastlanmaktadır. Bu uyumun bulunmadığı durumlarda esas olarak sözleşmenin fiili duruma uygun hale getirilmesi; sözleşmede değişiklik yapılması beklenir.

Sigortacı ile sigorta ettirenin sözleşme yapıldığı esnadaki kullanım amacının sonradan değişmesi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre sigorta ettirenin bu yeni durum hakkında sigortacıyı bilgilendirmesini gerektirebilir.

Kısa süreli kiralama klozu içeren bir sigorta sözleşmesiyle sigorta güvencesi verilen özel aracın sigorta süresi içinde istenildiği kadar kısa süreli olarak kiralanması veya uzun süreli olarak bir araç kiralama firmasına kiralanması risk yönünden ayrı ayrı değerlendirilebilir. Burada, kısa süreli oto kiralama kasko klozuyla sigorta ettirilen bir aracın sonradan uzun süreli olarak kiraya verilmesi durumunda<sup>6</sup>, bu sözleşme değişikliği nedeniyle sigorta ettirenin bu yeni durumdan sigortacıyı haberdar etmesi gerekip gerekmediği üzerinde durulabilir. Uzun süreli oto kiralamanın, kısa süreli kiralamaya göre daha az risk taşıdığı öne sürülse de, sigortalı özel aracın, sahibi tarafından uzun süreli olarak bir araç kiralama firmasına kiraya verilmesi, araç kiralama firmasının aracı kısa sürelerle sıkça kiralanması durumunda da risk yine oldukça yüksek olacaktır. Araç, kısa süreli kiralama klozuyla sigortalandığından, sigorta ettiren tarafından uzun süreli kiralanmış olsa da kiracı tarafından kısa sürelerle kiralanması halinde başlangıçta belirlenen riskte değişiklik olmayacağı, uzun süreli kiralanması durumunda ise sözleşme yapılırken belirlenen riskin hafifleyeceği varsayılabilir.

Bu nedenle, çeşitli olasılıklara göre farklı hazırlanacak sigorta poliçelerinde sigorta güvencesi verilen riskle ilgili gerekli açıklamaların ayrıntılı olarak yapılması önemlidir. Sigorta priminin hesaplanmasında yaratacağı etkinin yanısıra 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda "*umumilik esası*"nın (bütün risklerden sorumluluk esası) terk edilmiş olması ve sigorta süresi içinde beyan yükümlülüğü bakımından da değerlendirilmesi gereken bir durum ortaya çıkmaktadır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, sigorta ettirenin sigorta süresindeki beyan yükümlülüğünün 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre daha ayrıntılı olarak düzenlenmiş olması ve bu konudaki somut bir olayın yeni hükümler çerçevesinde değerlendirilmesinin yararlı olacağı düşüncesiyle bu çalışma yapılmıştır.

---

<sup>6</sup> DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Üçüncü Baskı, Üçüncü Cilt, Madde 816-1475, Ankara 1990, s. 3058.



6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki, sigorta ettirenin sözleşme süresi içinde beyan yükümlülüğü, KENDER<sup>7</sup> tarafından "görev", CAN<sup>8</sup> tarafından "kölfe" olarak nitelendirilmektedir. Bu çalışmada, Kanun'da, "sigorta ettirenin sözleşme süresi içinde beyan yükümlülüğü" olarak adlandırılan davranışın hukuki niteliği üzerinde de durulacaktır.

### I-"KISA SÜRELİ KİRALAMA" KLOZU

Bazı durumlarda, sigorta poliçesi genel şartlarında belirtilen esaslardan ayrılan düzenlemelerin yapılması zorunluluğu doğabilir. Genel şartların (General conditions) tamamlayıcısı olan bu şartlar "kız" (General clause) veya "ek şart" (additional/supplementary clause) olarak adlandırılırlar ve genel şartların tabi olduğu kurallara tabi olurlar.<sup>9</sup>

"Uzun süreli araç kiralama" kavramı 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 3üncü maddesinde "işleten" kavramı tanımlanırken karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, "İşleten", araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişi olarak tanımlanmaktadır. İşleten, bu Kanun'un 91inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca mali sorumluluk sigortası (Trafik Sigortası) yaptırmakla zorunlu olan kişidir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun bu maddelerinden hareketle, aracını kısa süreli olarak kiralayan araç maliki, mali sorumluluk sigortasını yaptırmak zorundadır. Aracın uzun süreli olarak kiralması halinde ise bu sigortayı yaptırmak zorunda olan kiracıdır.

Yargıtay 11.HD.13.09.2004 tarihli ve E. 2003/13798 - K. 2004/8129 sayılı kararında, 6 (altı) aylık sürenin uzun süreli kiralama olarak dikkate alındığı görülmektedir.

***"Motorlu aracı uzun süreli kiralama sözleşmesi ile kiralayan kiracı, işleten sayılır. Bu hüküm, araç üzerindeki fiili hakimiyet ve iktisaden yararlanma ilkesi dikkate alınarak getirilmiş bir düzenlemedir. Mahkemece, salt malik sıfatı yeterli görülerek davalının sorumluluğuna karar verilmesi doğru olmamıştır.***

<sup>7</sup> KENDER, Rayegan, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi-Sigorta Sözleşmesi, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Eklenmiştir, Güncelleştirilmiş Onikinci Bası, İstanbul 2013, s.265 vd.

<sup>8</sup> CAN, s. 73-77.

<sup>9</sup> CAN, s.30. Sigorta poliçesi, genel şartlardan ve kızılardan başka tarafların aralarında kararlaştırdıkları hususları içeren "özel şartlar"ı (Private contract conditions) da içerebilir.

*Dava, TTK.nun 1301 nci maddesine dayalı kasko sigorta rücu davasıdır. Davalılarından Candan vekili, müvekkiline ait hasar veren aracın yazılı kira sözleşmesi ile 6 aylığına dava dışı rent a car firmasına müvekkilince kiraya verildiğini savunarak, husumet itirazında bulunmuş, bu firma aleyhine aracı iade etmediğinden bahisle suç duyurusunda bulunmuş, buna ilişkin yazılı belgeler sunmuş, dinlenen bu davalı tanıkları bu savunmayı doğrulamışlardır. Mahkemece, bu davalı ile kiracısı dava dışı firma arası iç ilişki bulunduğu gerekçesiyle, bu davalının malik sıfatı gözetilerek, sorumluluğuna karar verilmiştir.*

*Oysa, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 3 ncü maddesindeki işleten tanımına göre, motorlu aracı uzun süreli kiralama sözleşmesi ile kiralayandan alan kiracı, işleten sayılmaktadır. Bu hüküm, araç üzerindeki fiili hakimiyet ve iktisaden yararlanma ilkesi dikkate alınarak getirilmiş bir düzenlemedir.*

*O halde mahkemece, bu davalı vekilinin husumet itirazının, bu açıklamalar ışığında değerlendirilmesi, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu davalının salt malik sıfatı yeterli görülerek, eksik incelemeye ve yanlış gerekçeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.”<sup>10</sup>*

*Yine, Yargıtay 4.HD.08.07.2004 tarihli ve E. 2004/2363 - K. 2004/9097 sayılı kararında, “uzun süre” kavramının her olayın özelliğine göre belirlenmesi belirtilmekle beraber, somut olaydaki 6 altı) aylık kira süresinin uzun süreli olduğu sonucuna varılmıştır.*

***“Uzun süre” kavramını belirli bir gün sayısı ile sınırlamak, zarar görenleri korumak için getirilmiş olan tehlike sorumluluğunun amacına ters düşer. Bu yüzden “uzun süre” kavramı, her olayın özelliğine göre belirlenmelidir.***

*2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası'nın 3. maddesinde işleten; araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya “aracı uzun süreli kiralama” ariyet veya rehin gibi hallerde “kiracı” ariyet veya rehin alan kişi olarak tanımlanmıştır. Karayolları Trafik Yasası'nın 85/1 maddesine göre sorumlu olacak işletenin belirlenebilmesi “uzun süre kavramı”nın açıklığa kavuşturulmasıyla mümkündür. Motorlu araçların kiralınmasında “uzun süre” kavramını belirli bir gün sayısı ile sınırlamak, zarar görenleri korumak için getirilmiş olan*

<sup>10</sup> <http://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari/motorlu-aracin-uzun-sureli-kiralnmasinda-kiracinin-isleten-olarak-sorumlulugu.htm> (Erişim tarihi: 21.06.2013)

tehlike sorumluluğunun amacına ters düşer. Bu yüzden “uzun süre” kavramı, her olayın özelliğine göre belirlenmelidir.

Davacıların zarar görmesine yol açan, Adekha Sigorta Aracılık Hizmetleri Ltd. Şirketi adına kayıtlı aracın **6 ay süre ile** diğer davalı Mevlana Turizm İnşaat ve Ticaret Limitet Şirketi'ne **kiraya verilerek teslim edildiği** açıklanmış ve buna ilişkin araç kira sözleşmesi dosyaya sunulmuştur. Mevlana Turizm İnşaat ve Ticaret Limitet Şirketi'nin de bu aracı davalılardan Tuncay Temirhanogulları'na kiraladığı, Tuncay Temirhanogulları'nın direksiyon hakimiyetini kaybetmesi sonucu yoldan çıkararak devrilen araçta bulunan davacıların desteğinin öldüğü anlaşılmaktadır.

Davacıların desteklerinin ölümüne neden olan eylem, **kira süresi içerisinde** meydana gelmiştir. **Bu olgular karşısında adı geçen davalılar arasındaki kiralama işlemi uzun süreli olarak kabul etmek gerekir.**<sup>11</sup>

Yargıtay 11.HD. 05.02.2002 gün ve E. 2001/9161 - K. 2002/903 sayılı kararında, araç sahibinin oto kiralama firmasıyla süresiz kira sözleşmesi yapmış olması durumunda, aracın kiralama firması tarafından 8 gün olarak kiralandığı olayda, süresiz kira sözleşmesi, uzun süreli kira sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir.

“Davalı şirketin, dava dışı şirket ile yapmış olduğu süresiz kira sözleşme hükümlerine göre, işleten sıfatını kazandığı tartışmasız bir olgudur. Oto kiralaması ile iştigal eden davalı şirketin bu otomobili geçici ve ticari amaçla başka kişilere kiraya vermiş olması onun işleten sıfatını kaldırmaz. Olaydan zarar görenlere karşı davalı şirket, işleten sıfatı ile sorumludur. (6762/m.1301; 2918/m.3,85; 1086/m.275)

Temyize konu uyumsuzluk, Rent a Car sloganı ile bilinen esasa göre araç kiralayan bir firmanın, bu aracın neden olduğu kaza sebebiyle, zarar görenlere karşı KTK.nun 85nci maddesi hükmü uyarınca sorumlu olup, olmayacağı noktasında toplanmış bulunmaktadır.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelerden, kazaya neden olan aracın asıl malikinin dava dışı Standart Belde A.Ş. olduğu, bu şirketçe 1.1.1997 tarihli sözleşme ile kısaca Avis olarak nitelendirilen ve oto kiralama amacı ile faaliyet gösteren davalı şirkete süresiz olarak kiralandığı anlaşılmaktadır. Nitekim, davalı şirket de bu aracı kira sözleşmesi ( Rental Agreement ) ile yine

<sup>11</sup> <http://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari/motorlu-aracin-uzun-sureli-kiralanmasinda-kiracinin-isleten-olarak-sorumlulugu.htm> (Erişim tarihi: 21.06.2013)

dava dışı Ferhat isimli kişiye 8 günlük kiraya vermiş olduğu ve kazanın bu aşamada meydana geldiği dosyadaki belgelerle sabit bulunmaktadır:

Davalı şirketin, dava dışı Standart Belde A.Ş. ile yapmış olduğu süresiz kira sözleşme hükümlerine göre, KTK.nun 3 ve 85nci maddeleri hükümleri uyarınca işleten sıfatını kazandığı tartışmasız bir olgudur. Oto kiralaması ile iştigal eden davalı şirketin bu otomobili geçici ve ticari amaçla başka kişilere kiraya vermiş olması onun yukarıda saptanan işleten sıfatını kaldırması düşünülemeyeceği gibi, böyle bir kiralamada kiralama süresinin 8 gün olması da bu sonucu değiştiremez. Olaydan zarar görenlere karşı davalı şirket, işleten sıfatı ile sorumlu olup, alt kiracı durumunda olan yine dava dışı kişiye rücu edebilme hakkına sahip bulunmaktadır.

Karar yukarıda değinilen sebeplerle doğru görüldüğünden, bu usule aykırılık bozma nedeni yapılmamış ve kararın onanmasına karar verilmesi gerekmektedir.”<sup>12</sup>

Yargıtay kararlarından, oto kiralama sözleşmelerinin kısa süreli mi yoksa uzun süreli mi olduğunun her olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerektiği, genelde altı aydan uzun süreli kiralamaların ve süresiz kiralamaların uzun süreli kiralama olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır.

## **II- “SİGORTA ETTİRENİN SÖZLEŞME SÜRESİ İÇİNDE BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜ” NÜN HUKUKİ NİTELİĞİ**

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1291inci maddesinde, sigorta ettirenin “İhbar mükellefiyeti”, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK m.1444) “Beyan yükümlülüğü” olarak ifade edilen durum, KENDER tarafından “görev”<sup>13</sup>, ŞENOCAK ve CAN tarafından “kūlfet”<sup>14</sup> olarak nitelendirilmektedir.

<sup>12</sup> <http://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari/motorlu-aracin-uzun-sureli-kiralanmasinda-kiracinin-isleten-olarak-sorumlulugu.htm> (Erişim tarihi: 21.06.2013)

<sup>13</sup> KENDER, s.265 vd.; 23 Kasım 2007 tarihli Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu’nda (VVG/IC Act 2008), “Anzeigepflicht” (Duty of Disclosure) ibaresi kullanılmaktadır (Federal Gazete I, page 2631); aynı görüşte: **ALGANTÜRK LIGHT, Didem**, Sigorta Sözleşmesi Süresi İçinde Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 10. Yıl’a Armağan, Yıl:11, Sayı: 22, Güz 2012/2, s.2.

<sup>14</sup> ŞENOCAK, Kemal, Sigorta Ettirenin Yükümlülüklerinde Değişiklik İhtiyacı, Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği-Sempozyum, 19-20 Kasım 2004, Türkiye Barolar Birliği-TEB Sigorta, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 83, Ankara 2005, s.386; CAN, s.73-77.

Hukuki yükümlülük konusunda EREN, hukuk düzeninin kişilere yönelttiği ve uyulması zorunlu emirler oldukları, hukuki yükümlülüğün ilke olarak başka bir kişinin hakkına tekabül ettiği, istisnai de olsa bazen bir hakka tekabül etmeyen hukuki yükümlülüklerin de olabileceği; örneğin, trafik normlarının bir kişinin özel hakkına tekabül etmeyen hukuki yükümlülüklerden olduğu açıklamasını yapmaktadır.<sup>15</sup>

KILIÇOĞLU'na<sup>16</sup> göre, “Yükümlülükler (mükellefiyetler) (Obliegenheiten) de aynen borçlar (Obligation) ve yan yükümler (Nebenpflichten) gibi bir davranış kuralıdır. Bunlar da başkasına karşı belirli bir davranışta bulunma konusudurlar. Fakat yükümlülükten yararlanan kişi ne bu davranışın ifasını (özellikle dava edilmesini) talep edebilir ne de bunun zamanında yerine getirilmemesi nedeniyle tazminat hakkına sahip olur.”

“Hukuki vazife” (ödev/devoir juridique relatif), ÖZ tarafından, daha çok Aile Hukukunda rastlanan ve bir kimseye, eşlerin birbirlerine, anababanın çocuklarına karşı olduğu gibi başka bir şahsa karşı yükletilmiş vazifelerin ihlalinde, vazifenin yerine getirilmesini isteme hakkı bulunmasına rağmen ifa davası ve cebri icranın söz konusu olamayacağı, vazifeye aykırı davranışların boşanma davası açma olanağı vermesi ve velayetin kaldırılmasına sebep teşkil etmesi gibi başka hukuki sonuçlara yol açabileceği bir yükümlülük olarak açıklanmaktadır.<sup>17</sup> Yükümlülük ise, bir davranışta bulunma zorunluluğunu ifade eden geniş kapsamlı bir kavram olarak nitelendirilmektedir.

EREN<sup>18</sup>, “Yükümlülük içermeyen davranış: Külfet (Obliegenheit)” ile ilgili olarak yaptığı açıklamalarında, külfetin, hukuk düzeninin bir kişiye diğer bir kişi karşısında yüklemiş olduğu davranış olduğunu, yükümlü kişi bu davranışı yerine getirmediği takdirde ya elde etmesi mümkün olan bir hakkı kazanamayacağını ya da böyle bir hakkı kaybedeceğini belirtmektedir. Külfetin de aynen borç gibi, bir davranış konu edindiği, borçta borçlunun borçlanmış olduğu davranış yerine getirmediği takdirde alacaklının borçluya karşı ifa veya tazminat davası açıp, onu zorlayabildiği halde külfette hukuk düzeninin diğer kişiye, külfet yükümlüsüne karşı, külfeti oluşturan davranışı

<sup>15</sup> EREN, s.28.

<sup>16</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku-Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış), Genişletilmiş 16. Bası, Ankara 2012, s.29-30.

<sup>17</sup> OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, Cilt – 1, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013,

<sup>18</sup> EREN, Fikret, 6098 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s.45.

yerine getirmeye ilişkin bir talep ve dava hakkı tanınmadığı ifade edilmektedir. Külfeti oluşturan davranışı yerine getirme, diğer kişinin değil külfet yükümlüsünün yararına sonuçlar doğurur, külfet yükümlüsü külfeti oluşturan davranışı yerine getirdiğinde kendi lehine doğacak bir hakkın kaybını önler.

ÖZ'e<sup>19</sup> göre; “*Gerek borç gerek vazife kavramlarından ayrılması icap eden bir kavram da “gerekli davranış” diye tercüme edebileceğimiz, Türkçede “yükümlenti” kavramı ile ifade edilmesi önerilen, Almanca “Obliegenheit”, Fransızca “incombances” adı verilen yükümlerdir. Bu yükümler bir kimseye herhangi bir hak sağlamaz, sadece gerekli davranışla yükümlü olan, bazı hakları kazanabilmek veya bazı hakları kaybetmemek için bu davranışı yapmaya, yükümlünü yerine getirmeye mecburdur.*”

Borçlar Hukuku öğretisi göz önüne alındığında, Türk Ticaret Kanunu'nda “*beyan yükümlülüğü*” ifadesi kullanılmış ve geniş anlamda “*yükümlülük*” kavramı kapsamında değerlendirilebilir olsa da esasen, sigorta ettirenin bu davranışının “*külfet/yükümlenti*” olarak nitelendirilmesinin uygun olacağı düşüncesindeyim.

### III-“RİZİKONUN AĞIRLAŞMASI” KAVRAMI

Sigorta sözleşmesi düzenlenirken belirlenen riziko, sigorta süresi içinde ağırlaşabilir, hafifleyebilir veya ortadan kalkabilir. Sigorta süresi içinde rizikonun hafiflemesini sigortacıya bildirme yükümlülüğü bulunmamasına rağmen rizikonun ağırlaşmasının veya ortadan kalkmasının yasada belirlenmiş olan sürelerde sigortacıya bildirilmesi gerekir. Gereken bildirim zamanında yapılmadığı takdirde sigorta ettiren yasada öngörülen hukuki sonuçlarla karşılaşabilir.

Sigorta sözleşmesinin tarafları arasındaki dengenin sözleşme süresince de korunması düşüncesinin egemen olduğu yeni Türk Ticaret Kanunu'nda, rizikonun ağırlaşması halinde sigortacıya fesih veya prim farkını isteme hakkı tanındığı gibi rizikonun hafiflemesi halinde primin indirilmesi, sigorta ettiren lehine önceki Türk Ticaret Kanunu'ndakinden daha genel olarak düzenlenmiştir.<sup>20</sup> 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1298inci maddesine göre, primin indirilmesi yalnızca birden çok yıllar için yapılan

---

<sup>19</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.18.

<sup>20</sup> “*Primin rizikoya uygun olması*” ilkesi hakkında bk. KENDER, s.266 vd.; OMAÇ, Merih Kemal, Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, Ankara 1985, s. 14; KUBİLAY, Huriye, Uygulamadan Örneklerle Özel Sigorta Hukuku, İkinci Baskı, İzmir 2003, s.46-47; AYLI, s.18 vd.. “*Riziko hafiflemesi*” hakkında bk. AYLI, S. 32-34.

sigorta sözleşmelerinde mümkün iken yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre, rizikonun hafiflemesini gerektiren değişiklikler meydana geldiğinde sigorta primi indirilmekte ve gerektiğinde geri verilmektedir.

Sigorta sözleşmesinin yapılmasından sonra rizikonun ağırlaşması, yasalarla ve içtihatlarla net olarak belirlenmiş bir kavram değildir.<sup>21</sup> Rizikonun, sigortacı yönünden uygun olmayan bir şekilde ağırlaşması az çok sürekli olmalıdır. KENDER'e göre, bir defa alkollü araba kullanmak riziko ağırlaşması olarak nitelendirilemez. Buna karşılık, yerleşim yeri olarak kullanılan bir evin, sigorta ettirildikten sonra bir yıl kadar boş bırakılması hırsızlığa karşı sigortada rizikoyu artırır. KENDER'in verdiği bir başka örnekte; zirai taşımalar için kullanılacak aracın zirai olmayan taşımalarda kullanılması Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından riziko ağırlaşması sayılmıştır.<sup>22</sup> Kasko sigortaları ile ilgili olarak rizikoyu ağırlaştırıcı haller bazı örnekler verilebilir. Özel araba olarak sigortalatılmış bir aracın sonradan taksi veya dolmuş olarak kullanılması suretiyle taşınan insan adedinde artışa sebebiyet vermesi, sürekli olarak asfalt yollarda kullanılmak üzere sigortalatılmış aracın sonradan toprak veya stabilize yollarda kullanılmaya başlanması rizikoyu ağırlaştırıcı haller olarak gösterilebilir.<sup>23</sup>

Riziko ağırlaşması; *sübjektif riziko ağırlaşması* ve *objektif riziko ağırlaşması* olarak alt gruplara ayrılmakta olup; sigorta ettirenin fiili ile rizikonun ağırlaşması, *sübjektif riziko ağırlaşması*, sigorta ettirenin herhangi bir eylemi olmadan üçüncü bir şahsın eylemi ile veya hiç kimsenin eylemi olmadan rizikonun ağırlaşması ise *objektif riziko ağırlaşması* olarak tanımlanmaktadır.<sup>24</sup> 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1291inci maddesinde sadece sübjektif riziko ağırlaşmalarında sigorta ettirene ihbar yükümlülüğü düzenlenmiş iken, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, hem sübjektif hem de objektif riziko ağırlaşmalarının ihbar edilmesi yükümlülüğü getirilmiştir.<sup>25</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1444üncü

<sup>21</sup> DOĞANAY, s.3058; Bir değişikliğin teknik anlamda riziko ağırlaşması olarak nitelendirilebilmesi için bulunması gereken unsurlar şunlardır: Rizikonun durumunda süreklilik arzeden bir değişiklik olmasıdır, değişiklik, sigorta sözleşmesinin kuruluşundan sonra gerçekleşmiş olmasıdır, değişiklik, rizikonun gerçekleşme olasılığını veya muhtemel zarar miktarını artırmalı ve değişiklik esaslı olmasıdır. Bu unsurlar hakkında bk. AYLI, Ali, Zarar Sigortalarında Prim Ödeme Borcu, İstanbul 2003, s.23 vd.

<sup>22</sup> KENDER, s.266.

<sup>23</sup> DOĞANAY, s.3060.

<sup>24</sup> KENDER, s.266.

<sup>25</sup> KENDER, s.267 vd.; CAN, s.74.

maddesinin ikinci fıkrasında, hem sübjektif hem de yasada belirlenen objektif riziko ağırlaşmalarında sigorta ettirenin ihbar yükümlülüğü düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu hükme göre; sigorta ettiren veya onun izniyle başkası, rizikonun gerçekleşme ihtimalini artırıcı veya mevcut durumu ağırlaştırıcı işlemlerde bulunursa yahut sözleşme yapılırken açıkça riziko ağırlaşması olarak kabul edilmiş bulunan hususlardan biri gerçekleşirse derhâl; bu işlemler bilgisi dışında yapılmışsa, bu hususu öğrendiği tarihten itibaren en geç on gün içinde durumu sigortacıya bildirme yükümlülüğünün düzenlendiği görülmektedir. KENDER, hükümde objektif riziko ağırlaşmasının söz konusu olduğunu, ancak eksik ifade edildiğini; “sigorta ettirenin iradesi dışında meydana gelmişse” ifadesinin kullanılmış olması gerektiğini, çünkü bunun bir tabiat olayı sonucu da meydana gelebileceğini öne sürmektedir.<sup>26</sup> Madde gerekçesinde, üçüncü bir şahıs tarafından gerçekleştirilen değişikliklerden söz edildiğinden, objektif riziko ağırlaşması hallerinden sadece üçüncü kişiler tarafından yapılan değişikliklerin, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü doğurduğu, doğa olayları sonucu riziko ağırlaşmalarının beyan yükümlülüğü kapsamında olmadığı kabul edilebilir.

Rizikonun ağırlaştığını kanıtlama külfeti, rizikonun ağırlaştığını ileri süren sigortacıya aittir.<sup>27</sup>

#### **IV- 6762 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU’NDA SİGORTA ETTİRENİN “SİGORTA MÜDDETİ İÇİNDE İHBAR MÜKELLEFİYETİ”**

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda, sigorta müddeti içinde ihbar mükellefiyetini düzenleyen 1291inci madde hükmü, sigorta ettiren aleyhine sözleşme ile değiştirilemeyen emredici hükümlerden olup, değiştirilirse, 1291inci madde hükmünün re’sen uygulanacağı hükümlerdendi (6762 sayılı TTK m.1264, f.4).

Buna göre, sigorta ettiren kimse sigortacının muvafakati olmaksızın sigortalı malın yerini veya mukavele zamanındaki halini değiştirdiği takdirde bu değişiklik mukavelelenin yapıldığı anda mevcut olduğu halde sigortacının sigorta mukavelesini yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını mucip bir mahiyette ise, bu durumu sigortacıya ihbar mükellefiyeti bulunmaktaydı.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> KENDER, s.269.

<sup>27</sup> ULAŞ, s.92.

<sup>28</sup> TAŞYÜREK, Hayri, Kasko Sigortası, Ankara 2001, s.87-95; TOPDEMİR, Cem, Sigorta Sözleşmelerinde Sigorta Ettirenin İhbar Yükümlülükleri, İstanbul 2003, <http://www.tilegal.com/Detay?Id=441> (Erişim tarihi, 11.09.2013).



## V- 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUN'DA SİGORTA ETTİRENİN “SÖZLEŞME SÜRESİ İÇİNDE BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜ”

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasından sonra, sigortacının izni olmadan rizikoyu veya mevcut durumu ağırlaştırarak tazminat tutarının artmasını etkileyici davranış ve işlemlerde bulunamaz (TTK m.1444 (1)).

Sigorta ettiren veya onun izniyle başkası, rizikonun gerçekleşme ihtimalini artırıcı veya mevcut durumu ağırlaştırıcı işlemlerde bulunursa yahut sözleşme yapılırken açıkça riziko ağırlaşması olarak kabul edilmiş bulunan hususlardan biri gerçekleşirse derhâl; bu işlemler bilgisi dışında yapılmışsa, bu hususu öğrendiği tarihten itibaren en geç on gün içinde durumu sigortacıya bildirir (TTK m.1444 (2)).

TTK m. 1444'ün gerekçesi şöyledir: “*Sigorta sözleşmesi devamlı bir ilişkiyi düzenler. Bu nedenle, taraflar sözleşme yaptıktan sonra, kural olarak, tek taraflı sözleşme şartlarında değişiklik yapamaz. Bununla birlikte, sözleşme yapıldıktan sonra şartlarda ve özellikle tehlikenin gerçekleşme ihtimalinde sözleşmeyi etkileyebilecek nitelikte, sigorta ettirenin kendisi veya üçüncü bir şahıs tarafından yapılan değişiklikler de olabilir. Bu noktada, sözleşmenin yapılması sırasında sigorta ettirenin yapacağı beyanlara karşı duyulan ihtiyaç, taraflar arasındaki menfaatler dengesini devam ettirmek bakımından, sözleşmenin devamı sırasında da mevcuttur. Tasarının bu maddesi ise bu düşünceyle düzenlenmiştir.*” Gerekçeden de açıkça anlaşılacağı üzere, taraflar arasındaki menfaatler dengesinin sigorta süresi içinde bozulması, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.<sup>29</sup>

## VI-6762 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE RİZİKONUN AĞIRLAŞMASINI İHBAR MÜKELLEFİYETİNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1291nci maddesine göre, sigorta ettiren kimse sigortacının muvafakati olmaksızın sigortalı malın yerini veya mukavele zamanındaki halini değiştirdiği takdirde bu değişiklik mukaveleliğin yapıldığı anda mevcut olduğu halde sigortacının sigorta mukavelesini yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını mucip bir mahiyette ise, sigortacı mukaveleyi feshedebilmektedir.

<sup>29</sup> ULAŞ, Işıl, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Genel Hükümler – Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 6102 Sayılı Türk Ticaret kanunu ve 5684ayılı Sigortacılık Kanunu Hükümlerine Göre Yeniden Derlenmiş ve Yazılmış 8. Bası, Ankara 2012, s.90.

Anılan değişikliği yapan kimse keyfiyeti sekiz gün zarfında sigortacıya bildirmişse sigortacı ihbar tarihinden itibaren sekiz gün içinde fesih hakkını kullanmadığı takdirde sigortanın hükmü devam ederdi.

Sigorta ettiren kimse değişiklik keyfiyetini sigortacıya ihbar etmediği halde dahi sigortacı vaki değişikliği öğrendikten sonra sekiz gün içinde feshetmez veya sigorta primini tahsil etmek gibi sigorta hükmünün devamına razı olduğunu gösteren bir harekette bulunursa fesih hakkı düşmekteydi.

DOĞANAY'a göre, sigorta ettiren kimse, rizikonun arttığını sigorta şirketine hiç ihbar etmez veya eksik bir şekilde ihbar ederse, sigortacı, hasarın meydana gelmesinden sonra ancak bu değişiklikten haberdar olarak sözleşmeyi feshederse, o zaman, sigortalı tazminat talep etme hakkını kaybeder.<sup>30</sup> Aksi görüşte olan KENDER'e göre, sigortacı, durumu rizikonun gerçekleşmesinden sonra öğrendiği takdirde Kanun'daki yaptırımını uygulama olanağı kalmayacaktır.<sup>31</sup>

## **VII- 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE RİZİKONUN AĞIRLAŞMASINI BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI**

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "*Sigortacının hakları*" başlığı altında düzenlenen 1445inci maddesine göre<sup>32</sup>; sigortacı sözleşmenin süresi içinde, rizikonun gerçekleşmesi veya mevcut durumun ağırlaşması ihtimalini ya da sözleşmede riziko ağırlaşması olarak kabul edilebilecek olayların varlığını öğrendiği takdirde, bu tarihten itibaren bir ay içinde sözleşmeyi feshedebilir veya prim farkı isteyebilir. Farkın on gün içinde kabul edilmemesi hâlinde sözleşme feshedilmiş sayılır.

Değişikliklerin yapılmasından önceki duruma dönüldüğü takdirde fesih hakkı kullanılamaz.

Süresinde kullanılmayan fesih ve prim farkını isteme hakkı düşer.

Rizikonun artmasına, sigortacının menfaati ile ilişkili bir husus, sigortacının sorumlu olduğu bir olay veya insanî bir görevin yerine getirilmesi ve hayat sigortalarında da sigortalının sağlık durumunda meydana gelen değişiklikler sebep olmuşsa, sigortacı, fesih veya prim farkını isteme haklarını kullanamaz.

---

<sup>30</sup> DOĞANAY, s. 3063.

<sup>31</sup> KENDER, Rayegan, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, (Sigorta Müessesesi-Sigorta Mukaveleleri, İstanbul 1973, s.157.

<sup>32</sup> ULAŞ, s.90-92.

Rizikonun gerçekleşmesinden sonra sigorta ettirenin ihmali belirlendiği ve değişikliklere ilişkin beyan yükümlülüğünün ihlal edildiği saptandığı takdirde, söz konusu ihlal tazminat miktarına veya bedele ya da rizikonun gerçekleşmesine etki edebilecek nitelikte ise, ihmalin derecesine göre, tazminattan veya bedelden indirim yapılır. Sigorta ettirenin kastı hâlinde ise meydana gelen değişiklik ile gerçekleşen riziko arasında bağlantı varsa, sigortacı sözleşmeyi feshedebilir; bu durumda sigorta tazminatı veya bedeli ödenmez. Bağlantı yoksa, sigortacı ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki oranı dikkate alarak sigorta tazminatını veya bedelini öder.<sup>33</sup>

Sigortacı, rizikonun gerçekleşmesinden önce, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü kasıtlı olarak ihlal ettiğini öğrenince, sözleşmeyi feshetse bile, değişikliğin meydana geldiği sigorta dönemine ait prime hak kazanır.

Sigortacıya tanınan feshin bildirim süresi veya feshin hüküm ifade etmesi için verilen süre içinde, yapılan değişiklikle bağlantılı olarak rizikonun gerçekleşmesi hâlinde, sigorta tazminatı veya bedeli ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki oran dikkate alınarak hesaplanır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1445inci maddesinin gerekçesinde; Sözleşmenin devamı sırasındaki bildirim yükümlülüğünün ihlalinin, sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğünün ihlalinde olduğu gibi illiyet ve kusur unsurları da dikkate alınmak suretiyle hüküm altına alındığı belirtilmektedir.<sup>34</sup>

### **VIII- ÖRNEK BİR OLAYIN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Uyuşmazlığın konusu, sigorta şirketi tarafından tanzim edilen Tüm Oto Kasko Sigorta Poliçesi ile teminat altına alınan aracın 07.02.2013 tarihinde çalınmasına ilişkin olup, başvuru sahibi, sigorta şirketi tarafından reddedilen 53.900,00 TL zararının giderilmesini talep etmiştir.

Başvuru sahibi başvuru dilekçesinde özetle;

*“Aracına kısa süreli kiralama klozlu kasko sigortası yaptırdığını, Poliçesinde aracın kiralayan tarafından çalınması hususunda hiçbir bilgi ve madde bulunmadığını, Poliçeyi kesen ... Aracılık Hiz. Tic. Ltd. Şti. 'nin kendisine hiçbir şekilde böyle bir durum yaşanırca ödeme yapılmayacağı hususunda*

<sup>33</sup> Karş. 6762 sayılı TTK m.1291. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1291inci maddesine göre, rizikonun ağırlaştığının, rizikonun gerçekleşmesinden önce sigortacı tarafından öğrenilmemiş ve sigorta ettiren tarafından da ihbar edilmemiş olmasında, sigortacı sigorta tazminatını ödemek zorunda kalmaktaydı. “Bu düzenlemeyle, sigorta ettirene ihbar külfeti değil, ağırlaşan rizikoyu ihbar etmemeye teşvik düzenlenmiş olmaktadır.” ŞENOCAK, 387.

<sup>34</sup> ALGANTÜRK LIGHT, s.4-5.

*bilgi verilmediğini, aracın kiralayan tarafından çalınması hususu poliçede belirtilmediği gibi, sigorta şirketinin bu durumu emniyeti suiistimal olarak da görmesinin yanlış olduğunu, araç anahtarının güven duyulan, gönül rızası ile verilen, kendine emanet edilen birine rıza ile verilmiş olmayıp evraklar içinde de sunulduğu gibi kiralama sözleşmesi ile çalan şahsa verildiğini, sigorta şirketinden, aracının poliçede yazan miktar üzerinden muafiyet tutarı düşülerek bedeli kadar kendisine ödeme yapılmasını talep ettiğini, Poliçede yazan bedelin 55.300,00TL, bunun yüzde iki muafiyetinin alınıp geri kalanın kendisine verilmesini, onun da takriben 54.000,00.-TL olduğunu... ” talep ve iddia etmiştir.*

Sigorta şirketi cevap dilekçesinde özetle;

*“Başvuruda bulunan adına kayıtlı, çalındığı iddia edilen araç ile ilgili olarak hasar dosyasının açıldığını, araç sahibi tarafından Rent a Car firmasına kiraya verilen aracın Rent a Car firması tarafından da bir başka kişiye kiralandığı ve kiralayan kişinin aracı iade etmemesi üzerine aracın çalındığı yönünde araç sahibi ile Rent a car firması tarafından resmi birimlere müracaat edildiği, şirket tarafından yaptırılan araştırmada, araç sahibi ile Rent a Car firması tarafından iddia edilen çalınma olayının doğru olmadığı, Rent a car firmasından aracı kiralayan kişinin daha önceden de benzer bir olaya karıştığı ve sabıkası olan, aranan bir kişi olduğu yönünde tespitler yapılmış olup, tarafların gerçek dışı beyanda bulunması ve doğru ihbar yükümlülüğü ile iyiniyet kurallarına uyulmaması nedeniyle Kasko poliçesi Genel Şartları'nın 1.5 maddesi ve Türk Ticaret Kanunu 1292/3 maddesi uyarınca sigortalının hasar talebinin reddine karar verildiğini...”* belirtmiştir.

Başvuru sahibine ait araç, 55.300,00.-TL sigorta bedeli ile .... Sigorta A.Ş. tarafından, kısa süreli kiralama klotunu içeren Tüm Oto Kasko Sigorta Poliçesi (Muafiyetli Kasko) ile 10/08/2012-2013 süreli olarak sigortalanmış bulunmaktadır.

Başvuru sahibi, 07.02.2013 tarihinde, ... Polis Merkezi Amirliği'ne giderek ifade vermiş, MÜŞTEKİ İFADE TUTANAĞI'nda, aracını, bir protokol yaparak, RENT A CAR isimli yeri çalıştıran H. A.'ya kiraya vermek üzere teslim ettiğini, aracın bu şahıs tarafından 08.01.2013 tarihinde S. Ö. adlı şahsa kiralandığını, aracın 17.01.2013 tarihinde dönmesi gerekirken dönmediğini, aracın bulunup kendisine veya kiracı H. A.'ya teslimini istediğini, aracında herhangi bir zarar ziyan olur ve tespit edilir ise şüpheli şahıstan tazmini için davacı ve şikayetçi olduğunu bildirmiştir. H. A. da aynı

gün ... Polis Merkezi Amirliği'ne giderek, ifade vermiş, A. RENT A CAR isimli işyerini çalıştırdığını, başvuruda bulunan adına tescilli aracı aralarında yaptıkları protokol gereği kiraya vermek üzere aldığını 08.01.2013 günü S. Ö. isimli şahsa 17.01.2013 tarihine kadar kiraya verdiğini, kira bedeli olarak 100.-TL aldığını, dönüşte ise kalan; günlüğü 100.-TLsından 800.-TL daha para vereceğini, ancak ayın 17'sinden sonra verdiği telefonlardan kendisine ulaşamadığını, araçta CPR bulunmadığını, aracın başına herhangi bir hal gelebileceğini düşünerek araç sahibine ulaştığını ve birlikte müracaata geldiklerini, bu güne kadar S. Ö.'in araç kirası olarak kendisine o gün itibarıyla 2.800.-TL'si borcu bulunduğunu, kendisini mağdur etmesi ve aracın başına herhangi bir iş gelebileceği düşüncesiyle şüpheli hakkında davacı ve şikayetçi olduğunu, masraflarını ve zararlarını giderir ise kendisi ile barışıp uzlaşmak istediğini belirtmiştir.

... İlçe Emniyet Müdürlüğü ... Polis Merkezi Amirliği tarafından Güveni Kötüye Kullanma (Emniyeti Suistimal) Tutanağı tutulmuştur.

22.03.2013 tarihli yazı ile ... Sigorta A.Ş., başvuruda bulunana, dosyanın incelendiğini ve yapılan araştırma sonucu herhangi bir hasar tazminatı ödenemeyeceğini bildirmiştir. Sigorta Şirketi, 07.05.2013 tarihinde Sigorta Tahkim Komisyonu'na gönderdiği yazıda, yaptırılan araştırmada, araç sahibi ile Rent a Car firması tarafından iddia edilen çalıntı olayının doğru olmadığını, Rent a Car firmasından aracı kiralayan kişinin daha önceden de benzer bir olaya karıştığı ve sabıkası olan, aranan bir kişi olduğu yönünde tespitler yapılmış olup, tarafların gerçek dışı beyanda bulunması ve doğru ihbar yükümlülüğü ile iyiniyet kurallarına uyulmaması nedeniyle Kasko Poliçesi Genel Şartları'nın 1.5 maddesi ve (6762 sayılı) Türk Ticaret Kanunu 1292/3 maddesi uyarınca sigortalının hasar talebinin reddine karar verildiğini belirtmiştir.

Başvuruda bulunan ile A. OTO KİRALAMA işletmesi sahibi H. A.tarafından imzalanan 02.12.2012 tarihli OTO KİRALAMA SÖZLEŞMESİ uyarınca sözleşme süresi sözleşme tarihi olan 02.12.2012 tarihinden itibaren 1 (bir) yıldır (m.5). Sözleşmenin uzatılması, kısaltılması ya da sözleşmenin iptali hakkı KİRACI ve KİRAYA VEREN'e aittir. Sözleşme bitiş tarihinden itibaren 15 gün önceden yazılı olarak bildirilmemesi durumunda, Sözleşme otomatik olarak 1 (bir) yıl daha uzatılır. Sigorta Poliçesi ile verilen sigorta teminatı, kısa süreli oto kiralamaya ilişkindir. Bu durumun sigorta teminatını etkileyip etkilemediği üzerinde durulmalıdır.

Oto kiralama firması çalıştıran H. A. ile kiracı S. Ö. arasında, çalışan araçla ilgili olarak (Çıkış Tarihi: 08.01.2013, Döneceği tarih: 17.01.2013). imzalanmış bir kira sözleşmesinin dosyaya ibraz edilmiş olduğu tespit edilmiştir.

15.03.2013 tarihli ARAŞTIRMA RAPORU'nun "KANAAT VE SONUÇ" Bölümünde; "*Meydana gelen hadisenin sigortalı araç maliki ve Rent a Car sahibi H. A. 'nın Polis merkezinde verdikleri ifadede belirttikleri şekilde meydana geldiği, ancak aracı götüren sigortalıyı yanıltarak, hile ile saffetinden yararlanarak sigortalının iradesini fesada uğratarak, aracın rıza ile teslimini sağlamış olduğundan dolandırıcılık suçunu işlediği, bu suçun teminat dışı olduğu, TCK 491/3üncü bent hükmünde hırsızla malı çalınan arasında hizmet veya bir iş yapmak veya bir yerde muvakkat olsun birlikte oturmak veyahut karşılıklı nezaket icaplarından ileri gelen itimadi suiistimal neticesi olarak sıyanetine terk ve tevdi olunmuş eşya hakkında işlenen hırsızlık eylemi düzenlenmiş olup, somut olayda iddia edilen eylem bu olmayıp dolandırıcılıktır. Bu itibarla riziko kasko sigortası kapsamında değildir.*" demek suretiyle, somut olaydaki rizikonun kasko sigortası kapsamı dışında olduğu vurgulanmış bulunmaktadır.

Kural olarak, sigorta sözleşmesi yapıldığı andan sona erinceye kadar aynı koşullarla varlığını sürdürür. Buna karşılık, sigorta sözleşmesinin, sigorta süresi içinde anlaşma ile, kanun gereği, idari bir tasarruf ile veya tek taraflı irade beyanı ile değişikliğe uğraması da mümkündür.<sup>35</sup> Sigorta sözleşmesi süresi içinde ortaya çıkan değişiklikler ve bunlarla ilgili hüküm ve sonuçlar "zeyilname" ile sigorta poliçesine eklenir. Zeyilnamedeki hususlar, eklendiği sigorta poliçesi ile aynı koşullara tabi olur ve aynı sonuçları doğurur. Zeyilnamenin hazırlanabilmesi için sigortacının yeni durumdan haberdar olması ve sigorta ettirene yeni durumun sigorta poliçesine yansıtılması konusunda anlaşmaya varmış olmaları gerekir. Zeyilname; "*sözleşmenin, tarafların iradesi veya bir kanun yahut mahkeme hükmü veyahut 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1425'inci maddesinin üçüncü fıkrasında da işaret bulunduğu gibi sigorta poliçesi genel şartlarında yapılan bir değişiklik ile ortaya çıkan yeni duruma uyarlandığını tevsik eden bir belge*"<sup>36</sup> olarak tanımlanabilir. Zeyilnamenin düzenlenmesi bazen ek prim ödenmesini gerektirirken bazen de primin indirilmesi sonucunu doğurabilir (TTK m.1425 (3); 1433). Olayda söz konusu olan rizikodaki değişiklik, Borçlar Hukuku anlamında sözleşmede

<sup>35</sup> Sigorta sözleşmesinin değiştirilmesi hakkında bk. KENDER, s.225-227.

<sup>36</sup> CAN, s. 34.

değişiklik niteliğinde olduğundan sigorta ettiren tarafından sigorta şirketine yapılacak bir bildirim üzerine zeyilnamenin düzenlenmesi suretiyle sigorta sözleşmesinin gerçek durumu yansıtır hale getirilmesi uygun olurdu. Burada, araç sahibinin, özel aracını zaman zaman kısa süreli kiralaması ile uzun süreli olarak bir araç kiralama firmasına kiralaması arasında risk yönünden farklılık olabileceği düşünülebilir.

Somut olaya, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanmalıdır. Çünkü, sigorta sözleşmesi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden sonra yapılmıştır, uyuşmazlık konusu olay da yeni Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleşmiştir.

Taraflar arasındaki sigorta sözleşmesine göre, sigortalı aracın kullanımı ile ilgili açıklama bölümünde; "OTOMOBİL-Kısa süreli kiralama" yazılıdır (Tüm Oto Sigorta Poliçesi-Muafiyetli Kasko). Başvuruda bulunan/sigorta ettiren, Sigorta Tahkim Komisyonu Başvuru Formunda, aracı için yapmış olduğu sigorta sözleşmesinin sigorta kasko-kısa süreli kiralama kaskosu klozlu olduğunu açıkça ifade etmektedir. Bu durumda, başvuruda bulunanla, aracını, OTO KİRALAMA SÖZLEŞMESİ yaparak kiraya vermiş olduğu H. A. arasındaki kiralamanın kısa süreli kiralama olup olmadığı üzerinde durulması gerekir. Bu durum, sigorta ettirenin sözleşme süresi içindeki ihbar yükümlülüğü ile ilgili 1444 ve 1445inci maddelerinin uygulanıp uygulanmayacağına belirlenmesi yönünden önem taşımaktadır.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 3üncü maddesine göre de "işleten" sıfatının kime ait olduğu sözleşmenin kısa süreli veya uzun süreli olmasına göre değişebilmektedir. Şöyle ki; "İşleten : Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır." Uyuşmazlık konusu, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası sözleşmesi olsaydı, araç, uzun süreli kiralananmış ve işleten sıfatı kiracıya ait olduğundan 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 91inci maddesi uyarınca Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası sözleşmesi yapmış olması aranacaktı.

Yargıtay kararları ışığında, başvuruda bulunan ile H. A. arasında yapılan 1 (bir) yıl süreli OTO KİRALAMA SÖZLEŞMESİ'nin uzun süreli kiralama sözleşmesi olduğunun kabulü gerekmektedir. Sigorta Poliçesi 10.08.2012

tarihinde düzenlenmiş, anılan uzun süreli; 1 (bir yıllık) kira sözleşmesi 02.12.2012 tarihinde; sigorta süresi içinde yapılmıştır. Uygulamada, kısa süreli kiralamanın, uzun süreli kiralamaya oranla daha riskli bir durum olduğu kabul edilmektedir. Kiracı, uzun süreli kiralama sözleşmesine dayanarak fer'i zilyedi bulunduğu aracı başkasına kısa süreli olarak kiralamıştır. Bunun sonucunda, sigorta poliçesinde belirtilen riskte herhangi bir değişiklik; riskin azalması veya artması durumu ortaya çıkmamıştır. Bu durumda, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1444üncü maddesi uyarınca, sigorta şirketine beyanda bulunma yükümünden söz etmek mümkün değildir.

Somut olaydaki durumun aksine, uzun süreli oto kiralama klozlu bir sigorta poliçesine konu olan bir araç, kısa süreli kiralanmış veya uzun süreli kira sözleşmesinin kiracısı tarafından başkasına kısa süreli olarak kiralanmış olsaydı, riskin ağırlaşmasından ve sigorta ettirenin sözleşme süresi içindeki beyan yükümlülüğüne uygun davranmadığından söz edilebilirdi.

Hem Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartları<sup>37</sup> hem de Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları<sup>38</sup> A.5.6 uyarınca,

*“5.6.Araca, sigortalı veya fiillerinden sorumlu bulunduğu kimseler veya birlikte yaşadığı kişiler tarafından kasten verilen zararlar ile sigortalının fiillerinden sorumlu olduğu kimseler veya birlikte yaşadığı kişiler tarafından sigortalı aracın kaçırılması veya çalınması nedeniyle meydana gelen zararlar;”* teminat dışında bırakılmaktadır. Özel araç sahibinin, aracı uzun süreli kiralaması durumunda kiracı işleten<sup>39</sup> sıfatını alacağı için, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu dışında başkaca bir sorumluluk söz konusu değilse, kasko sigortası sözleşmesinin sigortalısı, kiracının fiillerinden sorumlu olmayacağından, sigorta şirketinden tazminat alabilecektir. Buna karşılık, kısa süreli oto kiralama klozlu sigorta poliçesinin sigortalısı tarafından araç kısa süreli kiralandığında, araç maliki, işleten sıfatını korumakta olup 2918 sayılı Karayolu Trafik Kanunu'na göre sorumluluğu bulunduğundan, aracın kiracı tarafından çalınması durumunda, bu durum sigorta güvencesi dışında kaldığından sigorta tazminatından yararlanması mümkün olamayacaktır.

Somut olaya ilişkin Sigorta Poliçesi, “ARACIN ÇALINMASI VEYA ÇALINMAYA TEŞEBBÜS RİZİKOSUNA İLİŞKİN ÖZEL ŞARTLAR”ı içermektedir. Sigorta sözleşmesinin taraflarınca serbestçe kararlaştırılan bu

<sup>37</sup> Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartları 01.01.1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>38</sup> Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları, 01.04.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>39</sup> “İşleten” kavramı hakkında bk. **GÖKCAN, Hasan Tahsin/KAYMAZ, Seydi**, Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Trafik Suçları, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2001, s.127 vd..



özel şartın 4üncü fıkrasına göre; “Kendisine ait olmadığı halde gönül rızası ile kullanılmasına izin verilen veya kendisine emanet olarak teslim edilen aracın, bu kişilerce çalınmaya teşebbüs edilmesi veya çalınması neticesinde meydana gelen zararlar” sigorta teminatı kapsamı dışında bırakılmıştır. Somut olayda, araç, bir oto kiralama sözleşmesi ile başvuru sahibi tarafından kiraya verilmiş, kiracı kira sözleşmesi ile aracı başka bir şahsa kiralamıştır. S. Ö. adlı son kiracı, aracı zamanında teslim etmemiştir. Burada aracın zilyedliğinin, özel şartta belirtildiği şekilde gönül rızası ile S. Ö.’e geçirildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, gerçekleşen rizikonun, anılan özel şart gereği sigorta teminatı dışında kaldığının kabulü gerekmektedir.

Somut olayda, başvuruda bulunan, sigorta sözleşmesi yönünden sigorta ettiren ve Rent a Car firmasıyla yaptığı kira sözleşmesi uyarınca kiraya veren sıfatını taşımaktadır. Kira sözleşmesinin genel hükümlerini düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 334üncü maddesinin birinci fıkrasına göre; “Kiracı, kiralananı ne durumda teslim almışsa kira sözleşmesinin bitiminde o durumda geri vermekle yükümlüdür.” Oto kiralama firması sahibi, kiralananı iade edememektedir, çünkü kendisinin yapmış olduğu kira sözleşmesinin kiracısı otoyu zamanında iade etmemekle yasal bir yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Bu durumda, araç maliki, çalınan araç bedelinin ödenmesini kiracıdan talep edebilir.

## SONUÇ

Sigorta ettirenin sözleşme süresi içinde beyan yükümlülüğü ve beyan yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin sonuçları 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda, yürürlükten kalkmış olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’ndaki düzenlemeden çok daha ayrıntılı ve açık olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Tarafların riziko ağırlaşması olarak kabul ettikleri hususları sözleşmelerinde belirleyebilmeleri, sigorta süresi içinde beyan yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde sigortacının sözleşmeyi fesih veya prim hakkını kullanabilmesi, sigortacının hakları yönünden, sigorta ettirenin kusur durumunun ve meydana gelen değişiklik ile gerçekleşen riziko arasında bağlantının gözönünde bulundurulması yeni düzenleme kapsamında yer almaktadır.

Özel kullanım amacına tahsis edilmiş olan bir aracın, maliki tarafından kiralınması durumunda, riziko ağırlaşaacağı için bu değişikliğin sigorta şirketine bildirilmesi uygun olacaktır.

Oto kiralama klozlu kasko sigortalarında; uzun süreli oto kiralama klozlu sigorta sözleşmesi ile sigorta teminatı kapsamına alınan bir aracın, uzun süreli olmakla birlikte bir araç kiralama firmasına kiraya verilmesi veya uzun süreli oto kiralama klozlu sigorta sözleşmesi ile sigorta teminatı kapsamına alınan bir aracın, sigorta ettiren tarafından kısa süreli olarak kiraya vermeye başlanması durumlarında riziko ağırlaşacağı için sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu durumların, rizikoyu ağırlaştıran ve beyan edilmesi gereken durumlar olarak taraflarca kararlaştırılıp sigorta poliçesinde açıkça belirtilmesi de mümkündür.

#### KAYNAKÇA

- ALGANTÜRK LIGHT, Didem**, Sigorta Sözleşmesi Süresi İçinde Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 10.Yıl'a Armağan, Yıl:11, Sayı: 22, Güz 2012/2, s.1-8, ayrıca bk. <http://www.iticu.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s22/1-8.pdf> (Erişim tarihi: 10.09.2013).
- AYLİ, Ali**, Zarar Sigortalarında Prim Ödeme Borcu, İstanbul 2003.
- BAHTİYAR, Mehmet**, Sigorta Poliçesi Özel Koşulları, Genel Koşullardan Ayırılması ve Bazı Sorunlar, Prof.Dr.Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın Nu: 331, Ankara 1998, s.133-148..
- CAN, Mertol**, "Gözden Geçirilmeye Muhtaç Hükümler Var mı?" Sorusu Çerçevesinde, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Sözleşmesinin Tabi olduğu Hukuki Esaslar, 2. Bası, Ankara 2012.
- DOĞANAY, İsmail**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Üçüncü Baskı, Tümünden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Üçüncü Cilt, Madde:816-1475, Ankara 1990.

- EREN, Fikret**, 6098 SAYILI Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin/KAYMAZ, Seydi**, Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Trafik Suçları, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2001.
- KENDER, Rayegan**, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi-Sigorta Sözleşmesi, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Eklenmiştir, Güncelleştirilmiş Onikinci Bası, İstanbul 2013.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku-Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış), Genişletilmiş 16. Bası, Ankara 2012.
- KUBİLAY, Huriye**, Uygulamadan Örneklerle Özel Sigorta Hukuku, İkinci Baskı, İzmir 2003.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt – 1, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013.
- OMAĞ, Merih Kemal**, Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, Ankara 1985.
- ŞENOCAK, Kemal**, Sigorta Ettirenin Yükümlülüklerinde Değişiklik İhtiyacı, Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği, Sempozyum, İstanbul 19-20 Kasım 2004, Türkiye Barolar Birliği-TEB Sigorta, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 83, Ankara 2005, s.379-391.
- TAŞYÜREK, Hayri**, Kasko Sigortası, Ankara 2001.
- TOPDEMİR, Cem**, Sigorta Sözleşmelerinde Sigorta Ettirenin İhbar Yükümlülüğü (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2003.
- ULAŞ, Işıl**, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku (Genel Hükümler-Mal ve Sorumluluk Sigortaları-6102 Sayılı TTK ve 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu Hükümlerine Göre Yeniden Derlenmiş ve Yazılmış, Sekizinci Bası, Ankara 2012.
- ULUĞ, İlknur**, Sigorta Hukukunda Riziko Kavramı ve Bu Kavramdaki Değişiklikler, Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği, Sempozyum, İstanbul 19-20 Kasım 2004, Türkiye Barolar Birliği-Türk Ekonomi Bankası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 83, Ankara 2005, s.308-349.



# TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA HİLENİN MÜNFERİT UYGULAMA ALANLARI

H. Kübra ERCOŞKUN ŞENOL\*

## ÖZET

*Hile, hata ve ikrahla beraber iradenin sözleşmenin kuruluşunda korunmasına hizmet eden bir kurum olarak Türk Borçlar Kanununun genel hükümleri arasında düzenlenmiştir. (TBK m. 36, 39). Ancak hileyle ilgili bu hükümler ayrı bir kanuni düzenleme bulunmayan hallerde ve bünyesine de aykırı düşmediği takdirde, diğer sözleşmelere ve hatta her türlü hukuki işleme kıyasen uygulanabilir. Bunun dışında hile, TBK'nın diğer birçok hükmünde ve hatta diğer kanunlarda da düzenleme konusu yapılan bir olgudur. Bu çalışmanın konusu da hilenin borçlar hukukundaki münferit uygulama alanlarıdır. Bu kapsamda öncelikle TBK'nın hileye temas eden hükümleri incelenerek bunların teknik anlamda kullanılmış olup olmadıkları tespit edilecektir.*

*Anahtar Kelimeler: İrade Sakatlıkları, Hile, Teknik anlamdaki hile.*

## THE SEPARATE FIELDS OF APPLICATION OF CHEATING IN TURKISH LAW OF OBLIGATIONS

### ABSTRACT

*Cheating, together with mistake and intimidation are arranged within the Turkish Law of Obligation which is an institution serving for protection of will power in establishment of contract. (TBK m. 36, 39). However these clauses related with cheating can be applied to other contracts and even every kind of legal process by analogy in case where there is no separate legal regulation and in case it does not contradict with itself. Apart from that cheating is a fact which is subject to regulation in many other clauses of Turkish Law of Obligation and even in other laws. The subject of this study is the separate application fields of cheating within the law of obligation. In this context first of all the clauses of law of obligation related with cheating will be examined to determine whether they were used in technical meaning or not.*

*Keywords: Invalidity of will power, cheating, cheating in technical meaning.*

\* Arş. Gör., Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı  
(E-posta: kubra.ercoskun@atauni.edu.tr)

## GİRİŞ

Özel hukuk sistemimiz kişilerin irade özgürlüğüne sahip olduklarını ve ancak kendi özgür iradeleriyle hak sahibi olabilmelerini ve borç altına girebilmelerini temel bir ilke olarak benimsemiştir<sup>1</sup>. Bu temel ilkenin borçlar hukuku alanına yansıma şekli sözleşme özgürlüğüdür. Bu ilke sayesinde kişiler özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içerisinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleyebilmektedirler<sup>2</sup>. Bu noktada kişilerin işlem (sözleşme) iradelerinin sağlıklı olması ve gerçek iradelerini yansıtması büyük bir önem kazanmaktadır. Ancak çeşit nedenlerle işlem iradesi oluşum ya da açıklama aşamasında sakatlanabilmektedir. Bu sakatlık, iradenin özgür bir biçimde oluşmadığını veya gerçek iradenin özgürce açıklanamadığını gösterir.

818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) iradeyi sakatlayan nedenleri “Rızadaki fesat” başlığı altında hata, hile ve ikrah olarak düzenlemiştir (BK m. 23-31). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ise bu hususta “İrade bozuklukları” başlığı altında bir düzenle getirmiş; ancak hatayı “yanılma”, hileyi “aldatma” ve ikrahı “korkutma” biçiminde ifade etmiştir<sup>3</sup>.

Hileyi düzenleyen BK m. 28’e göre:

*“Diğer tarafın hilesiyle akit icrasına mecbur olan tarafın hatası esaslı olmasa bile, o akit ile ilzam olunmaz.*

*Üçüncü bir şahsın hilesine duçar olan tarafın yaptığı akit lüzum ifade eder. Şu kadar ki, diğer taraf bu hileye vâkıf bulunur veya vâkıf olması lâzım gelirse, o akit lâzım olmaz.”*

TBK m. 36’ya göre ise:

*“Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir.*

*Üçüncü bir kişinin atlatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir.”*

Görüldüğü gibi bu iki hüküm arasında dilde sadeleştirme dışında esaslı bir farklılık bulunmamaktadır. Bu iki hükümden yola çıkarak hileyi, bir kimsenin hukuki bir işlem yapmasını sağlamak için onu kasten hataya

---

<sup>1</sup> EREN, 14. Bası, s. 297.

<sup>2</sup> EREN, 14. Bası, s. 298; KAPLAN, s. 19; KILIÇOĞLU, s. 73.

<sup>3</sup> Biz çalışmamızda öğretilerde ve uygulamada yerleşmiş olan eski kavramları kullanmayı tercih ediyoruz.

düşürmek şeklinde tanımlamamız mümkündür<sup>4</sup>. Bir kimseyi hataya düşürmek, onda gerçeğe aykırı bir kanaat uyandırmak suretiyle olabileceği gibi, önceden mevcut olan hatalı kanaatini korumak ve devamını sağlamak suretiyle de olabilir<sup>5</sup>. Bu durum aktif hareketlerle gerçekleştirilebileceği gibi, karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu hallerde yalnızca susmak da yeterlidir<sup>6</sup>. Ancak hangi şekilde gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin karşı tarafı sözleşme yapmaya yönlendirmek için bilerek ve istenerek hareket edilmelidir. Yani hile mutlaka kasta dayanmalı, ihmâl bu hususta yeterli olmamalıdır<sup>7</sup>. Ayrıca hileyle sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Hileye maruz kalan, söz konusu hile olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacak ya da daha iyi şartlar altında yapacak idiyse illiyet bağının bulunduğu kabul edilmelidir<sup>8</sup>.

Hile bizzat sözleşmenin tarafınca yapılabileceği gibi üçüncü bir kişi tarafından da yapılabilir. Üçüncü şahsın hilesi kural olarak sözleşmeyi etkilememekle beraber, sözleşme tarafı, üçüncü kişinin lehine yaptığı hileyi biliyor veya bilmesi gerekiyorsa bu hile de sözleşmeyi etkilemektedir. Zira burada taraf, lehine yapılan hileyi ve karşı tarafın bu hile nedeniyle sözleşme yapmak istediğini bildiği halde susarak bir nevi bu hileye ortak olmaktadır<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Hile tanımları için bakınız; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 444; OĞUZMAN/ÖZ, 10. Bası, s. 111; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, C.1, s. 149; REİSOĞLU, s. 124; AKYOL, s. 261; KURŞAT, s. 2; YILDIRIM, s. 8; EREN, 14. Bası, s. 397.

<sup>5</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 446; EREN, 14. Bası, s. 397.

<sup>6</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 446; OĞUZMAN/ÖZ, 10. Bası, s. 112; EREN, 14. Bası, s. 398; KILIÇOĞLU, s. 194; YILDIRIM, s. 104; KURŞAT, s. 52. Aydınlatma yükümlülüğünün açık bir kanun hükmünden doğması mümkün olduğu gibi, dürüstlük kurallarıyla sözleşmenin nitelik ve içeriği de bazı açıklamaların yapılmasını zorunlu kılabilir. OĞUZMAN/ÖZ, 10. Bası, s. 112; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 446-447; EREN, 14. Bası, s. 398-399; KILIÇOĞLU, s. 194; KURŞAT, s. 53-55.

<sup>7</sup> EREN, 14. Bası, s. 400; AKYOL, s. 278; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 447; OĞUZMAN/ÖZ, 10. Bası, s. 112-113; YILDIRIM, s. 126.

Kast doğrudan olabileceği gibi dolaylı (muhtemel) kastta yeterli olmalıdır. EREN, 14. Bası, s. 399; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, C. I, s. 454; YILDIRIM, s. 126; KURŞAT, s. 29.

<sup>8</sup> EREN, 14. Bası, s. 400; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 447; OĞUZMAN/ÖZ, 10. Bası, s. 95.

Hile Öğretide asli ve ferî olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hile olmasaydı sözleşme hiç yapılmayacaksa asli hile, daha iyi şartlar altında yapılacaksa ferî hile gerçekleşmiş olmaktadır. EREN, 14. Bası, s. 400; OĞUZMAN/ÖZ, 10. Bası, s. 113-114; KURŞAT, s. 58.

<sup>9</sup> EREN, 14. Bası, s. 400; KURŞAT, s. 49.

Ancak tarafın lehine yapılan hileyi bilmemesi nedeniyle hile hükümlerine dayanılamamasına rağmen, üçüncü kişinin hilesi nedeniyle esaslı hataya düşülmüşse, hata nedeniyle sözleşmeyi iptal edebilmek mümkün olmalıdır (BK m. 23, 24; TBK m. 30, 31). OĞUZMAN/ÖZ, 10.

Hileye ilişkin hükümlerden anlaşıldığı üzere hilenin temel sonucu, hileye maruz kalana sözleşmeyi iptal hakkı tanınmasıdır. TBK m. 39/1'e göre, iptal hakkı hilenin öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl içinde, karşı tarafa yöneltilecek tek taraflı bir irade açıklamasıyla kullanılmalıdır. Bu sürenin geçmesi halinde iptal hakkı düşecek ve sözleşme onanmış sayılacaktır. Ancak sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat talep edebilme hakkını ortadan kaldıramayacaktır (TBK m. 39/2). Bu takdirde hileye maruz kalanın uğramış olduğu zararların tazmini talep edebileceğini ve bu talebin sözleşmenin iptaliyle bağlantılı olmadığını söylememiz mümkündür<sup>10</sup>.

Hile, hata ve ikrahla beraber iradenin sözleşmenin kuruluşunda korunmasına hizmet eden bir kurum olarak Borçlar Kanununun genel hükümleri arasında düzenlense de, Borçlar Kanununun diğer birçok hükmünde ve hatta çeşitli kanunlarda da düzenleme konusu yapılan bir olgudur. Bu çalışmanın konusu da hilenin borçlar hukuku alanındaki münferit uygulama alanlarıdır.

## **1. BORÇLARKANUNUNDAHİLENİN UYGULAMA ALANLARI**

### **1.1. SORUMSUZLUK ANLAŞMALARINDA**

Borçlu, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmezse kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür (TBK m. 112). Görüldüğü gibi, borcun ifa edilmemesi nedeniyle borçlunun sorumluluğu kusurunun bulunmasına bağlanmış ve kusurun varlığı da karineyle kabul edilmiştir<sup>11</sup>. Ayrıca borçlu yalnızca kendi borca aykırı davranışlarından değil, yardımcılarının borca aykırı davranışlarından da sorumlu tutulmuştur (TBK m. 116/1).

Borçlunun kusura bağlı bu sorumluluğu bazı hallerde bir kanun hükmüyle daraltılmaktadır (TBK m. 294/1)<sup>12</sup>. Bunun yanı sıra bir sözleşmenin tarafları da aralarındaki sözleşmeye bir kayıt koyarak veya bu hususta ayrıca bir sözleşme yaparak borçlunun sorumluluğunu daraltılabirler veya ortadan kaldıracırlar. Tarafların bu husustaki anlaşmaları öğretide “*sorumsuzluk*

---

Bası, s. 114.

<sup>10</sup> Sözleşmenin tarafının kendi hilesinden sorumluluğu culpa in contrahendo, üçüncü şahsın hilesi ise haksız fiil esaslarına tabi olur. ERGÜNE, s. 172, 173; OĞUZMAN/ÖZ, 10. Bası, s. 97; EREN, 14. Bası, s. 401-402.

<sup>11</sup> OĞUZMAN/ÖZ, 10. Bası, s. 354; KILIÇOĞLU, s. 622; EREN, 14. Bası, s. 1059-1060; REİSOĞLU, s. 356; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, C. III, s. 287.

<sup>12</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için bakınız; aşağıda, s. 23.



anlaşması” olarak adlandırılmaktadır<sup>13</sup>.

BK, sorumsuzluk anlaşması yapılarak borçlunun sorunluluğunun daraltılmasına veya ortadan kaldırılmasına imkân tanımakla beraber, bunu bazı kısıtlamalara da tabi tutmuştur. BK’nın “Mesuliyetten beraat şartı” başlıklı 99. maddesinin 1. fıkrası; “*Hile veya ağır kusur halinde duçar olacağı mes’uliyetten borçlunun iptidaen beraetini tazammun edecek her şart, batıldır*”, hükmünü getirmekteydi. TBK ise, “Sorumsuzluk anlaşması” başlıklı 115. maddesinde, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmaların kesin hükümsüz olduğunu belirtmiştir.

Görüldüğü gibi BK’da “hile veya ağır kusur” ifadesi kullanılmışken, TBK’da yalnızca “ağır kusur” ifadesine yer verilmiştir. TBK m. 115’in gerekçesinde, ağır kusurun kastı ve ağır ihmali kapsamına aldığı için, hilenin de ayrıca madde metninde kullanılmasının gereksiz olduğu belirtilmiştir. TBK’nın kabulünden önce de öğretilerde BK m. 99’da geçen “hile veya ağır kusur” ifadesinden anlaşılması gerekenin kasıtlı hukuka aykırı davranış veya ağır ihmal olduğu savunulmaktaydı<sup>14</sup>. Hilenin daima kastı gerektirmesi ve hukuka aykırı olması TBK’daki ifade biçimini ve öğretideki görüşleri doğrulamaktadır<sup>15</sup>.

Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağını öngören anlaşmalar kesin hükümsüz olduğuna göre -kural olarak- yalnızca hafif kusurundan sorumlu olmayacağını öngören anlaşmalar geçerli olabilmektedir<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Terminoloji hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız; AKMAN, s. 5.

Burada dikkat edilmesi gereken husus sorumsuzluk anlaşmasının mutlaka borca aykırı davranıştan önce yapılması gerekliliğidir. Zira borca aykırı davranış gerçekleşikten; yani zarar doğduktan sonra borçlunun tazminat yükümlülüğünü azaltmaya veya tamamen ortadan kaldırmaya yönelik anlaşmalar sorumsuzluk anlaşması değil, duruma göre ya bir sulh ya da bir ibra anlaşmasıdır. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 881; AKMAN, s. 43-44; OĞUZMAN/ÖZ, 10. Bası, s. 359; REİSOĞLU, s. 359; EREN, 14. Bası, s. 1087; KILIÇOĞLU, s. 631.

<sup>14</sup> AKMAN, s. 53, dn. 25; EREN, 8. Bası, s. 1044; YILDIRIM, s. 93.

<sup>15</sup> Burada gözden kaçırılmaması gereken nokta şudur: Her kastî davranış hileli olmadığından, kast ve hile terimleri birbirlerinin ikamesi değildir. YILDIRIM, s. 7.

<sup>16</sup> BK’ya göre hafif kusura ilişkin sorumsuzluk anlaşmasını da hâkim şu iki halde takdir hakkına dayanarak geçersiz sayabilir:

a) Anlaşmanın yapıldığı esnada borçlu alacaklının hizmetinde bulunuyorsa,

b) Borçlunun sorumluluğu hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir işletmeden doğuyorsa (BK m.99/2).

TBK ise bu hususta BK’ya göre oldukça farklı bir düzenleme getirmiştir.

TBK’ya göre ise: “Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Sorumsuzluk anlaşması geçersiz kabul edildiği halde, bu anlaşmanın bağlı olduğu esas sözleşme gerekli koşulları taşıdığı takdirde geçerli bir biçimde varlığını sürdürmeye devam edecektir. Yani burada kabul edilmesi gereken esas TBK m. 27/2 c.1 olmalıdır. Burada borçlunun TBK m. 27/2'nin son cümlesine başvurarak esas sözleşmenin de geçerliliğini yitirmesini sağlayabileceği ihtimali akla gelebilir. Ancak geçersiz sayılan sorumsuzluk anlaşması olmasaydı borçlunun esas sözleşmeyi hiç yapmayacağını ileri sürerek esas sözleşmeyi de geçersizleştirebilmesi kabul edilmemelidir<sup>17</sup>. Zira aksi yönde bir kabul sorumsuzluk anlaşmalarını geçersiz kabul eden hükümlerin anlamlarını yitirmelerine neden olacak ve bu sayede borçlu sorumluluktan kurtularak, amacına dolaylı bir yoldan ulaşılacaktır.

TBK'nın sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin bu hükmü genel nitelikli hüküm mahiyeti taşıdığından her ne kadar bütün sözleşme tiplerine uygulanabilir olsa da satım sözleşmesi bakımından iki yerde sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin özel düzenleme getirilmiştir (TBK m. 214/3, 221). Bu iki düzenleme TBK m. 115/1'deki genel nitelikli hükmün özel görünüm şekillerinden olmakla beraber<sup>18</sup>, konumuz bakımından taşıdığı önem nedeniyle ileride ayrıntısıyla incelenecektir<sup>19</sup>.

## **1.2. TAKASDA**

Takas, birbirine karşı aynı cins alacağa sahip kişilerden birinin tek taraflı beyanıyla bu alacakları az olanı oranında sona erdirmesidir<sup>20</sup>. Bu tanımdan anlaşılacağı gibi kural olarak takas tek taraflı irade beyanı yapılır. Ancak istisnaen TBK m. 144'de üç bent halinde belirtilen hallerde takas alacaklının rızası ile gerçekleşebilir:

1. Tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar,
2. Haksız olarak alınmış veya aldatma (hile) sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar,

---

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür."

<sup>17</sup> KOCAYUSUFPAŞAĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, C. III, s. 275; AKMAN, s. 109; REİSOĞLU, s. 359; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 885-886; OĞUZMAN/ÖZ, 10. Bası, s. 454; EREN, 14. Bası, s. 1088.

<sup>18</sup> AKMAN, s. 104; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 886; YILDIRIM, s. 94.

<sup>19</sup> Bakınız aşağıda; s. 7-8, 11-12.

<sup>20</sup> ARAL, Takas, s. 1; EREN, 14. Bası, s. 1274; OĞUZMAN/ÖZ, 10. Bası, s. 573; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, S. 1012.

3. Nafaka – işçi ücreti gibi borçlunun ve ailesinin geçimi için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar.

Görüldüğü gibi TBK m. 144/b. 2’de hile sonucu alıkonmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacakların ancak alacaklının rızası takas edilebileceği belirtilmiştir. Aldatma ile alıkonulmuş eşyadan maksat bir kimsenin iade etmesi gerektiğini bildiği halde iade etmediği şeylerdir<sup>21</sup>. Yani bu hükümdeki aldatmanın teknik anlamdaki hile ile bir ilgisi bulunmamaktadır

### **1.3. ŞARTA BAĞLI İŞLEMLERDE**

TBK, genel hükümlere ayrılmış birinci kısmında 170 ila 176. maddeleri arasında şarta bağlı borçlara ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Buna göre bir hukuki işlemin hüküm ifade etmesi veya hükümden düşmesi tarafların iradeleriyle, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirli olmayan bir olaya bağlanabilir (TBK m. 170, 173). İşlemin hukuki etkisinin bağlandığı, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen olaya ise şart veya TBK’nın ifadesiyle koşul denir<sup>22</sup>.

BK’nın “Hileli mümanaat” başlıklı 154. maddesinde, şarta bağlı hukuki işlemlerde şartın gerçekleşmesine dürüstlük kuralına aykırı olarak engel olunması halinde, şartın gerçekleşmiş sayılacağı hükmünü getirmekteydi. Bu husus şu şekilde ifade edilmekteydi: “*Şartın tahakkukuna iki taraftan biri hüsnü niyet kaidelerine muhalif bir hareketle mani olursa, o şart tahakkuk etmiş addolunur.*”

Görüldüğü gibi bu hükümde yalnızca tek yönlü bir düzenleme yapılmıştır. Ancak dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde şartın gerçekleştirilmesi sağlanırsa, 154. maddeye kıyasen şartın gerçekleşmemiş sayılacağı da öğretide ileri sürülmekteydi<sup>23</sup>. Nihayet bu varsayım TBK m. 175’de açıkça düzenlemeye kavuşmuştur.

Öğretideki bir görüşe göre, şartın gerçekleşmesinin dürüstlük kuralına aykırı olarak engellendiğinin kabulü için mutlaka şartın gerçekleşmesine engel olma kastıyla hareket edilmelidir<sup>24</sup>. Buna görüşe karşın kastın burada bir unsur

<sup>21</sup> OĞUZMAN/ÖZ, 10. Bası, s. 587.

<sup>22</sup> SİRMEN, s. 30 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 328; KILIÇOĞLU, s. 732; EREN, 14. Bası, s. 1064.

<sup>23</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 337; PULAŞLI, s. 206; SİRMEN, s. 170; EREN, 8. Bası, s. 1132.

<sup>24</sup> OĞUZMAN/ÖZ, 7. Bası, s. 892, dn. 340’da anılan yazarlar.

olarak aranmadığı; yani engellenmenin hem kasıtlı hem de ihmali davranışlarla gerçekleştirilebileceği de ileri sürülmektedir<sup>25</sup>. Gerçekten her ne kadar BK m. 154'ün başlığı "hileli mümanaat" olsa ve hile daima kastı gerektirirse de buradaki hile, BK m. 28'deki hükmündeki hile gibi düşünülmemelidir<sup>26</sup>. Yani buradaki hile teknik anlamıyla kullanılmış olmadığından, kast mutlak bir unsur olarak kabul edilmemeli, dürüstlük kuralına aykırı olmak koşuluyla ihmal de yeterli görülmelidir. Kaldı ki; yalnızca hükmün yorumlanmasında kullanılan kenar başlıkları metne dâhil olmadıklarından<sup>27</sup>, sırf başlıkta bulunan bir ifadeyi hükmün zorunlu bir unsuru olarak ele almak da doğru değildir. Nihayet TBK, BK m. 154'ü karşılayan 175. maddesinin başlığını "Dürüstlük kurallarına aykırı engelleme" şeklinde değiştirmiştir.

#### **1.4. SATIM SÖZLEŞMELERİNDE**

Satım sözleşmesi satıcının satım konusunun zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği bir sözleşmedir (TBK m. 207)<sup>28</sup>.

##### **1.4.1. Zapttan Sorumlulukta**

Bir satım sözleşmesinde satıcının başlıca borcu satım konusunun zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretmektir. Zira alıcının satım sözleşmesinden beklediği menfaatin gerçekleşmesi buna bağlıdır. Satım konusu alıcıya teslim edildikten ve mülkiyeti kendisine geçirildikten sonra bir üçüncü kişinin satım sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hakkına dayanarak, satım konusunu kısmen veya tamamen alıcının elinden alması mümkündür. Bu durumda satıcının borcunu tam veya gereği gibi yerine getirmiş olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Alıcı, TBK m.112'ye dayanarak satıcıdan zararının tazmini talep edebilir. Ancak bazı pratik düşüncelerle TBK'da zapttan sorumluluk hakkında özel hükümlere yer verilmiş ve alıcıya ek bir koruma imkânı daha sağlanmıştır<sup>29</sup> (TBK m. 214-218). Ancak alıcı, sözleşmenin kurulduğu sırada satım konusunun elinden alınma tehlikesini biliyorsa, ayrıca

<sup>25</sup> EREN, 14. Bası, s. 1179; SİRMEN, s. 168-169; YILDIRIM, s. 95.

<sup>26</sup> YILDIRIM, s. 95.

<sup>27</sup> TBMM, 26.12.1944 tarih ve 1367 sayılı yorum kararı, RG No: 5621.

Ancak Türk Ticaret Kanunu 1535. maddesinde kenar başlıklarının metne dâhil olduğunu belirtmiştir. Bu hüküm yalnızca bu Kanun için bir sonuç doğurabilecektir. DURAL/SARI, s. 95.

<sup>28</sup> TBK, BK'da satım sözleşmesi olarak ifade edilen kavramı, satış sözleşmesi olarak ifade etmiştir. Biz çalışmamızda satım kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

<sup>29</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 59; TANDOĞAN, C. I/1, s. 148.

üstlenmiş olmadıkça satıcının, bundan dolayı alıcıya karşı bir sorumluluğu olmayacaktır (TBK m. 214/2).

Zapttan sorumluluk kanundan doğmakla beraber, bu sorumluluğa ilişkin hükümler emredici nitelikte değildir<sup>30</sup>. Bu nedenle taraflar aralarında anlaşarak satıcının bu borcunun kapsamını genişletip, daraltabilirler ve hatta bu borcu tamamen ortadan kaldıracırlar. Ancak satıcı, üçüncü kişinin hakkını alıcıdan gizlemişse zapttan sorumluluğu sınırlayan veya ortadan kaldıran kayıt ya da anlaşma geçersiz olacaktır (TBK, m. 214/3)<sup>31</sup>. Satıcı, alıcının zapt tehlikesini bilmediğini anladığı halde kendisine gerekli açıklamayı yapmamışsa, gizleme gerçekleşmiş sayılır. Yani bu gibi hallerde satıcının yalnızca susması da yeterlidir<sup>32</sup>. Ancak öğretilerde çok uzak ihtimallerin alıcıya bildirilmemiş olmasının bu hükmün kapsamının dışında olduğu savunulmaktadır<sup>33</sup>.

Hükümde üçüncü bir kişinin satım konusu üzerindeki üstün hakkı satıcı tarafından gizlenmişse; yani bile bile (kasten) hareket edilmişse sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz sayılacağı düzenlenmiş; ancak satıcının bu hususta “ağır ihmal” gösterdiği hallere ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Öğretilerde bu eksikliğin TBK m. 115 uygulanarak aşılabileceği savunulmaktadır<sup>34</sup>. Zira 115. madde hükmü “ağır kusur” ifadesine yer verdiği için kastın yanı sıra ağır ihmali de kapsamına almaktadır. Bu noktada TBK m. 214’ün, m. 115 karşısında özel hüküm olduğu, bu nedenle m. 214’ün açık hükmüne rağmen m. 115’in uygulanamayacağı düşünülebilir. Ancak özel hüküm genel hüküm ilişkisinin bulunduğu hallerde özel hükmün genel hükmün uygulanmasını bertaraf edebilmesi (Lex specialis derogat legi generali) için özel hükmün öngörülmesindeki amacın genel hükmün uygulanmasını bertaraf etmeye yönelik olması gerektiği, aksi takdirde özel hükmün genel hükümle beraber yan yana uygulanabileceği haklı olarak ileri sürülmektedir<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 59; TANDOĞAN, C. I/1, s. 148, 149.

<sup>31</sup> Bu durumda yalnızca zapttan sorumluluğu sınırlandıran veya ortadan kaldıran anlaşma geçersiz sayılacak; ancak satım sözleşmesi geçerliliğini koruyacaktır. Yani satıcı zapttan sorumlu olmaya devam edecektir.

<sup>32</sup> TANDOĞAN, C. I/1, s. 149; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 64.

<sup>33</sup> TUNÇOMAĞ, s. 225; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 64.

<sup>34</sup> SEROZAN, Borçlar Özel, s. 127; YAVUZ, Ayrıplı İfa, s. 99; AKMAN, s. 106-108.

<sup>35</sup> ÇAĞA, s. 366 vd.

### **1.4.1.1. Zapttan Sorumluluğa İlişkin Hükümlerle Hile Hükümlerinin Birbirleriyle İlişkileri**

Bir sözleşmede hem zapttan sorumluluk hem de hile hükümlerinin uygulanabilir olması mümkündür. Örneğin; satıcı üçüncü kişinin satım konusu üzerindeki üstün hakkını alıcıdan gizleyerek onu sözleşme yapmaya ikna etmiş, daha sonra satım konusu alıcıya teslim edip mülkiyeti kendisine geçirdikten sonra üçüncü kişi zapta girişmiş olabilir<sup>36</sup>. Bu durumda satıcının zapttan sorumluluğunu sınırlandıran ya da ortadan kaldıran bir anlaşma var olsa da geçersiz sayılacak ve satıcı zapttan sorumlu olmaya devam edecektir. Ayrıca üçüncü kişinin üstün hakkının alıcıdan gizlenmiş olması, satım sözleşmesinin hile nedeniyle iptal edilebilmesine de imkân verebilir (TBK m. 36, 39). Bu nedenle ilgili hükümlerin birbirleriyle olan ilişkilerini tespit etmek önem arz etmektedir.

Satım konusunu teslim etme ve mülkiyeti geçirme borçlarının tamamlayıcısı olan zapttan sorumluluk tali bir nitelik taşıdığından, sözleşmenin ifasından sonra olsa dahi, bu sözleşme hile nedeniyle hükümsüz kılınırsa artık zapttan sorumluluk söz konusu olmayacaktır<sup>37</sup>. Yani zapttan sorumluluk sözleşmenin ifasını ilgilendirirken, hile sözleşmenin geçerliliğine ilişkindir. Bu nedenle zapttan sorumluluğu hile karşısında özel hüküm olarak kabul etmek mümkün değildir. O halde hileye maruz kalan alıcının bu hükümlerden dilediğine başvurmak hususunda seçimlik bir hakka sahip olduğunu, dilerse hile nedeniyle sözleşmeyi iptal edip varsa zararlarının tazminini talep edebileceğini, dilerse de zapttan sorumluluk hükümlerine başvurabileceğini söylemekte bir sakınca yoktur<sup>38</sup>.

TBK’da, bir kişinin sorumluluğunun birden çok sebebe dayandırılması halinde zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe hâkimin zarar görene en iyi tazmin imkânını sağlayan

<sup>36</sup> BK döneminde öğretideki bazı yazarlar bu girişimin mutlaka dava yoluyla gerçekleştirilmesi gerektiğini, aksi takdirde zapttan sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağını savunmaktaydılar. SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 278; SEROZAN, Borçlar Özel, s. 122, 125. Bu görüşe karşın yargıyı gereksiz yere meşgul etmemek bakımından üçüncü kişinin tamamen haklı görüldüğü hallerde dava açılması söz konusu olmaksızın zapttan sorumluluk hükümlerinin uygulanabileceği ileri sürülmekteydi. ARAL, Özel Borç İlişkileri, s. 105-106; TANDOĞAN, C. I/1, s. 155. Bu tartışma BK’da bu hususta bir açıklık olmamasından kaynaklanmakla beraber, “satıcının sorumluluğu, alıcının satılan üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispat etmesi durumunda da devam eder.”, hükmünü getiren, TBK’nın 216. maddesinin son fıkrası bu tartışmayı ikinci görüş lehine sona erdirmiştir.

<sup>37</sup> TANDOĞAN, C. I/1, s. 149.

<sup>38</sup> GÜMÜŞ, C.1, s. 98; YILDIRIM, s. 271; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 278-279.

sorumluluk sebebine göre karar vereceği hükme bağlanmıştır (TBK m. 60). Hilenin yalnızca menfi zararların tazmini imkânını sağlaması karşısında (TBK m. 39) tam zapt halinde müspet zararların istenebiliyor olması (TBK m. 217)<sup>39</sup>, zapttan sorumluluk hükümlerine başvurmanın zarar görenin daha lehine olduğunu düşündürebilir<sup>40</sup>. Ancak unutulmamalıdır ki; zapttan sorumluluk hükümlerinden tam olarak yararlanabilmek için alıcının da bazı koşulları yerine getirmesi gerekir. Örneğin alıcı üçüncü kişinin kendisine karşı açtığı davayı satıcıya ihbar etmelidir. Alıcının ihbar külfetini yerine getirmesi hususu, satıcının sorumluluğunun kapsamını etkilemektedir<sup>41</sup>. Dava, kendisinden kaynaklanmayan nedenlerden ötürü satıcıya bildirilmemişse satıcı, kendisine zamanında bildirimde bulunulmuş olsaydı daha elverişli bir hüküm elde edebileceğini ispatladığı ölçüde sorumluluktan kurtulabilecektir (TBK m. 215/2). Satıcıya yapılan bildirim davaya katılmaya ve savunmaya elverişli bir zamanda yapılmışsa, alıcının aleyhine verilen hüküm, onun ağır kusuru<sup>42</sup> yüzünden verildiği ispatlanmadıkça, satıcı içinde sonuç doğuracaktır.

#### **1.4.2. Ayıptan Sorumlulukta**

##### **1.4.2.1. Genel Olarak**

Bir satım sözleşmesinde satıcının başlıca borcu konusunun zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretmektir. Satıcı bu borcunu yerine getirirken satım konusunun değerini veya sözleşme gereğince ondan beklenen yararları azaltan veya ortadan kaldıran maddi veya hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmamasına dikkat etmelidir. Aynı şekilde satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği olumlu niteliklerin satım konusunda bulunmaması veya bulunmadığını bildirdiği olumsuz niteliklerin bulunması sebebiyle de alıcıya karşı sorumludur (TBK m. 219/1)<sup>43</sup>. Görüldüğü gibi satıcı satım konusunun değerini veya faydasını azaltan ayıpların bulunmadığını ayrıca vaat etmese

<sup>39</sup> Tam zapt halinde satıcı kusursuzluğunu ispatlayamıyorsa, alıcının yoksun kaldığı kâr gibi müspet zararlarını da tazmin etmelidir. YAVUZ, Özel Hükümler, s. 65.

<sup>40</sup> YILDIRIM, s. 271.

<sup>41</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s.62; TANDOĞAN, C. I/1, s. 157-158.

<sup>42</sup> BK'da "alıcının hilesi veya ağır bir hatası eseri" şeklinde ifade edilen kavram, TBK'da doğru olarak "onun ağır kusuru yüzünden" şeklinde ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde de açıklandığı gibi ağır kusur kastı ve dolayısıyla hileyi de kapsamaktadır.

<sup>43</sup> 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasına göre: "Ambalajında, etiketinde, tanıma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilânlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar, ayıplı mal olarak kabul edilir."

dahi sorumluluğu kanun gereği mevcuttur. Burada tam anlamıyla kanuni bir borç söz konusudur<sup>44</sup>. Ancak satıcının bildirdiği ve vaat ettiği vasıflar bakımından sorumluluğunun hukuki niteliği tartışmalı olmakla beraber<sup>45</sup> hâkim görüşüne göre, burada tasavvur (bilgi) açıklamasından doğan bir kanuni borç söz konusu olduğu kabul edilmelidir<sup>46</sup>. Ayıptan sorumluluk, TBK m. 112’de düzenlenen gereği gibi ifa etmemenin kanunda özel olarak düzenlenmiş bir türü niteliğindedir<sup>47</sup>.

Satıcı ayıpların varlığını bilmesede dahi onlardan sorumlu tutulmuştur (TBK m. 219/2). Ancak satıcı, sözleşmenin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir<sup>48</sup>. Ayrıca alıcının satım konusunu yeterince gözden geçirmekle farkına varabileceği ayıplardan da böyle bir ayıbın bulunmadığını ayrıca üstlenmedikçe sorumlu olmayacaktır (TBK m. 222).

Daha önce de belirttiğimiz gibi satıcı, ayıpların varlığını bilmesede dahi onlardan sorumludur. Ancak ayıpların varlığından haberdar olması hilesi bakımından mühimdir. Zira satım sözleşmeleri bakımından hile, genellikle satım konusundaki ayıpların hileyle gizlenmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir<sup>49</sup>. Hileden bahsedebilmek için satıcı, satım konusunun belli nitelikleri taşımamasına rağmen bu niteliklerin varlığını veya satım konusunda var olan eksikliklerin yokluğunu beyan etmeli yahut susarak bu

---

<sup>44</sup> YAVUZ, Nihat, s. 67-68; Tandoğan, C. I/1, s. 167.

<sup>45</sup> Tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız; YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 19-31; TANDOĞAN, C. I/1, s. 165-166.

<sup>46</sup> ŞAHİNİZ, s. 54; TANDOĞAN, C. I/1, s. 166; YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 29-31; Gümüş, C. I, s. 146.

<sup>47</sup> ARAL/AYRANCI, s. 103; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 68, dn. 84; YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 30-31, 33; ŞAHİNİZ, s. 28-29.

<sup>48</sup> 4077 sayılı Kanuna göre, ayıplı malın neden olduğu zararlardan sorumluluğa ilişkin hükümler dışında, ayıplı olduğu bilinerek satın alınan mallar hakkında bu Kanunun 4. maddesi hükmü uygulanmaz (m. 4/5).

Satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, imalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde “özürdür” ibaresini içeren bir etiket konulması zorunludur. Yalnızca ayıplı mal satılan veya bir kat ya da reyon gibi bir bölümü sürekli olarak ayıplı mal satışına, tüketicinin bilebileceği şekilde tahsis edilmiş yerlerde bu etiketin konulması zorunluluğu yoktur. Malın ayıplı olduğu hususu, tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde gösterilir (m. 4/6).

Güvenli olmayan mallar, piyasaya özürdür etiketiyle dahi arz edilemez. Bu ürünlere, 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümleri uygulanır (m. 4/6).

<sup>49</sup> Satım konusunda bulunması gereken zorunlu nitelikler bakımından olduğu kadar, satıcının bildirdiği ve vaat ettiği niteliklere ilişkin olarak da hile yapmak mümkündür. TANDOĞAN; C. I/1, s. 175; YILDIRIM, s. 65.



hususlarda alıcıda bir hatalı bir kanaat yaratmalı ya da alıcıdaki mevcut hatayı güçlendirmelidir<sup>50</sup>. Ayrıca alıcının satım konusundaki ayıpları bildiği takdirde bu sözleşmeyi hiç yapmayacağı veya daha değişik koşullar altında yapacağı da satıcı tarafından bilinmeli veya bilinebilecek durumda olmalıdır<sup>51</sup>. Yani satıcının alıcıyı sözleşme yapmaya veya sözleşmede kararlaştırılan mevcut şartlar altında yapmaya sevk etme kastının bulunması gerekmektedir.

Ayrıca satım konusundaki ayıplar hileyle gizlenmişse, satıcının ayıptan sorumluluğu daha ağır bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

#### **1.4.2.2. Sorumsuzluk Anlaşmalarında**

Taraflar aralarında anlaşarak satıcının ayıptan sorumluluğunu veya sınırlandıran ya da tamamen ortadan kaldıran anlaşmalar yapabilirler<sup>52</sup>. Böylelikle satıcı kendisi ve karşı taraf için gizli kalmış olan ayıplardan sorumlu olmak istemediğini belirtmiş ve bu, alıcı tarafından da kabul edilmiş olur. Ancak satıcının, kendisinin bildiği ve fakat hileyle alıcıdan gizlediği bir ayıptan sorumlu olmayacağını öngören bir anlaşma yapılmışsa bu anlaşma kesin hükümsüzdür (TBK m. 221)<sup>53</sup>.

Bir ayıbı hileyle gizlemek her şeyden bu ayıbın varlığı konusunda bilgiye sahip olmayı gerektirir<sup>54</sup>. Ayıp satıcı tarafından bilinmiyorsa, kastın yokluğu nedeniyle ayıbın hileyle gizlenmesinden bahsedilemez. Öğretide ayıbın satıcı tarafından bilinmesi gereken hallerde dahi bu sonucun değişmeyeceği ileri sürülmüştür<sup>55</sup>. Ancak TBK m. 115 sayesinde ayıbın bilinmesi gereken hallerde satıcının bilgisizliği ağır ihmal sayılacak ve ağır kusur nedeniyle sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olduğu sonucuna varılabilecektir. Ayrıca TBK m. 221'in yeni ifade şekli de bu sonucu doğrulamaktadır. BK m. 196'da "satılanın ayıbını alıcıdan hile ile gizlemişse" ifadesi kullanılmışken, TBK m. 221'de "satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurluysa" ifadesi kulla-

<sup>50</sup> YILDIRIM, s. 63; TANDOĞAN, C. I/1, s. 176; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 104; ŞAHİNİZ, s. 65-66; GÜMÜŞ, C. I, s. 143.

<sup>51</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 72; TANDOĞAN, C. I/1, s. 176; YILDIRIM, s. 65.

<sup>52</sup> Satıcının ayıptan sorumluluğu daraltılıp, ortadan kaldırılabilir gibi genişletilebilir de. ŞAHİNİZ, s. 62.

<sup>53</sup> Bu hükümsüzlük yalnızca ayıplardan sorumlu olmamayı öngören anlaşma bakımındandır. Yoksa satım sözleşmesi geçerli bir biçimde varlığını sürdürmeye ve satıcı da ayıptan sorumlu olmaya devam eder.

<sup>54</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 122; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 72; YILDIRIM, s. 63-64; GÜMÜŞ, C. I, s. 144.

<sup>55</sup> YILDIRIM, s. 64; ŞAHİNİZ, s. 66; GÜMÜŞ, C.I, s. 144.

nılmıştır. Ağır kusur, kastı ve dolayısıyla hileyi de kapsamına aldığı gibi ağır ihmali de bünyesinde barındırmaktadır. Ayıbın bilinmesi gerekliliği özellikle meslekten satıcıları ilgilendirmektedir. Zira meslekten bir satıcının satım konusunun ayıbını bilmemesi, onun satım konusunu ayıplı olarak devretmede ağır ihmali bulunduğunu göstermektedir<sup>56</sup>.

Ayıbı bildiği halde bunu alıcıya bildirmeyen satıcının aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle hileli davrandığı kabul edilmektedir<sup>57</sup>. Ancak satıcının ahlaki bir yükümlülüğü bulursa dahi satım konusundaki tüm eksiklikleri alıcıya bildirmek hususunda hukuki bir yükümlülüğünün olmadığı, aksi yöndeki bir kabulün satıcıyı önemli ölçüde zarara uğrayabileceği ileri sürülmektedir. Aydınlatma yükümlülüğünün doğumunu ve kapsamını belirlemede ticari hayatın gerekleri, dürüstlük kuralları ve somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır<sup>58</sup>.

Öğretide satıcıyı sorumlu tutabilmek için ayıpların bizzat satıcı tarafından gizlenmesine gerek olmadığı, eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin bu yöndeki davranışlarının da satıcıyı sorumlu tutmak bakımından yeterli olduğu ileri sürülmektedir<sup>59</sup>.

#### **1.4.2.3. Satım Konusunu Gözden Geçirme ve Ayıplarını Bildirme Külfetinin İhmalinde**

Alıcı devraldığı satım konusunun durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz gözden geçirmek ve bir ayıp tespit ederse bunu uygun bir süre içinde satıcıya bildirmek zorundadır. Aksi takdirde satım konusunu bulunduğu haliyle kabul etmiş sayılır. Ancak satım konusunda olağan bir gözden geçirmeyle tespit edilemeyecek bir ayıp, daha sonra keşfedilirse, hemen satıcıya bildirilmelidir. Aksi halde satım konusu bu ayıpla kabul edilmiş sayılmaktadır (TBK m. 223). Görüldüğü gibi alıcı gözden geçirme ve ayıpları bildirimde külfetini yerine getirmediği takdirde ayıptan doğan haklarını yitirmektedir. Ancak satım konusundaki ayıpları hileyle gizleyen bir satıcı, ayıpların vaktinde kendisine bildirilmediğini ileri sürerek sorumluluktan kısmen dahi olsa kurtulamayacaktır (TBK m. 225/1)<sup>60</sup>. Yani ayıpların hileyle

<sup>56</sup> YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 102; YAVUZ, Nihat, s. 150.

<sup>57</sup> ŞAHİNİZ, s. 61; YILDIRIM, s. 64.

<sup>58</sup> YILDIRIM, s. 64.

<sup>59</sup> YILDIRIM, s. 65.

<sup>60</sup> BK'da "alıcıyı ifal etmiş olan satıcı" ifadesi yerine TBK'da "Ağır kusurlu olan satıcı" ifadesi kullanılmıştır. Satıcının ayıpları hileyle gizlemesini de kapsayan ağır kusur ifadesi daha yerinde bir ifade biçimidir.

gizlendiği hallerde ayıp bildirimimin zamanında veya hiç yapılmamış olması satıcının ayıptan sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.

Öğretide TBK m. 225'in uygulanabilmesi için satıcının hilesinin mutlaka alıcıyı sözleşme yapmaya sevk etme amacına yönelmiş olmasının gerekli olmadığı, alıcının satılanı gözden geçirmesine ve ayıpları bildirmesine engel olmasının gerekli ve yeterli olduğu savunulmaktadır<sup>61</sup>.

TBK m. 225/2'ye göre satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da bu hüküm geçerlidir. Yani satıcılığı meslek edinen bir kişi, bilmesi gereken ayıplar bakımından, bu ayıpların zamanında kendisine bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. BK'da bulunmayan bu hüküm borçlar hukukumuzda yerinde bir yenilik getirmektedir. Zira meslekten bir satıcının bilmesi gereken ayıpların farkında olmaması onun ağır ihmalli ve dolayısıyla ağır kusurlu olduğunu göstermektedir<sup>62</sup>.

#### **1.4.2.4. Daha Yüksek Miktarda Tazminata Mahkûm Olmada**

Satıcının satım konusunun ayıplarından sorumlu olduğu hallerde BK, alıcıya bir takım seçimlik haklar tanımaktaydı. Bu haklar satım konusunu geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme<sup>63</sup> veya satım konusunu alıkoyarak ayıp oranında satım bedelinden indirim isteme veya imkân varsa satım konusunun ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini istemeye yönelik olabilirdi (BK 202/1, 203/1). TBK m. 227 ile bu haklara ek olarak aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, tüm masrafları satıcıya ait olmak üzere satım konusunun ücretsiz onarılmasını isteme seçimlik hakkını da alıcıya tanımıştır<sup>64</sup>. Bunun yanı sıra öğretide alıcının bir başka seçimlik hak

<sup>61</sup> YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 125; YILDIRIM, s. 69; YAVUZ, Nihat, s. 110.

<sup>62</sup> YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 107.

<sup>63</sup> BK'da her ne kadar sözleşmenin feshinden söz edilse de hüküm sözleşmeden dönme olarak anlaşılmaktaydı. Zira burada sürekli bir sözleşme ilişkisinin ileriye etkili olarak ortadan kaldırılması değil, satım sözleşmesinin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması söz konusudur. BK'nın bu ifade hatası TBK m. 227 ile ortadan kaldırılmıştır.

<sup>64</sup> 4077 sayılı Kanuna göre tüketici bu durumda bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir (m. 4/2 c. 2).

İmalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına veya 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren, ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur. 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu teslim tarihinden

olarak genel hükümlere göre tazminat isteme hakkına sahip olduğu da ileri sürülmektedir<sup>65</sup>. TBK m. 227/2 alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkını saklı tutmuştur.

Alıcı sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanırsa satım konusunu ondan elde ettiği yararlarla beraber iade edecek, buna karşın ödediği satış bedelini faiziyle beraber geri ödenmesini, yargılama giderleriyle satım konusu için yapmış olduğu diğer giderlerin ve ayıplı maldan doğan doğrudan zararının tazminini talep edebilecektir (TBK m. 229/1). Satıcı kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer zararlarını da ödemekle yükümlüdür olacaktır (TBK m. 229/2). Satım konusunun ayıplarını hileyle gizleyen bir satıcının kusurlu olduğu açıktır<sup>66</sup>. Bu nedenle ayıpları hileyle gizleyen bir satıcı, alıcının dolaylı zararlarını da tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Alıcının doğrudan ve dolaylı zararlarının kapsamı ve sınırları konusunda öğretide tartışmalar mevcuttur<sup>67</sup>. Bir görüşe göre dolaylı zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkan her türlü müspet zararı kapsamına almaktadır<sup>68</sup>. Her ne kadar sözleşmeden dönme ve müspet zararlarının tazminini talep etme birbirleriyle çelişmekteyse de alıcıyı daha geniş ölçüde koruyabilmek ve uğradığı her türlü zararı satıcıdan talep edebilmesini sağlayabilmek bakımından bu görüşe katılmak uygundur<sup>69</sup>.

#### **1.4.2.5. Kısa Zamanaşımı Sürelerine Tabi Olmada**

Satım konusundaki ayıpların hileyle gizlenmesi halinde satıcının sorumluluğunu ağırlaştıran bir diğer hüküm, ayıptan sorumluluğa ilişkin taleplerin ileri sürülebileceği kısa zamanaşımı süresinin uygulanmayacağını

---

itibaren 1 yıl süre ve kullandırdığı kredi miktarı ile sınırlıdır. Konut finansmanı kuruluşları tarafından 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre verilen kredilerin devrolması halinde dahi, kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu devam eder. Krediyi devralan kuruluş bu madde kapsamında sorumlu olmaz. Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludurlar. Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz (m. 4/3)

<sup>65</sup> Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 79; YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 157; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 104. Aksi Görüş; GÜMÜŞ, C. I, s. 166. Yazara göre Kanun tazminat talebini bağımsız bir seçimlik olarak kabul etmemiştir. Yalnızca tazminat talebiyle yetinmek istemeyen bir alıcının yapabileceği tek şey TBK'nın 112. maddesine başvurmaktır.

<sup>66</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 83.

<sup>67</sup> Tartışmalar hususunda ayrıntılı bilgi için bakınız; ARAL, Kötü İfa, s. 172 vd.

<sup>68</sup> SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 591 vd. Gümüş'e göre alıcının kazanç kaybı şeklinde gerçekleşen müspet zararı dolaylı zarar sayılmalıdır. GÜMÜŞ, C. I, s. 178.

<sup>69</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 94.

öngören TBK m. 231/2'dir<sup>70</sup>. Bu kısa zamanaşımı süresi, satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça satıldaki ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, satım konusunun alıcıya devrinden itibaren iki yıldır. Ancak alıcının satım konusunun kendisine devirden itibaren iki yıl içinde satıcıya bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz (TBK m. 231/1)<sup>71</sup>.

Öğretide kısa zamanaşımı sürelerinin uygulanmaması için TBK m. 36 anlamındaki hile için aranan tüm şartların burada aranmayacağı savunulmaktadır<sup>72</sup>. Bu görüşteki yazara göre burada alıcıyı sözleşme yapmaya yöneltmek amacıyla bir hile yapılmamaktadır. Satım konusundaki ayıpları gizlemek veya olayları yanlış aksettirerek alıcıyı iğfal etmek kısa zamanaşımı süresinin uygulanmaması için yeterli görülmelidir. Satıcının hilesiyle alıcının satım konusunu zamanında gözden geçirmesinin ve ayıpları satıcıya bildirmesinin engellendiği hallerde de satıcının kısa zamanaşımı süresinden yararlanamayacağı ileri sürülmektedir<sup>73</sup>.

Kısa zamanaşımının uygulanmayacağı hallerde bu süre yerine hangi sürelerin uygulanacağı tespit edilmelidir. Hilenin bir haksız fiil olduğundan

<sup>70</sup> BK m. 207/3'de ise "satıcı alıcıyı iğfal etmişse" ifadesi kullanılmaktaydı.

<sup>71</sup> 4077 sayılı Kanuna göre bu Kanunun 4. maddesi ile ayıba karşı sorumlu tutulanlar, ayıba karşı daha uzun bir süre ile sorumluluk üstlenmemişlerse, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. Bu süre konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarda beş yıldır. Ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tabidir. Bu talepler zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra ortadan kalkar. Ancak, satılan malın ayıbı, tüketiciden satıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz (m. 4/4).

Eski TTK m. 25/4'e göre BK m. 207'deki zamanaşımı süresi tüccarlar arasındaki ticari satımlarda altı ay olarak belirlenmişti.

Eski TTK'nın bu hükmüne Yeni TTK'da yer verilmemiştir. Yeni TTK m. 23'ün gerekçesine göre bu durumun üç sebebi vardır. Yatırım mallarında özellikle makinelerde gizli ayıplar çoğu kez altı aylık sürede belirlenememekte, anlaşılamamaktadır. Teknolojinin ilerlemesi makineleri bilgisayar ile çalışır duruma getirmiş, bu sistem içinde ayıplar ancak altı ayı aşan bir süreden sonra belirlenen nitelikte ayıplara dönüştürmüştür. Kısa zamanaşımı süresi bir ithalat ülkesi olan Türkiye'de zararlı sonuçlar vermiştir. Ayrıca altı aylık süre Viyana Anlaşması şeklinde adlandırılan "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması" ile de açık uyumsuzluk içerisinde. Zira bu anlaşmada zamanaşımı süresi iki yıldır.

Bu takdirde tacirler arası satımlardan satım konusunun ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin davalar TBK m. 231'e uygun olarak satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrayacaktır.

<sup>72</sup> YILDIRIM, s. 68.

<sup>73</sup> GÜMÜŞ, C. I, s. 196; ŞAHİNİZ, s. 430.

yola çıkan görüş, sürenin haksız filler için öngörülen zamanaşımı sürelerine kıyasla belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>74</sup>. Buna karşın alıcının ayıptan sorumluluk halinde ortaya çıkan seçimlik haklarının (TBK m. 227) satım sözleşmesinden doğduğunu ve bu nedenle sürenin sözleşmelerdeki zamanaşımı süresine kıyasen belirlenmesi gerektiği de savunulmaktadır (TBK m. 146 -on yıl-)<sup>75</sup>.

#### **1.4.2.6. Hayvan Satımlarında**

BK m. 195'e göre hayvan satışında satıcı yazılı olarak üstlenmedikçe veya alıcıyı işgal etmiş olmadıkça ayıptan sorumlu olmamaktaydı. BK'daki "alıcıyı işgal etmiş olmadıkça" ifadesi TBK'da "ağır kusuru olmadıkça" şeklinde ifade edilmiştir. Ağır kusur, kastın ve dolayısıyla hilenin yanı sıra ağır ihmali de kapsamına almaktadır. Bu nedenle TBK'da hayvan satıcısının ayıptan sorumluluğunun genişletildiğini söylememiz mümkündür.

Satım konusundaki ayıpları hileyle gizleyen bir satıcının ayıpların vaktinde kendisine bildirilmediğini ileri sürerek kısmen dahi olsa sorumluluktan kurtulamayacağını daha önce incelemiştik (TBK m. 225/1). Öğretide bu hükmün hayvan satımlarında alıcıya yüklenen ek külfetlerin kapsamına da etkili olmasa gerektiği ileri sürülmektedir<sup>76</sup>.

TBK m. 224'e göre hayvan satımında, satıcının sorumlu olacağı süre yazılı olarak belirlenmemişse ve ayıp da hayvanın gebeliğine ilişkin değilse satıcı, ancak ayıbın devrin yapıldığı veya alıcının devralmada temerrüdünün gerçekleştiği günden başlayarak dokuz gün içinde kendisine bildirilmesi ve ayrıca hayvanın bilirkişilerce gözden geçirilmesinin aynı süre içinde yetkili makamdan<sup>77</sup> istenmesi hâlinde sorumlu olur. Yukarıda bahsettiğimiz görüşün doğruluğu kabul edilirse, hayvanın ayıpları hileyle gizlenmişse, maddede gösterilen dokuz günlük süre kaçırılmış ve yetkili makama başvuru yapılmamış olsa da satıcının ayıptan sorumluluğunun devam ettiğini söylemek mümkün olacaktır.

---

<sup>74</sup> YAVUZ, Nihat, s. 137; YILDIRIM, s. 68, dn. 283'deki yazar.

<sup>75</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 139; ARAL/AYRANCI, s. 143; GÜMÜŞ, C. I, s. 196; ŞAHİNİZ, s. 131. TANDOĞAN sebebini belirtmeksizin, bu durumda on yıllık zamanaşımının söz konusu olacağını belirtmektedir. TANDOĞAN, C. I/1, s. 203.

<sup>76</sup> YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 126; YILDIRIM, s. 70.

<sup>77</sup> Hayvanın gözden geçirilmesi için bilirkişi tayin edecek yetkili makamın hangisi olduğu hususunda Kanunlarda bir açıklık yoktur. Bu nedenle bilirkişi tayini için ayıptan sorumlulukla ilgili esas davaya bakacak mahkemeye başvurulması gerektiği ileri sürülmektedir. YAVUZ, Nihat, s. 109.

#### **1.4.2.7. Mesafe Satımlarında**

Satım konusundaki ayıpları hileyle gizleyen bir satıcının ayıpların kendisine vaktinde bildirilmediğini ileri sürerek kısmen dahi olsa sorumluluktan kurtulamayacağını daha önce incelemiştik (TBK m. 225/1). Öğretide bu hükmün satım konusunun ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi üzerine yapılan satım sözleşmelerinde (mesafe satımlarında) TBK m. 226 ile alıcıya yüklenen ek yükümlülük ve külfetlerin kapsamına da etkili olması gerektiği savunulmaktadır<sup>78</sup>.

TBK m. 226'nın alıcıya yüklediği ek yükümlülükler şunlardır: Alıcı, ayıplı satım konusunu kabul etmek niyetinde değilse ve teslim alma yerinde satıcının temsilcisi yoksa satım konusunun korunması için gerekli önlemleri, masrafları satıcıya ait olmak üzere<sup>79</sup> almakla yükümlüdür. Alıcının gerekli önlemleri almaksızın satım konusunu satıcıya geri göndermesi yasaktır (TBK m. 226/1). Alıcı, gerekli koruma önlemlerini aldığı en kısa sürede satıcıya bildirmelidir<sup>80</sup>. Bu bildirimden sonra satıcı harekete geçip duruma el koymazsa, alıcının koruma yükümlülüğü sona erer, zira Kanunda da ifade edildiği gibi alıcının bu yükümlülüğü geçicidir<sup>81</sup>. Koruma yükümlülüğü özenle yerine getirilmez ve bundan bir zarar doğarsa alıcı, bu zararı TBK m. 112 uyarınca tazmin etmekle yükümlü olur<sup>82</sup>. Ancak bu halde de alıcının satım konusunun ayıplı tesliminden doğan talep haklarını ileri sürme hakkının saklı olduğu ileri sürülmektedir<sup>83</sup>.

Ayrıca alıcı, satılanın durumunu gecikmeksizin usulüne göre tespit ettirmelidir. Aksi takdirde, ileri sürdüğü ayıbın, satım konusunun kendisine ulaştığı zamanda var olduğunu ispatlamak zorunda kalır (TBK m. 226/2).

Satım konusunun kısa zamanda bozulma tehlikesi varsa, alıcı onu bulunduğu yerdeki mahkeme aracılığıyla sattırmaya yetkili, hatta satıcının yararı gerektiriyorsa sattırmakla yükümlüdür. Alıcı, satım konusunu sattırma yoluna gideceğini en kısa zamanda satıcıya bildirmelidir, aksi takdirde bundan doğan zarardan sorumlu olur (TBK m. 226/3). Bu hükümden yalnızca bildirim

---

<sup>78</sup> YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 126; YILDIRIM, s. 70; SEROZAN, Borçlar Özel, s. 147.

<sup>79</sup> GÜMÜŞ, C. I, s. 161; TANDOĞAN, C. I/1, s. 186; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 108; YAVUZ, Nihat, s. 157.

<sup>80</sup> GÜMÜŞ, C. I, s. 161; TANDOĞAN, C. I/1, s. 185; YAVUZ, Nihat, s. 157.

<sup>81</sup> TANDOĞAN, s. 185; YAVUZ, Nihat, s. 157.

<sup>82</sup> YAVUZ, Nihat, s. 112; TANDOĞAN, C. I/1, s. 186; GÜMÜŞ, C. I, s. 162.

<sup>83</sup> YAVUZ, Nihat, s. 112.

yükümünün ihlali halinde doğan zarardan sorumlu olunacağı anlaşılabilirse de gerekli olduğu halde alıcının satım konusunu satmamasından doğan zararın tazmini de gerekmektedir<sup>84</sup>. Alıcı mahkemeye müracaat etmeksizin satım konusunu kendisi satmışsa satılanı kabul etmiş sayılmalıdır<sup>85</sup>. Ancak öğretilerde bu gibi durumlarda alıcının yalnızca seçimlik haklarından sözleşmeden dönme hakkını yitirdiği, yoksa satım bedelinden indirim talebinde bulunabileceği de savunulmaktadır<sup>86</sup>.

Yukarıda bahsettiğimiz görüşün doğruluğu kabul edilirse, ayıpları hileyle gizleyen bir satıcının, alıcıdan satım konusunu muhafaza etmesini ve sattırmasını beklemeye hakkının olmadığı ve bu nedenle de satılanı muhafaza etmek için gerekli önlemleri almayan alıcıyı sorumlu tutamayacağı söylenebilir.

#### **1.4.2.8. Taşınmaz Satımlarında**

Ayıp ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler TBK'nın taşınır satımına ilişkin ayrımında düzenlenmiştir. Ancak TBK m. 246 gereği taşınır satımına ilişkin hükümler kıyas yoluyla gayrimenkul satımına da uygulanacaktır. Bu takdirde ayıptan sorumluluğa ilişkin olarak bahsettiğimiz tüm hususlar niteliğine uygun düştüğü ölçüde taşınmaz satımı bakımından da geçerlidir.

Niteliğini etkilemediği müddetçe taşınırın miktarındaki (niceliğindeki) eksiklik ayıp sayılmamakta (TBK m. 219/1), sadece gereği gibi ifa etmeme (eksik ifa) sebebiyle satıcının sorumluluğuna yol açmaktadır<sup>87</sup>. Ancak kanunda özel olarak bir taşınmazın ölçümündeki eksiklikler de ayıp olarak kabul edilmiş ve satıcının bu ayıptan sorumlu olacağı esası benimsenmiştir (TBK m. 244/1-1). Burada satıcının sorumluluğu bakımından ikili bir ayrıma gidilmiştir. Satım sözleşmesinde yazan yüzölçümü resmi bir ölçmeye dayanmıyorsa, satıcı sözleşmede yazan ölçüden eksik kalan miktarı alıcıya tazmin etmekle yükümlü tutulmuştur. Ancak tarafların satıcının böyle bir halde sorumlu olmayacağını kararlaştırmaları mümkündür (TBK m. 244/1). Satılan taşınmazın yüzölçümü resmi bir ölçmeye dayanıyorsa, taşınmazın

---

<sup>84</sup> GÜMÜŞ, C. I, s. 163.

<sup>85</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 109; YAVUZ, Nihat, s. 157; TANDOĞAN, C. I/1, s. 186.

<sup>86</sup> GÜMÜŞ, C. I, s. 162-163.

<sup>87</sup> ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 120; YAVUZ, Nihat, s. 92;-93; TANDOĞAN, C. I/1, s. 172, 270; ŞAHİNİZ, s. 42-43; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 101.

SEROZAN, eksik ifa ile nicelik (miktar eksikliği) arasında yaratılan farklılığı eleştirmekte bunların her ikisinin de aynı hukuki rejime bağlanması gerektiğini savunmaktadır. SEROZAN, Borçlar Özel, s. 139.



gerçek yüzölçümü tapu siciline kaydedilen miktardan az olsa dahi satıcı ayrıca üstlenmiş olmadıkça bu noksanlığı tazmin etmekle yükümlü değildir (TBK m. 244/2).

Taşınır satımında ayıpların hileyle gizlenmesi haline bağlanan sonuçlar kanaatimizce taşınmaz satımlarında da uygulama alanı bulmalıdır<sup>88</sup>. Yani satıcının yüzölçümü noksanını hileyle alıcıdan sakladığı hallerde her halükarda satıcının sorumlu olduğu sonucuna varılmalıdır. Taraflar resmi ölçüme dayanmayan yüzölçümü noksanından satıcının sorumlu olmayacağını kararlaştırmış olsalar da bu kayıt veya sözleşme geçersiz sayılmalıdır. Resmi ölçmeye dayanan haller de satıcı ayrıca üstlenmiş olmasa da noksanı tazmin etmelidir.

Taşınmaz satımlarında ayıptan sorumluluğa ilişkin bir diğer özel hüküm de yapının ayıplı olmasından doğan davaların zamanaşımı süresine ilişkindir (TBK m. 244/3). Hükme göre, bir yapının ayıplı olmasından doğan davalar, mülkiyetin geçmesinden başlayarak beş yılda zamanaşımına uğrayacaktır. Ancak satıcının ağır kusurunun varlığı halinde zamanaşımı süresi yirmi yıla çıkacaktır.

#### **1.4.2.9. Açık Artırma Yoluyla Satımda**

Bir satım türü olan açık artırma TBK m. 274-281 arasında düzenlenmiştir. Açık artırma yoluyla satım; yeri, zamanı ve koşulları önceden belirlenerek, hazır olanlar arasında en yüksek bedeli önerenle yapılan satımdır (TBK m. 274). Satımın eksiltme yoluyla yapıldığı durumlar da söz konusu olabilmektedir<sup>89</sup>.

Açık artırmayla satımının cebri artırma ve isteğe bağlı artırma olmak üzere iki çeşidi bulunmaktadır<sup>90</sup>. Cebri artırmada satım konusu üzerinde tasarrufa yetkili olan kişinin iradesine bakılmaz, satımı resmi makamlar bizzat ve zorla gerçekleştirir. Bu nedenle cebri artırımların gerçek bir satım olmayıp, kamu hukuku muamelesi niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 197; TANDOĞAN, C. I/1, s. 271.

<sup>89</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 227; TANDOĞAN, C. I/1, s. 321; GÜMÜŞ, C. I, s. 258-259.

<sup>90</sup> İsteğe bağlı açık artırımın yanı sıra bir de isteğe bağlı özel artırma vardır. Bu tür artırımlarda önceden ilan yapılmaz ve bunlara herkes katılamaz. Bu tür artırımın isteğe bağlı açık artırmadan temel farkı da budur. Ayrıntılı bilgi için bakınız; TANDOĞAN, C. I/1, s. 322.

<sup>91</sup> SEROZAN, Borçlar Özel, s. 189; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 228; TANDOĞAN, C. I/1, s. 321; GÜMÜŞ, C. I, s. 259.

BK m. 230/1'e göre cebri artırmalarda artırma şartnamesinde açıkça taahhütte bulunulmadıkça veya artırmaya katılanlara hile yapılmış olmadıkça zapttan ve ayıptan sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Bu hükmü karşılayan TBK m. 280/1'e göre ise, cebri artırmalarda zapttan ve ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanamayacaktır. İlgili maddenin gerekçesinde cebri artırmalarda ayıp veya zapttan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanmaması kuralının iki istisnasına ilişkin sorunlara, ancak icra hukuku kurumları (şikâyet, ihalenin feshi) çerçevesinde çözüm bulunabileceği belirtilmiş ve bu nedenle bu tür artırmalarda ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı kabul edilmiştir.

İsteğe bağlı açık artırmalarda ise satıcı, satım konusunun zaptından ve ayıplarından sorumludur. Ancak satıcı, artırma koşullarında açıkça belirtip duyurmak suretiyle bu sorumluluğundan kurtulabilir. Ancak satıcının hilesinin mevcut olması halinde artırma koşullarındaki sorumsuzluk kaydına rağmen zapttan ve ayıptan sorumluluğu devam etmektedir (TBK m. 280/3).

#### **1.3.2.1.1. Ayıptan Sorumluluğa İlişkin Hükümlerle Hile Hükümlerinin Birbirleriyle İlişkileri**

Bir sözleşmede hem ayıptan sorumluluk hem de hile hükümlerinin uygulanabilir olması mümkündür. Örneğin; alıcı satım konusunda mutlaka bulunmasını istediği bir niteliği satıcıya bildirmiş ve satıcı da bu niteliğin satılarda bulunmadığını bildiği halde, sanki bu nitelik varmış gibi beyanlarda bulunarak alıcıyı yanıltmış ve bu suretle onu sözleşme yapmaya ikna etmiş olabilir. Bu durumda satıcının ayıptan sorumluluğunu sınırlandıran ya da ortadan kaldıran bir anlaşma olsa dahi geçersiz sayılacak ve satıcı ayıptan sorumlu olmaya devam edecektir (TBK m. 221). Ayrıca alıcının bu sözleşmeyi yapmasını veya mevcut şartlarla yapmasını sağlayan kilit nokta, satım konusunda mutlaka bulunmasını arzu ettiği niteliğin gerçekte var olmadığı halde varlığı konusunda hataya düşürülmüş olmasıdır. Bu nedenle satım sözleşmesinin hile nedeniyle iptal edilebilmesi de mümkündür (TBK m. 36, 39).

Bu konudaki bir görüşe göre, ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler hata (ve dolayısıyla hile) hükümlerine nazaran öncelikle uygulanmalı ve onu bertaraf etmelidir<sup>92</sup>. Ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler irade bozukluklarına ilişkin hükümlere göre daha özel nitelikte olup, satım konusunu gözden geçirme ve varsa ayıpları bildirme külfetleri alıcı tarafından vaktinde yerine getirilmemişse veya bir yıllık zamanaşımı süresi geçirilmişse artık irade

<sup>92</sup> TANDOĞAN, C. I/1, s. 204, dn 124'deki yazarlar; KILIÇOĞLU, s. 199.

bozukluklarına dayanmak da mümkün olmamalıdır. Aksi bir kabul kanunun ayıptan sorumluluğa dayanabilmek için koyduğu kısıtlayıcı şartların bertaraf edilmesi sonucunu doğuracaktır. Zira bu kısıtlayıcı şartların satıcının lehine olduğu ve onun aleyhine spekülasyon yaratılmasını engellediği açıktır.

Ancak satım konusunu teslim etme ve mülkiyeti geçirme borçlarının tamamlayıcısı olan ayıptan sorumluluk tali bir nitelik taşıdığından, sözleşmenin ifasından sonra olsa dahi, bu sözleşme hile nedeniyle hükümsüz kılınırsa artık ayıptan sorumluluk söz konusu olamayacaktır<sup>93</sup>. Yani ayıptan sorumluluk sözleşmenin ifasını ilgilendirirken, hile sözleşmenin geçerliliğine ilişkindir. Bu nedenle ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümleri hile hükümleri karşısında özel hüküm olarak kabul etmek mümkün değildir. Ayrıca kanunun ayıptan sorumluluğa dayanabilmek için getirdiği kısıtlayıcı şartlar, satım konusunun ayıpları hileyle gizlendiği hallerde ya tamamen ortadan kalkmakta ya da oldukça esnek bir hale gelmektedir. O halde hileye maruz kalan alıcının bu hükümlerden dilediğine başvurmak hususunda seçimlik bir hakka sahip olduğunu, dilerse hile nedeniyle sözleşmeyi iptal edip varsa zararlarının tazminini talep edebileceğini, dilerse de ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurabileceğini savunan görüşe katılmamızda bir sakınca yoktur<sup>94</sup>.

Alıcı ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurmaya karar verirse hile nedeniyle sözleşmeyi iptal etmekten vazgeçmiş sayılır. Zira ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurabilmek için sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş ve hüküm ve sonuçlarını doğuruyor olması gerekir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesinin bu yönde vermiş olduğu bir karar öğretide şiddetle eleştirilmiştir<sup>95</sup>. Bu eleştirilere göre ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurduktan sonra ayıptan sorumluluğun şartlarının gerçekleşmediği ortaya çıksa bile sözleşmeye icazet verilmiş sayılacağı için artık irade sakatlığı sebebiyle sözleşmenin iptali istenemeyecektir. Bu durumda hile ve ayıptan sorumluluk hükümlerinin yarıştığını söylemenin bir anlamı kalmayacaktır. Ancak kanaatimizce ayıptan sorumluluğa dayanmanın mümkün olmadığı sonradan anlaşılrsa bile, böyle bir olay bakımından gerçekte ayıptan sorumluluk ve hile hükümleri baştan beri birbirleriyle hiç yarışmaya girmemiştir. Zira somut olayda başvurulabilecek tek hukuki çare hiledir. Hile ve ayıptan sorumluluk hükümleri arasında seçim

---

<sup>93</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 98.

<sup>94</sup> YILDIRIM, s. 71, dn. 295'deki yazarlar; UÇAR, s. 85; SEROZAN, Borçlar Özel, s. 134; ŞAHİNİZ, s. 200; YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 225; ARAL/AYRANCI, s. 149; GÜMÜŞ C.1, s. 122; KURŞAT, s. 154; AKYOL, s. 296.

<sup>95</sup> Bu karar ve eleştiriler için bakınız; GÜMÜŞ, C. I, s. 122; ARAL/AYRANCI, s. 150.

yapabileceğini düşünen bir alıcı, olayın şartlarını iyice ölçüp değerlendirmelidir. Ayıptan sorumluluğu tercih ettikten sonra aslında bu yola başvuramayacağını anlayan bir alıcı, sözleşmeye icazet vermiş sayılacağı için artık hile nedeniyle sözleşmeyi iptal edemeyecektir. Ancak sözleşmeye icazet verme, tazminat talep edebilme hakkını ortadan kaldıramayacağından (TBK m. 39/2) hileyle maruz kalanın uğramış olduğu zararların tazmini talep edebilecektir.

Alıcı ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurma imkânını yitirmiş olsa dahi hile nedeniyle sözleşmenin iptali için bir üst sınır olmadığından<sup>96</sup> on yıl geçtikten sonra dahi hile nedeniyle sözleşmenin iptalini isteyebilmelidir<sup>97</sup>.

Satım konusu ayıplı olmasına rağmen hile, satım konusunun ayıpları bakımından değil de sözleşmenin kuruluşundaki diğer hususlardan kaynaklanıyorsa bu halde de alıcı dilerse hile hükümlerine dilerse de ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlere başvurabilir.

BK'ya göre açık artırmalarda hukuka ve ahlaka aykırı yollara başvurularak ihalenin gerçekleştirilmesi sağlanırsa her ilgili, iptal sebebini öğrendiği günden başlayarak on gün içinde ihalenin iptalini mahkemeden isteyebilirdi (BK m. 226 c.1). TBK ise bu hükmü karşılayan 281. maddesiyle iptalin mahkemeden istenebileceği süreye ihale tarihinden itibaren bir yıllık üst sınır getirmiş ve cebri artırmalar hakkındaki özel hükümlerin saklı olduğunu belirtmiştir. Öğretide artırma suretiyle gerçekleştirilen satımdaki iptal hakkının (TBK m. 281) hile nedeniyle iptali dışlamadığı (TBK m. 36, 39) ve bu iki hükmün yan yana uygulama alanı bulabileceği de savunulmaktadır<sup>98</sup>.

### **1.5. BAĞIŞLAMA SÖZLEŞMESİNDE**

Bağışlama sözleşmesi, sağlararasında sonuç doğurmak üzere bağışlayanın herhangi bir karşı edim elde etmeksizin malvarlığından bağışlanana bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 234)<sup>99</sup>. Bağışlama sözleşmesiyle yalnızca bağışlayan borç altına girmekte, bu karşın

---

<sup>96</sup> OĞUZMAN, s. 177 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, C.I, s. 465; YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 224; KURŞAT, s. 117-118; EREN, 14. Bası, s. 413; YILDIRIM, s. 263.

<sup>97</sup> Karşı görüş; ACEMOĞLU, s. 915-920; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 454. Bu yazarlara göre kanunun ruhu 10 yıllık azami bir sürenin kabulünü gerekli kılar.

<sup>98</sup> YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 225; YILDIRIM, s. 72; KURŞAT, s. 155.

<sup>99</sup> SEROZAN, Borçlar Özel, s. 190; YILDIRIM, s. 78-79; TANDOĞAN, C. I/1, s. 335; GÜMÜŞ, C. I, s. 266.

<sup>99</sup> Benzeri tanımlar için bakınız; TANDOĞAN, C. I/1, s. 342; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 240; SEROZAN, Borçlar Özel, s. 201; ARAL/AYRANCI, s. 189; GÜMÜŞ, C. I, s. 275.

bağışlanan herhangi bir borçla yüklenmemektedir. Bağışlama sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bu niteliği bağışlayanın sorumluluğunun daha hafif bir biçimde ortaya çıkmasına sebep olmaktadır diyen TBK m. 114 bağışlayan hakkında da uygulama alanı bulmaktadır (BK m. 114)<sup>100</sup>.

Bağışlama vaadinden doğan borcunu yerine getirmeyen bağışlayana karşı, aynen ifa davası açılabilir<sup>101</sup>. Bunun dışında BK bağışlayanın kötü ifadan sorumluluğunu onun hilesine veya ağır dikkatsizliğinin bulunmasına bağlamıştı (BK m. 243). TBK’da da bağışlayanın kötü ifadan sorumluluğunun “ağır kusuruna” bağlı olduğu belirtilmiştir (TBK m. 294/1)<sup>102</sup>. Bu durumda bir gıda firması son kullanma tarihi geçmiş olan gıda maddelerini durumunu gizleyerek bir hayır kurumuna bağışlamışsa, bu kötü ifasından doğan tüm zararları tazmin etmek zorunda kalacaktır. Zira bu olayda bağışlanana hileyle sözleşme yapmaya sevk etmiştir.

Kural olarak bağışlayanın, bağışlama konusunun zaptından veya ayıbından sorumluluğu yoktur. Ancak bu hususta özel olarak bir garanti sözü vermişse, bağışlama konusunun zaptından ve/veya ayıbından sorumlu olur (TBK m. 294/2).

## **1.6. KİRA SÖZLEŞMESİNDE**

Kira sözleşmesi, kiraya verenin kira konusunun kullanılmasını kiracıya bıraktığı ve kiracının da buna karşılık bir kira bedeli ödemeyi üstlendiği tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir (TBK m. 299)<sup>103</sup>. Kiraya verenin kira konusunu kiracıya teslim etmesi tek başına onu sorumluluktan kurtarmaz. Kira konusu sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim edilmeli ve sözleşme süresince de bu durumda bulundurulmalıdır (TBK m. 301 c. 1)<sup>104</sup>. Sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli olmayan bir kira konusunu teslim edilmesi veya kiralananın sözleşmenin devamı esnasında -kiracının bir kusuru olmaksızın- bu duruma düşmesi halinde, kiraya verenin ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde sorumluluğu doğacaktır (TBK m. 304 vd.).

<sup>100</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 249; SEROZAN, Borçlar Özel, s. 216; TANDOĞAN, C. I/1, s. 374; YAVUZ, Nihat, s. 941; ARAL/AYRANCI, s. 189.

<sup>101</sup> Bağışlama konusu bir miktar paradan ibaretse, temerrüt faizi temerrüt tarihinde değil icraya başvurma veya dava açma tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır (TBK m. 121/1).

<sup>102</sup> Görüldüğü gibi TBK’nın ifade tarzı BK’ya göre daha yerindedir.

<sup>103</sup> TBK, kira sözleşmesini tanımlarken bir şeyin kullanılmasının yanı sıra ondan yararlanılmasının da kiraya veren tarafından kiracıya bırakılması unsuruna yer vererek, ürün kirasına işaret etmiştir.

<sup>104</sup> Kiraya verenin bu borcu dolayısıyla ki; kira sözleşmesi sürekli edimler içeren bir sözleşmedir. GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 23; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 282; ARAL/AYRANCI, s. 226.

Satım sözleşmelerinde olduğu gibi kira sözleşmelerinde de kiraya verenin kira konusunun ayıplarından doğan sorumluluğunu genişletip, sınırlandıran ve hatta ortadan kaldıran anlaşmalar yapılabilir. Bu husus TBK m. 301/2'nin<sup>105</sup> aksi ile kanıtından ve TBK m. 221'e kıyas yoluyla ortaya çıkmaktadır<sup>106</sup>. Her ne kadar böyle bir sorumsuzluk anlaşması yapılabilirse de kiraya verenin kira konusunu ayıplı olarak devretmekte ağır kusurunun bulunması ve özellikle kiralananın ayıplarını hileyle gizlemesi halinde bu sorumsuzluk anlaşması geçerliliğini yitirecektir<sup>107</sup>. Bu sonucu TBK m. 221 ve 115'e kıyasen belirlemek mümkün olduğu gibi, dürüstlük kuralları da bunu emretmektedir.

Kira sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi yaratması, kira süresince bir ayıbın doğabilme ihtimalini ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle kira sözleşmelerinde satımda olduğu gibi sözleşme konusunun tesliminden sonra bir defaya mahsus olmak üzere gözden geçirme ve eğer varsa ayıpları bildirme külfeti söz konusu değildir<sup>108</sup>. Ancak sonradan ortaya çıkan ve kendisinin gidermekle yükümlü olmadığı bir ayıbı fark eden kiracı, gecikmeksizin bu durumu kiraya verene bildirmekle yükümlü tutulmuştur (TBK m. 318). Aksi takdirde kiracı, bu ayıptan doğan zararları tazmin etmekle yükümlü olduğu gibi, halin icabına göre kiracının kira konusunun ayıbına rağmen sözleşmeye devam etmek istediği ve ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlere başvurmadan

---

<sup>105</sup> TBK m. 301'e göre: "Kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurma yükümlüdür. Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralalarında (TBK m. 339-356) kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları (TBK m. 20-25) yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz."

Bu hükümden çıkarmamız gereken sonuç şudur: Taraflar TBK m. 301/1 c. 1'de öngörülen ve bunun uzantısı olarak m. 304 vd. düzenlenen kiraya verenin ayıptan sorumluluğuna ilişkin yükümlülüklerini sınırlandıran veya ortadan kaldıran anlaşmalar yapabilirler; ancak bunu yaparken m. 301/1 c. 2'de yer alan sınırlamalara dikkat etmelidirler. Zira bu hüküm emredici bir nitelik taşıdığı için öngörülen sınırlamalara aykırı bir biçimde yapılan sorumsuzluk anlaşmaları kesin hükümsüz olacaktır (BK m. 20). YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 197; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 108.

<sup>106</sup> TANDOĞAN, C. I/2, s. 123; YILDIRIM, s. 85; YAVUZ, Nihat, s. 203.

<sup>107</sup> TANDOĞAN, C. I/2, s. 123; YILDIRIM, s. 86; YAVUZ, Nihat, s. 203; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 257; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 109; ARAL, Özel Borç İlişkileri, s. 244-245.

<sup>108</sup> YILDIRIM, s. 86, YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 197; TANDOĞAN, C. I/2, s. 115; UÇAR, s. 58. Ancak taraflar sözleşmeye koyacakları bir hükümle, gözden geçirme ve varsa ayıpları bildirme külfeti yaratabilirler. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 198, GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 110.

feragat ettiği şeklinde bir yorumda bulunmak da mümkün olabilecektir<sup>109</sup>. Buna karşın öğretide bu bildirim yapılmamış olmasının kiracının ayıplı ifadan doğan seçimlik haklarından feragat anlamına gelmeyeceği, yalnızca kiralayanın hiç veya zamanında yapılmayan bildirim sebebiyle uğramış olduğu zararların tazminini gerektiği de savunulmaktadır<sup>110</sup>. Ancak hangi görüşün doğruluğu kabul edilirse edilsin, kira konusunun ayıplarının hileyle gizlendiği hallerde TBK m. 225/1'e kıyasen kiraya veren, ayıbın kendisine bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen dahi olsa kurtulamayacaktır<sup>111</sup>.

Kiraya verenin kira konusunun ayıplarından sorumlu olduğu hallerde kiracıya bir takım seçimlik haklar tanınmış (TBK m. 304, 305); ancak bu hakların kullanılması bakımından herhangi bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Bu boşluğun TBK m. 231'in kıyasen uygulanması yoluyla doldurulacağı ileri sürülebilir. Bu takdirde kira konusunun ayıbı teslimde mevcutsa ayıp daha sonra anlaşılrsa bile ayıptan sorumluluğa ilişkin her türlü dava teslim tarihinden itibaren iki yılda zamanaşımına uğrayacağı kabul edilebilir. Ancak kira konusunda sonradan meydana gelen ayıplar bakımından, ayıbın ortaya çıkış tarihi zamanaşımının başlangıç tarihi olarak nazara alınabilir. Kiraya veren kiralananı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise ve özellikle kira konusunun ayıplarını hileyle gizlemişse bu iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamamalıdır. Öğretide Kanundaki bu boşluğun TBK m. 147 b. 1'e kıyasen doldurulması gerektiğini savunanlar da vardır<sup>112</sup>. Bu hükme göre kira bedelleri beş yıllık bir zamanaşımına tabidir. Kiracı, kira konusunun kendisine teslimi tarihinden itibaren beş yıl içinde seçimlik haklarını kullanmalıdır. Ancak bu görüşte kira konusunun teslimi üzerinden beş yıl geçtikten sonra doğacak ayıplar bakımından hangi sürenin uygulanacağı hususunda hiçbir açıklama yapılmamıştır ve bu görüşte de kiraya verenin ağır kusurunun varlığı halinde TBK m. 231/2'ye kıyasen beş yıllık zamanaşımının uygulanamayacağını savunulmaktadır.

### **1.7. ESER SÖZLEŞMESİNDE**

Eser sözleşmesi yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK m.

---

<sup>109</sup> HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, s. 201; YILDIRIM, s. 86; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 197; TANDOĞAN, C. I/2, s. 115; YAVUZ, Nihat, s. 190; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 256; UÇAR, s. 59; ARAL, Özel Borç İlişkileri, s. 246.

<sup>110</sup> GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 110.

<sup>111</sup> YILDIRIM, s. 86; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 110.

<sup>112</sup> GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 111.

470). Yüklenicinin iş sahibine teslim edeceği eser, bildirdiği ve vaat ettiği niteliklerle beraber sözleşmede öngörülen kullanım amacı bakımından gerekli olan nitelikleri de taşımalıdır. Aksi takdirde yüklenicinin ayıptan sorumluluğu doğacaktır (TBK m. 474-478).

Eser sözleşmesinin kuruluşunda ortada henüz bir eser mevcut bulunmadığı için bu aşamada ayıbın hileyle gizlenmesi de mümkün değildir. Bu sözleşmede ayıbı hileyle gizlemek genellikle eserin teslimi anında; yani sözleşmenin ifası aşamasında ortaya çıkmaktadır<sup>113</sup>. Ancak çoğu halde sözleşmenin ifası aşamasındaki hileli davranışların sözleşmenin kuruluşu ile ilişkilendirilmesi mümkündür. Bir inşaat firmasının iş sahibinin talep ettiği yapıyı sağlam bir biçimde inşa edebilmesi mevcut imkânlarıyla mümkün olmadığı halde bu hususta iş sahibini yanıltarak onu sözleşme yapmaya ikna etmesi ve inşa ettiği çürük yapıyı -rüşvetle aldığı sağlamdır raporunu öne sürerek- işi sahibine teslim etmeye çalışması bu duruma verebileceğimiz bir örnektir.

Tarafların yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldıran anlaşmalar yapmaları mümkündür. Bu anlaşmalar ancak TBK m. 115 kapsamında geçerli olabilmektedir. Ayrıca TBK m. 221'in kıyasen uygulanması sonucunda da yüklenicinin eserin ayıpları hileyle gizlediği hallerde (zira bu hal, yüklenicinin eseri ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olduğuna işaret etmektedir) ayıptan sorumlu olmayacağını öngören anlaşmanın kesin hükümsüz olacağı sonucuna varılacaktır<sup>114</sup>.

Yüklenicinin ayıptan sorumlu olabilmesi için iş sahibi, eserin kendisine tesliminden sonra işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirme ve eğer varsa ayıpları uygun bir süre içinde yükleniciye bildirme külfetini yerine getirmelidir (TBK m. 474/1). Aksi takdirde iş sahibi eseri olduğu haliyle kabul etmiş sayılacak ve bu nedenle yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulacaktır (TBK m. 477/2). Eserdeki ayıp daha sonra ortaya çıkarsa, iş sahibi bu durumu da gecikmeksizin yükleniciye bildirmek zorundadır; yoksa eseri ayıbına rağmen kabul etmiş sayılacaktır (TBK m. 477/3).

---

<sup>113</sup> Bu nedenle öğretide hile sözleşmenin kuruluşunda, sözleşmenin ifasında ve sözleşmenin sona ermesinde olmak üzere sözleşmenin aşamalarına göre bir ayrıma tabi tutulmaktadır. YILDIRIM, s. 60-61. Kanaatimizce sözleşmenin hangi aşamasıyla ilgili olursa olsun koşulları mevcut olduğu müddetçe hile bir iptal sebebidir. Aynı yönde; KILIÇOĞLU, s. 193, dn. 242.

<sup>114</sup> GÜMÜŞ, C. II, s. 120, 138-139; UÇAR, s. 61.



Eserin iş sahibi tarafından açıkça<sup>115</sup> veya örtülü bir biçimde kabulüne rağmen, yüklenici tarafından kasten gizlenen ve usulüne uygun bir gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek ayıplar bakımından da yüklenicinin sorumluluğu devam edecektir (TBK m. 477/1). Öğretideki bir görüşe göre, ayıbın kasten gizlenmesi yüklenicinin, kendisince bilinen ve öğrenildiği takdirde iş sahibinin bildirmsiz bırakmayacağını kabul etmek zorunda olduğu ayıpları eserde gizlemesidir<sup>116</sup>. Bu husustaki bir diğer görüşe göre ise kasten gizleme, iş sahibi tarafından bilinmeyen; fakat teslim zamanında yüklenici tarafından varlığı bilinen ayıpların bilinçli olarak iş sahibine açıklanmaması, bu hususta kötünietli olarak susulmasıdır<sup>117</sup>. Bu son görüşte yer alan kötüniet unsuru kanaatimizce yersizdir. Zira bir ayıbın iyiniyetle saklandığından bahsetmek herhalde mümkün olmamalıdır. Öğretide de ileri sürüldüğü gibi, iş sahibinin ayıbı önemsemeyip bildirmsiz bırakacağı yönündeki bir beklenti de yükleniciyi iyiniyetli kılmaya yetmemelidir. Çünkü ayıbı önemsemeyerek bildirmsiz bırakmak tamamen iş sahibinin iradesine bırakılmış bir husustur<sup>118</sup>. Ayrıca kötüniet unsuruna kanunda açıkça yer verilmediği gibi, bu unsuru kabul etmek kanuni düzenlemeyle de çelişebilecek niteliktedir<sup>119</sup>. Yüklenici işinde uzman sayıldığından, iş sahibinden kaynaklanabilecek ayıpları bile iş sahibine bildirmekle yükümlü tutulmuştur (BK m. 357/3; TBK m. 472/3). Bu takdirde yüklenicinin bizzat yarattığı ayıp hususunda çeşitli nedenlerle susarak iş sahibini aydınlatmaması dürüstlük kurallarına (TMK m. 2) ve yüklenicinin sadakat borcuna (TBK m. 471/1) aykırılık teşkil ederek onun sorumluluğuna yol açmalıdır. Burada ayrıca yüklenicinin kötü niyetini aramaya gerek yoktur.

Ayıbı kasten gizleyen bir yüklenici, eserin iş sahibi tarafından gözden geçirilerek kabul edildiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacağı gibi kendisine zamanında bildirimde bulunulmadığını ileri sürerek de sorumluluktan kaçamayacaktır<sup>120</sup>. Öğretide kasten gizlenen bir ayıbın sonradan anlaşılması halinde TBK m. 477/3 uyarınca iş sahibine bildirimde bulunulması gerektiği ileri sürülse de<sup>121</sup>, m. 477/1'de ayıbın örtülü olarak

<sup>115</sup> Ancak iş sahibinin eseri ihtirazi kayıt ileri sürerek kabulü onun ayıptan doğan sorumluluğa başvuru hakkının ortadan kalkmasını engeller. AKINCI, s. 287-288; YILMAZ, s. 151.

<sup>116</sup> UÇAR, s. 258, dn. 102'deki yazar.

<sup>117</sup> TANDOĞAN, C. II, s. 219, dn. 469'daki yazar. Bu tanıma aynen katılan yazarlar için bakınız; YILDIRIM, s. 81; GÜMÜŞ, C. II, s. 106.

<sup>118</sup> UÇAR, s. 259.

<sup>119</sup> BURCUOĞLU, s. 304.

<sup>120</sup> ŞENOCAK, s. 129; TANDOĞAN, C. II, s. 220-221; GÜMÜŞ, C. II, s. 114; UÇAR, s. 257.

<sup>121</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 526; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 459.

kabulüne de istisna getirdiğinden, bildirim zamanında yapılmamış olması yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldıramayacaktır<sup>122</sup>. Zira yüklenicinin farkında olduğu ve hatta kasten sakladığı bir ayıbın kendisine bildirilmesini beklemede haklı bir menfaati bulunmamaktadır.

Bunun yanı sıra yüklenicinin eseri kendi yerine yaptırdığı kişilerin veya eseri meydana getirmesine katılan yardımcıların ayıbı kasten gizlemelerinden de, durumdan haberdar olmasa dahi sorumlu olacağı kabul edilmektedir<sup>123</sup>.

Yüklenici iş sahibine ayıplı bir eser teslim etmişse, bu sebeple açılacak davalar BK m. 363/1'e göre, alıcının haklarının tabi olduğu zamanaşımı süresine bağlanmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, taşınmaz inşaata ilişkin ayıplardan dolayı iş sahibinin yükleniciye veya inşaata katılan mimar veya mühendislerle karşı olan talep hakları teslimden itibaren beş yıllık zamanaşımına tabiydi. Yani bu hükme göre taşınmaz yapı dışındaki eserlerde zamanaşımı süresi eserin tesliminden itibaren bir yıl olmasına karşın (BK m. 207/1), taşınmaz yapı niteliği taşıyan eserlerde bu süre beş yıldır. Ancak eserin ayıpları hileyle gizlenmişse yüklenici bir ve beş yıllık zamanaşımı sürelerinden yararlanamayacaktır (BK m. 207/3). Öğretide ise bu halde zamanaşımı süresinin on yıl olması gerektiği savunulmaktadır (BK m. 125)<sup>124</sup>.

BK bu hükmünü karşılayan TBK m. 478'e göre ise yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse bu sebeple açılacak davalar teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapı dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak yüklenicinin ağır kusuru varsa, eserin taşınır veya taşınmaz olduğuna bakılmaksızın zamanaşımı süresi yirmi yıldır. Kanaatimizce eserin ayıplarının hileyle gizlendiği hallerde yüklenicinin ağır kusurundan bahsedilebilecek ve bu nedenle yirmi yıllık zamanaşımı süresi uygulanabilecektir. Ancak öğretide ayıbın kasten gizlenmesi halinde zamanaşımı süresinin uzamayacağı; fakat süresinin başlangıç anının ayıbının fark edilmesi tarihinde başlayacağı ileri sürülmektedir. Ayıbın farkına varma en geç eserin tesliminden itibaren yirmi yıl içinde gerçekleşmelidir<sup>125</sup>. Görüldüğü gibi bu görüşte kasten gizlenen ayıplar bakımından TBK m. 478 ile 20 yıllık bir üst sınır getirildiği kabul edilmektedir.

---

<sup>122</sup> TANDOĞAN, C. II, s. 220-221; ŞENOCAK, s. 129; GÜMÜŞ, C. II, s. 114; UÇAR, s. 260.

<sup>123</sup> TANDOĞAN, C. II, s. 219; YILDIRIM, s. 81; GÜMÜŞ, C. II, s. 103; ŞENOCAK, s. 203; UÇAR, s. 260, dn. 112.

<sup>124</sup> ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 412; TANDOĞAN, C. II, s. 226; GÜMÜŞ, C. II, s. 145; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 527; YILDIRIM, s. 82; ŞENOCAK, s. 231; UÇAR, s. 271; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 364; AKINCI, s. 291.

<sup>125</sup> YAVUZ, Nihat, s. 968.

Eser sözleşmesinde tarafların zamanaşımı sürelerini uzatıp kısaltan sözleşmeler yapmaları mümkündür. Ancak eserin ayıplarının hileyle gizlendiği hallerde zamanaşımı süresini kısaltan sözleşmeler geçersiz olacaktır (TBK m. 115/1)<sup>126</sup>.

Öğretideki bir görüşe göre, eser sözleşmesindeki ayıptan sorumluluk hükümleri satımdakine benzer bir biçimde düzenlemiştir. Nasıl ki satım sözleşmelerinde irade fesadı halleriyle ayıptan sorumluluk hükümlerinin birbirleriyle yarışabileceği kabul ediliyorsa, eser sözleşmeleri bakımından da aynı şeyi söyleyebilmek mümkündür<sup>127</sup>. Bu husustaki bir diğer göre göreysen<sup>128</sup>: *“Gauch’un da haklı olarak belirttiği gibi satım sözleşmesi bakımından sergilenen tutum, eser sözleşmesine taşınmaz. Zira eser sözleşmesinin kuruluşu esnasında iş sahibinin nitelikleri üzerinde hataya düşebileceği bir eser mevcut değildir. Eser ve eserdeki ayıp ancak sözleşmenin kuruluşundan sonra, ifa aşamasında ortaya çıkmaktadır. Müteahhidin ayıplı ifası, sözleşmenin kuruluşunda bir eksiklik ve aksaklık değildir. Temel hatasına dayanma ancak, hal ve şartların esaslı surette değişmesinde mümkündür. Aksi halde eser sözleşmesine dair ayıba karşı tekeffül hükümleri ile temel hatası hükümleri bir arada bulunmaz.”*

## **SONUÇ**

Hile, hata ve ikrahla beraber iradenin sözleşmenin kuruluşunda korunmasına hizmet eden bir kurum olarak Borçlar Kanununun genel hükümleri arasında düzenlenmiştir (TBK m. 36, 39). Ancak hile, Borçlar Kanununun diğer birçok hükmünde ve hatta çeşitli kanunlarda da düzenleme konusu yapılmıştır. Bu hükümlerin incelenmesi sonucunda bu hususta bir terim birliği bulunmadığı görülmüştür. Örneğin; bir hükümde “ayıbı hileyle gizleyen satıcıdan” bir diğer hükümde ise “alıcıyı iğfal eden satıcıdan” bahsedilmiştir. Ayrıca ağır kusur kavramının kullanıldığı pek çok hükümde gereksiz olarak bir de hile kavramına yer verilmiştir. Bilindiği gibi ağır kusur, kastı ve ağır ihmali bünyesinde barındırmaktadır. Hilenin de daima kastı gerektirmesi madde metninde ayrıca kullanılmasını gereksiz kılmaktadır. Kanun koyucu da bu hususu nazara almış olacak ki; TBK’da hile (aldatma) kavramını gereksiz yere kullanmaktan kaçınmaya özen göstermiştir.

---

<sup>126</sup> YAVUZ, Nihat, s. 969; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 527; YILDIRIM, s. 82; TANDOĞAN, C. II, s. 227; UÇAR, s. 280.

<sup>127</sup> UÇAR, s. 85.

<sup>128</sup> YILDIRIM, s. 84-85.

Satım sözleşmeleri bakımından hile, genellikle satım konusunun ayıplarının hileyle gizlenmesi şeklinde gerçekleştirilmektedir. Satım konusunun ayıpları hileyle alıcıdan gizlenmişse satıcının ayıptan sorumluluğu daha da ağırlaşmaktadır. Şöyle ki; ayıpları hileyle gizleyen bir satıcı lehine yapılan sorumsuzluk anlaşması geçersiz olduğu gibi alıcının bazı külfetleri zamanında yerine getirmemesinin bir önemi kalmamakta; yani satıcının sorumluluğu bu halde de devam etmektedir. Hileli davranışı nedeniyle kısa zamanaşımı sürelerinden yararlanamayan satıcı, duruma göre daha yüksek miktarda tazminat ödemek zorunda da kalabilmektedir.

Alıcıyı sözleşme yapmaya sevk etmek için satım konusunun ayıpları hileyle gizlenmişse alıcı, hile hükümlerine başvurarak sözleşmeden dönebileceği gibi ayıptan sorumluluk hükümlerine de başvurabilir. Ayıptan sorumluluk hükümlerine göre taleplerde bulunmak sözleşmenin onandığı anlamına gelmektedir.

Kira ve eser sözleşmelerinde de sözleşme konusunun ayıplarının hileyle gizlenmesi mümkündür. Eser sözleşmesinin kuruluşunda ortada henüz bir eser mevcut bulunmadığı için bu aşamada ayıbın hileyle gizlenmesinden bahsetmek de mümkün değildir. Bu sözleşmede ayıbı hileyle gizlemek genellikle eserin teslimi anında; yani sözleşmenin ifası aşamasında ortaya çıkmaktadır.

### **KAYNAKÇA**

ACEMOĞLU, Kevork, İrade Bozuklukları Yüzünden Sözleşme ile Bağlı Kalmak

İstemediğini Bildirme Bir Üst Süre ile Sınırlanmış mıdır? *İÜHFİM*, C. XXX, sa. 3-4, s. 915-920.

AKINCI, Şahin, Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Özel Hükümler: Türk - Kazak Hukuku,

Konya 2004.

AKMAN, Galip Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.

- AKYOL, Şener, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, İstanbul 1995.
- ARAL, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, b. 7, Ankara 2007. (Özel Borç İlişkileri)
- Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, b. 2, Ankara 2010. (Takas)
- Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011. (Kötü İfa)
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, b. 9, Ankara 2012.
- ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, b. 5, İstanbul 2009.
- BURCUOĞLU, Hâluk, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılması İçin Uyulması Gereken Süreler, *Prof.Dr. Hâluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*, Ankara 1990, s. 304-342
- ÇAĞA, Tahir, Özel Hüküm Genel Hükümü Her Zaman Bertaraf Eder mi? *TBB*, sa. 3, s. 366-375.
- DURAL, Mustafa/SARI, Suat, Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, Cilt: I, b. 4, İstanbul 2009.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b. 8, İstanbul, 2003. (8. Bası)
- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b. 14, Ankara 2012. (14. Bası)
- ERGÜNE, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2008. (C. I)
- Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2010. (C. II)
- Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299 - 356), İstanbul 2011. (Kira Sözleşmesi)
- HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- KAPLAN, İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, b. 2, Ankara 2007.
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanuna Göre Hazırlanmış), b. 14, Ankara 2011.

- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968. (Hata)
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, vd. Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, b. 4, İstanbul 2008. (C.I)
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, vd. Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, 5. bs., İstanbul, 2009. (C. III)
- KURŞAT, Zekeriya, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul 2003.
- OĞUZMAN, M. Kemal, Akdin Hile Sebebiyle İptali Azami Bir Müddetle Tehdit Edilmiş midir? *İBD*, C. XXII, sa. 4, s. 177-189.
- OĞUZMAN, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, b. 7, İstanbul 2009. (7. Bası)
- Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, C. I, b. 10, İstanbul 2012. (10. Bası)
- PULAŞLI, Hasan, Şarta Bağlı Hukuki İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989.
- REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b. 23, İstanbul 2012.
- SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, b .2, İstanbul 2006. (Borçlar Özel)
- Sözleşmeden Dönme, b. 2, İstanbul 2007.
- SİRMEN, A. Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.
- ŞAHİNİZ, C. Salih, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Ankara 2008.
- ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002.
- TANDOĞAN, Hâluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, b. 6, İstanbul 2008.(C. I/1)
- Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, b. 4, İstanbul 2008. (C. I/2)
- Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, b. 5, İstanbul 2010. (C. II)
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, vd. Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b. 7, İstanbul 1993.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1977.

- UÇAR, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003.
- YAVUZ, Cevdet, Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989. (Satıcının Sorumluluğu)
- Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, b. 7, İstanbul 2007. (Özel Hükümler)
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, b. 11, İstanbul 2012. (TBK)
- YAVUZ, Nihat, Ayıplı İfa, b. 2, Ankara 2010.
- YILDIRIM, Mustafa Fadıl, Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 2002.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, b. 12, Ankara 2013.





# KİRALANANIN TEMLİKİ HALİNDE KİRACININ KORUNMASI GEREKSİZ Mİ?

## -Kiralananın Temlik Halinde Yeni Malik Tarafından Tahliye Edilen Kiracının Tazminat Talebi-

*Mustafa Fadıl YILDIRIM\**

### **ÖZET:**

1 Temmuz 2012'den itibaren yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kullanılan dil ve yapılan tercüme yanlışlıklarının düzeltilmesi gibi şekil bakımından; genel işlem şartları kurumuna yer verme, kefalette kefilin, kirada kiracının konumunun iyileştirilmesinde olduğu gibi içerik bakımından önemli yenilikleri ihtiva etmektedir. Ancak bunun yanında, kiralananın temlikini düzenleyen hükümde kaynak kanuna nazaran bir farklılık söz konusudur. Bu çalışma, söz konusu farklılığın, kiracının korunması açısından isabetli olup olmadığı konusunda bir değerlendirme amacıyla kaleme alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Kira Sözleşmesi, Kiracı, Kiralanan, Kiralananın Temlik, Kiracının Korunması.

### **IS PROTECTION OF LESSEE INESSENTIAL WHEN LEASED OBJECT ALIENATED?**

#### **- By New Owner terminated Lessee's Claim for Damages in the Event of Leased Object's Alienation-**

### **ABSTRACT:**

Law No. 6098 Turkish Code of Obligations, which has been come into effect as from 1 July 2012, contains formal renewals such as fixing language and translation errors as well as significant content renewals such as featuring general terms and conditions, improving situations of bailman in contract of bailment and renter in rental agreement. Furthermore, there is a difference in the provision, regulating alienation of the leased object, in comparison to reference code. This article has put down on paper to evaluate whether above mentioned difference is righteous or not by means of protection of lessee.

**Keywords:** Lease Contract, Lessee, Leased Object, Alienation of Leased Object, Protection of Lessee.

---

\* Prof. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## **GİRİŞ**

Kiracının korunmasına yönelik fikirler bugün için dahi önemini kaybetmeden varlığını sürdürmektedir. Bunun en güzel örneğini, ülkemizin olağanüstü şartlarının bir ürünü olarak değerlendirilen 6570 sayılı “Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun” un ruhunun 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda yaşatılmasıdır. Bununla birlikte hemen ifade etmek gerekir ki, kiracının korunması yalnızca ülkemiz açısından geçerli bir düşünce olmayıp iki dünya savaşı ve bir büyük ekonomik kriz geçiren Avrupa ülkelerinde de benzer bir eğilim bulunmaktadır<sup>1</sup>. Gerçekten de, liberal bir bakış açısını yansıtan 818 Borçlar Kanunu’na nazaran, sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, 6098 sayılı Kanunun kira ile ilgili hükümlerine geldiğinde özel bir yoğunluğa ulaşmıştır. Bağlantılı sözleşme yapma yasağı (m.340), takastan feragat yasağı (m.326), sözleşme süresince kiralananı elverişli bir halde tutma yükümlülüğünün aksine düzenleme yapma yasağı (m.301), tahliye sebeplerinin sınırlandırılması ve belirli tahliye sebeplerinin ancak dava yolu ile işletilebilmesi (m.350 vd.) söz konusu korumanın araçları konumundadır.

Kiracının kira sözleşmesi bakımından korunmasını gerektiren bir alan da şüphesiz, kira konusunun kira sözleşmesinin akdedilmesinden sonra temlik edilmesidir. Ancak bu alandaki korumanın yeni düzenlemede önceki düzenlemeye nazaran zayıflatıldığı görülmektedir. Bu tutumun bilinçli olup olmadığının; bilinçli ise isabetli olup olmadığının irdelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

## **I. 6098 SAYILI BORÇLAR KANUNU’NDA KONUNUN DÜZENLENİŞİ**

Kira konusunun temliki, Türk Borçlar Kanunu’nun “a. Kiralananın El Değiştirmesi” başlığını taşıyan 310. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre “Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur.” Hükümün ikinci fıkrasında ise kamulaştırmaya ilişkin hükümlerin saklı tutulduğu ifade edilmiştir.

TBK. m. 310 hükmünde göze çarpan ilk husus, hukuki bir kavram olmayan “el değiştirme” ifadesinin kullanılması, tercih edilmesidir. El

---

<sup>1</sup> Avrupa’da kira sözleşmesi, tıpkı iş sözleşmesi gibi “sosyal nitelikli hukuk” olarak kabul görmekte, işçinin ve tüketicinin korunmasında olduğu gibi, kiracının da ayrıcalıklı bir korumaya kavuşturulması gereğine vurgu yapılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Andreas Kletečka/ Paul Oberhammer, Soziales Mietrecht, Wien 2011, s. 1 vd..

değiştirme (Handaenderung), hukuki olmayan bir kavramdır. Kanun koyucu mülkiyet hakkı sahibinin (malikin) değişmesi (Wechsel des Eigentümers) yerine, böyle bir ifade kullanmış olup, madde metninde “malik devir ve temlik ederse” (veraeussert, Veraeussderung) ifadesine yer verilmiştir. Biz yapılan bu tercihin, isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Kanun koyucunun İsviçre kanun koyucusunun yapmadığı bir biçimde mülkiyet hakkı sahibinin değişmesine yol açan halleri sınırlandırmak amacıyla sayma yerine<sup>2</sup> “el değiştirme” kavramına müracaat etmesi aynı zamanda hukuki tartışmaları da<sup>3</sup> beraberinde getirecek mahiyettedir<sup>4</sup>. Zira miras ve şirket birleşmeleri gibi külli halefiyet hallerinde taşınmaz el değiştirse dahi bu kapsama giren bir devir ve temlik söz konusu değildir<sup>5</sup>.

TBK.m.310 hükmünün kaleme alınışında bir diğer ayırt edici özellik, 818 sayılı Borçlar Kanununa nazaran önemli farklılıklar içermesidir. Bu hususun ayrı bir başlık altında incelenmesi uygun bulunmuştur.

## **II. DÜZENLEMENİN 818 SAYILI BORÇLAR KANUNU’NA NAZARAN FARKLILIKLARI**

İncelenen konunun 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 254. maddesinde düzenlendiği görülmektedir. Hüküm şöyledir: “*İcarın akdinden sonra, mecur, mucir tarafından ahara temlik yahut icraen takibat veya iflas tariki ile kendisinden nez edildiği takdirde; müstecir, mecurun ahiren maliki olan*

<sup>2</sup> İsviçre kanun koyucusu, kiralanan şey üzerindeki mülkiyet hakkına sahip olan kişinin değişmesine yol açan işlemleri, hâlihazırdaki malikin kiraladığı şeyi devir ve temlik etmesi (Veräusserung), icra takibi veya iflas yoluyla mülkiyet hakkının kaybı olarak öngörmektedir (Art. 261 ZGB).

<sup>3</sup> Örneğin, miras yolu ile de taşınmazın el değiştirmesi mümkündür. Bu halde devir ve temlikten değil, ancak intikalden bahsedilebilir. Kiralayanın ölümünün borç ilişkisine etkisi ise ayrıca değerlendirilmelidir.

<sup>4</sup> Örneğin, kiraya verenin intifa hakkı sahibi olduğu bir durumda, intifa bir biçimde sona ermiş ise kira sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı konusunda kullanılan ifade sorun yaratacak mahiyettedir. Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz., Arıdemir, A. G., Kiraya Verenin İntifa Hakkının Sona Ermesi Durumunda Malikin Taşınmaz Kirası Sözleşmesinin Tarafı Haline Gelip gelmeyeceği Sorunu, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl: 2012, C. 8, Sayı: 95-96, s. 125 vd.. İsviçre’de söz konusu hükmün nasıl anlaşılması gerektiği konusunda geniş bilgi için bkz., Higi, P., Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zürcher Kommentar, Bd. V/2b, Die Miete, Art. 253-265, Zürich 1994, Art. 261-261a, N. 3 vd.; Permann, R., Mietrecht Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2007, Art. 261, N. 1 vd.; SVIT (Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht, 3. Aufl., Zürich 2008 (SVIT-Kommentar), Art. 261-261a, N. 1 vd..

<sup>5</sup> Walter, H.P., OR-Kurz Kommentar (Hrsg. Honsell, H.), Basel 2008, Art. 261-261a, N. 3. Bu hallerde kira ilişkisi OR 261’e göre değil, kendi kuralları gereğince el değiştirir.

*üçüncü şahıstan ancak kabulü şartı ile icarenin devamını ve mucirden akdi icra yahut tazminat ita etmesini isteyebilir (I). Bununla beraber icar edilen şey bir gayrimenkul olduğu takdirde, akit daha evvel feshe müsait olmadıkça kanunen ihbar caiz olan miada kadar üçüncü şahıs, icara riayet etmekle mükellef tutulur ve feshi ihbar etmediği takdirde akdi kabul etmiş addolunur (II). Ammenin menfaati için istimlake dair olan hususi hükümler mahfuzdur (III).”*

Yukarıda metni aynen verilen hükümde de görüldüğü üzere hüküm üç fıkra halinde düzenlenmiş ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1990 yılında yapılan revizyon öncesi düzenlemesi ile uyum arz etmektedir (aOR. 259). İsviçre'de 1990 yılında kira sözleşmesini düzenleyen hükümler esaslı bir revizyondan geçirilirken, satımın kirayı bozmayacağı esası kabul edilmiş<sup>6</sup> ve hüküm bugünkü halini almıştır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda “satımın kirayı bozması” esası kabul edildiğinden, bunun sonuçlarını bir bakıma hafifletmek amacıyla bazı tedbirler de alınmıştır. Kira sözleşmesinin devamını sağlama, tazminat ödeme ve en yakın kanuni ihbar sürelerine kadar akde riayet etme ve kira sözleşmesini tapu siciline şerh bu tedbirlerdendir.

6098 sayılı Kanun yalnız yeni maliki kira sözleşmesinin tarafı haline getirmekle yetinmiş ve böylece tüm sorunları çözüme kavuşturduğunu düşünmüştür. Yeni düzenleme çerçevesinde kira sözleşmesi şerhe tabi olmayan kanuni bir “eşyaya bağlı borç”tur<sup>7</sup>. Bununla birlikte yalnız başına “yeni maliki kira sözleşmesinin tarafı haline getirmek” ve bu durumu “eşyaya bağlı borç konumuna sokmak” yeterli değildir. Özellikle yeni malikin “ihtiyaç sebebiyle tahliye” yi isteme hakkının bulunduğu dikkate alındığında söz konusu düzenlemenin yetersizliği açıktır. Yeni malikin ihtiyaç sebebiyle tahliye ettirdiği taşınmazı zorunlu sebepler olmadıkça bir başkasına kiraya verememesi; verse dahi en az bir yıllık kira bedelini tazminat olarak ödeme tehdidi ile karşılaşacak olması (m.355) dahi hükmün bu haliyle “eksik, hatalı” olmaktan kurtaramaz. Gerçekten de konut ve çatılı iş yeri kiralalarında taşınmazı edinen yeni malik, “kendisinin, eşinin, alt soyu veya üst soyunun ya da bakmakla yükümlü olduğu kişilerin konut ya da işyeri ihtiyacı sebebiyle

---

<sup>6</sup> Honsell buna karşı çıkmakta, satım kirayı eninde sonunda bozar (Kauf bricht Miete weiterhin) demektedir, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Zürich 2010, s. 225 vd. Yazar, yeni malikin kiralanan konut ve çatılı işyerini tahliye imkanı kirayı bozan bir durum olarak değerlendirmektedir.

<sup>7</sup> Walter, Art.261-261a, N.1.

tahliesini”, edinme tarihinden itibaren bir ay içinde ihbarda bulunmak ve altı ay sonra tahliye davası açmak suretiyle sağlayabilmektedir (m. 351)<sup>8</sup>.

Tazminat talep etme hakkını dışlayan bir okuma halinde söz konusu düzenlemenin kira sözleşmesinden vaktinden önce tazminat ödemeksizin kurtulma aracı haline dönüşebileceği, muvazaalı işlemlere de kapı aralar mahiyette olduğu görülmektedir<sup>9</sup>. Bu açıdan bakıldığında 6098 sayılı Kanun öncesi geçerli hukuki rejimin, kiracılar için daha yararlı olduğu sonucuna varılır. Kanaatimizce kiracının hukuki konumunu bu noktada kötüleştirmemek gerekmektedir.

TBK. m. 310 hükmünün gerekçesinde ise şu satırlara yer verildiği görülmektedir:

*“818 sayılı Borçlar Kanununun 254 üncü maddesinin birinci ve son fıkralarını karşılamaktadır. Tasarının iki fıkradan oluşan 309 uncu maddesinde, üçüncü kişinin sözleşmenin kurulmasından sonra üstün hak sahibi olması durumlarından, kiralananın el değiştirmesi düzenlenmektedir.*

*818 sayılı Borçlar Kanununun 254 üncü maddesinin kenar başlığında kullanılan “2. Satım ile kiranın infisahı” şeklindeki ibare, Tasarının 309 uncu maddesinde “2. Üçüncü kişinin sözleşmenin kurulmasından sonra üstün hak sahibi olması / a. Kiralananın el değiştirmesi” şeklinde düzeltilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanununun 254 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarından farklı olarak, kiracıyı yeni malik karşısında korumak amacıyla, kiracının kiracılık hakkını yeni malike karşı da ileri sürebileceği ve yeni malikin kiralananı edindiği anda, kanun gereği, kira sözleşmesinin tarafı olacağı kabul edilmiştir. Bununla birlikte, bu fıkra ile, İcra ve İflâs Kanununun 135 inci maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmesi hâlinde, belirtilen maddenin uygulanması olanağı ortadan kaldırılmamaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise, 818 sayılı Borçlar*

<sup>8</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz., Doğan, M. Konut ve Çatılı İşyeri İra Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara 2011, S. 149 vd.

<sup>9</sup> Örneğin, beş yıllığına kira sözleşmesi yapılan bir iş yerinin, sonradan kira bedelinin düşük kararlaştırıldığını düşünen kiraya veren, taşınmazını bir başkasına muvazaalı bir biçimde devir ve temlik etmek suretiyle kira bedelini yükseltmesi mümkündür. Yeni malik, taşınmazın tahliesini sağlamak amacıyla ihtarı gönderdiğinde, ne ile karşılaşacağını bilen ve bilmesi gereken kiracı, ihtarın arkasından altı ay sonra tahliye davasının açılacağını öngörür. Yeni malikin ihtiyacının samimi olmadığını bilmesine rağmen hukuki süreçlerin nasıl sonuçlanacağını garantisinin bulunmadığı, mahkemelerin benzer konularda farklı kararlar verebildiği bir durumda işi riske sokmak istemeyen kiracı, yeni malik ile anlaşma yolları arayıp, yeni kira sözleşmesi yapmayı tercih edebilecektir. Kiracıya, “bu onun tercihidir, sonuçlarına katlansın” denilemez.

*Kanununun 254 üncü maddesinin son fıkrasında olduğu gibi, kamulaştırmaya ilişkin hükümler saklı tutulmuştur.*

*Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 261 inci maddesinin birinci ve son fıkrası göz önünde tutulmuştur.”*

### **III. HÜKMÜN KAYNAK KANUNLA TAMAMLANMASI**

#### **A.ANAHATLARI İLE İSVİÇRE HUKUKUNDA ÖNGÖRÜLEN REJİM**

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kiralananın temliki konusu İsviçre Borçlar Kanunu'nun 261. maddesinde dört fıkra halinde düzenlenmiştir. “Malikin Değişmesi” üst başlığını taşıyan maddenin alt başlığı “Şeyin Devir ve Temliki” dir. İlk fıkrada “Kiralayan, kira sözleşmesinin akdedilmesinden sonra kira konusunu devir ve temlik ederse veya haciz veya iflas yolu ile takip sonrasında mülkiyet hakkını kaybederse, kira ilişkisi, şey üzerinde mülkiyet hakkını kazanana geçer (I). Bununla birlikte yeni malik: (a) Konut ve çatılı işyeri kiralalarında en yakın kira döneminin sonu için kendisinin, yakınlarının veya bakmakla yükümlü oldukları kişilerin ciddi ihtiyaçları sebebiyle feshini yasal fesih süresi içinde isteyebilir. (b) Diğer şeylerde ise şayet sözleşme daha erken bir fesih hakkı vermiyorsa en yakın kira döneminin sonu için yasal fesih süresine uyularak feshedilebilir” hükümlerini sevk etmiştir.

OR Art. 261 hükmünün tüm kira sözleşmelerinde geçerli olduğu; yine hükmün birinci, ikinci ve dördüncü fıkralarının emredici olduğu, üçüncü fıkra hükmünün ise nisbi emredici olduğu ve kiracı lehine değiştirilebileceği kabul edilmektedir<sup>10</sup>.

Konut ve çatılı iş yeri kiralaları ile diğer kiralalar arasındaki temel farklılık, konut ve çatılı iş yeri kiralalarının ancak ciddi ihtiyaç sebebiyle sona erdirilebilmesidir. Diğer kira sözleşmelerinin en yakın dönem sonu için fesih sürelerine uyularak sonlandırılabilmesi için böyle bir ihtiyaç şartı aranmamaktadır. Diğer yandan hükmün uygulama alanı, malik konumunun her türlü değişimi halini değil yalnızca kiralananın devir ve temlik edilmesi veya icra takibi veyahut iflas suretiyle malik sıfatının değişmesini kapsamaktadır. Örneğin, miras yolu ile mülkiyet hakkı sahibinin değişmesi buraya girmemektedir<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Heinrich, P., (Müller-Chen/Huguenin/Girsberger, Hrsg.) Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 261, N. 1; Higi, Art.261-261a, N.3; SVIT-Kommentar, Art. 260-261a, N.1

<sup>11</sup> Yine ticari işletmenin tüm malvarlığı ile devrinde veya şirketlerin birleşmesinde bu hükmün uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Bkz., Higi, Art. 261-261a, N. 8. Ayrıca bkz., Çabri, S.,

Mülkiyet hakkının el değiştirmesi sonucunu doğurmayan ancak aynı hak yaratan diğer hukuki işlemler ise ancak kıyas yolu uygulanabilir ve mülkiyet hakkının değişmesine benzer bir hukuki konum yaratabileceklerdir.

## **B. SORUNUN İSVİÇRE HUKUKUNDA ÇÖZÜMÜ**

Kaynak kanunda kira konusunun temlik sorunu sevk edilen 3. fıkra hükmü ile çözümlenmiştir. Buna göre “*Yeni malik daha önceki kiralayanın kendisine tanıdığı süreden daha evvel kira sözleşmesini feshedecek olursa, taşınmazını devreden kiralayan, kiracının bundan doğan tüm zararlarını tazmin etmeyle yükümlüdür.*” Kabul edilen bu hükümlerle, taşınmazını devreden kiralayanın sözleşmeyi ifa yükümlülüğünün kaldırılmasının yaratacağı olumsuz sonuçlar bir nebze de olsun giderilmek istenmiştir. Zira kiralayanın böyle bir durumda sözleşme ile bağlılığı düşürülmüş; taşınmazı devralanla birlikte iki yıl sürecek müteselsil sorumluluğu sona erdirilmiştir. Görüldüğü üzere İsviçre kanun koyucusu, devir ve temlik halinde kiracının erken feshe karşı korunması bakımından önemli bir tedbir getirmiştir. Buna göre yeni malik, ancak daha önce akdedilen ve kanun gereği tarafı haline getirilen kira sözleşmesinin süresinin bitmesini beklemeksizin, “kiralananın yeni malikin ihtiyacı sebebiyle tahliyesi” yolunu işlettiğinde (gelecek kira döneminin sonu için üç ay önceden yapılacak fesih ihbarı ile) kiracının bu yüzden uğrayacağı zararı tazmin etme yükümlülüğü altında tutulmuştur. Kaynak kanuna göre, yeni malik söz konusu tazminat yükümlülüğünden kurtulmak istiyorsa, daha önce akdedilen kira süresinin sonuna kadar sözleşmeye riayet etmek ve ancak bu sürenin sonunda “ihtiyaç nedeniyle tahliye” sürecini işletmek durumundadır.

Yeni malik, kira sözleşmesini bütünüyle üstlendiğinden, kira sözleşmesinin devamı esnasında kendi uhdesinde doğabilecek fesih imkânlarından da yararlanabilir. Haklı nedenle fesih bu imkânlardan biridir. Buna göre, kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren bir sebep ortaya çıkarsa buna göre yeni malik kiralayan da tazminatsız olarak akdi feshedebilir.

## **IV. DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER**

6098 sayılı Kanun’un yürürlüğünü müteakiben kaleme alınan eserlerde sorunun farkına varıldığı sonucu çıkarılamamaktadır. Aral/Ayrancı sorunu fark etmiş, ayrıntıya girmeksizin, İsviçre Borçlar Kanunu’nun çözümünün buraya taşınması gerektiği yolunda bir kanaat beyan etmiştir<sup>12</sup>.

Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesi veya Üçüncü Kişinin Kiralanan üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olması, MÜHF-HAD, C. 18, S. 3, s. 177.

<sup>12</sup> Aral/Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Bası, Ankara 2012, s. 241. Farklı gö-

Kiralananın temliki halinde tazminat sorunu, Adalet Bakanlığı'na düzenlenmiş bulunan ve bu satırların yazarının da katıldığı ve bir masanın moderatörlüğünü üstlendiği Borçlar Kanunu Çalıştayında tartışılmış<sup>13</sup>, Kanun'un mevcut haliyle akdi ihlal eden eski malikten tazminat istemini engellemeyeceği, genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının mevcut olduğu görüşü paylaşılmıştır.

## **V. ÇÖZÜMÜN TÜRK HUKUKUNA TAŞINMASI**

Kanaatimizce, İsviçre Kanun koyucusunun benimsediği çözümü Türk hukuku bakımından da benimsemeye engel bir durum olmamalıdır. Kanımızca bu noktada bir "kasıtlı susma değil"; "boşluk" söz konusudur ve bu boşluk hukukumuzun diğer hükümleri ile doldurulmalıdır. Zira bu konuda bir boşluğun bulunduğu tespit edilmeksizin TBK. m. 112 vd. hükümleriyle hükmün tamamlanacağını söylemek isabetli olmaz<sup>14</sup>. Buna göre, taşınmazını kiraya veren malikin kira konusu taşınmazı satmasının esasen akde aykırılık olduğu (TBK. m. 112), kanun koyucusunun sevk ettiği özel hükümle, genel hükmün uygulanmasını ortadan kaldırmak amacı gütmeyeceği gözden ırak tutulmamalıdır. Yeni maliki kira sözleşmesinin kanunen tarafı haline getirilmesi akde aykırı davranışı bertaraf eder mahiyette değildir. Yeni malikin ihtiyaç sebebiyle tahliye davası açtığı (veya bunun emarelerinin belirttiği bir durumda ki, bir aylık sürede gönderilen ihtarname bunu gösterir) bir halde, şayet kira sözleşmesi, ilk malikle akdedilen sözleşmede öngörülen süreden daha kısa sürede sonlanmış oluyor ve bundan bir zarar doğuyorsa, taşınmazını devreden malik bu zararları tazmin etmek zorundadır. Öngörülen bu çözüm kaynak kanuna uygun olduğu gibi, hukukumuzun genel bünyesi ile de hem ahenktir.

## **SONUÇ**

Türk Borçlar Kanununun 310. maddesi ile getirilen düzenleme mevcut haliyle eksiktir ve Kaynak kanun düzenlemesi göz önünde bulundurularak

---

rüş için bkz., Ormanci, P.A., Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: "Satım Kirayı Bozamaz" İlkesinin Sonuçları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 12, S. 24, s. 133.

<sup>13</sup> 27-29 Haziran 2013, Afyon.

<sup>14</sup> Nitekim, 28.11.1945 tarih ve 1945/13 E., 1945/15 K. ve 20.09.1950 gün ve 1950/4 E., ve 1950/10 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararlarında da "Kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi göz önünde tutmakla beraber, yorumlarda, ilmi içtihatlarda bunların asıllarına da bakmaktan vazgeçemeyiz" denilmekle, yorumda kaynak kanunun da dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca bkz., Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29.03.2006 tarih ve 2006/14-91 E., 2006/115 K. sayılı Karar.



tamamlanmalıdır. Kanun koyucunun burada kasten sustuğu ve dolayısıyla aksi bir çözüm tarzını benimsediği söylenemez. Kiraya verilen taşınmazın bir başkasına devir ve temlik akde aykırılıktır ve bu devir sebebiyle bir zarar ortaya çıktığı takdirde genel hükümlere dayalı olarak (TBK. m. 112 vd.) kiracı, taşınmazını devreden kiralayana karşı tazminat isteminde bulunabilir. Kanun koyucunun sevk ettiği 310. madde düzenlemesi ile genel hükümler uyarınca tazminat istemeyi engelleme amacı güttüğü söylenemez. TBK. m. 112 uyarınca istenebilecek bu tazminat, müspet zararın tazmini olup, kiralananın temlik olgusuna dayalı olarak daha önce tahliye ettirilmesi ile illiyet bağı içerisinde bulunan zararlarla sınırlıdır.



**KAMU HUKUKU>>**

BOŞ

# “SEVK TUTUKLAMASI” SORUNU VE AİHM’İN YAKLAŞIMI

Hikmet Murat AKKAYA\*

## ÖZET

Tutuklamadan farklı olarak, yakalanan kişinin yetkili hâkim veya mahkeme huzuruna çıkarılması amacıyla en yakın sulh ceza hâkimi tarafından tutulması, uygulamada sevk tutuklaması olarak adlandırılmaktadır. Sevk tutuklamasına ilişkin kanuni düzenleme, Ceza Muhakemesi Kanununun “yakalama ve gözaltı” başlıklı bölümünde bulunmaktadır. Sevk tutuklaması ile ilgili sorunların bir kısmı, hukuki bir değerlendirme yapılmaksızın kişi özgürlüğünün uzunca bir süre kısıtlanmasıdır. Bunu önlemek için çekişmeli yargılama ilkesine uygun hareket etmek gerekmektedir. Aynı şekilde idare organlarının da sanığın, “en kısa zamanda” yetkili hâkim veya mahkeme huzuruna çıkarılması için icrai faaliyette bulunması gerekmektedir. Ancak bu konuda idare keyfi davranmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilk kez 2013 yılında sevk tutuklaması ile ilgili olarak Türkiye aleyhine kararlar vermiştir. Bu sorunları çözmek ve sistemin sakıncalarını azaltmak için SEGBİS (Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi) kurulmuştur. Böylece uzun vadede, sorunların büyük bir çoğunluğunun biteceği beklenmektedir. Bununla beraber, şu anda mahkemelerin sadece bir kısmı SEGBİS’i kullanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Tutuklama, Sevk tutuklaması, Yol tutuklaması, SEGBİS, AİHM, CMK

## THE APPROACH OF ECRH TO THE PRE-DISPATCH DETENTION

### ABSTRACT

Unlike from pre-trial detention, arrested person who is remanded by nearest magistrate for the purpose of appearing in competent judge or court is called pre-dispatch detention. A number of problems arise from pre-dispatch detentions. For example, the detained person’s freedom is restricted without any judgment for a long time. To prevent this, it is necessary to act in accordance with the principles of fair trial. Administrative bodies must act responsibly in order to bring the defendant before a competent tribunal or judge “at the earliest time”. However, administrative bodies behave arbitrarily about this. Thus, European Court of Human Rights ruled in 2013 against pre-dispatch detention in Turkey. SEGBİS (Sound and Sight Information System) has been launched so as to solve such problems and reduce of systems’ drawbacks. So, it is supposed that most disputes will come to end in the long term. However, this system is being used only by some of the courts in Turkey at the moment.

**Keywords:** Pre-trial detention, pre-dispatch detention, detention, SEGBİS, ECHR, CCP

\* Gazi Üni. Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, Anayasa Mahkemesi Raportör Yrd. Adayı

## GİRİŞ

Tutuklama, ceza muhakemesinde son çare olarak kabul edilen bir koruma tedbiridir. Son zamanlarda yargı ile ilgili yaşanan tartışmaların odak noktasında uzun tutukluluk sorunu yer almaktadır. Özellikle Anayasa Mahkemesinin uzun süre tutuklu bulunan başvuruçuların bireysel başvurusunu esastan görüşerek ihlal kararları<sup>1</sup> vermesini ve 12/4/1991 tarih ve 3713 sayılı TMK'nın 10. maddesinde yer alan "Türk Ceza Kanununun 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332. maddeleri hariç olmak üzere, ikinci kitap dördüncü kısmın dört, beş, altı ve yedinci bölümünde tanımlanan suçlarda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır" şeklindeki ibarenin iptalini<sup>2</sup> beraber değerlendirdiğimizde, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik bir sınırlandırmanın daha makul bir şekilde yapılması gerekliliği Yüksek Mahkeme tarafından ortaya konulmuştur.

Tutuklamaya ilişkin bir başka sorun ise; uygulamada "sevk tutuklaması" ya da "yol tutuklaması" olarak adlandırılan, yakalandıktan sonra kanunda belirtilen süre içerisinde yetkili hâkim veya mahkeme huzuruna çıkarılmadığı için ilgili yere gönderilmek üzere tutuklanan kişilerin sevk edilmemesi ve cezaevine konulmasıdır. Özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından ciddi sorunlara sebep olan bu müessese, aslına bakılırsa mülga Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu döneminde benimsenen giyabi tutuklama usulünün sakıncalarını gidermek amacıyla getirilmiştir. Yalnız, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması noktasında devlet tarafından yapılacak müdahalenin hukukun sınırları dâhilinde yapılabilmesi için hem ulusal mevzuata hem de devlet olarak taraf olduğumuz temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelere uygun olarak yapılması gerekmektedir<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümünün 18/7/2013 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan kararları için bkz. (<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/07/20130718.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/07/20130718.htm>, erişim 19/7/2013) B.N. 2012/239, 2012/1137, 2012/521, K.T. 2/7/2013.

<sup>2</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 2012/100 E.- 2013/84 K. sayılı kararının tam metni için bkz. ([http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/karar.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=10000569&content=](http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/karar.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000569&content=), erişim 5/8/2013)

<sup>3</sup> Nitekim 1982 Anayasası'nın 90/5. maddesinde bu durum şu şekilde ifade edilmektedir:

*"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çitkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır."*

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalardan biridir. AİHS’in yorumlayıcısı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Türkiye aleyhine, gıyabi tutuklama usulüne ilişkin verdiği ihlal kararları ise devam etmekte olup, sevk tutuklamasına ilişkin ihlal kararları da yeni yeni ortaya çıkmaktadır. Bu konuda AİHM’in Türkiye’yi tazminata mahkûm ettiği kararlara bakıldığında, ülkemizdeki pratik ile Sözleşme organlarının tutuklamaya ilişkin yaklaşımlarında farklılıkların olduğu çok rahat tespit edilebilir. Ancak bu noktada, son zamanlarda Yargıtay’ın sevk tutuklaması sonucu mağdur olan bireyler için tazminat istemesi koşuluna yönelik önemli içtihatlarının bulunduğunu ve AİHM kararlarına paralel bir içtihatın oluştuğunu da belirtmek gerekir.

AİHM kararlarını incelemeyen önce, Türk Hukukundaki sevk tutuklamasına ilişkin mevzuata değinmek gerekecektir. Çünkü AİHM, her ne kadar üçüncü veya dördüncü derece yargılama mercii olmadığını ifade etse de kimi kararlarında, uygulanan kanunun kendisinin Sözleşme standartlarını karşılamadığını belirtmektedir. Ayrıca Mahkeme, devletlerin takdir alanına karışmamakla beraber yargı mercilerin ulusal mevzuata uygun bir karar verip vermediğini kimi durumlarda incelemektedir. Dolayısıyla bu çalışmada, sevk tutuklaması sisteminin, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) dönemindeki durumu ve şu an yürürlükteki Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki (CMK) düzenlenişi AİHM’in konuya ilişkin yaklaşımı temelinde anlatılacaktır.

## **D) TÜRK HUKUKUNDA SEVK TUTUKLAMASI SİSTEMİ**

### **A) CMUK DÖNEMİNDE GİYABİ TUTUKLAMA MÜESSESESİ ve AİHM**

Bilindiği üzere 1/6/2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK’dan önce uygulanan ceza usul yasası, 20/04/1929 tarih ve 1412 sayılı CMUK idi. Avrupa Birliğine uyum süreci kapsamında insan hak ve özgürlüklerini korumak ve geliştirmek için ilga edilen CMUK’un, sistematik sorunları sebebiyle Türkiye aleyhine AİHM tarafından hala ihlal kararları verilmektedir.

Sevk tutuklaması olarak adlandırılan usul oluşturulmadan önce, CMUK döneminde bunun yerine gıyabi tutuklama kararı verilirdi. Gıyabi tutuklama kararının amacı ya ifade almak ya da kişiyi gerçek manada tutuklamaktı. 18/11/1992 tarih ve 3842 sayılı yasa ile CMUK’un 106. maddesindeki<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> *Sanığın tutuklanmasına ancak hâkim karar verir. Tutuklanması talep edilen sanık hazırca karardan önce dinlenir, hazır bulunan sanık isterse sorgu sırasında vekâletname aranmaksızın müdafii de hazır bulunabilir ve karar verilmeden önce Cumhuriyet Savcısı ile hazır olan*

değişiklik, tutuklanmasına karar verilmeden önce sanık hazır ise dinlenilmesini zorunlu tutmuş, sanığın yokluğu durumunda gıyabi tutuklama kararı verilebileceği hüküm altına almıştır. Bu yetersiz düzenleme içerisinde gıyabi tutuklama vicahiye çevrilirken duruşma yapılması Cumhuriyet savcılarının iş yoğunluğu gerekçe gösterilerek istisnai bir duruma düşmüştür<sup>5</sup>.

Ayrıca CMUK m. 109 uyarınca<sup>6</sup> şüpheli, yirmi dört saat içerisinde yetkili hâkim huzuruna çıkarılmadığı takdirde tutulma yerine en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılmaktaydı. Ancak bu süreye, sanığın en yakın hâkime götürülmesi için gerekli olan süre dâhil değildi. Bununla beraber hâkimin yetkisi tutuklama müzekkeresinde belirtilen şahsın yakalanan şahıs olup olmadığının ve tutuklama müzekkeresinin geri alınıp alınmadığının incelemesinden ibaretti. Zaten sorunun asıl sebebi buradan kaynaklanmaktaydı. Çünkü kanunun sistematiğinden dolayı, tutuklamaya karar veren hâkim gerçekten bir hâkimde olması gereken niteliklere haiz değildi. Nitekim geçtiğimiz yıl verilen Süleymanoğlu/Türkiye<sup>7</sup> kararında bu hususa şöyle değinilmektedir: “Mahkeme, Van şehrine sevk edilmeyi beklerken başvuran hakkında Bursa Cezaevine alınma kararını veren Bursa Sulh Ceza Mahkemesinin yetkisinin, dosyanın incelenmesi ve olayın gerçekleştiği tarihteki yasal mevzuat dikkate alındığında Eski Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın 109. maddesine göre yalnızca şu iki durumda başvuranın serbest bırakılmasına karar vermeyi kapsadığını tespit etmiştir: Tutuklama kararının kaldırılması ve tutuklanan şahsın aranan kişi olmaması. Bir başka ifadeyle, Mahkemeye göre, Bursa Sulh Ceza Mahkemesi hâkimi başvuran hakkında verilmiş olan tutukluluk kararının yerindeliği konusunda hukuken değerlendirme yapmaya yetkili değildir.”<sup>8</sup> Buna ilaveten Bursa'da yakalanan şahsın gıyabi tutuklama kararı üzerine Van'a götürülmek için cezaevinde tutulması, asıl yetkili mahkemeye çıkarılmaksızın yargılama süresi boyunca etkili bir şekilde savunma hakkından

---

*müdafî dinlenir. Sanık hazır değilse talebe ilişkin karar, yokluğunda ve evrak üzerinden verilir. Tutuklama müzekkeresinde, sanığın mümkün olduğu kadar açıkça kim olduğu ve şekli ile kendisine isnad olunan fiil, fiilin gerçekleştiği zaman ve yer, fiilin kanunda hükme bağlandığı maddeler, suçun kanunî unsurları ve tutuklamanın sebebi belirtilir.*

<sup>5</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s.571.

<sup>6</sup> Sanık 108 inci maddede gösterilen süre içinde yetkili hakim önüne çıkarılmazsa aynı süre içinde tutulma yerine en yakın sulh hakimi önüne çıkarılır. Sorguya çekilmeye tutuklama müzekkeresinin geri alındığı veya tutulan kimsenin tutuklama müzekkeresinde yazılan şahıs olmadığı anlaşılırsa sanık hemen salıverilir.

<sup>7</sup> Süleymanoğlu/Türkiye, Başvuru Numarası: 38283/04, 29/1/2013. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. (<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/suleymanoglu.pdf>, erişim 5/8/2013)

<sup>8</sup> Süleymanoğlu/Türkiye, § 22.



mahrum bırakılması ve Cumhuriyet savcısının görüşünden haberdar olamaması yüzünden Sözleşmeye aykırı bir karar verildiği tespit edilmiştir<sup>9</sup>.

Dolayısıyla AİHM’in tutuklamada dikkate aldığı nokta, Sözleşmenin getirdiği usul güvencelerinin tam anlamıyla uygulanmasıdır. Hatta AİHM, bu konuda ulusal mercilerin takdir hakkı olduğunu, bu gerekliliği istediği gibi düzenleyebileceği, ancak herhalde çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkesinden taviz verilmemesi gerektiğini hatırlatmaktadır. Yani bireylerin asgari hakları verilmeksizin özgürlük kısıtlaması yapılması durumunda söz konusu tutma Sözleşmeye uygun olmayacaktır. Sonuç olarak CMUK’un 109. maddesinin getirdiği sistematik sorun ihlal kararları verilmesinin temel nedenidir.

## **B) CMK DÖNEMİNDE SEVK TUTUKLAMASI SİSTEMİ**

04/12/2004 tarih ve 5271 sayılı CMK’nın yeni sisteminde aşağıda belirtileceği üzere, istisnası olmakla beraber, şüpheli ya da sanığın tutuklanabilmesinin maddi koşullarından birisi huzurda bulunmalarıdır<sup>10</sup>. Suçlamaların içeriğinden bu şekilde bilgi sahibi olacak ilgili şahıs hazır değilse, yakalanması ve müdafî yardımı alarak mahkemece usulüne uygun bir şekilde dinlenilmesi gerekir<sup>11</sup>. Bu yüzden konumuz açısından bakarsak, bir kişinin tutuklanabilmesi için ilk önce yakalanması gerekir. Kural olarak yakalama kararı ise mahkemeler tarafından verilir. Soruşturma evresinde sulh ceza mahkemesinin, kovuşturma evresinde görevli mahkemenin yakalama kararı sonucu şüpheli tutulur, daha sonra sorgusu yapılması için yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılır. Bu nedenle; öncelikle şüpheli veya sanık yirmi dört saat içinde yetkili hâkim önüne götürülmek üzere kolluğa teslim edilmeli, bu mümkün değilse şüpheli veya sanık en yakın sulh ceza hâkimine sevk edilmelidir<sup>12</sup>. Dolayısıyla şüpheli veya sanığın yetkili hâkim veya mahkemeye kanuni süre içerisinde sevki sağlanamayacaksa artık uygulamada “sevk tutuklaması” olarak tabir edilen tutuklama yoluna gidilecektir<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Başvuru tarihi 26/8/2004 olduğu için inceleme CMUK’a göre yapılmıştır.

<sup>10</sup> USLU, s.76.

<sup>11</sup> *Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir.* (CMK m.98)

<sup>12</sup> KOÇAKLI, s.115.

<sup>13</sup> GÜLÜŞÜR, s.79.

## 1) Teoride Sevk Tutuklaması Sistemi

Yargılama devam ederken sanığın duruşmada hazır bulunması esastır<sup>14</sup>. Şüpheli veya sanığın gıyabında tutuklama kararı kural olarak verilemez. Bunun tek istisnası yurt dışında bulunan kaçaklardır.(CMK 248/5; 5320 Sayılı CMK Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun 5/2)<sup>15</sup>. Nitekim sanığın duruşmadan varestede tutulabileceği ya da katılmayabileceği haller tek tek belirtilmiştir<sup>16</sup>. Bu yüzden şüphelinin ya da sanığın olmadığı bir muhakeme

<sup>14</sup> *Kanunun ayırık tuttuğu hâller saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz. Gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanığın zorla getirilmesine karar verilir. Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir. ( CMK m. 193)*

<sup>15</sup> ÜNVER/HAKERİ, s.469.

<sup>16</sup> CMK'ya göre sanık bulunmasa bile duruşma yapılabilecek haller şunlardır:

1- Mahkemeye gelen sanığın duruşmanın devamı süresince hazır bulunması sağlanır ve savunmasının önüne geçmek için mahkeme gereken tedbirleri alır. Sanık savunur veya ara vermeyi izleyen oturuma gelmezse, önceden sorguya çekilmiş ve artık hazır bulunmasına mahkemeye gerek görülmezse, dava yokluğunda bitirilebilir. (m. 194)

2- Suç, yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmekte ise; sanık gelmese bile duruşma yapılabilir. Bu gibi hâllerde sanığa gönderilecek davetiyede gelmese de duruşmanın yapılacağı yazılır. (m.195)

3/a- Mahkemeye sorgusu yapılmış olan sanık veya bu hususta sanık tarafından yetkili kılındığı hâllerde müdafii isterse, mahkeme sanığı duruşmada hazır bulunmaktan başışık tutabilir.

3/b- Sanık, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebilir. Sorgu için belirlenen gün, Cumhuriyet savcısı ile sanık ve müdafii bildirilir. Cumhuriyet savcısı ile müdafii sorgu sırasında hazır bulunması zorunlu değildir. Sorgusundan önce sanığa, ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulur.

3/c- Yukarıdaki fıkralar içeriğine göre sanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle sorgusunun yapılabilmesi olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak sorgu yapılır.

3/d- Hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastahane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın, sorgusu yapılmış olmak koşuluyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar için getirilmemesine mahkemeye karar verilebilir.

3/e- Yurt dışında bulunan sanığın, belirlenen duruşma tarihinde hazır bulunmasının zorluğu halinde, bu tarihten önce duruşma açılarak veya istinabe suretiyle sorgusu yapılabilir.(m. 196)

4- Sanığın yüzüne karşı suç ortaklarından birinin veya bir tanığın gerçeği söylemeyeceğinden endişe edilirse, mahkeme, sorgu ve dinleme sırasında o sanığın mahkeme salonundan çıkarılmasına karar verebilir. Sanık tekrar getirildiğinde, tutanaklar okunur ve gerektiğinde içeriği anlatılır. (m. 200)

5- Davranışları nedeniyle, hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşıldığında sanık, duruşma salonundan çıkarılır. Mahkeme, sanığın duruşmada hazır bulunmasını dosyanın durumuna göre savunması bakımından zorunlu

kural olarak düşünülemez. CMK’da, bu durumun aşılabilmesi için soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimince yakalama kararı çıkartılabileceği, kovuşturma evresinde ise re’sen ya da talep üzerine mahkemece zorla getirme kararı verilebileceği belirtilmiştir. Yakalanan kişilerin yirmi dört saat içerisinde yetkili mahkeme huzuruna çıkarılamaması durumunda ise, tutuklama kararı en yakın sulh ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilir. Böylece şüpheli ya da sanık serbest bırakılmadığı takdirde ilgili yere en kısa zamanda gönderilmesi için tutuklanır<sup>17</sup>. Bu konu ile ilgili olarak CMK’nın 94. maddesinin gerekçesinde şöyle denilmektedir:

“ ... Sulh ceza hâkimi, öncelikle, yakalama emrinin geri alınıp alınmadığını, ayrıca huzuruna getirilen kişinin yakalama emrinde belirtilen kişi olup olmadığını araştıracaktır. Yine, örneğin, yakalama emrini düzenleyen hâkim veya mahkeme, bu emrin ekinde, şüpheli veya sanığa yöneltilmek üzere bazı sorular sorulup cevabı alındıktan sonra serbest bırakılmasını isteyebilir.

(...)

*Somut durumda bu kişinin yetkili hâkim veya mahkemeye gönderilmesine gerek bulunmamakta ise, sulh ceza hâkimi kişiyi serbest bırakacaktır. Buna karşılık yakalanan kişinin yetkili hâkim veya mahkeme gönderilmesi gerekmekte ise gönderme işlemi de hâkim güvencesinde ve onun kararıyla olacaktır. Bu durumda hâkim, sevk tutuklaması kararı verecektir. Kararda, kişinin gönderileceği hâkim veya mahkeme ile ne zamana kadar götürülmesi gerektiği hususu belirtilecektir.”<sup>18</sup>*

Yakalama işleminin yapıldığı yer ile yakalama emrini çıkaran merciinin bulunduğu yer arasındaki mesafe ve ulaşım koşulları gözetildiğinde, yakalanan kişi CMK’nın 94. maddesinde işaret edildiği gibi yirmi dört saat içerisinde

*görmezse, oturumu yokluğunda sürdürür ve bitirir. Ancak, sanığın müdafii yoksa, mahkeme barodan bir müdafii görevlendirilmesini ister. Oturuma yeniden alınmasına karar verilen sanığa, yokluğunda yapılan işlemler açıklanır. (m. 204)*

*6- Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir. Ancak, daha önce sorgusu yapılmamış ise, mahkûmiyet kararı verilemez. Duruşma yapılan hâllerde kaçak sanığın müdafii yoksa mahkeme barodan bir avukat görevlendirilmesini ister. (m. 247)*

([http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com\\_content&task=view&id=143](http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=143), erişim 15/8/2013)

<sup>17</sup> Hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılır; serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hâkim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanır. (CMK m. 94)

<sup>18</sup> ŞAHİN/ÖZGENÇ, s.543.

yetkili merciine çıkarılması mümkün ise sevk ya da diğer bir deyişle yol tutuklamasına dair talebin reddine karar verilmesi gerekmektedir<sup>19</sup>. Kanunun sistematığının buna cevaz verdiği görülmektedir.

20/09/2011 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan “Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik”<sup>20</sup>, sevk tutuklaması sonucunda mağduriyeti önlemek amacıyla birtakım önlemleri içermektedir. Söz konusu yönetmeliğin<sup>21</sup> uygulanması sırasında; ses ve görüntü yoluyla yapılacak sorgulamaların istinabe suretiyle sorgulama yasağı kapsamında kalmayacağı, Adalet Bakanının genelgesiyle ayrıntılı bir şekilde açıklığa kavuşturulmuştur<sup>22</sup>. Zira video konferans sistemi ile yargılamada “yüz yüzelik” ilkesi sağlanmış olacaktır. AİHM de, 05/10/2006 tarihli Marcello Viola/İtalya<sup>23</sup> davasında, temyiz aşamasında başvuranın video konferans ile ifade alınması halini, sanığın mahkemede hazır bulunma şartı gerçekleşmiş olduğundan AİHS’in 6. maddesine aykırı görmemiştir<sup>24</sup>. Dolayısıyla CMK’nın 196/4. maddesi<sup>25</sup> gereği sanığın aynı anda ses ve görüntü yoluyla iletişimi sağlayan teknik alt yapının varlığı halinde bu yöntemin kullanılması zorunlu

<sup>19</sup> ALDEMİR, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, s.53.

<sup>20</sup> RG, 20.9.2011, Sayı 28060

<sup>21</sup> Yönetmeliğin konumuzla alakalı 17. maddesi şöyledir:

*“Yakalama Halinde Dinleme*

*Hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, derhal yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılır. Şayet çıkarılamıyorsa;*

*a) Yakalamanın yapıldığı yer Cumhuriyet başsavcılığı, işin niteliğine göre yakalamayı talep eden ya da yakalama kararını veren makam ile irtibata geçer*

*b) İrtibata geçilen makamın uygun görmesi halinde yakalanan şahıs, SEGBİS ile dinlenilmesi için hazır edilir. Yakalamanın yapıldığı yerde SEGBİS yoksa bu sistemin bulunduğu ve kullanıma hazır olduğu en yakın yer Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemesine götürülür*

*c) En geç yirmi dört saat içinde bu işlemler yapılamıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılır; serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hâkim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanır. Birinci fıkraya göre tutuklanan kişi, işin niteliğine göre yetkili Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkemece uygun görülmesi halinde SEGBİS’in kullanılması suretiyle de dinlenebilir.”*

<sup>22</sup> SEGBİS sistemine ilişkin genelge için bkz. ([http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/aranlik/segbis\\_genelge.pdf](http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/aranlik/segbis_genelge.pdf) erişim 29 Temmuz 2013)

<sup>23</sup> Marcello Viola/İtalya, Başvuru Numarası: 45106/04, 5/10/2006. Kararın bir incelemesi için bkz. (<http://www.fap.hsyk.gov.tr/dosyalar/aihm-karar-inceleme/m6/Marcello-Viola.pdf>, erişim 10 Eylül 2013)

<sup>24</sup> TOSUN/ ELMACI, s.27.

<sup>25</sup> Yukarıdaki fıkralar içeriğine göre sanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle sorgusunun yapılabilmesi olanağının varlığı halinde bu yöntem uygulanarak sorgu yapılır.

olduğundan sanığın sorgusunun esas mahkemece yapılmaması durumunda devletin sorumluluğu doğacaktır.

## **2) Uygulamada Sevk Tutuklaması Sistemi**

Türk Hukukundaki sevk tutuklaması sisteminde uygulama ile düzenlemenin bütünlük arz ettiği söylenemez. Uygulamada yakalanan kişinin, yakalama kararında gösterilen kişi olup olmadığı ve yakalama kararının kaldırılıp kaldırılmadığına bakılarak karar verilmektedir. Dolayısıyla sorunun temelini, somut olayın hukuki incelemesi yapılmaksızın kişilerin otomatik olarak tutulması oluşturmaktadır. Yani bir nevi, gereksiz tutuklamanın değişik bir tezahürü karşımıza çıkmaktadır.

Sevk tutuklamasının amacı CMK m. 100’de düzenlenen tutuklamadan farklıdır. Bu tutuklamada amaç kaçma ve delillerin karartılmasını önlemek olmayıp, şüpheli/sanığın, yakalama emrini çıkaran esas mahkemesinde hazır edilmesidir<sup>26</sup>. Doktrinde bu şekilde tutuklanan kişinin CMK’nın 100 ve devamı maddelerinde öngörülen tutuklama nedenleri, usulü ve şartlarına tabi olmayacağı<sup>27</sup> söylenilmekte, ancak sonuç olarak kişilerin özgürlüklerinin hâkim kararıyla kısıtlanması sonucu bireyler ulusal ve uluslararası ölçütlere bakıldığında, uzun süre yetkili mahkeme önüne çıkarılmak için bekletilmektedir. Bu durum ise bazı ihlalleri beraberinde getirmektedir. Çünkü sevk tutulmasına maruz kalan kişinin tutuklanma amacı ile cezaevi ya da tutukevinde kalma nedenleri arasında tezatlıklar vardır. Hatta bu yapılırken tutuklamaya hâkim ilkelerden birisi olan oranlılık ilkesi ihlal edilmektedir. Ayrıca yakalanan şahıs hakkında, ilk önce CMK’nın 196/2 maddesinin<sup>28</sup> uygulanabilip uygulanamayacağını değerlendirilmesi gerekir. Aksi takdirde kanuna aykırı bir tutma söz konusu olur ki bu da tazminat ödemeyi gerektirir.

Sevk tutuklaması sonucu tutuklanan şahısların tutukluluk incelemesinin nasıl yapılması gerektiği Yargıtay’ın vermiş olduğu karar doğrultusunda açıklığa kavuşmuştur. Ancak sistemin getiriliş amacı düşünüldüğünde, aşağıda bahsedilen kararın doğru olduğu hiçbir şekilde söylenemez. Mahkemelerinden verilmiş bir tutuklama kararı bulunmadığından dolayı tutukluluğun devamı konusunda karar verilemeyeceği gerekçesiyle alınan bir karar, Yargıtay 1.

---

<sup>26</sup> ALTUN/ÜNAL, s.8.

<sup>27</sup> ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, s.283.

<sup>28</sup> *Sanık, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinaabe suretiyle sorguya çekilebilir. Sorgu için belirlenen gün, Cumhuriyet savcısı ile sanık ve müdafine bildirilir. Cumhuriyet savcısı ile müdafinin sorgu sırasında hazır bulunması zorunlu değildir. Sorgusundan önce sanığa, ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulur.*

Ceza Dairesi tarafından kanun yararına bozulmuş ve diğer tutuklular gibi incelenilmesi gerektiği söylenmiştir. 21.04.2009 gün ve 2009/2326 E. - 2009/2290 K. sayılı ilamda şöyle denilmektedir: “*Hakkında soruşturma yürütülen fail hakkında CMK’nın 98. maddesi gereğince çıkartılmış yakalama emrinin soruşturma ve kovuşturmanın yapıldığı yer dışında infaz edilmesi halinde, en geç 24 saat içinde yetkili hâkim veya mahkemeye çıkartılmıyorsa, CMK’nın 94. maddesi gereğince, serbest bırakılmayıp, tutuklanmış ise, bulunduğu yer ceza ve tutuk evine konulup sevk için sıra beklemek zorundadır. Ancak, CMK’nın 108. maddesinin amir hükmü gereğince, en geç 30’ar günlük süreler itibariyle tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceği konusunda, soruşturmanın yapıldığı yer Cumhuriyet Savcısı tarafından talebi üzerine, keza soruşturmanın yapıldığı yer Sulh Ceza Hâkiminin karar vermesi gerekmektedir.*”<sup>29</sup>

Tüm bunları göz önüne aldığımızda mevzuatımıza göre teknik olarak sevk tutuklaması, sıradan bir tutuklama ile özdeş değildir. Ancak uygulamada, sanığın konumu ile normal bir tutuklunun konumu arasında fark yoktur. Her ikisi de aynı yerde tutulmaktadır. Tek fark, sevk edilmediği takdirde mağdur olma ihtimali olan şüphelinin, tutuklanması sırasında hukuki bir kritik yapılmaksızın, CMK’nın 108. maddesi<sup>30</sup> gereği otuzar gün boyunca tutukluluk durumunun incelenmesidir. Bu yüzden sevk tutuklaması kararı uyarınca kişinin tutukevine ya da cezaevine konulması başlı başına yasaya aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü yakalama emrindeki bilgiler gözetilerek verilen sevk tutuklamasına dair karar, aslına bakılırsa şekli bir karardır<sup>31</sup>. Sevk tutuklaması uygulanan şahıs kanunda belirtildiği üzere en kısa zamanda yetkili mahkemeye gönderilmek için tutuklanır. Hatta CMK’nın 94. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere<sup>32</sup> kararda ne zamana kadar götürülmesi gerektiği yazılmalıdır. Ancak sevk tutuklamasına karar veren sulh ceza hâkimleri kararlarında bunu belirtmemekte ve yakalanan kişiler infaz kurumlarına nakledilmektedir.

İnfaz kurumlarına nakledilen şüphelinin yetkili hâkim veya mahkemeye götürülmesi için birçok bürokratik işlemler yapılmaktadır. Zaten sevk

---

<sup>29</sup> AKKAYA’dan naklen atıf yapılmıştır bkz. AKKAYA, s.11.

<sup>30</sup> *Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100 üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak, şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verilir.* (11/4/2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanunun 16. maddesiyle, bu fıkrada yer alan “bulundurulacak” ibaresinden sonra gelmek üzere “, şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle” ibaresi eklenmiştir).

<sup>31</sup> ALDEMİR, “Yol Tutuklaması Tazminatı”, s.33.

<sup>32</sup> ŞAHİN/ÖZGENÇ, s.543.

tutuklaması sorunun önemli bir parçasını bürokratik işlemler oluşturmaktadır. Cezaevinde güvenliği sağlamak ve nakilleri yapmakla görevli Jandarma İl Komutanlığına bağlı jandarma birlikleri, Cumhuriyet Başsavcılığı, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü ve ilgili cezaevi müdürlüğü arasında yazışmalar yapılmaktadır. Bu yüzden belirsiz bir süre boyunca bekletilen şahısların yetkili mahkemeye gönderilmesi idarenin inisiyatifindedir. İlgili işlemlerin daha hızlı sonuçlanması adına, Adalet Bakanının 18/06/2012 tarihinde yayınladığı 151 numaralı genelgede, yakalanan ve tutuklanan şahısların Adalet Bakanlığından izin alınmaksızın re’sen sevk edilebileceği belirtilmiştir<sup>33</sup>. Bu şekilde zamandan tasarruf sağlanmak istenmektedir. Ancak terör yüzünden sıkıntı yaşanan bölgelerde sevkıyatların yapılması münhasıran haftanın bir gününe sıkıştırılmakta, sevkıyatın yapılacağı günlerde olumsuz bir durumla karşılaşılması halinde şüphelinin sevki yapılamamaktadır. Ayrıca yerleşik uygulamaya göre; tek kişinin sevki için ring aracının çıkarılması ve görevli personelin ona eşlik etmesinin yerine, şüphelinin/sanığın bölgeye gidecek olanlarla beraber nakledilmesinin daha uygun olacağı anlayışı hâkimdir. Bu yüzden en uygun çözüm yolu Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) olarak adlandırılan Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) üzerinden görüntülü iletişim yolu gözükmetedir. Ancak ülkemizdeki tüm ceza mahkemelerinde şu anda SEGBİS sistemi faaliyete geçememiştir<sup>34</sup>.

### **3) Yargıtay’ın Sevk Tutuklamasına İlişkin Tazminat Kararları**

Konuya ilişkin olarak Yargıtay’ın attığı ilk önemli adım 2011 yılında yapılan yeni işbölümü olmuştur. Buna göre, daha önce yakalama ve tutuklama nedeniyle tazminat davalarını asıl davaya bakmakla görevli daire incelemektedirken, artık söz konusu davaların tümünün temyiz incelemesine 12. Ceza Dairesi bakmaktadır. Böylece, konuya ilişkin içtihat farklılıklarının oluşması önüne geçilmiş olacaktır<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Söz konusu genelgenin ilgili kısmı şu şekildedir: “*Haklarında yakalama kararı verilerek tutuklananlardan, yargılandıkları mahkemenin yargı çevresi dışındaki kapalı ceza infaz kurumunda bulunanlar Cumhuriyet başsavcılığınca Bakanlıktan izin alınmaksızın yargılandıkları yer mahkemesinin bulunduğu kapalı ceza infaz kurumuna resen sevk edilecektir. Ancak; bazı yer mahkemelerinin yargı alanı çevresinde ceza infaz kurumu bulunmaması veya kapatılmış olması nedeniyle, tutuklunun yargılandığı yer Cumhuriyet başsavcılığı ile temasa geçilip, gönderileceği kurumun tespit edilmesinden sonra sevk gerçekleştirilecektir.*”

<sup>34</sup> SEGBİS sistemiyle ilgili detaylı bilgi için bkz. (<http://www.uyap.gov.tr/yayinlar/sunum/sunum.html>, erişim 2/8/2013). Ayrıca SEGBİS sistemine sahip olan mahkeme ve cezaevi kurumları için bkz. (<http://www.ankara.adalet.gov.tr/sayfalar/Segbis/Segbis.html>, erişim 29/11/2013)

<sup>35</sup> BEKRİ, s.52–53.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi tarafından 4/4/2012<sup>36</sup> ve 15/5/2012<sup>37</sup> tarihinde sevk tutuklamasına ilişkin önemli ilkesel kararlar alınmıştır. Buna göre Yargıtay; sevk tutuklaması sonucu mağdur olan kişilerin tazminat isteminin davanın esasına ilişkin olmadığından kovuşturma devam ederken kabul edilebileceğini, sanıkların yetkili hâkim önüne sırasıyla 12 ve 10 gün sonra çıkarılmasının makul süre içinde hâkim önüne çıkarılma ilkesine aykırı olduğunu, ayrıca UYAP üzerinden görüntülü sorgu yapılma imkânının olduğunu, en kısa zaman diliminden anlaşılması gerekenin yakalanan yere göre birkaç saatten birkaç güne kadar uzayabileceğini özellikle belirterek yerel mahkemelerin kararını bozmuştur.

Alınan kararların isabetli olduğu tartışmasıdır. Yargıtay'ın, UYAP üzerinden görüntü almaya yönelik bakışı sanığın yetkili mahkeme önüne çıkarılamaması durumunda, imkânlar ölçüsünde bu usulün uygulanması gerektiği şeklindedir. Sonuç olarak, sanığın uzun sayılabilecek bir süre boyunca cezaevinde tutulması durumu son zamanlarda Yargıtay tarafından Anayasaya, AİHS'e ve CMK'ya aykırı görülmektedir.

## **II) AİHS'İN 5. MADDESİNE UYGUN KARAR VERİLMESİNİN ÖNEMİ**

Öncelikle AİHS'in 5. maddesinde sadece yakalama ya da tutuklamanın düzenlenmediğine, hatta 5. maddede tutuklamadan daha geniş olarak “tutma” kavramının kullanıldığına dikkat etmek gerekir. Lakin Sözleşmenin ilgili maddesindeki düzenlemelere bakıldığında daha çok tutuklamaya ilişkin normların olduğu görülmektedir.

Tutuklamanın amacı suç işlediği iddiasıyla bir kişi hakkında verilecek olası bir mahkûmiyet kararının uygulamasını ya da yargılamanın sağlıklı bir şekilde ilerletilmesini sağlamak<sup>38</sup> olmasına rağmen, tutuklamanın ülkemizde amacına uygun olarak kullanıldığını söyleyebilmek güçtür. Nitekim Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarının %17'si “kişi özgürlüğü ve güvenliği” hakkını koruma altına alan 5. maddeden kaynaklanmaktadır<sup>39</sup>. Bu oran diğer ülkelerle kıyaslandığında ortalamanın üzerinde olup, 5. madde AİHM tarafından Türkiye hakkında verilen mahkûmiyet kararlarında en çok dayanan Sözleşme maddeleri arasında ilk sıralarda yer almaktadır<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi 2011/15700 E.- 2012/9187 K.

<sup>37</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi 2011/20114 E.- 2012/12183 K.

<sup>38</sup> ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Hukuku I, s. 218.

<sup>39</sup> ([http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2012\\_ist/2012\\_md.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2012_ist/2012_md.pdf), erişim 29/11/2013)

<sup>40</sup> Bu konudaki istatistikler için bkz. SALİHPAŞAOĞLU, s.272.



AİHS birçok temel hak ve hürriyeti bünyesinde barındırmaktadır ve Sözleşmede yer alan hakların hemen hepsi birbiriyle ilişki içerisindedir. Dolayısıyla bir hakkın ihlal edilmesi hâlinde diğer maddelerde yer alan hakların kullanılması da dolaylı olarak etkilenecektir.

Tutuklama, özgürlük ve güvenlik hakkı içerisinde değerlendirilmekle birlikte, bu hak niteliği gereği diğer temel insan hak ve özgürlüklerle de yakından ilgilidir. Yetkili merciler tarafından “kişi özgürlüğü ve güvenliği” hakkının gereklerine uygun bir şekilde karar verilmemesi durumunda mağdur, doğrudan özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkında mahrum kalacaktır. Ayrıca işkenceye ve kötü muameleye uğramama hakkı da tehlikeye girecektir. Dahası, hukuka aykırı bir şekilde tutukluluğunun devam edilmesi halinde masumiyet karinesi gereği kişinin adil yargılanma hakkı ihlal edilecektir. Tüm bunları dikkate aldığımızda kişilerin özgürlüğüne ilişkin bir sorun başka sorunlara yol açacak, devletlerin temel hak ve hürriyetleri tanınması mağdur açısından bir anlam ifade etmeyecek ve ilgili devlet AİHM tarafından mahkûm edilecektir.

### III) AİHM’İN SEVK TUTUKLAMASINA BAKIŞI VE İHLAL NEDENLERİ

AİHM’in daha önce Türkiye aleyhine sevk tutuklamasını temel alan herhangi bir kararı bulunmamaktaydı. Buna ilişkin geçtiğimiz aylarda verilen ihlal kararları uygulamanın çarpıklığını gözler önüne sermiş, yapılan muamelelerin Sözleşme ile bağdaşmadığı dile getirilmiştir. Salih Salman Kılıç<sup>41</sup> ve daha sonra Abdülşitar Akgül<sup>42</sup> davalarının sonucunda Mahkeme, sadece “Özgürlük ve Güvenlik Hakkı”nı belirten 5. madde<sup>43</sup> kapsamında ihlal

<sup>41</sup> Salih Salman Kılıç/Türkiye, Başvuru Numarası: 22077/10, 5/3/2013. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. (<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/salihsalman.pdf>, erişim 5/8/2013)

<sup>42</sup> Abdülşitar Akgül/Türkiye, Başvuru Numarası: 31595/07, 25/6/2013. Kararın Türkçesi için bkz. (<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/abdulsitarakgul.pdf>, erişim 29/11/2013). Makalenin yazıldığı dönemde Fransızca olarak yayınlanan kararın orijinal metni için bkz. ([http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["FRA"\],"respondent":\["TUR"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-121769"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)), erişim 5/8/2013)

<sup>43</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesi şu şekildedir:

*“Özgürlük ve güvenlik hakkı*

*1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:*

*a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;*

*b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebe-*

kararları vermiş, adil yargılanma hakkı kapsamında inceleme yapmamıştır.

Bir kimsenin özgürlükten yoksun bırakılıp bırakılmadığını belirlerken çıkış noktası, o kimsenin içinde bulunduğu somut durum olup, kişiye uygulanan tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi bütün faktörlerin dikkate alınması gerekir<sup>44</sup>. Yukarıda bahsedilen sevk tutuklaması sürecinde AİHM, olayları iki ayrı husus bakımından ihlal kararı vermiştir<sup>45</sup>. Her iki kararda da ortak olan şey ise sanığın hâkim önüne derhal çıkarılmadığının tespitidir. AİHM'in yaklaşımını daha iyi ortaya koymak için, 5. maddenin kararda belirtilen fıkralarıyla ilgili kısaca genel bilgi vermek ve kararları ayrı ayrı incelemek gerekecektir.

## **A) Salih Salman Kılıç Kararının Değerlendirilmesi**

### **1) Olayın Özeti**

Salih Salman Kılıç hakkında Ardahan Sulh Ceza Hâkimi tarafından yasa dışı silahlı örgüte mensup olduğu şüphesiyle, yakalama kararı çıkarıldıktan

*biyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;*

*c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;*

*d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;*

*e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;*

*f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;*

*2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.*

*3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.*

*4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.*

*5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir.”*

<sup>44</sup> DOĞRU, s.16–17.

<sup>45</sup> Salih Salman Kılıç/Türkiye, § 13 ve Abdülşitar Akgül/Türkiye, § 16, § 23.

sonra Denizli’de 5/1/2010 tarihinde yakalanıp Denizli Sulh Ceza Hâkimi huzuruna çıkarılmış, CMK’nın 94. maddesi uygulanarak tutuklanmıştır. Hâkim, bu vesileyle başvuru sahibinin, hakkında yakalama emri çıkarılan kişi olduğunu teyit etmiş ve bu kararı kendisine tebliğ etmiştir. Başvuran avukatının yaptığı itirazlar reddedilmiş ve daha sonra 16/2/2010 tarihinde Adalet Bakanlığına başvuruda bulunmuş, söz konusu kişi nihayet 19/2/2010 tarihinde Ardahan Sulh Ceza Hâkimi huzuruna çıkartılmıştır. Duruşma sonunda kuvvetli suç şüphesinin bulunması, atfedilen suçun türü ve niteliği, mevcut delil durumu ile öngörülen cezayı göz önünde bulunduran hâkim ilgilinin tutuklanmasına karar vermiştir. 20/2/2010 tarihinde AİHM’e başvurulmuştur.

Bu kararda AİHM, Yargıtay’ın yukarıda belirtilen 2012 yılına ait kararlarından bahsetmiş ve kararında Yargıtay’ın gerekçeleri belirtilmiştir.

Başvuran, yakalanarak cezaevine konulduğunu, kendisini savunma imkânının elinden alındığını, ayrıca Denizli’de yakalanmasının ardından kırk beş gün sonra Ardahan’a götürüldüğünü ve ilk olarak burada kendisine yöneltilen suçlamaları dinlediğini belirtmiştir. AİHM, bu şikâyetleri Sözleşme’nin 5. Maddesinin 1 ve 3. fıkraları kapsamında ele almıştır.

## **2) AİHS Madde 5/1. Açısından**

Bu olayda AİHM, ilk olarak 5. maddesinin 1. fıkrasında kendine yer bulan “yasanın öngördüğü usule uygunluk” noktasından hareket etmiştir.

Mahkeme, Sözleşmenin esasen ulusal mevzuata atıfta bulunduğunu bildirmektedir. 5. maddenin temel amacı keyfi ve haksız şekilde özgürlükten yoksun bırakmaları engellemektir. Dolayısıyla iç hukuku yorumlama ve uygulama görevi esasen mahkemelere ait olmasına rağmen, AİHM iç hukuk kurallarına riayet edilip edilmediğini denetleme hakkını da saklı tutmaktadır. Sözleşmenin 5. Maddesinin 1. paragrafının söz konusu olduğu davalarda, Mahkeme iç hukuka riayet edilip edilmediğine ilişkin değerlendirme yapmaya kendini yetkili olarak görmektedir<sup>46</sup>.

Dolayısıyla başvuran hakkında CMK m.94’e göre, yetkili hâkim huzuruna çıkarılmak amacıyla yakalanıp, tutuklandıktan sonra en kısa zamanda gönderilip gönderilmediğinin incelenmesi gerektiği düşünülmüştür. AİHM, kırk beş gün sonra Ardahan Sulh Ceza Hâkimi huzuruna çıkarılmanın, başvuranın en kısa zamanda sevkini yapılmadığını açıkça ortaya koyduğunu

<sup>46</sup> Baranowski/Polonya, 28358/95, Başvuru Numarası: 28/3/2000, § 50, Bentham/Birleşik Krallık, Başvuru Numarası: 19380/92, 10/6/1996 § 41, ([http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_5\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf) s.7, erişim 31/7/2013)

ifade etmektedir. En kısa zaman tabiri için bir süre belirtmekten kaçınan Mahkeme, bu sürenin kırk beş gün olamayacağını bildirmektedir. Bu yüzden Denizli’den Ardahan’a sevk edilmesi arasında geçen süre zarfında özgürlükten mahrum bırakmanın iç hukuka uygun olmadığı sonucuna varılmıştır.

### **3) AİHS Madde 5/3. Açısından**

Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrası birçok hakkı içermektedir. Hatta 5. maddenin konuluş amacı, bu fıkra sayesinde hayat bulmaktadır denilebilir. Hâkim önüne çıkarılma hakkı, kişilerin keyfi gözaltına alınması durumunda, bu durumun bir yerde kesilmesini önlemek için getirilmiş bir koruma sistemidir. Fıkroda 5/1(c) bendinden doğrudan bahsedildiği için AİHS 5/1. maddesinde yer alan diğer özgürlükten yoksun bırakma hallerinde bu tür bir yükümlülük söz konusu değildir<sup>47</sup>.

Sözleşme metninde “derhal” (promptly) ifadesine yer verilmesinden dolayı istisnaları olmakla beraber AİHM, azami olarak dört güne kadar ki gözaltıları Sözleşmeye uygun bulmuştur. Ancak bazen bir günü aşmayan gözaltı süresi bile Sözleşmeye aykırı görülebilmektedir<sup>48</sup>. Dolayısıyla somut olayın şartları gözaltı süresinin uzun olup olmadığını belirlemektedir. Ayrıca hâkim önüne ya da yasayla yetkili kılınmış adli merci önüne çıkarılması şartının gerçekleşebilmesi için, yargı yetkisine sahip kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılan kişi hakkında, keyfi ve haksız olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmasına karşı güvence oluşturacak şekilde karar verme yetkisine sahip ve taraflardan bağımsız olması gerekir<sup>49</sup>. Dahası gözaltına alınan bir kimsenin yargısal bir makamın önüne çıkarılmış olması, Sözleşme’nin 5/3. maddesinin giriş hükmüne uygunluk oluşturmak için yeterli değildir. Bu madde, gözaltına alınan kişinin önüne çıkarıldığı yargısal görevlinin, tutmanın lehine ve aleyhine olan koşulları incelemeye, hukuki kriterlere dayanarak tutmayı haklı kılan sebeplerin bulunup bulunmadığına bakmaya ve bu tür sebepler yoksa salıverilmesine karar vermeye yetkili olmasını gerektirmektedir<sup>50</sup>. Bu yüzden Sözleşme’nin 5/3. maddesinin ilk kısmının uygulanması, kişi hakkında verilen salıverme veya tutuklama kararıyla bitmektedir.

---

<sup>47</sup> De Wilde, Ooms and Versyp/Belçika, Başvuru Numaraları: 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18/11/1970, § 71’den aktaran KARAN, s.200.

<sup>48</sup> Vasileva/Danimarka, Başvuru Numarası: 52792, 25/9/2003, § 41. Kararın Türkçesi için bkz. ([http://www.inhak.adalet.gov.tr/yabanci\\_karar/vasileva.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/yabanci_karar/vasileva.pdf), erişim 31/7/2013)

<sup>49</sup> Nikolova/Bulgaristan, Başvuru Numarası: 31195/96 (Büyük Daire), 25/3/1999, § 49’dan aktaran KARAN, s.200.

Bu kapsamda yapılan incelemenin amacı AİHS 5/4. maddesinden farklılık arz eder. Çünkü burada esas gaye kişinin kötü muameleye maruz kalmasını engellemek, kötü muamelenin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmektir. Ayrıca bu denetimin otomatik olması gerekir. Dolayısıyla bu fıkradaki yargısal denetimin amacı salıverilmek için başvuru hakkı tanıyan 5. maddenin 4. fıkrasından ayrılır<sup>50</sup>.

AİHS madde 5/3. ve 5/4. maddeleri arasındaki ilişkiyle ilgili olarak daha genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, birçok hukuk sisteminde 3. fıkra gereğince başvuruçunun önüne çıkarılması gereken bir mahkeme olabilir ve bu durumda, “içselleştirme kuralı” gereği 5/4. maddesinin gerektirdiği yargısal denetim de, o duruşmada gerçekleşecektir. Ancak sonraki durumda daha katı kurallar uygulanarak, silahların eşitliği ilkesine aykırı olmayan bir duruşma yapılması gerekir. Ayrıca her iki durumda da tutukluluğun gerekli olup olmadığına hukuki bir değerlendirme yapılarak karar verilmelidir<sup>51</sup>.

Başvuru konusu olayda AİHM genel ilkelerini sıraladıktan sonra CMK’nın 94. maddesinin 1. fıkrasının Sözleşme standartlarını sağladığını bildirmektedir<sup>52</sup>. Çünkü hâkimin tutuklamaya ilişkin yetkisi kanunen sınırlı değildir. Hâkime, mülga CMUK’un aksine, şüphelinin veya sanığın hukuki durumunu inceleme yetkisi verilmiştir. Ayrıca Ankara’da görevli bir hâkim tarafından, yakalanan kişinin serbest bırakılması kararı delil olarak Mahkemeye sunulmuştur. Bu yüzden AİHM, mer’i kanunun Sözleşmeyle uyumlu olduğunu ifade etmiştir. Ancak yakalanan kişinin hukuki bir inceleme yapılmaksızın, sadece kimlik tespiti yapılarak tutuklanması eksik bir değerlendirme olarak görülmektedir. Dolayısıyla AİHM, bu şekilde yakalandıktan sonra Denizli Sulh Ceza Hâkimi önüne çıkarılmanın Sözleşmeye uygun olmayacağı kanaatindedir<sup>53</sup>.

Bu durum sanki gözüaltına alınan şüphelinin göstermelik (suni) bir hâkim kararı ile gözüaltı süresini uzatmaya benzemektedir. Başvuranın tutukluluğunun hukuk kurallarına uygun olup olmadığının incelenmesi ise yakalanmasının ardından kırk beş gün sonra Ardahan Sulh Ceza Hâkimi tarafından incelenmiştir. Bu nedenle, başvuranın hâkim önüne “derhal” çıkarılmadığı tespit edilmiş, Sözleşme’nin 5/3. maddesinin ihlal edildiği söylenmiştir.

---

<sup>50</sup> DOĞRU/NALBANT, s. 394–395.

<sup>51</sup> HARRIS/O’BOYLE/BATES/BUCKLEY, s.174.

<sup>52</sup> Salih Salman Kılıç/Türkiye, § 26.

<sup>53</sup> Salih Salman Kılıç/Türkiye, § 27

## **B) Abdulsitar Akgül Kararının Değerlendirilmesi**

### **1) Olayın Özeti**

6/11/2006'da başvuru hakkında Diyarbakır Sulh Ceza Hâkimliği tarafından, kasten öldürme suçu işlediğinden bahisle yakalama müzekkeresi çıkarılmıştır. 22/11/2006'da başvuruçunun da aralarında bulunduğu birden çok kişi için iddianame düzenlenerek Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesine sunulmuştur. 14/1/2007'de yakalanan şahıs, aynı gün Diyarbakır Sulh Ceza Hâkimi önüne getirilmiştir. Sulh Ceza Hâkimi isnat edilen suçlamalar neticesinde duruşma yapmadan sanığın Ağır Ceza Mahkemesi önüne çıkarılması için tutuklanmasına karar vermiştir. İlk defa 25/1/2007 tarihinde Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi tarafından sorgulanan şahıs salıverilmemiştir. Aslında bu tarihten daha önce 19/1/2007'de, başvuruçunun avukatı ve kendisi olmaksızın Cumhuriyet savcısının eşliğinde bir duruşma yapıldığı ifade edilmektedir. 13/7/2007 tarihinde AİHM'e başvuru yapılmıştır.

Başvuruçunu, 13/9/2007'de tutuklama süresi göz önüne alınarak Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi tarafından serbest bırakılmış, 24/7/2008 tarihinde de beraat ettirilmiştir. 14/3/2011 tarihinde karar kesinleşmiştir.

Başvuruçunu savunma hakkını kullanamadan cezaevinde kaldığından şikâyet etmiştir. Sulh Ceza Hâkimi'nin duruşma yapmaksızın, kendisine yöneltilen suçlamaları dinlemeden karar verdiğini, ayrıca bu hâkimin serbest bırakma yetkisinin olmadığını ifade etmiştir. Her ne kadar başvuruçunu, Sözleşme'nin 5/1(c) hükmünün ihlal edildiğini iddia etse bile AİHM yapılan şikâyetleri asıl olarak madde 5/3. kapsamında değerlendireceğini ifade etmiştir.

### **2) AİHS Madde 5/3. Açısından**

Yukarıda bahsedildiği üzere yakalanan şahsın, gözaltı süresi içerisinde hâkim önüne çıkarılması gerekmektedir. Tıpkı Salih Salman Kılıç kararında belirtildiği gibi, burada da hâkimin serbest bırakma yetkisinin olduğu, bu yüzden CMK'nın 94. maddesinin sistematik olarak standartları karşıladığı, ancak hâkimin sadece şahsın yakalama emrindeki kişi olup olmadığının tespiti için kimlik tespiti yaptığı ve kendisiyle ilgili yakalama emrini bildirdiği dile getirilmiştir. Hâlbuki Sulh Ceza Hâkimi tarafından, tutuklamanın lehinde ve aleyhinde olan şartların dikkate alınması, başvuruçunun ifadelerini ve açıklamalarının dinlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Olayda başvuruçunun tutukluluğunun yerindeliğinin hiçbir şekilde değerlendirilmediği gözlenmiş

ve sonuç olarak başvuruçunun tutukluluğunun yerindeliğini değerlendiren merci Ağır Ceza Mahkemesi olduğu için, gözüne alındıktan sonraki 11 gün boyunca hâkim önüne çıkarılmadığı düşünülerek Sözleşme’nin 5/3. maddesi ihlal edilmiştir.

Ayrıca aynı il içerisinde yer almasına rağmen Sulh Ceza Hâkiminin huzuruna çıkıldıktan beş gün sonra Ağır Ceza Mahkemesinde duruşma yapılması konusunda AİHM şunları demiştir: “AİHM, CMK’ nın 94. maddesinin koşullarına göre, yakalama emri ile yakalanan bir kişi yirmi dört saat içerisinde yetkili hâkim veya mahkemeye gönderilemezse, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkiminin önüne çıkarılması gerektiğini hatırlatmaktadır. Yakalanan kişinin serbest bırakılmadığı durumda, bu kişi yetkili hâkim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanmalıdır. Somut olayda AİHM, başvuranın yakalanmasının ardından, Diyarbakır Sulh Ceza Hâkimi’nin huzuruna çıkarıldığını tespit etmiştir. Sulh Ceza Hâkimi, aynı şehirdeki Ağır Ceza Mahkemesine sevk edilmek üzere başvuranın tutuklanmasına karar vermiştir. AİHM, başvuranın yakalanmasının ardından yirmi dört saat içerisinde Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi’ne sevk edilememesi konusunda ciddi şüphelerin oluştuğu kanaatine varmıştır. Bununla beraber AİHM, ulaştığı sonucu dikkate alarak bu soruyu irdelemenin gereksiz olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla geriye yalnızca Ağır Ceza Mahkemesi’ne sevk edilen başvuranın tutuklanmasına karar veren Sulh Ceza Hâkiminin, başvuranın tutuklanmasının gerekçeleri üzerine gerçek anlamda eğilip eğilmediği sorusunu incelemek kalmıştır. AİHM her şeyden önce, CMK’nın 94. maddesi uyarınca başvuranın tutuklanmasına karar veren Sulh Ceza Hâkiminin, başvuranın serbest bırakılmasına karar verme gücü de olduğunu tespit etmiştir”<sup>54</sup>

Dolayısıyla ilk kararda belirtildiği gibi buradaki asıl mesele sevk tutuklaması yapan hâkimin, yakalanan şahısla ilgili neden muhakeme yap(a) madidir. Kanaatimizce bunun sebepleri şunlardır:

- a) Mülga CMUK dönemindeki uygulamanın zihinlerde devam etmesi,
- b) Hâkimlerin bu konuda gerçek anlamda bağımsız olmaması<sup>55</sup>,

<sup>54</sup> Abdülstar Akgül/Türkiye, § 20.

<sup>55</sup> Sevk tutuklaması yapmayan bir hâkimin soruşturmaya maruz kalarak HSYK tarafından ceza alma tehlikesiyle baş başa kalması dahi fiiliyatta hâkimlerin bu konuda değerlendirme yetkisinin olmadığını bir göstergesidir. Çünkü hakkında disiplin soruşturması yapılan hâkimlerin terfilerinde sıkıntı yaşanmaktadır. Konuyla alakalı bir disiplin soruşturması için bkz. (<http://www.hsyk.gov.tr/Mevzuat/disiplin-kararlari/dagilim/ceza-tayinine-yer-olmadigi/10.pdf>, eri-

c) Dosya münderecatı bilmek için hâkimin gerekli imkânının ve zamanının olmaması,

ç) Yakalanan şahısla ilgili olarak yapılması istenen hususların belirtilmemesidir. Hatta bu kapsamda basit bir ifade alma işlemi için bile günlerce tutuklu kalma tehlikesi bulunmaktadır.

### **3) AİHS Madde 5/4. Açısından**

Başvurucu kendisi dinlenmeksizin başvurusunun reddi ve tutukluluk halinin devamına karar verilmesi nedeniyle Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi hakkında 13. maddeyi ileri sürerek şikâyetle bulunmuştur. Mahkeme bu şikâyeti 5/4. madde kapsamında değerlendireceğini söylemiştir. Sözleşme'nin 5/4. maddesi yakalanan şahsın mahkemeye çıkarılma hakkı olduğunu bildirmektedir<sup>56</sup>. AİHM bununla ilgili olarak şunu söylemektedir:

*“Her ne kadar Sözleşmenin 5/4. fıkrası, 6. maddede kabul edilmiş olan hukuki ve cezai davalardaki garantilerle eşit garantiler sunmak durumda olmasa da, ki bu iki madde farklı amaçlar gütmektedir, yine de bu başvuru hukuki bir karaktere sahip olmalıdır ve özgürlüğünden yoksun bırakmanın doğasına uygun garantiler sunulmak zorundadır. Özellikle tutukluluğa karşı bir başvuru üzerine olan dava silahların eşitliğini sağlamalı ve çekişmeli olmalıdır. Bu taraflar da savcı ve tutukludur. Ulusal mevzuat bu gerekliliği farklı şekillerde yerine getirebilir. Fakat kabul edilmiş olan metotun karşı taraftan ileri sürülmüş olan iddialardan diğer tarafın haberdar olmasını ve bu iddiaları değerlendirme fırsatına sahip olması gerektirir. Usulün gerçekleştirdiği şartların özel durumuna bakarak 5. maddenin 4. fıkrasından kaynaklanan gerekli garantilerin sunulup sunulmadığı değerlendirilmelidir. AİHM yine hatırlatır ki 5. maddenin 4. fıkrasından kaynaklanan ilk garanti tutukluluğa karşı gidilmiş olan hâkim tarafından etkili bir şekilde dinlenme hakkıdır. Sözleşmenin 5. maddesinin 1(c) bendindeki koşullarda tutuklanmış olan kişiler için 5. maddenin 4. fıkrası bir duruşma yapılmasını zorunlu kılmaktadır.”<sup>57</sup>*

AİHM, 19 Ocak 2007 günü Ağır Ceza Mahkemesinin başvurusunun tutukluluğunun devamına onun ve avukatının yokluğunda fakat Cumhuriyet savcısının bulunduğu duruşmada karar verdiğini belirtmiştir. Başvurucu bu durumda çekişmeli yargıya katılma imkânı bulamamıştır. Kendisini ifade

---

şim 2/8/2013)

<sup>56</sup> Üçüncü ve dördüncü fıkra arasındaki fark için bkz. s.185.

<sup>57</sup> Abdülşitar Akgül/Türkiye, § 26,27.



edememiş ve silahların eşitliği ilkesinden yararlanamamıştır. Tutukluluğun devamına karşı kararlarda da muhalefetini bildirememiştir. Bu yüzden söz konusu başvuruda çekişmeli yargılama ilkesi ihlal edilmiştir.

Fakat bu karar reformist niteliğe sahip değildir çünkü AİHM, daha önce verdiği kararlarda olduğu gibi standart görüşünü yansıtmıştır. Nitekim bu tip ihlalleri önlemek adına ayrıca 11/4/2013 tarih ve 6459 sayılı yasa ile tutukluluğa itiraz üzerine Cumhuriyet savcısından görüş alınma zorunluluğu kaldırılmış ve görüş alınması durumunda şüpheli, sanık veya müdafisine bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

### **SONUÇ ve DEĞERLENDİRME**

CMK uygulamasında kişinin içinde bulunduğu statü onun haklarını ve yükümlülüklerini belirler. Bu yüzden gerçek anlamda tutuklu olan ile yakalandığı için tutulan kişinin birbirinden farklı olması gerekmektedir.

Mevzuat değişiklikleri ışığı altında bugüne bakarsak, AİHM ve Yargıtay kararlarından çıkarılan sonuçlar şunlardır:

—Yakalanan kişiler uzun bir süre boyunca yetkili mahkeme huzuruna çıkarılmamıştır,

—Sevk tutuklamasına karar veren hâkim, aslında gerçek bir hâkimde olması gereken reflekslere sahip değildir. Dolayısıyla bu sorunların çözümü için kanaatimizce ilk olarak hâkimlerin özgür iradesiyle karar verme durumuna getirilmesi gerekir. Ayrıca keyfiliği önlemek, sistemin sahip olduğu sakıncayı bertaraf etmek maksadıyla, mevzuatta tutuklunun en geç ne zamana kadar gönderilmesi gerektiğinin spesifik olarak belirtilmesi gerekir. Hatta CMK'nın yasalaşması sürecinde sevk tutuklaması sonucu tutulan bireylerin en geç üç gün içinde yetkili hâkim veya mahkemeye gönderilmesi şeklinde bir hüküm konulması düşünülmüştü. Ancak bunun yerine daha güvenceli olduğu düşünülen “en kısa zamanda” ibaresi konulmasına rağmen uygulamanın yanlış işlemesi sonucunda AİHS ihlal edilmiş oldu. Bu yüzden idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde bir süre belirtilmesi yerinde olacak ve keyfiyet önlenmiş olacaktır. Fakat bu düzenlemelerin AİHM kararları ışığı altında yapılması gerekmektedir.

Bununla birlikte Türk hukukunda kronik bir sorun hâline dönüşmüş olan sevk tutuklaması ve onun getirdiği sistemselsel sorun, uzun vadede teknoloji sayesinde çözülebilir. Fakat alt yapı sorunlarından dolayı SEGBİS'in bulunmadığı mahkemelerde, problemlerin devam edeceği fikrini taşımaktayız.

Maddi imkânsızlıklar, ring aracının olmayışı, personel yetersizliği, güvenlik sorunları, yolda meydana gelebilecek kaza riskleri gibi sebeplerle kişilerin yetkili mahkemeye sevk edilememesi problemi kendi içinde haklı bir sebep teşkil etse bile, devletin temel görevlerinden birisi adil yargılanmayı sağlayacak tedbirleri alma zorunluluğudur. Hele ki kişi özgürlüğü ile maddi yetersizlikler karşı karşıya getirildiğinde, idarenin tercihi özgürlükleri korumak olmalı ve herkese aynı imkânlar sunulmalıdır. Lakin çoğu zaman, kolluk kuvvetleri, halk tarafından tanınmış şüphelileri yetkili mahkeme veya hâkim huzuruna çıkarma konusunda daha istekli olduğu söylenilebilir. Dolayısıyla sorunun esasını yukarıda belirttiğimiz gibi uygulamadaki keyfilik oluşturmaktadır.

Geldiğimiz noktada sorunu çözmek adına yapılan çalışmalar, içtihat ve mevzuat değişiklikleri görmemezlikten gelinemeyecek noktadadır. Sorunun çözülmesini zamana bırakmak, SEGBİS'in tüm adliyelere kurulmasını beklemek yerine CMK'da başka düzenlemeler de yapılabilir. Örneğin, Türkiye Barolar Birliği'nin (TBB) 2011 yılındaki tutuklama raporunda<sup>58</sup> yer alan önerisinde olduğu gibi, asıl hâkime sevk etmemeyi yeni bir itiraz yolu olarak öngörmek ihlalleri azaltacaktır. Fakat mevcut durumda, isim karışıklıkları hariç, normal bir tutukluluğa karşı itiraz yolunun ilk 3 ay için etkin olduğu pek söylenemez<sup>59</sup>. Ayrıca SEGBİS'in zayıf yönlerini de güçlendirmek gerekmektedir. Daha açık bir deyişle söyleyecek olursak, duruşma öncesi ve sırasında sanık ile müdafinin sistem üzerinden bir araya gelmesi için gerekli koşulların sağlanması gerekmektedir. Bu yüzden, ileride ortaya çıkabilecek, adil yargılanma hakkı kapsamında ihlalleri önlemek adına uygun bir altyapının oluşturulması yerinde olur. Mevcut uygulamada bu durumu önlemek için, duruşma salonundan sanık haricindeki herkes çıkarılarak müdafii ile görüştürülmesine izin veren mahkemelerin bulunduğunu belirtmek gerekir.

Sonuç olarak buzdağının görünen yüzünü temsil eden iki karar, bize hâkimlerin kontrol görevlisi ya da sevk memuru olmaması gerektiğini açıkça ifade etmektedir. Bununla birlikte zaman içerisinde UYAP üzerinden görüntülü konuşma yoluyla sevk tutuklamasından kaynaklanan hak ihlallerinin önüne geçileceğini düşünmekteyiz.

---

<sup>58</sup> (<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tutuklama-raporu.pdf>, s.79., erişim 08/10/2013)

<sup>59</sup> Genel anlamda olmasa dahi ortaya konulan bir istatistikî çalışma için bkz. SÜRÜCÜ, s.165.

## KAYNAKLAR

- AKKAYA,Çetin, Açıklamalı ve İçtihatlı Cezaların İnfazı ve İnfaz Hukuku, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, 2010
- ALDEMİR,Hüsnü, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012
- ALDEMİR,Hüsnü, “Yol Tutuklaması Tazminatı”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 7, Sa.74, Ekim 2012, s.33.
- ALTUN,Hasan Mutlu/ÜNAL,Recep, Türk Hukukunda Tutuklama, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı Hizmet İçi Eğitim Yayınları No. 2, 2013
- BEKRİ,M.Nedim, “Yakalama ve Tutuklama Nedeniyle Tazminat Düzenlemesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Açısından Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. I, Sa. 1, Mayıs 2013,s.52–53.
- DOĞRU,Osman/NALBANT,Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Yargıtay Başkanlığı ve Avrupa Konseyi, C. I, 2012
- DOĞRU,Osman, Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010
- GÜLÜŞÜR,Emre, Koruma Tedbirlerinden Tutuklama, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2010
- HARRIS,David/O’BOYLE,Michael/BATES,Ed/BUCKLEY,Carla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi Yayınları, Çeviri Editörü Hülya DİNÇER, Ankara, 2013

(<http://www.adalet.gov.tr>)

(<http://www.anayasa.gov.tr>)

(<http://www.echr.coe.int>)

(<http://www.fap.hsyk.gov.tr/dosyalar/aihm-karar-inceleme/m6/Marcello-Viola.pdf>)

(<http://www.hsyk.gov.tr>)

(<http://hudoc.echr.coe.int>)

(<http://www.inhak.adalet.gov.tr>)

([http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com\\_content&task=view&id=143](http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=143))

(<http://www.resmigazete.gov.tr>)

(<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tutuklama-raporu.pdf>)

(<http://www.uyap.gov.tr/yayinlar/sunum/sunum.html>)

–KARAN,Ulaş, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi Yayınları, Editör Sibel İNCEOĞLU, İstanbul, 2013

–KOÇAKLI,Engin, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2008

–ÖZTÜRK,Bahri/ERDEM,Mustafa Ruhan/ÖZBEK,Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Kitabevi, 5. Baskı, Ankara, 2000

–SALİHPAŞAOĞLU,Yaşar, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar Ve Gerçekler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, Sa.1-2, Haziran- Aralık 2009, s.272.

–SÜRÜCÜ,A.Sinan, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türkiye’de Tutuklama, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2010

–ŞAHİN,Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2011

–ŞAHİN,Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2007

–ŞAHİN,Cumhur/ÖZGENÇ,İzzet, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, 1. Baskı, 2007

–TOSUN,Yemliha Uğur/ELMACI,Şerafettin, “Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin İnsan Hakları Açısından Önemi”, HUKAB Dergisi, Sa. 6, Temmuz- Eylül 2013, s.27.

–USLU,Z.Özen İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi

Hukukunda Tutuklama, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2011

-ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, C. I, 2012

### KISALTMALAR

AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
bkz.	Bakınız
B.N.	Başvuru Numarası
C.	Cilt
CMUK	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
E.	Esas
K.	Karar
K.T.	Karar Tarihi
m.	Madde
RG	Resmi Gazete
Sa.	Sayı
s.	Sayfa
SEGBİS	Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TMK	Terörle Mücadele Kanunu
UYAP	Ulusal Yargı Ağı Projesi



# MÜKELLEFÇE GÖSTERİLEN KİŞİ BEYANLARININ VERGİ İNCELEME TUTANAKLARINDAKİ YERİ

Recep KAPLAN\*

## ÖZET

Ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak amacıyla yapılan vergi incelemeleri esnasında, lüzum görülen hallerde, vergilendirme ile ilgili olaylar ve hesap durumları tutanak ile tespit edilebilmekte ve belgelendirilebilmektedir. Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceğinden bu tutanaklar, gerekli koşulların oluşması halinde, delil olarak kullanılabilme gücüne sahiptir. Bu çalışmada ilgili yasal ve idari düzenlemelerde yer alan hükümler de dikkate alınarak vergi incelemeleri esnasında tutulan tutanaklarda mükellef tarafından gösterilen kişilerin beyanlarının kayıt altına alınması hususu değerlendirilmektedir. Çalışmada varılan sonuca göre, mükellef tarafından gösterilen kişilerin beyanlarının da kayıt altına alınması ilgili tüm tarafların görüşlerinin öğrenilebilmesine ve konuyla ilgili daha detaylı bilgi edinilmesine olanak verecektir. Bu suretle vergi idaresinin de daha sağlıklı bir şekilde karar alabilmesi mümkün olabilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Vergi İncelemesi, Mükellef, Vergi İnceleme Tutanağı, Tutanak Beyanı.

## THE POSITION OF PERSONS' STATEMENTS SHOWN BY TAXPAYER IN TAX EXAMINATION RECORDS

### ABSTRACT

During the tax examinations carried out for the purpose of investigating, determining and providing the accuracy of the taxes to be paid, if needed, the facts and account transactions related to taxation can be determined and documented by tax examination records. Since the real nature of events giving rise to taxation and related transactions can be proven by all evidences except vow, tax examination records has the power to be used as a means of proof if necessary conditions are met. By considering the relevant provisions in legal and administrative documents, the documentation of the persons' statements shown by taxpayer in tax examination records is evaluated in this study. According to the conclusion of this article, the documentation of the persons' statements shown by taxpayer in tax examination records will enable to see the opinions of all relevant parties together and will make it possible to obtain more detailed information. By this way, it will also be possible for tax administration to adopt decisions in a more healthy manner.

**Keywords:** Tax Examination, Taxpayer, Tax Examination Record, Witness Statement.

\* Yrd. Doç. Dr., Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Maliye Bölümü Öğretim Üyesi

## GİRİŞ

Modern vergi sistemlerinde vergilendirme beyan esasına dayalı olarak yapılmakta olup vergilendirme işleminde esas olan mükellefin beyanıdır. Mükellefin beyanının gerçeği yansıtması ve beyan için öngörülen yasal gerekliliklere uygun olması arzu edilen bir durum ise de gerek mükellefin kasıtlı davranışlarından gerekse dikkatsizlik, ihmal, bilinçsizlik vb. durumlarından kaynaklanan sebeplerle bu her zaman mümkün olmaz. Bu gibi sakıncaların varlığı dikkate alınarak, mükellefin beyanının gerçeğe ve usuli düzenlemelere uygunluğunun araştırılması, saptanması ve sağlanması maksadıyla, hukuk düzenimizde, idareye mükellefin beyanlarını denetleme imkânı veren, “vergi incelemesi” adlı bir müessese düzenlenmiştir.

Anlık bir fotoğraf çekmekten ziyade derinlemesine bir araştırma faaliyetine benzetilebilecek vergi incelemesi belli bir süreci gerektirmekte ve bu süreçte varılan sonuçlara, inceleme elemanınca hazırlanan vergi inceleme raporunda yer verilmektedir.

Öte yandan, vergi incelemesi sürece yayılı bir iş olup bu süreçte tespit edilen hususlar, gerek görülmesi halinde tutanaklar ile kayıt altına alınmaktadır.<sup>1</sup> İnceleme elemanının vergi inceleme raporunda ulaştığı sonuçların, süreç içerisinde tutulan bu tutanaklarda elde edilen bilgilere dayandırılması halinde tutanaklar inceleme raporunun gerekçesi haline de gelebilirler.

Vergi incelemesi sürecinde vergiyi doğuran olayla ilgili kişilerin tanıklıklarına başvurulabilmekte, bu kişilerin beyanları tutanakla kayıt altına alınmakta hatta vergi inceleme raporlarında yer verilen bu beyanlar delil kabul edilerek vergi tarhiyatı bu beyanlara dayandırılabilir. İnceleme elemanının vergiyi doğuran olayla ilgili olduğunu düşündüğü kişilerin tanıklığına başvurması uygulamada sıkça rastlanan bir durum olmakla birlikte, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin tam manasıyla ortaya çıkarılabilmesi bakımından, nezdinde inceleme yapılanın gösterdiği kişilerin beyanlarının da vergi inceleme tutanakları vasıtasıyla kayıt altına alınmasının gerekli olup olmadığı üzerinde düşünölmeye değer bir konu olarak görölmektedir.

Bu kapsamda, aşağıda öncelikle vergi incelemesine ilişkin genel açıklamalara yer verilecek müteakiben vergi inceleme tutanaklarının vergi

---

<sup>1</sup> BİYAN, Özgür, Başka Mükellefler Nezdinde Yapılan İncelemelere Göre Tanzim Edilen Vergi Tekniği İnceleme Raporlarındaki Hukuka Aykırı Durumlar, *Legal Mali Hukuk Dergisi*, Sa. 96, (<http://www.ozgurbiyan.com/?p=1009>, erişim: 19/6/2013)



incelemesi sürecindeki önemi ve fonksiyonu, genel olarak tutanakların idari işlem teorisi içerisindeki yeri ve idari işlemlerin oluşumuna katkıları da dikkate alınarak vergi incelemeleri esnasında mükellef tarafından gösterilen kişilerin beyanlarına vergi inceleme tutanaklarında yer verilmesi hususu idari işlemlerin tesisindeki çalışma usulü ve ceza muhakemesi hukukundaki şüphelinin hem lehine hem de aleyhine olan delillerin toplanması kuralı (savcının taraf olmaması) ile karşılaştırılmalı biçimde değerlendirilecektir.

## **1. VERGİ İNCELEMESİNE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR**

Vergi idaresi bazı hallerde mükellefin beyanları ile bu beyanlara dayanak teşkil eden bilgi, belge, defter kayıtları ve envanteri daha etraflıca ve kapsamlı bir biçimde araştırma ihtiyacı görebilir. Bu ihtiyacı gidermek maksadıyla yapılan detaylı araştırmaya “vergi incelemesi” adı verilmektedir. İnceleme esnasında mükellef nezdinde meydana gelmiş olan vergiyi doğuran olaya ilişkin tüm işlemler ayrıntılı bir şekilde araştırılarak mükelleflerin beyan ettikleri matrahların doğruluğu belirlenmeye çalışılır.<sup>2</sup>

VUK’un ilgili maddelerine göre, vergi incelemesinin amacı, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamaktır. Vergi incelemesi; vergi müfettişleri, vergi müfettiş yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri tarafından yapılmakta olup, Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar da vergi incelemesi yapma yetkisine sahiptirler.

Vergi incelemesinin ne zaman yapılacağından önceden haber verilmesine gerek yoktur. İnceleme, neticesi alınmamış hesap dönemi de dahil olmak üzere, tarh zamanaşımı süresi sonuna kadar yapılabilir. Daha önce inceleme yapılmış veya matrahın resen takdir edilmiş olmasının incelemenin yeniden yapılmasına ve gerekirse ikmalen tarhiyat yapılmasına bir etkisi yoktur.

İncelemeler, kural olarak, incelemeye tabi olanın iş yerinde yapılır. Ancak iş yerinin müsait olmaması, ölüm, işin terk edilmesi gibi mecburi sebeplerle incelemenin yerinde yapılması imkansız olur veya mükellef ve vergi sorumluları isterlerse inceleme dairede yapılabilir. İncelemenin işyeri dışında yapılması durumunda incelemeye tabi olandan yazılı olarak gerekli defter ve belgeleri daireye getirmesi istenilir. İncelemenin dairede yapılması halinde istenilen defter veya belgeleri verilen sürede mazeretsiz olarak getirmeyenler, bunları ibraz etmemiş sayılırlar. Haklı bir mazeret gösterenlere, defter ve belgelerini daireye getirmesi için ilaveten uygun bir süre verilir.

<sup>2</sup> ŞENYÜZ, Doğan, YÜCE, Mehmet ve GERÇEK, Adnan, *Vergi Hukuku*, 3.Baskı, Bursa 2012, s. 148.

Vergi incelemesi yapan inceleme elemanının, inceleme sırasında kanunda belirtilen bazı esaslara uyması zorunludur. Bu kapsamda inceleme elemanı:

- İncelemeye tabi olana, incelemenin konusunu işe başlamadan evvel açıklar,
- Vergi incelemesine başlanıldığı hususunu bir tutanağa bağlayarak bir örneğini nezdinde vergi incelemesi yapılanaya verir,
- Nezdinde inceleme yapılanın rızası olmadıkça resmi çalışma saatleri dışında inceleme yapamaz veya buna devam edemez. Ancak tutanak düzenlenmesi ve inceleme ile ilgili emniyet tedbirlerinin alınması gibi tedbirleri, incelemelerin yapıldığı yerdeki faaliyeti sekteye uğratmayacak şekilde resmi çalışma saatleri dışında da yapabilir,
- İnceleme bitince, nezdinde inceleme yapılanaya bunu gösteren bir belge verir,
- Vergi kanunlarıyla ilgili kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ ve sirkülere aykırı vergi inceleme raporu düzenleyemez,
- İncelemeye başlanıldığı tarihten itibaren, tam inceleme yapılması halinde en fazla bir yıl, sınırlı inceleme yapılması halinde ise en fazla altı ay içinde incelemeleri bitirmek durumundadır. Bu süreler içinde incelemenin bitirilememesi halinde ek süre talep edebilir.

Vergi incelemesi sonucunda incelemeyi yapan tarafından inceleme raporu düzenlenir. Bu raporlarda tespit edilen matrah ya da matrah farkları delilleriyle birlikte ortaya konulur. Bu raporlar yetkili rapor değerlendirme komisyonlarınca değerlendirildikten sonra ilgili vergi dairesine gönderilir. Vergi dairesi raporda yer alan sonuçlara göre vergi tarh eder ve/veya ceza keser.<sup>3</sup>

Bir matrah ya da matrah farkı tespit edilmesi halinde, vergi idaresince yapılacak ikmalen veya resen tarhiyatta tarhiyat işleminin sebebini oluşturan vergi inceleme raporu bu yönü itibariyle bir **ön işlem ya da başka bir ifadeyle hazırlık işlemi** niteliğine sahiptir. İdari işlem teorisi bakımından icrai bir işlem olarak kategorize edilemeyen vergi inceleme raporlarının-bu raporlara dayanılarak vergi tarhiyatı yapılmamış olması halinde-tek başlarına dava konusu edilebilmeleri olanağı yoktur. Bu raporlara karşı doğrudan dava açılması mümkün olmamakla birlikte mükellef vergi veya cezaya karşı açacağı

---

<sup>3</sup> ŞENYÜZ, YÜCE ve GERÇEK, s. 151.

davada inceleme raporunda yer alan değerlendirmelere karşı olan itirazlarını da ileri sürebilir.<sup>4</sup>

## 2. VERGİ İNCELEME TUTANAKLARININ VERGİ İNCELEMESİNDEKİ YERİ VE ÖNEMİ

Vergi inceleme tutanaklarının vergi incelemesindeki rolünü açıklamaya geçmeden önce genel olarak tutanakların idari işlem teorisi içerisindeki yeri ve idari işlemlerin oluşumuna katkılarını ele almak gerekir. Bu bağlamda tutanakların idari işlem teorisi bakımından hangi kategoriye dahil olduğu ve hangi özelliklere sahip olduğu hususunda aşağıdaki değerlendirmeler yapılabilir.

“Tutanak” kelimesi sözlük anlamı itibarıyla “meclis, kurul, mahkeme vb. yerlerde söylenen sözlerin olduğu gibi yazıya geçirilmesi, tutulga, zabıt, zabıtname”, “belgelenmesi gereken bir durumu tespit edenler tarafından imzalanan belge, zabıt varakası” ve “birçok kimsenin imzaladığı rapor, mazbata” biçiminde tanımlanmaktadır.<sup>5</sup>

Tutanakların idari işlem teorisi bakımından hangi kategoriye dahil olduğuna ilişkin değerlendirmeler icrai-icrai olmayan idari işlemler ayrımı çerçevesinde yapılabilir. İcrailik, idari işlemin en önemli karakteristik özelliklerinden birisi olup, idari işlemlerin ezici çoğunluğu icrai niteliğe sahiptir. Bu kapsamda, idarenin tek taraflı irade açıklamasıyla hukuk düzeninde değişiklikler getiren, kişilerin hak ve yükümlülüklerine etki eden ve hukuki sonuçlar doğuran idari işlemler icrai idari işlemler olarak sınıflandırılır.<sup>6</sup> İcrai işlemlerin tersine bu niteliklere sahip olmayan işlemler ise icrai olmayan idari işlemler olarak sınıflandırılırlar. Bu işlemler de idareden çıkmakla beraber ilgisinin hak ve menfaatlerini etkilememekte yani hukuk alanında herhangi bir sonuç doğurmamakta başka bir ifadeyle hukuk düzenine bir değişiklik getirmemektedir.<sup>7</sup> İcrai olmayan idari işlemlere, idarenin belli bir konudaki düşünce, niyet ve planlarını açıklayan “gösterici işlemler”, bir idari işlemin yapılması aşamasındaki “hazırlık işlemleri” ve idarenin kendi “iç işleyiş”ine ilişkin kuralları düzenleyen işlemler örnek verilebilir.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> ŞENYÜZ, YÜCE ve GERÇEK, s. 151.

<sup>5</sup> TÜRK DİL KURUMU, ([http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.521cf1117a9c35.95264129](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.521cf1117a9c35.95264129), erişim 27/8/2013)

<sup>6</sup> GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku Cilt 1*, 2. Baskı, Bursa 2009, s. 702.

<sup>7</sup> VEDEL, G. DELVOLLE, P. *Droit administratif*, Cilt 1, Paris, 1992, s. 247’den aktaran GÖZLER, s. 703.

<sup>8</sup> GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, 8.Baskı, Ankara: 2003, s.112.

İcrai ve icrai olmayan idari işlemler kategorisinde ikinci kategoriye dahil olan ve hazırlık işlemi ya da ön işlem olarak sınıflandırılan idari işlemler arasında yer alan tutanaklar, belli bir fiili durumu tespit eden belgelerdir. Tek başına icrai bir karaktere sahip olmayan tutanaklar, tutanağa dayalı olarak yapılan icrai idari işlemlerde icrai idari işlemlerin gerekçesi durumunda olabilirler. Bu kapsamda, tutanaklar tek başlarına dava edilememekle birlikte tutanağa dayalı olarak yapılan icrai idari işleme karşı açılan davalarda icrai işlemin dayandığı tutanakların da hukuka aykırı oldukları iddia edilebilir.<sup>9</sup>

Tutanakların icrai karakteri bulunmayan idari işlemler arasında yer aldığı Danıştay tarafından şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Fiili bir durumun tespiti yolundaki ... tutanak, idarenin bir irade açıklaması niteliğinde olmadığından, idari davaya konu olabilecek bir idari işlem niteliğinde kabul edilemez. Bu tutanağın usule aykırı olarak düzenlendiği ya da gerçeği ifade etmediği yolundaki iddialar, ancak bu tutanak üzerine kesilen ceza hakkında açılacak davada incelenir ve bu davanın sonucunu etkileyebilir.”<sup>10</sup>*

Tutanaklardaki sakatlıkların tutanaklardaki bilgiler esas alınarak tesis edilen işlemleri de sakat hale getireceğini ifade etmek gerekir. Tutanaklar bir yönüyle idari işlemin gerekçesi durumundadırlar. Bu sebeple tutanaklardaki gerçek olmayan olaylar üzerine inşa edilen idari işlemler sebep unsuru yönünden sakat durumdadırlar. GÜNDAY’ın belirttiği gibi, idareyi bir işlemi yapmaya sevk eden sebebin, gerçek olması ve işlemin yapılabilmesi için yeterli olması gerekir.<sup>11</sup>

Ancak yukarıdaki açıklamalardan, adına “tutanak” denilen her işlemin kendi başına dava konusu edilemeyeceğine ilişkin toptancı bir sonuca varmak doğru değildir. Bir işlemin dava konusu edilmesinde dikkate alınması gereken şey, işlemin adı değil içeriğidir. Bu manada, adı tutanak olmakla birlikte icrai karaktere sahip olan işlemler kendi başına dava konusu edilebilir. Nitekim Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun bir kararında:

*“İdari işlemlerin temel niteliklerini taşıdığına kuşku bulunmayan haciz varakalarının, vergi dairelerinin herhangi bir servisi tarafından düzenlenmesi*

---

<sup>9</sup> GÖZLER, s. 704, 705.

<sup>10</sup> Danıştay 4. Dairesinin 16/1/1995 tarih ve E.1994/3073, K.1995/21 sayılı kararı; Aynı yönde bir başka karar için bkz. Danıştay 4. Dairesinin 21/5/1996 tarih ve E.1995/2467, K.1996/2078 sayılı kararı.

<sup>11</sup> GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, ed. Turan Yıldırım, Eskişehir, 2005, s. 80.

*yasa gereği ve bürokrasinin doğal ve zorunlu sonucu olduğundan, haciz kararının uygulandığını gösteren haciz tutanaklarının idari davaya konu yapılabileceği...*" belirtilmiştir.<sup>12</sup>

Çalışma konumuz çerçevesinde, vergi incelemesi esnasında karşılaşılan durumlara ilişkin düzenlenen belgeler olarak tanımlanabilecek<sup>13</sup> vergi inceleme tutanaklarının da ,vergi inceleme raporlarında ulaşılan sonuçların bu tutanaklarda elde edilen bilgilere dayandırılması halinde hazırlayıcı idari işlem başka bir ifadeyle ön işlem niteliği kazanabileceğini belirtmek mümkündür. Bu tutanaklar da icrai karaktere sahip olmayıp, kendi başlarına dava edilemez ve bunlara yönelik itirazlar ancak vergilendirme işlemine karşı açılan davalar ile mümkün olur. Bu husus Danıştayın bir kararında "*verginin tarhından önce yönetimin bu işleme dayanak oluşturmak üzere yaptığı işlemler, tarh işleminden ayrılarak bağımsız olarak yönetsel davaya konu yapılabilecek nitelik taşımayacağından...*" denilmek suretiyle ifade edilmiştir.<sup>14</sup>

Vergi incelemesinin amacı, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olduğundan, vergi incelemeleri esnasında vergi matrahının oluşumunu etkileyen durumların yazılı bir belgeyle kayıt alınması başka bir ifadeyle tutanak düzenlenmesi ihtiyacı ortaya çıkabilir. Bu belgeler özellikle vergi incelemesi esnasında varılan sonuçların delillendirilmesinde önemli bir işleve sahiptirler. Ödenmesi gereken verginin tespiti açısından yapılan vergi incelemelerinde, incelemenin hakkıyla yapıldığından söz edebilmek için vergileme ile ilgili olayların, hesap durumlarının araştırılması ve bu araştırılmalarda ulaşılan durumların tutanakla kayda alınması oldukça önemlidir.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 2/6/1989 tarih ve E.1989/40, K.1989/45 sayılı kararı.

<sup>13</sup> Vergi inceleme tutanakları ile ilgili bir başka tanıma göre, esas itibarıyla mükelleflerin beyanlarının maddi gerçeğe ve hukuki düzenlemelere uygun olup olmadığını gösteren bilgi ve delillerin en önemli bölümünü teşkil eden bu tutanaklar, hazırlanacak vergi inceleme raporları ile vergi tarhiyatı ve ceza kesme işlemlerinde esas alınan resmi belgelerdir (DEMİRCİ, Azmi, Vergi İnceleme Tutanakları-I, *Yaklaşım Dergisi*, Sa. 218, (<http://uye.yaklasim.com/MagazinDetail.aspx?magazinid=218>, erişim 20/6/2013).

<sup>14</sup> Danıştay 4. Dairesinin 18/4/1988 tarih ve E.1986/2004, K.1988/1564 sayılı kararı. (aktaran AĞAR, Serkan, İdarî İşlem Kuramı Perspektifinden Verginin Tarhı, ([www.idare.gen.tr/tarh.htm](http://www.idare.gen.tr/tarh.htm), erişim 19/6/2013)

<sup>15</sup> ASLAN, Memduh ve ŞENTÜRK, Akın Gencer, Vergi Hukukunda Delil Sistemi: İfade, İkrar ve Beyanın Delil Niteliği, (<http://turkvergi.org/yazlar/yazlar/memduh-aslan/vergi-hukukunda-delil-sistemi-ifade-ikrar-ve-beyanin-delil-niteligi>, erişim 20/6/2013)

İkmalen ya da resen vergi tarhiyatında, tarhiyat işleminin dayanağını teşkil eden vergi inceleme raporlarının ekinde yer alan tutanakların delil niteliğini kavrayabilmek bakımından VUK'un "vergi kanunlarının uygulanması ve ispat" başlıklı 3. maddesinin (B) fıkrası ile "inceleme tutanakları" başlıklı 141. maddesinde yer alan hükümlerin birlikte değerlendirilmesi gerekir.

VUK'un "vergi kanunlarının uygulanması ve ispat" başlıklı 3. maddesinin (B) fıkrasına göre, "vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır. Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Ancak vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz. İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir."

VUK'un "inceleme tutanakları" başlıklı 141. maddesinde ise;

- Vergi incelemesi esnasında lüzum görülen hallerde, vergilendirme ile ilgili olaylar ve hesap durumlarının ayrıca tutanaklar ile tespit ve tevsik olunabileceği,
- İlgililerin\* itiraz ve mülahazaları varsa bunların da tutanağa geçirileceği,
- Bu suretle düzenlenen tutanakların bir nüshasının mükellefe veya nezdinde inceleme yapılan kimseye bırakılmasının zorunlu olduğu,
- İlgililer tutanakları imzalamaktan çekindikleri takdirde tutanakta

---

\* VUK'un 141. maddesinde geçen "İlgililerin itiraz ve mülahazaları varsa bunlar da tutanağa geçirilir" şeklindeki hükümde yer alan "İlgililer" tabiriyle kastedilenin vergi incelemesine tabi tutulan taraf olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü aynı maddede, "İlgililer tutanakları imzalamaktan çekindikleri takdirde tutanakta bahis konusu edilen olaylar ve hesap durumlarını ihtiva eden defter veya vesikalar, nezdinde inceleme yapıldan rızasına bakılmaksızın alınır ve inceleme neticesinde tarh edilen vergiler ve kesilen cezalar kesinleşinceye kadar geri verilmez. İlgililer her zaman bu tutanakları imzalayarak defter ve vesikaları geri alabilirler. Ancak bu defterlerin suç delili olmaması şarttır" denilmektedir. Tutanakları imzaladığı takdirde defter ve belgeleri geri almaya yetkili olanların vergi incelemesine tabi tutulanlar olduğu açıktır. Ancak DEMİRCİ'nin belirttiği gibi, tutanakları imza etmek zorunda olanlar, nezdinde inceleme yapılan vergi mükellefleri veya sorumlusu gibi kimseler olabileceği gibi, mükellefe ve dolayısıyla da vergiyi doğuran olayla ilgili olan kimseler (alım satım taraf olanlar, personel vb.) ya da bu konuda bilgi sahibi olan kimseler de olabilir (Demirci, a.g.m). Öte yandan Danıştayın bir kararında da belirtildiği üzere, "... inceleme sırasında veya sonunda düzenlenen tutanakların nezdinde inceleme yapılan veya yetkilisince imzalanmamış olması, vergilendirmenin kaldırılmasını gerektiren bir durum..." şeklindedir (Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 21/11/2003 tarih ve E.2007/492, K: 2008/795 sayılı kararı).

bahis konusu edilen olaylar ve hesap durumlarını ihtiva eden defter veya vesikaların, nezdinde inceleme yapılandan rızasına bakılmaksızın alınacağı ve inceleme neticesinde tarh edilen vergiler ve kesilen cezalar kesinleşinceye kadar geri verilmeyeceği,

- Bu defterlerin suç delili olmaması şartıyla, ilgililerin her zaman bu tutanakları imzalayarak defter ve vesikaları geri alabileceği hükme bağlanmıştır.

Kanunun bu hükmünü açıklayıcı mahiyetteki düzenlemeler, “Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”in 16. ve 17. maddelerinde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeler şu şekildedir:

“İnceleme tutanakları

MADDE 16 – (1) Vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar, inceleme esnasında gerekli görülen hallerde, vergilendirme ile ilgili olayları ve hesap durumlarını ayrıca tutanaklar ile tespit ve tevsik edebilirler.

(2) İlgililerin itiraz ve mülahazaları varsa bunlar da tutanağa geçirilir. Tutanaklarda incelemeyi yapanın kanaatini belirten yorum, hüküm ve ifadelere yer verilmez.

(3) Düzenlenen tutanakların birer nüshasının tutanakları imza edenlere verilmesi zorunludur.

(4) Vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar, ilgilileri tutanakları imzalamaları için zorlayamazlar. İlgililer tutanakları imzalamaktan çekindikleri takdirde tutanakta bahis konusu edilen olaylar ve hesap durumlarını ihtiva eden defter ve belgeler, nezdinde inceleme yapılandan rızasına bakılmaksızın alınır ve inceleme neticesinde tarh edilen vergiler ve kesilen cezalar kesinleşinceye kadar geri verilmez. İlgililer her zaman bu tutanakları imzalayarak defter ve belgeleri geri alabilirler.

(5) Suç delili olan defter ve belgeler mükellefin rızasına bakılmaksızın alıkonulur.

(6) Alıkonulan defter ve belgeler yazı ile mükellefin bağlı bulunduğu vergi dairesine gönderilerek muhafazası sağlanır. Vergi dairesi, kendisine gönderilen defter ve belgelerin muhafazası için gerekli tedbirleri alır.

İnceleme tutanaklarında yer alacak unsurlar

MADDE 17 – (1) Vergi incelemesi ile ilgili düzenlenecek tutanaklarda;

- a) Tutanağın düzenlenme yeri ve tarihi,
- b) İlgililerin adı, soyadı ve unvanları, vergi kimlik numaraları ile imzaları,
- c) Vergilendirme ile ilgili olaylar ve/veya hesap durumları,
- ç) Varsa, ilgililerin itiraz ve mülahazaları ile ibraz ettikleri özeldeleri,
- d) Tutanakta belirtilen hususların ilgililer tarafından okunduğunu ve doğruluğunun anlaşıldığını belirten ifade,
- e) Nezdinde inceleme yapılan mükellefe, tutanakta yer alan hususların vergi kanunları karşısında yapılması muhtemel işlemler bakımından ispatlama vasıtası olduğunun, tutanağın düzenlenmesinden önce bildirildiği hususu, yer alır.”

Yukarıdaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde, VUK’un 3. maddesinin (B) fıkrasında açıkça öngörülmüş olmamakla birlikte, VUK’un 141. maddesi uyarınca düzenlenen inceleme tutanaklarının delil niteliği taşıdığını söylemek mümkündür. Bu çerçevede vergi inceleme tutanakları delil olarak kullanılabilir niteliğine sahiptirler. Bu durum bir Danıştay kararında:

*“Vergi usul kanununun 140 ve 141.maddesiyle; inceleme sırasında gerçek görülen maddi olaylar ve hesap durumlarının, belgelendiği, ilgililerin varsa itiraz ve açıklamalarının geçirildiği, birer nüshalarının nezdinde inceleme yapılan kimseye bırakılmasının mecburi olduğu kurala bağlanan tutanaklar, vergi incelemesinde delil olarak kullanılabilen ölçütler arasında yer almıştır...”* denilerek ifade edilmiştir.<sup>16</sup>

Danıştayın aynı yöndeki bir başka kararında vergi inceleme tutanaklarının delil olarak kullanılabilir niteliği şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Davacı kurumun satışını yaptığı 55 tür emtia üzerinde kurum yetkilisiyle birlikte yapılan fiili ve kaydi envanter neticesinde bir kısım malların 1998 yılında satıldığı halde bu satışlar için belge düzenlenmediği ve defter kayıtlarına intikal ettirilmediği, bu malların 1998 yılı dönem sonu mal mevcudu olarak değerlendirildiği ihtirazi kayıt konulmadan imzalanan ve maddi delil niteliğinde bulunan vergi inceleme raporu eki tutanakla saptanmış olduğundan ve dava aşamasında da bu malların 1998 yılı sonunda stokta bulunduğu iddiası kanıtlanmadığından, vergi inceleme raporunda; 1998*

---

<sup>16</sup> Danıştay 3. Dairesinin 28/5/2003 tarih ve E.2000/2778, K.2003/3288 sayılı kararı.



*yılında gerçekleşen ortalama satış fiyatına göre bulunan satış hasılatından, envanter defterine kayıtlı maliyetin düşülmesi suretiyle bulunan matrah farkında yasaya aykırılık bulunmamaktadır.”<sup>17</sup>*

Yukarıdaki kararlardan, vergi incelemeleri esnasında tutulan tutanaklardaki ifadeler delil kabul edilerek ve bu ifadelere dayanılarak tarhiyat yapılabileceği anlaşılmaktadır. Ancak CANDAN’ın dikkat çektiği gibi, tutanaklarda yer alan bilgilerin delil niteliğine sahip olabilmeleri için, bu tutanakların kanunda öngörülen usul ve şekil kurallarıyla uyumlu olarak düzenlenmiş olması gerekir.<sup>18</sup>

Danıştayın bir kararında belirtildiği gibi, tutanakla saptanan ifadelerin aksi VUK’a göre geçerli delillerle ispatlanabilir.<sup>19</sup> Yani VUK hükümleri uyarınca, vergi incelemesi esnasında düzenlenen ve mükelleflerin hiçbir ihtirazi kayıt koymadan imzaladıkları tutanakların aksinin hukuken geçerli belgeler ve deliller sunularak ispat edilmesine bir mani yoktur.<sup>20</sup> Ancak Danıştayın bir başka kararında, ilgilinin vergi inceleme tutanağı ile kayıt altına alınmış olan beyanlarının aksi yönündeki ifade ve beyanlarının hukuken geçerli sayılması olanağı olmadığı belirtilmiştir.<sup>21</sup>

Öte yandan, maddi gerçeğe ulaşmanın sadece tanık beyanıyla mümkün olmadığı bazı durumların varlığı kabul edilerek, tanık beyanlarının diğer delillerle de desteklenmesi gerekebileceği hususu göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>22</sup>

Vergi incelemeleri neticesinde tanzim edilen vergi inceleme raporlarının gerekçesini oluşturabilen belgeler olarak da tanımlanabilecek vergi inceleme tutanaklarının önemli özelliklerinden birisi de bu tutanakların sadece inceleme elemanı tarafından yapılan somut tespitleri değil, bu tespitlerle ilgili mükellefin itirazlarını ve açıklamalarını da içermesidir. Vergi inceleme tutanaklarında hem incelemeyle ilgili tespitlerin hem de ilgililerin itiraz ve açıklamalarının yer alması bu tutanakların vergi inceleme raporlarında yer alacak veya

<sup>17</sup> Danıştay 3. Dairesinin 28/5/2003 tarih ve E.2000/2786, K.2000/3290 sayılı kararı.

<sup>18</sup> CANDAN, Turgut, Vergi Yargısında İspat, (<http://turgutcandan.com/2012/11/08/vergi-yargisinda-ispata/>, erişim 19/6/2013)

<sup>19</sup> Danıştay 3. Dairesinin 28/5/2003 tarih ve E.2000/2786, K.2000/3290 sayılı kararı.

<sup>20</sup> Danıştay 4. Dairesinin 12/11/1975 tarih ve E.1975/932, K.1975/2911 sayılı kararı.

<sup>21</sup> Danıştay 13. Dairesinin, 28/3/1978 tarih ve E.1977/591, K.1978/775 sayılı kararı.

<sup>22</sup> ASLAN ve ŞENTÜRK, a.g.m

savunulacak düşüncelere kaynaklık etmesini sağlar.<sup>23</sup> Delil hükmündeki bu tutanaklar, mükellef beyanlarının gerçeğe uygun olup olmadığının tespitinde de önemli rol oynar.<sup>24</sup>

Önemle belirtilmesi gereken bir konu, her ne kadar vergi inceleme tutanakları vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin belirlenmesi açısından oldukça önemli olsa da, vergi incelemesi sonucunda düzenlenen rapora dayanılarak yapılan vergi tarhiyatı ve ceza kesme işleminin mutlaka vergi inceleme tutanağında yer alan bilgilere dayanmak zorunda olmadığıdır. Başka bir ifadeyle vergi tarhiyatı ve ceza kesme işlemi vergi inceleme tutanağı haricindeki delillere dayanılarak da yapılabilir.<sup>25</sup>

### **3. VERGİ İNCELEME TUTANAKLARINDA MÜKELLEF TARAFINDAN GÖSTERİLEN KİŞİLERİN BEYANLARININ KAYDA ALINMASI**

Vergi inceleme tutanaklarında incelemeye tabi tutulan mükellef tarafından gösterilen kişilerin beyanlarının kayda alınması hususunun açığa kavuşturulabilmesi için, vergi incelemeleri esnasında tutanak tutulmasının zorunlu olup olmadığı ve tutanak tutmaya karar verme yetkisinin kime ait olduğu sorularına verilecek cevaplardan yola çıkarak değerlendirmelerde bulunmak uygun olacaktır.

#### **3.1. Vergi İncelemeleri Esnasında Tutanak Tutulması Zorunlu mudur?**

VUK'un 141. maddesi itibarıyla tutanakların lüzum görülen hallerde tutulması öngörülmüştür. Yani inceleme esnasında tutanak tutulması, lüzum görülmesine bağlıdır. Ancak VUK'un 364. maddesine göre, vergi incelemesi sırasında vergi cezasını gerektirici olaylara rastlanması durumunda bunların raporlarda gösterilmesi, delillerin kaybolması ihtimalinin bulunduğu hallerde ise bunların tutanakla tespit edilmesi zorunludur. Bunun dışında VUK'un 140. maddesinin birinci fıkrasının (2) numaralı bendi uyarınca incelemeye başlama tutanağı da düzenlenmesi zorunlu tutanaklar arasındadır.

#### **3.2. Tutanak Tutulmasına Kim Karar Verebilir?**

VUK'un 141. maddesinde, inceleme esnasında lüzum görülen hallerde, vergilendirme ile ilgili olaylar ve hesap durumlarının ayrıca tutanaklar

---

<sup>23</sup> ASLAN ve ŞENTÜRK, a.g.m

<sup>24</sup> DEMİRCİ, a.g.m

<sup>25</sup> DEMİRCİ, a.g.m

ile tespit edilebileceği ve belgelendirilebileceği belirtilmiştir. Burada vergilendirme ile ilgili olaylar ve hesap durumlarını tutanaklar ile tespit edilebilecek ve belgelendirebilecek olan kişi vergi incelemesini yapmakta olan vergi inceleme elemanıdır. Başka bir ifadeyle, tutanak tutulmasına lüzum göreceği olan kişi vergi inceleme elemanıdır.<sup>26</sup> VUK'un 141. maddesinde "inceleme esnasında lüzum görülen hallerde, vergilendirme ile ilgili olaylar ve hesap durumları ayrıca tutanaklar ile tesbit ve tevsik *olunabilir*" demek suretiyle bu konuda inceleme elemanına bir takdir yetkisi tanınmıştır. Mükellefin inceleme elemanını tutanak tutma konusunda zorlayabilme imkanı yoktur. Ancak, inceleme elemanlarının da düzenlemiş oldukları tutanakların imzalanması konusunda mükellefi zorlama imkanı yoktur. VUK'un 141. maddesinde öngörülen sonuçlara katlanmaya razı olan mükellefler tutanakları imzalamayabilirler.

### **3.3 Vergi İncelemesi Esnasında Tanık Beyanlarının Tutanak Altına Alınması**

Vergi inceleme esnasında tanık beyanlarının tutanak altına alınması konusunu açıklamaya geçmeden önce ilk yapılması gereken şey, vergi inceleme aşamasında tanığa başvurulması (tanık beyanlarının tutanak altına alınması) ile vergi davalarında tanık dinlenmesi arasındaki ayrımın yapılmasıdır. VUK'un 3. maddesinin (B) fıkrasında yer alan, "vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır. Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Ancak vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz" şeklindeki hüküm çerçevesinde vergi inceleme elemanı vergi inceleme yaparken tanığa başvurabilir. Hatta gerekli koşulların bulunması halinde tanık beyanları delil kabul edilerek vergi tarhiyatı ya da ceza kesme işlemi bu delillere dayandırılabilir. Vergi davası açılması durumunda davaya bakan mahkeme, vergi inceleme esnasında elde edilen bu delili de değerlendirebilmektedir.<sup>27</sup> Bu çalışmada kullanılan tanık beyanı kavramından anlaşılması gereken vergi inceleme aşamasında tanıkların beyanına başvurulması ve tanık beyanlarının kayıt altına alınmasıdır.

VUK'un 3. maddesinin (B) fıkrasında yer alan hükümler uyarınca vergi hukukunda, kural olarak, delil serbestisi ilkesi geçerlidir. Vergi idaresi

<sup>26</sup> DEMİRCİ, a.g.m

<sup>27</sup> KARAKOÇ, Yusuf, Vergi Yargılaması Hukukunda Tanık Beyanının Delil Olması, Vergi Sorunları Dergisi, Sa. 104, ss.90-120, ([http://www.vergisorunlari.com.tr/makale\\_login.aspx?makaleno=3230](http://www.vergisorunlari.com.tr/makale_login.aspx?makaleno=3230), erişim 21/6/2013)

ve mükellef vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetini, Anayasanın 38. maddesinin altıncı fıkrası çerçevesinde hukuka aykırı olarak elde edilmemiş olmak kaydıyla ve kanunun belli şekilde kanıtlamayı şart koşması hali dışında her türlü delil ile ispat edebilir. Kanun koyucu, kural olarak, delil serbestisi ilkesini kabul etmiş olmakla birlikte bazı delil türlerine ilişkin sınırlamalar öngörmüştür.<sup>28</sup>

VUK'un 3. maddesinin (B) fıkrası hükmü gereğince, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık olan kişilerin beyanları, ispatlama aracı olarak kullanılabilir. Vergi inceleme elemanının gerek görmesi halinde, vergi incelemesi esnasında bu kişilerin tanıklıklarına başvurulabilecek ve beyanları tutanak altına alınabilecektir. Vergi inceleme elemanının kendiliğinden alacağı bir kararla bu kişilerin tanıklıklarına başvurması ve beyanlarını alabilmesi hususunda bir tereddüt yoktur.

Öte yandan, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık olmakla birlikte, inceleme elemanı tarafından ifadesine başvurulmayan ancak nezdinde inceleme yapılan kimsenin ifadesine başvurulmasını istediği kişilerin beyanlarının tutanağa bağlanmasının gerekip gerekmediği hususu tartışmaya açıktır. Bu hususun idari işlemlerin yapılması sürecinde, kanunlarda öngörülen hallerde uyulması zorunlu olan çelişme usulü çerçevesinde analiz edilmesi mümkündür.

Vergi inceleme tutanağının hazırlayıcı idari işlemler kategorisine dahil olan bir idari işlem olduğuna daha önce değinilmişti. Tüm idari işlemlerde olduğu gibi hazırlayıcı idari işlemlerde de, idari işlemlerin yapılması için öngörülen usul kurallarına uyulması bir zorunluluktur. Aksi takdirde idari işlemler sakat doğmuş olur.

İdari işlemlerin yapılmasındaki usul kurallarından birisi, kanunla öngörülmüş olan bazı sınırlı hallerde, çelişme usulünün uygulanmasıdır. Çelişme usulü esasen idari işlem yapılmadan önce kararın muhatabının bu işlem konusundaki itirazlarının alınması zorunluluğuna işaret eder.<sup>29</sup> Çelişme, görüşlerin taraflarca karşılıklı bir biçimde ortaya konulması demektir.<sup>30</sup> GÖZLER'in belirttiği gibi "audi alteram partem (diğer tarafı da dinle)" ilkesi olarak formüle edilen çelişme ilkesini, kanunda hüküm bulunmayan hallerde dahi, idare tarafından uygulanması gereken bir ilke olarak değerlendirme

---

<sup>28</sup> CANDAN, a.g.m.

<sup>29</sup> VEDEL, DELVOLVE, 1992: 247'den aktaran GÖZLER, s. 863)

<sup>30</sup> GÖZLER, s. 863.

olanağı yoktur. Bu ilke esasen bir uyuşmazlığı çözmek durumunda olan hakimnin davanın her iki tarafını da dinlemesi anlamına gelmekte olup, uyuşmazlığın tarafı durumunda olan idareye diğer tarafı dinleme zorunluluğu yüklemek anlamına gelmemektedir.<sup>31</sup>

Çelişme usulü idari işlemlerin yapılmasında izlenmesi gereken genel bir usul kuralı olmamakla birlikte kanunda açıkça öngörülen hallerde bu ilkeye uyulması bir zorunluluk arz eder.<sup>32</sup> Çelişme usulünde bazı durumlarda sadece

<sup>31</sup> GÖZLER, s. 864; AKYILMAZ'ın belirttiği gibi "bazen, idari yaptırım gerektiren suç isnadına ilişkin soruşturmayı yapan ve yaptırım önerisinde bulunanla, yaptırım kararını veren aynı idari makam olabilmektedir. Nitekim Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin konuyu düzenleyen 17. Madde hükmü şöyledir: "Disiplin suçunu soruşturmaya yetkili amir, sıralı disiplin amirleridir. Disiplin Amiri, disiplin suçu hakkında bizzat veya bilvasıta bilgi sahibi olduğunda soruşturmayı kendisi yapabileceği gibi soruşturmacı tayini sureti ile de yaptırabilir" (AKYILMAZ, Bahtiyar, Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: VI, Sa.:1- 2, s. 243)

<sup>32</sup> Esasen çelişme usulünün idari işlemlerin yapılmasında genel bir usul kuralı haline gelmesi *yasalaştırılmamış* "Genel İdarî Usul Kanunu Tasarısı"nda da öngörülmüştür. Söz konusu tasarıda çelişme usulü şu şekilde düzenlenmiştir:

"Dinlenme hakkı ve kullandırılması

Madde 25- Dinlenme hakkı, ilgililerin, bir idarî işlemin yapılmasından önce haklarını, özgürlüklerini ya da hukukî yararlarını savunmak üzere kendi tercihleri doğrultusunda yazılı veya idarece düzenlenecek görüşme toplantısında sözlü açıklama yapmalarını, **tanık dinletebilmelerini**, idareye her türlü bilgi ve belge sunmalarını, bilirkişi incelemesi yapılması isteğinde bulunmalarını kapsar.

23 üncü maddeye göre araştırma, inceleme ve soruşturma yapılacak olaylarda, bu olaylarla ilgili yapılan başvurularda, bu Kanunda sayılan idarî yaptırımların uygulanmasında, idarece ilgililere dinlenme hakkı tanınması zorunludur.

Yukarıdaki fıkra dışındaki hâllerde ise idare, idarî işlemden önce ilgililere dinlenme hakkı tanıyıp tanımama konusunda takdir yetkisine sahiptir. Her kamu kuruluşu, kamu düzeni ve kamu yararını, idarî işlemlerde ivediliği değerlendirmek suretiyle bu Kanundaki zorunluluklar dışında hangi tür idarî işlemlerde ilgililere dinlenme hakkı tanınabileceğini çıkaracağı yönetmelikle düzenler.

Dinlenme hakkına sahip ilgililere, idarece, en az yedi gün önceden yazılı bildirimde bulunulup yapılmak istenilen işlemin konusu, maddî ve hukukî dayanakları, bu hakkı yazılı ya da sözlü olarak kullanabileceği, sözlü olarak kullanmak istiyorsa yapılacak görüşme toplantısının yeri, tarihi ve saati açıklanır.

Tanık ve bilirkişi

Madde 26- Dinlenme hakkının kullanılması ve görüşme toplantısının yapılması sırasında **tanık dinlenilebilir**, bilirkişiye başvurulabilir. İlgililer tanık ve bilirkişi dinleme sırasında hazır bulunabilirler, konuyla ilgili soru sorabilirler. Bu amaçla idare, ilgililere tanık ve bilirkişinin dinleneceği görüşme toplantılarının yer, tarih ve saatini, en az yedi gün önceden yazılı olarak bildirir.

İlgililerin dinletmek istedikleri tanıkların sayısı, gerekli görülmesi hâlinde idarece sınırlandırılabilir. İlgililerin bilirkişi incelemesi yapılması istekleri, idarece gerekli bulunması hâlinde ve inceleme giderlerinin ilgililerce karşılanması koşuluyla kabul edilir. Yapılacak bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenecek rapor, bağlayıcı olmayıp, idarece değerlendirmeye

ilgili kişinin ifadesinin alınması yeterli olmaz ayrıca tanıkların ifadelerinin de zabıt altına alınması gerekebilir.<sup>33</sup>

Asli bir usul şartı olan çelişme usulünün öngörüldüğü durumlarda ilgilinin itirazları dikkate alınmadan tesis edilecek idari işlemler usul bakımından sakatlanmış olur ve yargı makamları tarafından iptal edilebilir.<sup>34</sup>

Hukuk düzenimizde çelişme usulü idari işlemlerin tesisinde genel bir ilke olarak öngörülmemiştir. Bu ilkenin uygulanmasının zorunlu olduğu idari işlemlerin sayısı oldukça sınırlıdır. Disiplin cezaları verilmesinde ve bağımsız idari otoritelerin karar alma süreçlerindeki bazı hallerde çelişme ilkesinin uygulanması bu konudaki nadir örneklerdir.<sup>35</sup>

Kanımızca VUK'un 141. maddesinin ikinci fıkrasında “inceleme esnasında lüzum görülen hallerde, vergilendirme ile ilgili olaylar ve hesap durumları ayrıca tutanaklar ile tesbit ve tevsik olunabilir. *İlgililerin itiraz ve mülahazaları varsa bunlar da tutanağa geçirilir*” şeklindeki hükümde yer alan “*ilgililerin itiraz ve mülahazaları varsa bunlar da tutanağa geçirilir*” şeklindeki ifade tutanak tutulması esnasında çelişme usulünün uygulanmasının zorunlu olduğu bazı durumların varlığına işaret etmektedir. Bu bağlamda, vergi incelemesi esnasında vergilendirme ile ilgili olaylar ve hesap durumlarının vergi inceleme elemanınca tutanaklarla kayıt altına alınması durumunda ilgililerin bu hususlara ilişkin itiraz ve mülahazaları varsa bunların da tutanağa geçirilmesi zorunludur. Bu itiraz ve mülahazaların ilgili kişilerin bizzat kendi beyanlarıyla ileri sürecekleri itiraz ve mülahazalar olduğu açıktır.

Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından hazırlanan “*Vergi İncelemelerinde Mükellefin Hakları İdarenin Yükümlülükleri*” isimli dokümanda da; inceleme sırasında gerekli görülen hallerde tutulan tutanıklara inceleme ile ilgili her türlü itiraz, şerh ve görüşlerinin yazılmasını istemek mükellefin hakları; düzenlenen tutanıklarda ilgililerin diledikleri itiraz, şerh, değerlendirme ve açıklamalarda bulunmalarına izin vermek ise inceleme elemanının yükümlülükleri arasında sayılmaktadır.<sup>36</sup>

---

tâbi tutulur.” (Genel İdarî Usul Kanunu Tasarısı, [http://www.bilgiedinmehakki.org/tr/index.php?option=com\\_content&task=blogcategory&id=0&Itemid=18&limit=9&limitstart=63](http://www.bilgiedinmehakki.org/tr/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=0&Itemid=18&limit=9&limitstart=63), erişim 21/6/2013)

<sup>33</sup> GÖZLER, s. 873.

<sup>34</sup> GÖZLER, s. 872.

<sup>35</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, s. 864-866.

<sup>36</sup> Gelir İdaresi Başkanlığı, s. 12-20; Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”te de vergi inceleme raporlarına dayalı

Öte yandan, mükellef tarafından gösterilen ve vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık olmakla birlikte inceleme elemanı tarafından ifadesine başvurulmayan kişilerin beyanlarının tutanak altına alınmasının çelişme usulü çerçevesinde bir zorunluluk arz ettiğini ve inceleme elemanına bu şekilde bir sorumluluk yüklediğini iddia etmek zordur. Ancak bu şekilde bir zorunluluk olmamakla birlikte bu kişilerin ifadesinin de tutanakla kayıt altına alınması maddi gerçeğe ulaşmak bakımından faydalı olabilir.

Tutanaklarda kayıt altına alınacak tanık beyanlarından ispat gücüne sahip olabilecek tanık beyanları sadece vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık olan tanıkların beyanlarıdır. Başka bir ifadeyle vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık olmayan tanıkların beyanları delil niteliğine sahip değildir. Ancak açıkça ifade etmek gerekir ki, tanığın beyanı alınmadan ve tanık tarafından verilen beyanın içeriği değerlendirilmeden tanığın vergiyi doğuran olay ile ilgisinin tabii ve açık olup olmadığının tespit edilebilmesi pek mümkün değildir. Bu çerçevede inceleme elemanı, nezdinde inceleme yapılan kişinin gösterdiği tanıkların da beyanını alarak, bu tanıkların vergiyi doğuran olay ile ilgisinin tabii ve açık olduğuna kanaat getirirse inceleme raporunda bu beyanları da değerlendirmeli aksi takdirde vergiyi doğuran olay ile ilgisi tabii ve açık olmayan tanıkların beyanının delil niteliği taşımadığı gerekçesiyle bu beyanların raporda değerlendirmeye alınmadığını belirtmelidir.<sup>37</sup>

Tanık beyanının delil olarak kabul edilebilmesinin olmazsa olmaz (sine qua non) tek koşulu, tanığın vergiyi doğuran olay ile ilgisinin açık ve tabii olmasıdır.<sup>38</sup> Şüphesiz, vergi inceleme tutanaklarında yer alan, alınan tanık beyanlarının VUK'un 3. maddesinin (B) fıkrası kapsamında delil niteliğine sahip olup olmadığının nihai değerlendirmesi, somut olayın özellikleri göz

---

vergileme işlemleri öncesinde çelişme usulüne benzer bir usul öngörülmüştür.

Yönetmelik'in "Mükellef ve inceleme elemanının dinlenmesi" başlıklı 14. maddesinde

"(1) Komisyonlar, gerekli gördüğü durumlarda ya da talepleri üzerine mükellefi veya inceleme elemanını dinleyebilir.

(2) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar ilgisine göre Başkanlıkça veya Gelir İdaresi Başkanlığına belirlenir" şeklinde düzenleme yapılmıştır." Ancak itiraf etmek gerekir ki, bu düzenlemenin lafzından rapor değerlendirme komisyonlarının mükellefi dinleyip dinlememe konusunda takdir hakkına sahip olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu kapsamda çelişme usulünün her durumda işletilmek zorunda olduğu gibi kesin bir yargıya ulaşma olanığı yoktur.

<sup>37</sup> Bu açıklamalar GÖRKEM, Neslihan Alkan, Türk Vergi Yargı Sisteminde Delil, *Ankara Barosu Dergisi*, Sa. 2013/1, s. 384, 385'ten uyarlanmıştır, Yazar buna benzer açıklamaları vergi yargısında hakim tanık dinlemesi kapsamında yapmaktadır.

<sup>38</sup> GÜMÜŞKAYA, Gamze, Türk Vergi Yargılaması Hukuku'nda Duruşma, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LXXVI, Sa. 2, s. 35.

önünde bulundurularak vergi yargısı makamlarınca yapılacaktır.<sup>39</sup> Çünkü vergi yargılamasına resen araştırma ilkesi geçerli olup hakim delileri serbestçe değerlendirerek bu değerlendirmeden edindiği kanaate göre kararını serbestçe verir.<sup>40</sup>

Vergiyi doğuran olayların büyük oranda özel hukuk ilişkilerinden kaynaklandığı göz önünde bulundurulduğunda, bu olayların gerçek mahiyetinin belirlenebilmesi için çoğu zaman tek ispat vasıtası tanık beyanı olabilmektedir. Bu açıdan, vergiyi doğuran olayların gerçek mahiyetlerinin ortaya çıkarılmasında tanık beyanlarından faydalanılması adeta bir zorunluluk arz eder.<sup>41</sup> Hatta öyle durumlar olur ki, vergiyi doğuran olay ile ilgisi tabii ve açık olan başka kişiler de varken vergi inceleme elemanının sadece belli kişilerin tanıklığına başvurması da yeterli olmayabilir. Vergi incelemesinin amacı olan, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak biçimindeki ideale ulaşmanın tanık beyanına başvurulmasını zorunlu kıldığı hallerde bu amaca ancak beyanına başvuru tanıklarının hem yeterli sayıda hem de doğru (vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık) kişiler olması halinde ulaşılabilir.

Bu kapsamda, nezdinde inceleme yapılan kimsenin, ifadesine başvurulmasını istediği kişilerin beyanlarının da tutanağa bağlanması inceleme elemanına, inceleme konusuyla ilgili daha fazla bilgi edinme, konuyla ilgili farklı görüşleri bir arada görebilme ve konuyu daha derinlemesine kavrayabilme olanağı sağlar. İnceleme elemanı, nezdinde inceleme yapılan kimsenin, ifadesine başvurulmasını istediği kişilerin beyanlarının da tutanağa bağlanması suretiyle vergi incelemesinin amacının daha etkili bir şekilde gerçekleşmesine de katkıda bulunabilir. İnceleme elemanı mükellef tarafından gösterilen kişilerin beyanlarını daha muteber buluyorsa raporunda kendi aldığı tanık beyanlarını değil bu beyanları esas alır. Bu şekilde incelemeye tabi tutulan kişinin de hak ve menfaatleri korunmuş olur. Çünkü vergi incelemesinde maksat, her hal ve şart altında idare lehine sonuçlara varılması değil, gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu kapsamda vergi inceleme raporunda ulaşılan neticeler idarenin menfaatine değerlendirmeler içerebileceği gibi mükellef lehine değerlendirmeleri de içerebilir. İnceleme elemanının nezdinde inceleme

---

<sup>39</sup> KARAKOÇ, Yusuf, *Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi*, 2.Bası, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:77, 1997, s. 153'ten aktaran GÜMÜŞKAYA, s. 35.

<sup>40</sup> ŞENYÜZ, Doğan, *Vergi Ceza Hukuku*, 6. Baskı, Bursa 2012, s. 377.

<sup>41</sup> KARAKOÇ, Vergi Yargılaması..., a.g.m



yapılan kimsenin, ifadesine başvurulmasını istediği kişilerin beyanlarını da tutanağa bağlamasının kendisi açısından zaman ve emek maliyeti ortaya çıkarabileceği düşünülebilirse de, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak biçimindeki amaca ulaşabilmek için bu maliyetlere katlanılması gerektiği düşünülmektedir.

Nezinde inceleme yapılan kimsenin, ifadesine başvurulmasını istediği kişilerin beyanlarının da tutanağa bağlanması, uyuşmazlık konusu olan vergi tarhiyatı ya da ceza kesme işlemi yargı makamları organlarının önüne taşındığında, uyuşmazlığı çözmeye yetkili yargı makamının kararını etkileyebilme imkânı olan tüm delillerin yargı önüne sunulmasına da katkı sağlar. Ayrıca bu yöndeki bir yaklaşım, vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar tarafından düzenlenen vergi inceleme raporları üzerinde rapor değerlendirme komisyonları tarafından yapılacak incelemelerin de daha sağlıklı bir zeminde yürütülmesine katkı sağlar.<sup>42</sup> Komisyonlar, uyuşmazlık henüz yargıya intikal etmeden önce mükelleflerin görüş ve düşüncelerini öğrenmiş olur ve bu suretle uyuşmazlığın idari aşamada çözümüne yönelik mekanizmalar işletilebilir.

Uygulamada 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 17. ve 18. maddelerinde yer alan hükümler çerçevesinde, vergi yargısında tanık dinlenmemesine rağmen mahkemelerce tanıkların noter aracılığıyla alınmış imzalı beyanları dikkate alınabilmektedir.<sup>43</sup> Başka bir ifadeyle, vergi yargısı organlarında bakılmakta olan uyuşmazlığa ilişkin bilgi sahibi olan tanığı duruşmada dinletme imkanı olmayan kişiler bu tanıkları noter huzurunda dinletip, noter tarafından tespit edilen yazılı beyanları dava dosyasına koymaktadırlar. Davacı taraf olan mükellefler bazen de tanığın beyanını ve imzasını taşıyan yazılı belgeyi notere onaylatmadan doğrudan dava dosyasında ibraz etmektedirler.<sup>44</sup> İnceleme elemanı tarafından beyanı tutanak altına alınmayan kişilerin beyanları da bu şekilde yargı makamlarının dikkatine sunulabilmektedir. Vergi inceleme elemanlarının nezinde inceleme yapılan kişinin gösterdiği kimselerin beyanlarını da tutanağa

<sup>42</sup> Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile çalışma usul ve esasları düzenlenen rapor değerlendirme komisyonlarının görevi, vergi inceleme raporlarını, vergi kanunları ile bunlara ilişkin kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler ve özelgelere uygunluğu ile maddi hata ve usul hatası içerip içermediği yönünden değerlendirmektir.

<sup>43</sup> SEVİĞ, Veysi, Vergi Yasasında Tanık İfadesi", *Mali Çözüm Dergisi*, Sa. 6 (<http://www.istanbulsmmmodasi.org.tr/yayinlar.asp?Gid=1&Yid=6>, erişim 23/6/2013)

<sup>44</sup> KARAKOÇ, Vergi Yargılaması..., a.g.m

bağlaması bu tür dolambaçlı yolların ortadan kaldırılmasına ve vergi yargısı organlarının uyuşmazlığa konu olan olayla ilgili daha hızlı ve sağlıklı bir kanaat oluşturabilmelerine katkı sağlayacaktır.

Mükellefin, vergiyi doğuran olayla ilgisini tabii ve açık olduğunu ileri sürdüğü kişilerin beyanları inceleme elemanınca mükellefin bu yöndeki talebine rağmen kayıt altına alınmazsa, vergi yargılamasındaki uygulamalara benzer biçimde, mükellefler bu tanıkların beyanlarını bir dilekçe ekinde vergi idaresine sunabilirler. Bu şekilde bir yandan mükellef kendi lehine olan tanık beyanlarının vergi idaresinin bilgisine sunulması imkanını elde ederken diğer taraftan tarhiyatı yapacak olan vergi idaresi ilgili tüm tarafların iddialarını bir arada görme fırsatı elde etmiş olur.

Daha önce de belirtildiği üzere vergi incelemesi esnasında inceleme elemanına düşen görev sadece idarenin değil mükellefin de menfaatlerini korumaktır. Bu kapsamda inceleme elemanı raporunu hazırlarken mükellefin aleyhine olsun veya olmasın tüm delilleri objektif bir biçimde toplamak ve değerlendirmek durumundadır. Vergi incelemesinin en önemli amacı vergiyi doğuran olay şeklinde tezahür eden maddi gerçeğe ulaşmaktır.

Maddi gerçeğin araştırılması bağlamında, vergi inceleme elemanının vergi incelemesi esnasındaki rolü ile ceza muhakemesi hukukunda iddia makamı olan savcının rolü bazı yönlerden birbirine benzetilebilir. Çünkü vergi inceleme elemanları hazırladıkları inceleme raporları ile adeta bir iddianame düzenlemektedirler.<sup>45</sup>

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 160. maddesine göre; “cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.” Aynı Kanun'un 161. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre de, cumhuriyet savcısı bu amaçlara ulaşmak için, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir; bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir.

---

<sup>45</sup> SEVİĞ, Veysi, Vergi İncelemesinde Hakkaniyet ve Vicdani Duyarlılık”, Referans Gazetesi, ([http://www.muhasabetr.com/ulusalbasin/yazdir.php?haber\\_id=3964](http://www.muhasabetr.com/ulusalbasin/yazdir.php?haber_id=3964), erişim 1/7/2013)

Yukarıdaki hükümlerden açıkça anlaşılacağı üzere ceza muhakemesi hukukunda savcı şüphelinin de haklarını korumak durumundadır. Ayrıca savcı maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için sadece şüphelinin aleyhine olan delilleri değil lehine olan delilleri de toplamak zorundadır.

Ceza muhakemesi hukukunda savcının işi, suç oluşturduğu iddia edilen olayın gerçekte ne şekilde meydana geldiğini, başka ifadeyle “maddi gerçeği” ortaya çıkarmaya çalışmaktır.<sup>46</sup> Anayasa Mahkemesinin bir kararında da belirtildiği üzere:

*“Cumhuriyet savcısı, ceza muhakemesinin gayesini gerçekleştirmek için sanığın lehine ve aleyhine deliller ileri sürebilen, taleplerde bulunabilen, asıl amacı muhakeme diyalektiğinin sağlanması olan, kendine has statü içinde bir ceza muhakemesi süjesidir.. İddia makamı bu görevini ...sanığın lehindeki ve aleyhindeki bütün delillerin hâkim veya mahkemeye sunulması...suretiyle de... yerine getirir.”<sup>47</sup>*

CMK'nın 160. maddesi gerekçesinde ifade edildiği üzere, cumhuriyet savcısının ilk işi şüphe karşısında gerçeği belirlemeye çalışmaktır. Cumhuriyet savcısının temel görevi, suç işlendiği izlenimini veren bir hâli görüp öğrendiğinde gerçeği araştırarak işe girişmek olduğundan cumhuriyet savcısı, şüphelinin aleyhine ve lehine olan hususları eşit bir çaba göstererek araştıracaktır.<sup>48</sup> Cumhuriyet savcısı iddia işlevini ağırlıklı olarak şüpheli aleyhine olacak şekilde yapmayacak tam tersine, şüphelinin haklarını korumak için soruşturma aşamasında şüpheli lehine olabilecek tüm delilleri de toplayacaktır.<sup>49</sup> Ayrıca CMK'nın 170. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca, savcı tarafından hazırlanan iddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülmelidir.

Vergi incelemesi sürecinde de amaç tıpkı ceza muhakemesinde olduğu gibi maddi gerçeğe ulaşmaktır. Ceza muhakemesinde iddia makamı olan savcı şüphelinin hem lehine hem aleyhine olan delilleri toplamak ve şüphelinin haklarını da korumak yükümlülüğü altındayken buna benzer şekilde vergi

<sup>46</sup> GÖKCAN, Hasan Tahsin, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Yargıtay Uygulaması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sa. 2012/1, ss. 195-206., s. 195.

<sup>47</sup> Anayasa Mahkemesinin 19/1/2012 tarih ve E.2011/43, K.2012/10 sayılı Kararı.

<sup>48</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu Gerekçesi, (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm>, erişim 1/7/2013)

<sup>49</sup> İÇEL, Kayıhan, “Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları”Budapeşte İlkeleri” Işığında “Savcıyı Ret Sorunu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sa. 14, s. 30.

inceleme elemanı da mükellefin hem lehine hem de aleyhine olan delilleri toplamak ve mükellefin haklarını da korumak durumundadır.

Şüphesiz vergi inceleme elemanı ile savcının rolleri arasında önemli bazı farklarda bulunmaktadır. İlk olarak cumhuriyet savcısı CMK'nın 170. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca, soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa bir iddianame düzenler. Bu hükümden açıkça anlaşılacağı üzere, cumhuriyet savcısının asıl görevi maddi gerçeği bütünüyle ortaya çıkarmak değil, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluştuğunda iddianame hazırlamaktır. Ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan resen araştırma ilkesi uyarınca hakim kovuşturma aşamasında maddi gerçeğe ulaşabilmek için her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliğinden yapabilecektir. Vergi inceleme elemanı ise inceleme raporunda maddi gerçeği (vergiyi doğuran olayı) açık seçik bir biçimde tespit etmek durumundadır.

İkinci olarak cumhuriyet savcısı ceza muhakemesinde bir “taraf” değildir.<sup>50</sup> Bu sebeple her ne kadar CMK'nın bazı hükümlerinde savcılık makamı taraf olarak nitelendirilmiş ise de (CMK md. 277, 297 vd. ) bu nitelendirme şekilsel bir nitelendirme değildir. Çünkü savcılar maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için belli ölçüde objektif davranma yükümlülüğü altındadırlar.<sup>51</sup> Ayrıca soruşturma işlemlerini şüphelinin hem lehine hem de aleyhine olacak şekilde yürütmek zorunda olmamaları da savcıların taraf sayılmayacağına bir başka göstergesidir.<sup>52</sup> Ancak inceleme elemanı vergi idaresinin bir ajanıdır ve bu bağlamda idare tarafındadır. Nihayet savcı tarafından soruşturma aşamasında yapılan inceleme ve araştırmalar yargısal bir niteliğe sahipken, inceleme elemanı tarafından yürütülen inceleme ve araştırmalar idari aşamada yapılmaktadır. Öte yandan savcı tarafından hazırlanan iddianameye yönelik itirazlar kovuşturma aşamasında ileri sürülebilecekken, vergi inceleme raporu üzerine vergi tarhiyatı yapılmadan ya da vergi cezası kesilmeden bu rapora karşı doğrudan yargıya başvurma imkanı yoktur. Rapora yönelik itirazlar

---

<sup>50</sup> Bu yöndeki görüşler için bkz. ÖZEN, Mustafa, Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi, *Ankara Barosu Dergisi*, Sa. 3, s. 19; İÇEL, Kayhan, “Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları” Budapeşte İlkeleri” Işığında “Savcıyı Ret Sorunu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sa. 14, s. 31.

<sup>51</sup> ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, ed. KARAKEHYA, Hakan, Eskişehir 2013, s. 24.

<sup>52</sup> ÖZTÜRK, Bahri vd. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: 2010, s. 211

ancak vergi tarhiyatı ya da ceza kesme işlemi yapıldıktan sonra bu işlemlere karşı açılacak davalarda dile getirilebilecektir.

Öte yandan, inceleme elemanınca, nezdinde inceleme yapılan kimsenin, ifadesine başvurulmasını istediği kişilerin beyanlarının da tutanağa bağlanması, mükellef hakları alanındaki gelişim açısından da önem arz eder. GERÇEK'in ifade ettiği üzere, içinde bulunduğumuz dönemde, başarılı vergi uygulamalarının gerçekleştirilebilmesi için vergilendirme sürecinin mükelleflerle işbirliği içerisinde yürütülmesi ve mükelleflerin vergiye gönüllü uyumlarının artırılması gerekir. Bu gerekliliğin farkına varan vergi idareleri, vergilendirme işlemini “mükellefe rağmen” yapmak yerine “mükellefle birlikte” yapmayı ve bu süreçte mükelleflerin beklentilerini de göz önünde bulundurmaya gündemlerine almışlardır. Bu kapsamda, mükellef haklarının öne çıkışının felsefi gerekçesi de; vergilendirme sürecine mükellef bakımından yaklaşılması ve mükellefler ile vergi idaresi arasında güven tesis edecek düzenlemelerin hayata geçirilmesidir.<sup>53</sup> Bu bakımdan, vergi incelemesi sürecinde inceleme elemanınca, nezdinde inceleme yapılan kimsenin, ifadesine başvurulmasını istediği kişilerin beyanlarının da tutanağa bağlanması, mükellef hakları bağlamında, inceleme sürecinin mükellefle işbirliği içerisinde yürütülmesine katkı yapması bakımından önem arz etmektedir.

## **SONUÇ**

Ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak amacıyla yapılan vergi incelemelerinde sadece idarenin değil aynı zamanda incelemeye tabi tutulananın da hak ve menfaatlerini gözetmek ve inceleme neticesinde her durumda idare lehine olan sonuca değil hakkın yerine getirilmesine elverişli olan sonuca ulaşmak inceleme elemanının görevidir. İnceleme elemanının bu şekildeki bir sonuca ulaşabilmesi için inceleme tutanaklarıyla tespit edilen hususlarla ilgili olarak incelemeye tabi tutulananın itiraz ve mülahazalarını dikkate alması zorunludur.

İncelemeye tabi tutulan kimse itiraz ve mülahazalarını kendi beyanlarıyla ileri sürebileceği gibi vergiyi doğuran olayla ilgisi açık ve tabii olan kişilerin beyanları vasıtasıyla da ileri sürebilir. Bu şekildeki bir uygulama, sonucunda hazırlanan raporlara dayanılarak ikmalen ya da resen tarhiyat yapılması ve bunlarla bağlantılı olarak usulsüzlük ve vergi ziyai cezaları biçimindeki idari yaptırımların uygulanması olasılığı mevcut olan vergi incelemelerinin daha

<sup>53</sup> GERÇEK, Adnan, Vergilemede Mükellef Hakları ve Türkiye'deki Durumun İncelenmesi, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sa. 209, s. 122,123.

objektif ve ilgili tüm tarafların görüşlerini de içerecek biçimde yapılmasına katkı sağlar. Ayrıca idari yaptırımın sonuçlanması muhtemel bir süreçte ilgilinin itirazlarının alınması çelişme usulü bakımından da önem arz eder.

İnceleme elemanının, nezdinde inceleme yapılan kimsenin, ifadesine başvurulmasını istediği kişilerin beyanlarını da tutanağa bağlaması, inceleme elemanının bu tutanaklardaki beyanlarla bağlı olduğu anlamına gelmez. Şüphesiz inceleme elemanı inceleme tutanaklarında yer alan verilerden hangilerinin doğru ve geçerli olduğunu değerlendirecek ve inceleme raporunu bu tutanakları dayanak alarak hazırlayacaktır. Eğer inceleme elemanı, nezdinde inceleme yapılan kimsenin, ifadesine başvurulmasını istediği kişilerin beyanlarını muteber olmadığı kanaatindeyse bu durumu da beyanları çürüten veriler ışığında inceleme raporunda açıklayabilecektir. Bu şekildeki bir yaklaşım inceleme raporlarının kalitesini de arttırabilecektir.

İnceleme elemanı, nezdinde inceleme yapılan kimsenin, ifadesine başvurulmasını istediği kişilerin beyanlarını da tutanağa bağlamak konusunda bir zorunluluğa tabi değilse de, mükellefin bu tanıkların beyanlarını kendiliğinden idareye sunması konusunda bir engel bulunmamaktadır. Tutanağa bağlanmayan ifadeler bu şekilde idarenin bilgisine sunulabilecek ve duruma göre mükellefin idare karşısındaki pozisyonunu güçlendirebilecektir.

Vergi incelemelerinde yukarıda anlatılan şekildeki bir yaklaşımın benimsenmesi, vergi yargılamasında tanık dinlenememesi nedeniyle tanık beyanlarının dolambaçlı yollarla dava dosyasına eklenmesine yönelik çabaların sona ermesini de sağlayabilecektir. İlave olarak vergi yargısında görev alan hakimler dava konusu uyuşmazlığa ilişkin tarafların görüşlerine daha hızlı ve kapsayıcı bir biçimde nüfuz edebilecek ve uyuşmazlığa ilişkin kanaatlerini daha süratli ve sağlıklı bir biçimde oluşturabilecektir. Ayrıca böyle bir yaklaşımın mükellef hakları alanındaki gelişmelere ve mükelleflerle vergi idaresi arasında güven tesis edilmesine katkı yapacağı da açıktır.

### KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar, Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: VI, Sa.:1- 2, ss. 241-262.
- Anayasa Mahkemesinin 19/1/2012 tarih ve E.2011/43, K.2012/10 sayılı Kararı.
- ASLAN, Memduh ve ŞENTÜRK, Akın Gencer, Vergi Hukukunda Delil Sistemi: İfade, İkrar ve Beyanın Delil Niteliği, (<http://turkvergi.org/yazlar/yazlar/memduh-aslan/vergi-hukukunda-delil-sistemi-ifade-ikrar-ve-beyanin-delil-niteligi>, erişim 20/6/2013)
- BİYAN, Özgür, Başka Mükellefler Nezdinde Yapılan İncelemelere Göre Tanzim Edilen Vergi Tekniği İnceleme Raporlarındaki Hukuka Aykırı Durumlar, *Legal Mali Hukuk Dergisi*, Sa. 96, (<http://www.ozgurbiyan.com/?p=1009>, erişim: 19/6/2013)
- CANDAN, Turgut, Vergi Yargısında İspat, (<http://turgutcandan.com/2012/11/08/vergi-yargisinda-ispata/>, erişim 19/6/2013)
- Ceza Muhakemesi Kanunu Gerekçesi, (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm>, erişim 1/7/2013)
- Danıştay 3. Dairesinin 28/5/2003 tarih ve E.2000/2778, K.2003/3288 sayılı kararı.
- Danıştay 4. Dairesinin 12/11/1975 tarih ve E.1975/932, K.1975/2911 sayılı kararı.
- Danıştay 4. Dairesinin 18/4/1988 tarih ve E.1986/2004, K.1988/1564 sayılı kararı. (aktaran AĞAR, Serkan, İdarî İşlem Kuramı Perspektifinden Verginin Tarhı, ([www.idare.gen.tr/tarh.htm](http://www.idare.gen.tr/tarh.htm), erişim 19/6/2013)
- Danıştay 4. Dairesinin 16/1/1995 tarih ve E.1994/3073, K.1995/21 sayılı kararı.
- Danıştay 4. Dairesinin 21/5/1996 tarih ve E.1995/2467, K.1996/2078 sayılı kararı.
- Danıştay 13. Dairesinin, 28/3/1978 tarih ve E.1977/591, K.1978/775 sayılı kararı.

- Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 2/6/1989 tarih ve E.1989/40, K.1989/45 sayılı kararı.
- Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 31/3/1995 tarih ve E.1994/108, K.1995/114 sayılı kararı.
- Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 21/11/2003 tarih ve E.2007/492, K: 2008/795 sayılı kararı.
- DEMİRCİ, Azmi, Vergi İnceleme Tutanakları-I, *Yaklaşım Dergisi*, (<http://uye.yaklasim.com/MagazinDetail.aspx?magazinid=218>, erişim 20/6/2013)
- GELİR İDARESİ BAŞKANLIĞI, *Vergi İncelemelerinde Mükellefin Hakları İdarenin Yükümlülükleri*, Ankara: Gelir İdaresi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Daire Başkanlığı Yayın No: 49, 2007.
- Genel İdarî Usul Kanunu Tasarısı, ([http://www.bilgiedinmehakki.org/tr/index.php?option=com\\_content&task=blogcategory&id=0&Itemid=18&limit=9&limitstart=63](http://www.bilgiedinmehakki.org/tr/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=0&Itemid=18&limit=9&limitstart=63), erişim 21/6/2013)
- GERÇEK, Adnan, Vergilemede Mükellef Hakları ve Türkiye'deki Durumun İncelenmesi, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sa. 209, ss.121-149.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Yargıtay Uygulaması, *Ankara Barosu Dergisi*, Sa. 2012/1, ss. 195-206.
- GÖRKEM, Neslihan Alkan, Türk Vergi Yargı Sisteminde Delil, *Ankara Barosu Dergisi*, Sa. 2013/1, ss.381-386.
- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku Cilt I*, 2. Baskı, Bursa 2009.
- GÜMÜŞKAYA, Gamze, Türk Vergi Yargılaması Hukuku'nda Duruşma, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LXVI, Sa. 2, ss. 15-48.
- GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, 8.Baskı, Ankara: 2003.
- GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, ed. Turan Yıldırım, Eskişehir, 2005.
- İÇEL, Kayhan, "Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları "Budapeşte İlkeleri" Işığında "Savcıyı Ret Sorunu", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sa. 14, ss. 25-33.
- KARAKOÇ, Yusuf, Vergi Yargılaması Hukukunda Tanık Beyanının Delil Olması, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sa. 104, ss.90-120, (<http://www>.



vergisorumlari.com.tr/makale\_login.aspx?makaleno=3230, erişim 21/6/2013)

KARAKOÇ, Yusuf, *Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi*, 2.Bası, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:77, 1997.

ÖZEN, Mustafa, Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi, *Ankara Barosu Dergisi*, Sa. 3, ss. 17-28.

ÖZTÜRK, Bahri vd. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: 2010.

SEVİĞ, Veysi, Vergi Yasasında Tanık İfadesi”, *Mali Çözüm Dergisi*, Sa. 6 (<http://www.istanbulsmmmmodasi.org.tr/yayinlar.asp?Gid=1&Yid=6>, erişim 23/6/2013)

SEVİĞ, Veysi, Vergi İncelemesinde Hakkaniyet ve Vicdani Duyarlılık”, *Referans Gazetesi*, ([http://www.muhasibetr.com/ulusalbasin/yazdir.php?haber\\_id=3964](http://www.muhasibetr.com/ulusalbasin/yazdir.php?haber_id=3964), erişim 1/7/2013)

ŞENYÜZ, Doğan, *Vergi Ceza Hukuku*, 6. Baskı, Bursa 2012.

ŞENYÜZ, Doğan, YÜCE, Mehmet ve GERÇEK, Adnan, *Vergi Hukuku*, 3.Baskı, Bursa 2012.

TÜRK DİL KURUMU, Güncel Türkçe Sözlük, ([http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.521cf1117a9c35.95264129](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.521cf1117a9c35.95264129), erişim 27/8/2013)

VEDEL, G. DELVOLVE, P. *Droit administratif*, Cilt 1, Paris, 1992.

ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, ed. KARAKEHYA, Hakan, Eskişehir 2013.



## DEMOCRACY IS ONE OF THE MAIN FEATURES OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Joseph ZAND\*  
Hayri KESER\*\*

### ABSTRACT

*The concept of democracy has long fuelled controversy among international legal scholars. In the past quarter of a century, democracy and human rights have become the hegemonic political ideals. The aim of this article is to contribute to the continuing debate on the notion of democracy according to the European Convention on Human Rights. Not only has the Convention been a standard setter in Europe but also a source of inspiration in promotion of democracy and democratic values for other regions of the world. With this in mind, the article considers the appropriate elements of the Convention which directly concerns democratic values. To that end, the article critically examines the relevant Articles of the Convention to the notion of democracy as well as the jurisprudence of the European Court of Human Rights. In recent decades, the Convention has made a telling contribution in regards to transition to peace and democracy in the former communist Eastern European states.*

**Keywords:** European Convention on Human Rights, European Court of Human rights and the Concept of democracy.

### DEMOKRASI AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİNDEN BİRİSİDİR

### ÖZET

*Demokrasi kavramı uluslararası hukuk alanında ki bilim adamları arasında uzun zamandır tartışmalara neden olmaktadır. Geçen yüzyılın son çeyreğinde, demokrasi ve insan hakları egemen siyasal idealler haline gelmiştir. Bu makalenin amacı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre demokrasi kavramı üzerinde devam eden tartışmalara katkıda bulunmaktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sadece Avrupa'da oluşturulan bir standardı değil, aynı zamanda dünyanın diğer bölgeleri için demokrasi ve demokratik değerlerin geliştirilmesinde esin kaynağıdır. Bu düşüncelerle, makalede sözleşmenin demokratik değerler ile doğrudan ilgili olan unsurları dikkate alınmıştır. Bu amaçla, Makale, eleştirel olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ve Sözleşmenin demokrasi kavramı ile ilgili maddelerini araştırmaktadır. Geçtiğimiz on yıllarda, Sözleşme, eski komünist Doğu Avrupa devletlerinin barış ve demokrasiye geçiş sürecine çarpıcı katkıda bulunmuştur.*

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve demokrasi kavramı

\* Yrd.Doç.,Dr.,Faculty of Law, Inonu University, Malatya, Turkey;Joseph.zand@inonu.edu.tr.

\*\* Yrd.Doç.,Dr., Faculty of Law, Inonu University, Malatya, Turkey; hayri.keser@inonu.edu.tr.

## 1. INTRODUCTION

In recent decades, the expression of “democracy” has become part and parcel of the contemporary vocabulary of national and international lawyers. Democracy is without doubt one of the fundamental features of the European and international public order<sup>1</sup>. Since its enactment, the European Convention on Human Rights (Convention) has been a standard-setting text for transition to peace and democracy in states throughout Europe. This is important in the light of the fact that the Council of Europe is no longer limited to the Western European states and now contains all of the former communist Eastern Bloc states in Europe. Indeed, in the preamble to the European Convention on Human Rights (Convention), a clear link is established between the Convention and liberal democracy by stating that the maintenance and furtherance of human rights and fundamental freedoms can only be safeguarded by an effective liberal democracy as well as a common understanding and observance of human rights<sup>2</sup>. Furthermore, the preamble goes on to assert that European countries have a common heritage of political tradition, ideals, freedom and the rule of law, which are the principles of liberal democracy and the underlying values of the Convention itself<sup>3</sup>. Hence, it is fair to say that the Convention was designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society<sup>4</sup>.

Since its inception, the European Court of Human Rights (Court) has been called upon to consider the question of rights of anti-democratic actors in liberal democracies. This article will consider relevant Articles of the Convention to the concept of democracy through the case law of the Court and how its jurisprudence has evolved regarding this subject since the 1950s. In so doing, this article will look into the Courts conception of democracy in such areas as the essential requirements of any political system based on liberal democracy.

---

<sup>1</sup> See generally Franck, T.M., “The Emerging Right to Democratic Governance”, (1992) 86 *American Journal of International Law* 46; see also Cerna, C., “Universal Democracy: An International Legal Right or the Pipe Dream of the West?”, (1995) 27 *New York University Journal of International Law and Politics* 289, p. 295; Wheatley, S., *The Democratic Legitimacy of International Law*, Hart Publishing, 2010.

<sup>2</sup> *Klass and Others v. Germany*, App. No: 5029/71, Series A-28, para 59.

<sup>3</sup> *Soering v. United Kingdom*, App. No: 14038/88, Series A-161, para 88.

<sup>4</sup> *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, App. Nos.: 5095/71, 5920/72 and 5926/72 Series A-23, p. 27, para. 53.

The European Convention on Human Rights was a direct product of the immediate post-war era to unify Europe<sup>5</sup>. The main reason for the Convention was partly the need to elaborate on the Council of Europe membership obligations and commitments.<sup>6</sup> For the framers, democracy was given a vivid significance, in contrast to the recent experience of “fascism, hitlerism, and communism”<sup>7</sup>. The Convention was a reaction to the serious human rights abuses that Europe had witnessed in the course of the Second World War. But “it can also be viewed in the context of the much longer struggle to secure respect for personal autonomy, the inherent dignity of persons, and equality of all men and women”<sup>8</sup>.

Indeed, in the preamble to the European Convention on Human Rights (Convention), a clear link is established between the Convention and liberal democracy by stating that the maintenance and furtherance of human rights and fundamental freedoms can only be safeguarded by an effective liberal democracy as well as a common understanding and observance of human rights<sup>9</sup>. Furthermore, the preamble goes on to assert that European countries have a common heritage of political tradition, ideals, freedom and the rule of law, which are the principles of liberal democracy and the underlying values of the Convention itself<sup>10</sup>. Hence, it is fair to say that the Convention was designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> 231 U.N.T.S. 221, C.E.T.S. 5, U.K.T.S. 71 (1953), signed at Rome 4 November 1950; entered into force 3 September 1953, Council of Europe, <www.conventions.coe.int> at 28 October 2013, hereinafter cited as “Convention”.

<sup>6</sup> See generally Harris, O’Boyle, Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, Butterworth, 2<sup>nd</sup> ed., 2009, p. 1.

<sup>7</sup> Under Article 3, Statute of the Council of Europe 1949, 87 UNTS 103; ETS 1, a member state ‘must accept the principles of the rule of law and the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms.’ The significance of the Convention’s role in giving meaning to these obligations has been highlighted in recent years by the fact that becoming a party to the Convention is now a political obligation of membership of the Council of Europe: Parliamentary Assembly resolution 1031 (1994), On the honouring of commitments entered into by member states when joining the Council of Europe’, Assembly Debate 14 April 1994, para. 9.

<sup>8</sup> Ovey, C. and White, R.C.A., European Convention on Human Rights, Oxford U.P., 5<sup>th</sup> ed, 2010, p. 3.

<sup>9</sup> *Klass and Others v. Germany*, App. No: 5029/71, Series A-28, para 59.

<sup>10</sup> *Soering v. United Kingdom*, App. No: 14038/88, Series A-161, para 88.

<sup>11</sup> *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, App. Nos.: 5095/71, 5920/72 and 5926/72 Series A-23, p. 27, para. 53.

It is useful to consider the European Convention on Human Rights (Convention) in its historical context<sup>12</sup>. The ‘*Travaux Préparatoires*’ of the Convention specifically states that it was to “prevent rebirth of totalitarianism”<sup>13</sup>, to “defend our people from dictatorship”<sup>14</sup>, and to “strengthen the resistance in all our countries against insidious attempts to undermine our way of life”<sup>15</sup>. However, on a more positive note, addressed to the citizens of the member countries of the Council of Europe, the Convention was to “define and guarantee the political basis of this association of European nations”<sup>16</sup> and to “ensure that member states of the Council of Europe are democratic and remain democratic”<sup>17</sup> as well as providing a “code of law for the democracies”<sup>18</sup>. Furthermore, the Convention was to achieve all this by providing a collective guarantee, if not of all applicable rights and freedoms, then at least of those considered “essential for a democratic way of life”<sup>19</sup>. From this standpoint Marks argues that:

“The Convention, the additional Protocols and the entire corpus of Strasbourg case law can be seen as articulating the scope of and limits of democracy. If rights and freedoms are to be protected in so far as they safeguard the democratic way of life, then the boundaries of the protection granted will reflect (without necessarily being co-extensive with) the boundaries of democracy”<sup>20</sup>.

Ever since the collapse of the Soviet Union and the end of The Cold War geographic and cultural influence of the Convention has progressed eastwards and now encompasses all of the former Soviet Eastern Bloc states<sup>21</sup>. In fact, at

---

<sup>12</sup> Marks, S., “The European Convention on Human Rights and its “Democratic Society” (1995) *British Yearbook of International Law*, 209, p. 210.

<sup>13</sup> Council of Europe, Collected Edition of the “*Travaux Préparatoires*” of the European Convention of Human Rights (hereafter *Travaux*), vol. 1, p. 192.

<sup>14</sup> *Travaux*, vol. 5, p. 332.

<sup>15</sup> *Travaux*, vol. 1, p. 30.

<sup>16</sup> *Travaux*, vol. 2, p. 50.

<sup>17</sup> *Travaux*, vol. 2, p. 60.

<sup>18</sup> *Travaux*, vol. 2, p. 4.

<sup>19</sup> *Travaux*, vol. 1, pp. 43-4

<sup>20</sup> Marks, “The European Convention on Human Rights and its “Democratic Society”, *op. cit.*, p. 211.

<sup>21</sup> For example, Russia which ratified the Convention in May 1998 and Georgia which only joined the Council of Europe in April 1999 and ratified the Convention in June 1999. Council of Europe, Chart of Signatures and ratifications of the Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, <[www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)> at 28 October 2013. See gener-

present, 47 countries representing 800 million citizens have now recognised the right of their citizens to bring cases against them at the European Court of Human Rights (Court)<sup>22</sup>.

## 2. THE CONVENTION AND THE NOTION OF DEMOCRACY

The framers of the Convention gave a prominent role to promotion of pluralism and democracy in Western European states<sup>23</sup>. They also incorporated the idea of democracy as a cornerstone to protect the right of the individual in accordance with the needs of the community as a whole<sup>24</sup>. The Strasbourg organs have stressed the point that “democracy does not simply mean that the views of the majority must always prevail”; in fact, “a balance must be achieved which ensures fair and proper treatment of minorities and avoid abuse of a dominant position”<sup>25</sup>.

In recent decades the European Court of Human Rights has turned its attention to the fundamental link between the substantive rights guaranteed by the European Convention on Human Rights and the concept and existence of democracy within member states<sup>26</sup>. It is quite clear that the Court pays special regards to qualities such as pluralism, tolerance, broadmindedness, equality, liberty and encouraging self-fulfilment as important ingredients of any democracy<sup>27</sup>. The Grand Chamber in its unanimous decision which determined the case of *the United Communist Party of Turkey v. Turkey* elaborated on the concept of democracy and its links with Convention rights and duties:

---

ally Sweeney, J.A., ‘Divergence and Diversity in Post-Communist European Human Rights Cases’, *Connecticut Journal of International Law* 21 (2005).

<sup>22</sup> Council of Europe Official website: <<http://hub.coe.int/>> at 28 October 2013.

<sup>23</sup> The current mandate of the Council of Europe was established at a summit which took place in Warsaw in 2005. Text available at: <[www.coe.int/t/dcr/summit/20050517\\_decl\\_varsovie\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dcr/summit/20050517_decl_varsovie_en.asp)> at 28 October 2013.

<sup>24</sup> As stressed by the Court in the case of *Bowman v. United Kingdom* (1998) 26 E.H.R.R. 1.

<sup>25</sup> *Sorensen v. Denmark* and *Rasmussen v. Denmark*, Apps. 52562/99 and 52620/99, 11 January 2006 [GC], (2008) 46 EHRR 752, para. 58 see also the older case of *Young, James and Webster v. UK*, 13 August 1981, ECHR Series A, No. 44, para. 63.

<sup>26</sup> Sweeney, J.A., *The European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era: Universality in Transition*, Routledge, 2012, p. 19.

<sup>27</sup> *Oberschlik v. Austria*, No. 11662/85, Series A, No. 204, 23.5.91, para. 58; see also Ovey, and White, *European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 326; Merrills, J.G., “The Development of International law by the European Court of Human Rights”, Manchester U.P., 1993, especially chapter 8, ‘Human Rights and Democratic Values’.

“That is apparent, firstly, from the preamble to the Convention, which establishes a very clear connection between the Convention and democracy by stating that the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms are best ensured on the one hand by an effective political democracy and on the other by a common understanding and observance of human rights”<sup>28</sup>.

In a democracy it is assumed that limitations on individual rights and freedoms for the common good or to protect more compelling rights of others would be justified<sup>29</sup>. Moreover, Articles 8, 9, 10 and 11 of the Convention which according to the Court encapsulate the concept of democracy,<sup>30</sup> have common features which may require interference with the use of the rights set out by these articles<sup>31</sup>. These interferences must be evaluated by the benchmark of what is “necessary in a democratic society”<sup>32</sup>. The only type of necessity to justify interference can only derive from a “democratic society”<sup>33</sup>.

Consequently, democracy is the only political model that the Convention aims for and finds compatible with it<sup>34</sup>. If a restriction on democracy is prescribed by law, the Court then would consider whether the law or rather the way in which it was applied is “necessary in a democratic society” for any of the reasons outlined in the aforementioned Articles<sup>35</sup>. As a result, the Court has developed the approach that states have a “margin of appreciation” in deciding whether a particular restriction on a right is required in the given circumstance<sup>36</sup>. In the case of *Handyside* the Court stated:

---

<sup>28</sup> *The United Communist Party of Turkey v. Turkey*, (1998) 26 E.H.R.R. 121.

<sup>29</sup> See generally Higgins, R., “Derogations under Human Rights Treaties”, (1978) 48 *British Yearbook of International Law*; Marks, “the European Convention on Human Rights and its “Democratic Society””, *op. cit.*, p. 212.

<sup>30</sup> *Zdanoka v Latvia*, Appl. No. 58278/00, 16 March 2006, para. 115.

<sup>31</sup> See generally Van de Schyff, G., “The Concept of Democracy as an Element of the European Convention” 38 *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* (2005) 355-372.

<sup>32</sup> C. Gearty, “Democracy and Human Rights in the European Court of Human Rights: a Critical Appraisal” (2000) 51 *Northern Ireland Legal Quarterly* 381, p. 388.

<sup>33</sup> Fox, G.H., *Democratic Governance and International Law*, Cambridge U.P., 2000, p. 93.

<sup>34</sup> O’Connell, R.O., “Towards a Stronger Concept of Democracy in the Strasbourg Convention”, *European Human Rights Law Review* (2006) 281.

<sup>35</sup> Loveland, I., *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights: a Critical Introduction*, Oxford U.P., 6<sup>th</sup> edition, 2012, p. 593.

<sup>36</sup> See generally Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia Publishers, 2002.



“By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, state authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirement as well as on the ‘necessity’ of a ‘restriction’ or ‘penalty’ to meet them”<sup>37</sup>.

The Court also goes on to say:

“Whilst the adjective ‘necessary’ ...is not synonymous with “indispensable”, neither has it the flexibility of such expressions as “admissible”, “ordinary”, “useful”, “reasonable” or “desirable”. Nevertheless, it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of “necessary in this context”<sup>38</sup>.

### **3. THE COURT’S CASELAW: TRADITIONAL APPLICANTS**

At this stage it is worth noting that the Court’s case-law regarding anti-democratic actors since its establishment until recent decades was mainly limited to Fascists and Communists applicants<sup>39</sup>. It is clear that the main idea behind the first proposal for a Convention was to provide human rights guarantees of a very basic and fundamental nature as a reaction to the atrocities committed in the World War II and the subsequent outbreak of the Cold war<sup>40</sup>. Harvey notes that “without question the court’s analysis of these claims has been through a cold war lens”<sup>41</sup>. Furthermore, the court has maintained a consistent approach of refusing to consider any applications of fascist and racist group from any member states<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> *Handyside v United Kingdom*, Judgement of 7 December 1976, Series A, No. 24; (1979-80) 1 EHHR 737, para. 48-49.

<sup>38</sup> *Ibid*, para 58.

<sup>39</sup> In the early decades of the Convention, the European Commission upheld the banning of the German Communist Party by West Germany, thereby extending the reach of Article 17 to allow a member state to enact measures to preclude democracy’s capacity to surrender to communist rule. *K.D.P v. Germany*, 1 Y.B. Eur. Conv. H.R. 222 (Eur. Comm’n on H.R.), See also *X v. Austria*, 26 Eur. Comm’n H.R. Dec. & Rep. 244 (1982); *Piperno v. Italy*, App. No. 155510/89, 2 Dec 1992 (Commission Report).

<sup>40</sup> For example see Wildhaber, L., “Changing Ideas about the Tasks of the European Court of Human Rights”, in Wildhaber, L., *The European Court of human Rights 1998-2006: History, Achievements and Reform*, (Kehl, Strasbourg, Arlington: N.P. Engel), 2006, pp. 136-138; See generally Bates, E., *The Evolution of the European Convention of the European Convention of Human rights*, Oxford U.P., 2010, pp. 1-29.

<sup>41</sup> Harvey, P., “Militant democracy and the European Convention on Human Rights”, (2004) *European Law Review*, 29(3), p. 413.

<sup>42</sup> *Jersild v Denmark*, E.C.H.R., 23 September 1994, Series A, no. 298.

Indeed, all such cases have been refused as inadmissible either as manifestly ill founded or removed from the protection of the Convention on the basis of Article 17, which covers a variety of activities on the far right of political spectrum, such as distributing racist and fascist pamphlets,<sup>43</sup> denial of the Holocaust,<sup>44</sup> organising paramilitary training camps,<sup>45</sup> denial of the Austrian state by advocating a Pan-Germanic nation,<sup>46</sup> and attempts to revive the Fascist party in Italy<sup>47</sup>.

However, the only possible exception to the jurisprudence of the court in that period was the case of *Lehideux and Isorni v. France*, which concerned a criminal conviction on the basis of a newspaper article in praise of Marshall Petain (who headed the collaborationist Vichy regime during the Nazi occupation of France), in which the court found a violation of Art.10<sup>48</sup>. It went on to say that Art.17 would remove the use of Art.10 to negate the Holocaust from protection of Art.10 but since the article had not done so, therefore, Art.17 was not applicable<sup>49</sup>. Judge Jambrek in his concurring opinion elaborated on conditions in which Article 17 would be applicable since:

“... The aim of the offending actions must be to spread violence or hatred, to resort to illegal or undemocratic methods, to encourage the use of violence, to undermine the nation’s democratic and pluralist political system, or to pursue objectives that are racist or likely to destroy the rights and freedom of others”<sup>50</sup>.

He was of the opinion that the best way to oppose the rise of anti-Semitism in Europe was “free critique” in which democracies, unlike dictatorships, can cope with the sharpest controversies<sup>51</sup>. In relation to applicability of Article 17 he noted that “on the other hand the requirements of Article 17 also reflect concern for the defence of democratic society and its institution”<sup>52</sup>.

---

<sup>43</sup> *Kuhn v. Germany* (1998) 56 D.R. 205; App. No. 12774/78 & 8406/78, *Glimmerveen and Hagenback v. Netherlands* (1978) 18 D.R. 187.

<sup>44</sup> *Garaudy v. France* [admissibility], 24.06.03.App. No.65831/01.

<sup>45</sup> *Schimanek v. Austria*, Dec. 1.2.00. App. No.32307/96.

<sup>46</sup> *Association A. and H v. Austria* (1984) 36 D.R. 187, App. No.9905/82.

<sup>47</sup> *X v. Italy* (1975) 5 D.R. 833, App. No.6741/74.

<sup>48</sup> *Lehideux and Isorni v. France* (2000) 30 E.H.R.R. 665.

<sup>49</sup> *Ibid.* para 47.

<sup>50</sup> Concurring opinion of Judge Jambrek at para 2.

<sup>51</sup> *Ibid.* para. 2.

<sup>52</sup> *Ibid.* para. 3.

In contrast the Court has adopted a much more ambivalent attitude towards political movements on the other side of the political spectrum. The very first case concerning dissolution of a political party was the case of *the Communist Party (KPD) v. Germany*, in which the Commission held that the ultimate aim of the KPD was proletariat dictatorship<sup>53</sup>. The Commission considered this as undemocratic and contrary to the spirit of the Convention<sup>54</sup>. In the Commission's opinion the fact that KPD directed itself towards its aims through constitutional means did not mean that it had abandoned its main goal of trying to overthrow the political system of the Federal Republic of Germany by force<sup>55</sup>. It was held that the organisation and activities of KPD amounted to an abuse of Convention rights for the purpose of Article 17 and the ban was upheld<sup>56</sup>. In this regard, it has been noted that:

“It appeared therefore that the restrictions on democratic parties did not require to be justified by any threshold of proof; a ban was valid by virtue of the fact that it applied to anti-democratic actors ... governments cannot deprive a political actor of rights merely by labelling it anti-democratic. The effect of this would be a circumvention of review of such restrictions by the Court, itself a violation of Article 17”<sup>57</sup>.

Furthermore, the Court in two other cases reiterated the same approach and endorsed the German constitutional provisions restricting the activities of the KPD<sup>58</sup> and the far right the Nationalist Party of Germany (NPD)<sup>59</sup>. These cases concerned the requirement that probationary civil servants could only take up their position they were to uphold the free democratic constitutional system, thereby banning members of KPD and NPD from becoming civil servants. The Court refused to tolerate the argument that this was an interference with Art.10; on the contrary it held that this measure was purely as a measure regulating access to civil service<sup>60</sup>.

<sup>53</sup> *The Communist Party (KPD) v. Germany*, 20 July 1957 1Y.B. 222, EComHR.

<sup>54</sup> *Ibid*, para. 86-89.

<sup>55</sup> *Ibid*.

<sup>56</sup> *Ibid*.

<sup>57</sup> Harvey, “Militant democracy and the European Convention on Human Rights”, *op. cit.*, p. 414.

<sup>58</sup> *Glaserapp v Germany*, (A/104) (1987) 9 E.H.R.R. 25.

<sup>59</sup> *Kosiek v. Germany*, app. No. 9704/82, 28 August 1986.

<sup>60</sup> Anagnostou, D. and Psychogiopoulou, E. (eds.), *The European Court of Human Rights and the Rights of Marginalized Individuals and Minorities in National Context*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 112.

#### 4. A MORE TOLERANT APPROACH BY THE COURT

In an apparent change of approach in the case of *Vogt v Germany*, the Court adopted a more tolerant attitude to this issue, where it narrowly held that, there had been a violation of Art.10 and 11 by Germany in dismissing Ms Vogt a secondary school teacher because of her failure to conform to the duty of loyalty as a civil servant<sup>61</sup>. The case was based upon the fact that Ms Vogt had been carrying out activities on behalf of *DKP*, the successor to *KPD*. In a not so convincing manner the Court distinguished *Glaserapp* on the basis of the fact that Ms Vogt had held a permanent position as a civil servant and her dismissal had amounted to an interference Article 10 of the Convention whereas in *Glaserapp*, the case solely related to access to employment to the civil service:

“The Court Considers, like the Commission, that the present case is to be distinguished from the cases of *Glaserapp* and *Kosiek*. In those cases the Court analysed the authorities’ action as a refusal to grant the applicants, access to civil service on the ground that they did not possess one of the necessary qualifications. Access to the civil service had therefore been at the heart of the issue submitted to the Court ...”<sup>62</sup>.

The Court also held that civil servants had duties under Article 10, not simply rights. The more liberal attitude of the Court is born out of the fact that at the time of the *Glaserapp*’s decision the then West Germany was an “amputated country” and the *KPD* was supported by East Germany as a means to infiltrate and undermine West German democracy<sup>63</sup>. Whereas, the case of *Vogt* was decided in 1996 when Germany was a united country and the menace of communism no longer existed<sup>64</sup>.

#### 5. THE COURT AND THE RELEVANT ARTICLES OF THE CONVENTION

As noted briefly above, through its case law the Court has identified certain provisions of the Convention, which clearly encapsulate the concept of

---

<sup>61</sup> *Vogt v Germany*, App. No. 17851/91, 26 September 1995, 21 E.H.R.R. 205, paras. 28, 30, 31.

<sup>62</sup> *Ibid*, para. 44.

<sup>63</sup> Van Dijk, P. and Van Hoof, G.J.H., (eds.), *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, Brill, 3<sup>rd</sup> Revised Edition, 1998, pp. 563-564.

<sup>64</sup> *Vogt v Germany*, *op. cit.*, para. 64.

a democratic society<sup>65</sup>. On this point it has been noted that, ‘in relation to the Convention proper, the Court’s conception of democracy is only elucidated incidentally-through consideration of the democratic rights contained in the convention’<sup>66</sup>. The substantive rights that are considered to comprise the concept of democracy are easily identified<sup>67</sup>. Express reference to the concept of democracy may be seen in the second paragraphs of Articles 8-11 of the Convention as well as Articles 2(3) and (4) of the Fourth Protocol<sup>68</sup>.

Each of the Articles 8-11 set out a Convention right in the first paragraph, and set out possible qualifications to the right in their second paragraph as a means of right-restrictive measures<sup>69</sup>. In spite of some “differences of detail in the nature of the limitations arising under each article, there is sufficient commonality of approach to justify a collective consideration of these limitations before examining the substantive rights protected under each of these articles”<sup>70</sup>. The Court has elucidated that “there is undoubtedly a link between all of these provisions, namely the need to guarantee respect for pluralism of opinion in a democratic society through the exercise of civic and political freedom”<sup>71</sup>.

Traditionally, in regards to the concept of democracy, the Court considered Articles 10 protecting “Freedom of Expression” and Article 11 “freedom of Assembly and association” as the more relevant articles to the concept of democracy and democratic process<sup>72</sup>. This occurs in four ways, “through judgements on Articles 10 and 11, which guarantee freedom of expression and association respectively, on merits of applications and through Article 17 in decisions on admissibility, also relevant is the rather weaker

<sup>65</sup> *Austria v Italy* (Pfunders Case) (App 788/60) (1961) 4 *Yearbook* 116 (EComHR), p. 138.

<sup>66</sup> Harvey, “Militant democracy and the European Convention on Human Rights”, *op. cit.*, p. 412.

<sup>67</sup> Sweeney, *The European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era: Universality in Transition*, *op. cit.*, p. 151.

<sup>68</sup> See generally Harris, O’Boyle, Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, especially chapter 8 Articles 8-11: General Considerations, pp. 341-360.

<sup>69</sup> *Al-Nashif v Bulgaria*, App. No. 50963/99, 20 June 2002.

<sup>70</sup> Ovey, and White, *European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 308; see also Greer, S., “The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights”, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1997.

<sup>71</sup> *Zdanoka v Latvia*, Appl. No. 58278/00, 16 March 2006, para. 115.

<sup>72</sup> *Handyside v United Kingdom*, Judgement of 7 December 1976, Series A, No. 24; (1979-80) 1 EHHR 737, para 49; *Lingens v Austria*, Series A no. 103, 8 July 1986, para 41; *Oberschlik v Austria*, No. 11662/85, Series A, No. 204, 23 May 1991., para. 58.

protection offered by Article 3 of Additional Protocol No.1 (hereinafter Article 3 of Protocol No. 1), which obligates member states to hold free elections”<sup>73</sup>. Article 17 of the Convention sets out prohibition from the use of Convention rights from implying:

“Any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention”.

Therefore, Article 17 prevents member states from abusing the Convention rights, in order to curtail the rights and freedoms of others, in other words, providing a safety mechanism specifically designed to prohibit totalitarian movements from using human rights as a means of furthering their cause<sup>74</sup>.

Nonetheless, it has been noticed elsewhere that freedom of expression under Article 10 and Article 3 of Protocol No. 1, which provides the guarantee of free elections held at reasonable intervals are the two provisions of the Convention, which in the opinion of the court “embodied the characteristics of a democratic society”<sup>75</sup>. In the case of *DELFI AS v. Estonia*, the court stressed that “eminence of freedom of expression in a democratic society of which it is one of the essential foundations and one of the most basic conditions for its progress and of each individuals” self-fulfilment<sup>76</sup>. In recent decades Articles 8 which protects “Private and Family life, Home and Correspondence”<sup>77</sup> and Article 9 protecting “Freedom of Religion and Belief” have been considered by the Court in relation to the general concept of democracy too<sup>78</sup>.

---

<sup>73</sup> *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, Appl. No. 30985/96, 26 October 2000.

<sup>74</sup> The Court has observed that “the general purpose of Article 17 is to prevent totalitarian groups from exploiting in their own interests the principles enunciated by the Convention. *Vona v. Hungary*, App. No. 35943/10, 9 July 2013, para. 34; *Communist Party (KPD) v. Germany*, No. 250/57, Commission decision of 20 July 1957, Yearbook 1, p. 222, para. 86-89.

<sup>75</sup> Mowbray, A., “the Role of the European Court of Human Rights in the Promotion of Democracy”, 1999 *Public Law* 703, p. 704.

<sup>76</sup> *DELFI AS v. Estonia*, No. 64569/09, 10 October 2013, para. 78.

<sup>77</sup> *Halford v. United Kingdom*, App. No. 20605/92, 25 June 1997, (1997) 24 EHRR 523, ECHR 1997-III; *Leander v. Sweden*, App. No. 9248/81, 26 March 1987, Series A No. 116, (1987) 9 EHRR 433.

<sup>78</sup> Evans, M.D., *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge U.P., 2008, pp. 282-284.

### **6.1 Article 8: Right to Respect for Private and Family Life**

Article 8 of the Convention protects four connected rights; the right to private and family life and the right to respect for home and correspondence<sup>79</sup>. Each one of these rights is “autonomous” and the Court is not constrained by any national interpretation of them<sup>80</sup>. The Court consistently has refrained from providing a comprehensive definition of private life<sup>81</sup>. According to Article 8 of the Convention:

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Article 12 of the Convention complements Article 8, guaranteeing the right to marry and found a family<sup>82</sup>. In addition, the member states of the Council of Europe have determined to reinforce the equality of spouses in family life and to that end have adopted Article 5 of the Seventh Protocol<sup>83</sup>.

Article 8 places on states the obligation to respect a wide range of personal interest<sup>84</sup>. Article 8 secures not only negative but also positive aspects of the rights in question<sup>85</sup>. On one hand, the state in question is obliged not to interfere with the domain of private and family life, home or correspondence.

---

<sup>79</sup> Regarding Article 8 of the Convention see generally Roagne, I., “Protecting the Right to Respect for Private and Family life under the European Convention on Human Rights”, Council of Europe Human Rights Handbooks, Council of Europe, Strasbourg, 2012; Connelly, A.M.

<sup>80</sup> Harris, O’Boyle, Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, *op. cit.*, p. 361.

<sup>81</sup> *Niemietz v. Germany*, Appl. No. 13710/88, 16 September 1992, para. 29.

<sup>82</sup> *Schalk and Kopf v. Austria*, Appl. No. 30141/04, 24 June 2010, para. 49.

<sup>83</sup> Article 5 of the Seventh Protocol reads as follows:

“Spouses shall enjoy equality of rights and responsibilities of a private law character between them, and in their relations with their children, as to marriage, during marriage, and in the event of its dissolution. This article shall not prevent states from taking such measures as are necessary in the interest of the children”.

<sup>84</sup> Harris, O’Boyle, Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, *op. cit.*, p. 361.

<sup>85</sup> *Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 June 1979, A 31, para. 31.

On the other, it is required to take particular measures necessary to realise the effective enjoyment of these rights. The Court has spelt out the dual nature of Article 8 rights:

“Although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it may involve the authorities’ adopting measures designed to secure respect for private life and home even in the sphere of the relations of individuals between themselves”<sup>86</sup>.

### **6.1.1 Article 8 and the Issue of Interference with Correspondence**

When the Court finds a particular measure to be in “interference” with the rights embodied under the first paragraph of Article 8, it must consider whether such interference may be justified by the conditions laid down in the second paragraph<sup>87</sup>. The standard formula developed in the case-law is common to other personal freedoms set out in Articles 9-11. A violation of Article 8 can only be justified if it is “in accordance with the law”; has a “legitimate aim” and; is “necessary in a democratic society”<sup>88</sup>.

The issue of interference with correspondence by national authorities has presented a new challenge to the Court in recent decades. Correspondence includes postal correspondence, telephone calls, emails and text messages<sup>89</sup>. According to the Court such interferences include opening, reading, censoring or deleting correspondence violates Article 8 of the Convention. The controversial issue of surveillance of communication<sup>90</sup> and a prisoner’s right to correspondence<sup>91</sup>, have recently been under sharp scrutiny<sup>92</sup>.

---

<sup>86</sup> *Dees v. Hungary*, Appl. No. 2345/06, 9 November 2010, para. 21.; also see *Airey v. Ireland*, Judgment of 9 October 1979, A 32; *X and Y v. Netherlands*, Judgment of 26 March 1985, A 91, para. 23.

<sup>87</sup> Ovey, and White, European Convention on Human Rights, *op. cit.*, pp. 310-312.

<sup>88</sup> Harris, O’Boyle, Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, *op. cit.*, p. 344.

<sup>89</sup> For interception of telephone calls see *Malone v. United Kingdom*, Appl. No. 8691/79, 2 August 1984; for email, *Halfords v. United Kingdom*, Appl. No. 20605/92, 25 June 1997; and for post, *Golders v United Kingdom*, Appl. No. 4451/70, 21 February 1975.

<sup>90</sup> *Kennedy v. United Kingdom*, Appl. No. 26839/05, Judgment of 18 May 2010.

<sup>91</sup> *Klamecki v. Poland* (no. 2), Appl. No. 31583/96, Judgment of 3 April 2003, para. 144; *Kucera v. Slovakia*, Appl. No. 48666/99, Judgment of 3 July 2007, para. 127.

<sup>92</sup> For a review of the relevant case law see Mowbray, A., European Convention on Human Rights, Oxford U.P., 3<sup>rd</sup> ed., 2012, pp. 561-589.



Therefore, in order to curb member state's discretionary powers the Strasbourg organs have required that the law must be accessible and foreseeable<sup>93</sup>. In particular, "foreseeability test" provides a crucial safeguard for the citizen, requiring the law to be "sufficiently clear" and precise, giving "adequate indication" as to the circumstances in which and conditions on which any secret surveillance or interceptive measures are employed<sup>94</sup>. Another implication of the foreseeability test is the requirement that adequate safeguard against possible abuses must be provided clearly demonstrating the extent of the authorities' discretion and defining the circumstances in which it is to be exercised<sup>95</sup>. In other areas of complaints under Article 8, by contrast, the first standard has rarely been contested, and the Convention bodies have focused their examination on the third standard "necessary in a democratic society."

The best example of this judicial oversight by the court was when it had to preside over a series of cases involving British citizens alleging illegal interception of their correspondence. The Court held that due to the fact that there was no domestic law to regulate such activities there had been a breach of Article 8 by the United Kingdom<sup>96</sup>. These rulings prompted the British government to fill this lacunae by enacting the Regulation of Investigatory Powers Act 2000<sup>97</sup>. As a consequence of this Act, telephone hacking civil cases in the United Kingdom are now brought under Article 8 of the Convention as in the most recent case, brought by a number of British politicians and celebrities against the Metropolitan Police<sup>98</sup>. They successfully argued that there was a breach of Article 8 since the police had failed to inform them about the telephone hacking and had failed in their duty to carry out a thorough investigation as part of its positive duty under Article 8<sup>99</sup>.

---

<sup>93</sup> *Sunday Times v. United Kingdom*, Appl. No. 6538/74, 26 April 1979, para. 56.

<sup>94</sup> *Kennedy v. United Kingdom*, Appl. No. 26839/05, 18 May 2010, para. 119; see also earlier case of *Klass and Others v. Germany*, Appl. No. 5029/71, 6 September 1978, para. 33.

<sup>95</sup> *Michaud v. France*, Appl. No. 12323/11, 6 December 2012, para. 88.

<sup>96</sup> See *Malone v. United Kingdom*, Appl. No. 8691/79, 2 August 1984; for email, *Halfords v. United Kingdom*, Appl. No. 20605/92, 25 June 1997.

<sup>97</sup> Regulation of Investigatory Powers Act 2000, 28 July 2000, available at: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/introduction>> at 28 October 2013.

<sup>98</sup> BBC Website, 7 February 2012, "Phone hacking: Met police failed to warn victims." Available at: <<http://www.bbc.co.uk/news/uk-16922305>> at 28 October 2013.

<sup>99</sup> *R (on the application of Bryant and others) v. Commissioner of the Police of the Metropolis* [2011] EWHC 1314 (admin); in February 2012, the Metropolitan police admitted it had acted unlawfully and the case was settled out of court.

Moreover, it is worth noting that the doctrine of margin of appreciation plays a pivotal role in the development of Article 8 case-law providing states a certain degree of discretion particularly in certain areas where the Court is reluctant to impede the decisions made by states in relation to issues “where a different approach is justified by local conditions”<sup>100</sup>. Nonetheless, in this regard, the Court has shown willingness to keep the extent of the margin of appreciation under review through the development of its jurisprudence<sup>101</sup>.

## **6.2 Article 9: Freedom of Religion and Belief**

In recent years academic discussion of religious freedom in Europe and its relation to the concept of democracy has been dominated by the jurisprudence of the European Court of Human Rights under Article 9 of the Convention<sup>102</sup>. Article 9 protects the right to freedom of thought, conscience and religion. According to Article 9 of the European Convention on Human Rights protects the right to freedom of thought, conscience and religion:

1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in a community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, teaching, practice and observance.
2. Freedom to manifest one’s religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedom of others.

Moreover, Article 14 (prohibition of discrimination) of the Convention may be relevant to freedom of religion cases<sup>103</sup>. Hence the Court has reiterated that Article 9 is not simply “one of the most vital elements that go to make up the identity of believer” but also “a precious asset for atheists, sceptics, and the unconcerned”<sup>104</sup>. The right to freedom of thought, conscience and religion is unqualified<sup>105</sup>. This includes the right to hold a religion or belief and to

---

<sup>100</sup> Harris, O’Boyle, Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, *op. cit.*, P. 363.

<sup>101</sup> *Valentino Acatrinei v. Romania*, Appl. 18540/04, 25 June 2013, para. 58.

<sup>102</sup> Doe, N., Law and Religion in Europe, Oxford U.P., 2011, P. 40.

<sup>103</sup> Knight, S., “Freedom of Religion, minorities, and the Law”, Oxford U.P., 2007, p. 56.

<sup>104</sup> *Buscarini and Others*, Appl. No. 24645/94, 18 February 1999, para 34.

<sup>105</sup> Sandberg, R., Law and Religion, Cambridge U.P., 2011, p. 82.

change it<sup>106</sup>. For the Article to apply, a belief must “attain a certain a level of cogency, seriousness, cohesion and importance”, and more importantly, by the possible qualifications in Article 9(2)<sup>107</sup>. This allows the state to interfere with the right if the three tests in Article 9(2) are met<sup>108</sup>. The interference must be “prescribed by law”, have one of the legitimate aims listed in Article 9(2) and be “necessary in a democratic society”<sup>109</sup>.

Despite the importance and extent of interests protected by Art 9 some scholars have argued that due to the cautious approach adopted by the Court and the Commission in the early days of the Convention, traditionally, relatively few applications were made alleging violations of Article 9 and only a small proportion of those have given rise to successful claims<sup>110</sup>. Hence, the case-law related to this right is very recent, with the first judgement finding a violation of this article only delivered in the much referred to *Kokkinakis* case in 1993<sup>111</sup>. However, since then a rich and often controversial jurisprudence has begun to develop, including two judgments on Turkish attempts to ban the wearing of Muslim headscarves in certain higher education establishments,<sup>112</sup> the fallout from Publication of cartoons of the Prophet Muhammad in Denmark in 2005,<sup>113</sup> and the Grand Chambers reversal of the judgment backing a challenge to the display of the Christian crucifix in Italian state schools<sup>114</sup>. There is no doubt that Switzerland’s attempt to ban the construction of new minaret’s will also give rise to some thought-provoking legal arguments<sup>115</sup>.

---

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> *Campbell and Cosans v. United Kingdom*, Appl. 7511/76 and 7743/76, 25 February 1982, Series A No. 48, (1982) 4 EHRR 293, para. 36.

<sup>108</sup> Sandberg, R., *Law and Religion*, *op. cit.*, p. 82.

<sup>109</sup> Ibid.

<sup>110</sup> Harris, O’Boyle, Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p 425.

<sup>111</sup> *Kokkinakis v Greece*, Appl. no. 14307/88, 25 May 1993, 17 EHRR 379. On the *Kokkinakis* case, see, Evans, *Religious Liberty and International Law in Europe*, *op. cit.*, pp. 282-84, 332-35.

<sup>112</sup> *Leyla Şahin v Turkey* (GC), 18 March 2011, Appl. No. 30814/06) and discussed in Altıparmak, K. & Karahanoğulları, O., “after Şahin: the Debate on Headscarves is not Over”, *European Constitutional Law Review* 2 (2006) 268, McGoldrick, D., *Human Rights and Religion: the Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford: Hart, 2006.

<sup>113</sup> BBC Website, “Special Report, the Muhammad cartoon row”, 7 February 2006, available at: <[http://news.bbc.co.uk/2/hi/in\\_depth/4677976.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/in_depth/4677976.stm)> at 28 October 2013.

<sup>114</sup> *Lautsi v. Italy*, (GC), 18 March 2011 (Appl. No. 30814/06).

<sup>115</sup> BBC Website, “Swiss Minaret Appeal goes to European Court” (16.12.2009) available at: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/8417076.stm>> at 28 October 2013.

### **6.2.1 Democracy as a limit on restricting freedom of religion**

Proportionality of a restriction on religion or belief and the extent to which it is “necessary in a democratic society” has often been controversial<sup>116</sup>. As in the case Articles 8, 10 and 11 of the Convention, Article 9 enshrines the rights in their first paragraph, and provide for the possible qualifications to their right in their second paragraph. The qualifications of Article 9 are slightly different to the other personal freedoms since they pertain only the manifestation of religion or belief (the *forum externum*), rather than the act or state of believing itself (the *forum internum*). Interpreting the scope of Article 9 (1) has been rather challenging and the European Commission’s decision in *Arrowsmith v. United Kingdom* that not all actions motivated by religious belief fall within it, has met with some criticism<sup>117</sup>.

In applying the limitations contained in Article 9 (2) the Court has been rather sensitive to the varied constitutional traditions of the member states, notwithstanding the fact that at times this approach has been criticised by certain scholars<sup>118</sup>. The main characteristic of Article 9 in relation to this study is the extent to which the Court has recognised a strong link between religion and democratic society. According to the Court, “freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a democratic society within the meaning of the Convention”<sup>119</sup>. In this manner, Article 9 needs to be interpreted in light of other Convention rights, such as the Article 11, the right of freedom of assembly and association<sup>120</sup>. Consequently, interference with the rights stipulated in Article 9 may be examined not only as an infringement on the applicant’s own religion or beliefs, but also as an indirect violation on the democratic fabric of society<sup>121</sup>.

In order to justify a restriction on Article 9, it must comply with the conditions specified in Article 9(2), which must be prescribed by law and

---

<sup>116</sup> Harris, O’Boyle, Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, *op. cit.*, p. 437.

<sup>117</sup> Evans, C., Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights, Oxford U.P., 2001, p. 115.

<sup>118</sup> Ibid.

<sup>119</sup> *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, 26 October 2000 \*Appl. No. 30985/96) para. 60; *Serif v Greece* (2001) 31 EHRR 20.

<sup>120</sup> Ibid, para. 62.

<sup>121</sup> Sweeney, J.A., “Freedom of Religion and Democratic Transition”, in Buyse, A. & Hamilton, M. (eds.), *Transitional Jurisprudence and the ECHR: Justice, Politics and Rights*, Cambridge U.P., 2011, P. 105.

be necessary in a democratic society in the interest of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others<sup>122</sup>. These specific “interests” are more commonly referred to in the European jurisprudence as “legitimate aims”<sup>123</sup>. It is also important to note that other major international human rights instruments adopt the same approach to the issue of religious belief by strike a balance between the “legitimacy” of restrictions and their “necessity” to limiting freedom of religion<sup>124</sup>.

### **6.3 Article 10: Freedom of Expression**

Article 10 which guarantees freedom of expression has been described as ‘one of the cardinal rights guaranteed under the Convention’<sup>125</sup>. Indeed, the marked importance of this right and the demand for its special protection due to its close linkage to democracy’s political process is an indispensable part of the Convention<sup>126</sup>. According to Article 10 of the Convention:

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent states from requiring the licencing of broadcasting, television or cinema enterprise.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure

---

<sup>122</sup> Ibid.

<sup>123</sup> Ibid.

<sup>124</sup> Freedom of religion is protected in all other major international and regional human rights instruments, including Article 18 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), Article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), Article 3 of the American Declaration of the Rights and Duties of Man (American Declaration), Article 12 of the American Convention on Human Rights (ACHR) and Article 8 of the African Charter on Human People’s Rights (ACHRP).

<sup>125</sup> See generally Macovei, M., “Freedom of Expression: A to Implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights”, Human Rights Handbooks, No. 2, 2<sup>nd</sup> edition, 2004.

<sup>126</sup> Harris, O’Boyle, Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, *op. cit.*, p.443.

of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

The Court has consistently maintained that states are under obligation that private individuals can effectively exercise their right of communication among themselves<sup>127</sup>. Furthermore, freedom of political debate is at the very core of the concept of democratic society, which prevails throughout the convention<sup>128</sup>. The Court has repeatedly reiterated that “freedom of expression constitutes one of the essential foundations of democratic society, one of the basic conditions for its progress and for each individual’s self-fulfilment”<sup>129</sup>. The convention has underlined the need for transparency and accountability on the part of the high contracting states<sup>130</sup>. In ascertaining whether a positive obligation to act exists in a particular situation, “regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and interests of individuals”<sup>131</sup>.

The most protected class of expression has been political expression, since the Court considers such expression as an essential part of any effective pluralist democracy in order to ensure respect for fundamental human rights<sup>132</sup>. The court has emphasised this point forcefully that “in a democratic system, the acts or omissions of the government must be subject to the close scrutiny not only the legislative and judicial authorities but also the press and public opinion”<sup>133</sup>. This point was reiterated in *the United Communist Party of Turkey* case, in which the court considered pluralism at the heart of

---

<sup>127</sup> *Hertel v. Switzerland*, 25 August 1998, 28 EHRR, para. 46, Report of Judgments and Decisions 1998-VI; *Steel and Morris v. United Kingdom*, Appl. no. 68416/01, 15 February 2005, para. 87; and *Animal Defenders International v. United Kingdom* [GC], Appl. No. 48876/08, 22 April 2013, para. 100.

<sup>128</sup> *Lingens v. Austria*, Series A no. 103, 8 July 1986, para. 41.

<sup>129</sup> *Thoma v. Luxemburg*, Appl. No. 38432/97, 29 June 2001.

<sup>130</sup> *OOO IVPRESS and Others v. Russia*, App. No. 33501/04, 38608/04, 35258/05 and 35618/05, 22 January 2013, para. 55; see also Council of Europe, Committee of ministers, “Declaration on freedom of political debate in the Media”, Adopted by the Committee of ministers on 12 February at the 872<sup>nd</sup> meeting of the Ministers deputies. Available at: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=118995>> at 28 October 2013.

<sup>131</sup> *Ozgur Gundem v. Turkey*, Appl. No. 23144/93, 16 March 2000, para. 43.

<sup>132</sup> Mowbray, European Convention on Human Rights, *op. cit.*, p. 626.

<sup>133</sup> The interest which the public may have in particular information can sometimes be so strong as to override even a legally imposed duty of confidence. *Guja v. Moldova*, No. 14277/04, 12 February 2008; see also *Fressoz and Roire v. France* [GC], no. 29183/95, ECHR 1999-I, and *Radio Twist, a.s. v. Slovakia*, no. 62202/00, ECHR 2006-XV.

its conception of democracy<sup>134</sup>. Moreover, the court firmly puts the onus on the member states as the “ultimate guarantors of the principle of pluralism”, especially in the context of media<sup>135</sup>. As the Court famously held in *Handyside v. United Kingdom*, even opinions which “shock, offend, or disturb” should be tolerated<sup>136</sup>. In line with this the Court in the case of *Vajnai v. Hungary* has reiterated that:

“A Legal system which applies restrictions on human rights in order to satisfy the dictates of public feelings – real or imaginary – cannot be regarded as meeting the pressing social needs recognised in democratic society, since the society must remain reasonable in its judgment. To hold otherwise would mean that freedom of speech and opinion is subjected to the heckler’s veto”<sup>137</sup>.

In the recent case of *Cumhuriyet Vakfı and Others v. Turkey*, the Court reiterated the importance of freedom of expression as “one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual self-fulfilment”<sup>138</sup>.

### **6.3.1 Transition to Democracy and Freedom of Expression**

In recent decades, both the Court and the Commission have acknowledged that in a transition to democracy it may be legitimate to curtail forms of speech which are very critical of the state<sup>139</sup>. As one of the judges in the case of *Castells v. Spain* observed:

“In a situation where politically motivated violence poses a constant threat to the lives and security of the population, it is particularly difficult to strike a balance between the requirements of protecting freedom of expression and the imperatives of protecting the democratic state”<sup>140</sup>.

Since the collapse of the Soviet Union and accession of all of the former Soviet Bloc states in Europe to the Council of Europe, the Court has been

<sup>134</sup> *United Communist Party of Turkey, op. cit.*, para 43.

<sup>135</sup> *Manole and Others v. Moldova*, Appl. No. 13936/02, 17 September 2009, para. 107.

<sup>136</sup> *Handyside v. United Kingdom*, Appl. No. 5493/72, 7 December 1976, para. 49.

<sup>137</sup> *Vajnai v. Hungary*, Appl. No. 33629, 8 July 2008, para. 57.

<sup>138</sup> *Cumhuriyet Vakfı and Others v. Turkey*, Appl. No. 28255/07, 8 October 2013, para. 56.

<sup>139</sup> Buyse, A., “The Truth, the Past and the Present: Article 10 ECHR and Situations of transition”, in Buyse, A. & Hamilton, M. (eds.), *Transitional Jurisprudence and the ECHR: Justice, Politics and Rights*, Cambridge U.P., 2011, P. 132.

<sup>140</sup> Concurring Opinion of Judge Carrillo Salcedo; *Castells v. Spain*, Appl. No. 11798/85, 8 January 1991.

faced with an entirely different challenge of transitional democracies in those states<sup>141</sup>. Nevertheless, the Convention “to which most central and Eastern European countries acceded in the years immediately following the demise of communist regimes, was a crucial signpost on the road to democracy and the rule of law”<sup>142</sup>. It is worth noting that such challenges were not limited to the former Soviet Bloc states and the Court had previously faced similar tasks in the case of Southern European states<sup>143</sup>. Although, the process of transition does not prompt the Court to deviate from its established jurisprudence but the Court’s judgments on the freedom of expression are of particular salience to transitional process<sup>144</sup>. Therefore, the Court’s case-law has strongly adopted an approach in which information exchange and pluralities of opinions is of paramount importance in any democratic society, therefore, restoring a balance between the citizens’ fundamental rights and the state – a balance completely void in the era of authoritarian rule in the former communist states of Eastern Europe<sup>145</sup>.

#### **6.4 Article 11: Freedom of Assembly and Association**

Not only citizens in fledgling democracies of Eastern Europe but also some nationals of the more established democracies in Europe have had to rely on the Court’s jurisprudence in relation to the rights to freedom of assembly and association (Article 11 of Convention) and the obligation upon states to hold free elections (Article 3, of Protocol No. 1 of the Convention).<sup>146</sup> Article

---

<sup>141</sup> Leuprecht, P., “Innovations in the European System of Human Rights Protection: Is Enlargement Compatible with Reinforcement?,” 8 *Transnat’l L. & Contemp. Probs.*, 313, (1998) pp. 313-14; also see Fein, E., “Transitional Justice and Democratization in Eastern Europe”, in May, R.A. and Hamilton, A.K. (eds.) (Un) Civil Societies, Lanham: Lexington Books, 2005, pp. 197-223.

<sup>142</sup> Buyse, “The Truth, the Past and the Present: Article 10 ECHR and Situations of transition”, *op. cit.*, p. 148.

<sup>143</sup> See generally Schmitter, P., “An Introduction to Southern European Transitions from Authoritarian Rule: Italy, Greece, Portugal, Spain and Turkey”, in O’Donnell, G., Schmitter, P. and Whitehead, L. (eds.), *Transitions from Authoritarian Rule: Southern Europe* (Baltimore: Johns Hopkins U.P., 1986).

<sup>144</sup> Buyse, “The Truth, the Past and the Present: Article 10 ECHR and Situations of transition”, *op. cit.*, p. 148.

<sup>145</sup> *Ibid*, p. 149.

<sup>146</sup> “The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under condition which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.” Hamilton, M., “Transition, Political Loyalties and the Order of the State”, in Buyse, A. & Hamilton, M. (eds.), *Transitional Jurisprudence and the ECHR: Justice, Politics and Rights*, Cambridge U.P., 2011, 151-184, p. 151.



11 protects the two distinct if sometimes connected freedoms of peaceful assembly and association<sup>147</sup>. In occasions, states have sought to justify interference with these rights in order to foster democratic values, in turn leading to allegations of excessive rights limitations<sup>148</sup>. The right to freedom of association as provided in Article 11 of the Convention reads as follows:

1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This Article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the state.

In recent years the Court has had to deal with the more practical application of the notion of democracy in regards to freedom of assembly and association<sup>149</sup>. The eligibility to stand for election to a national parliament was examined in the case of *Zdanoka v Latvia*, which concerned refusal by the Latvian authorities to allow the applicant, Mrs Tatjana Zdanoko,<sup>150</sup> a member of the *Communist Party* of Latvia to be included on the resident's register to stand for the first parliamentary elections in 1993 since Latvia's regaining independence from the Soviet Union in 1991<sup>151</sup>.

The Chamber and Grand Chamber in this case adopted entirely different approaches to the interpretation of someone's eligibility to stand for election. On the one hand, in its Chamber judgment, the Court held that

---

<sup>147</sup> Harris, O'Boyle, Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p.516.

<sup>148</sup> Hamilton, "Transition, Political Loyalties and the Order of the State", *op. cit.*, p. 151-152.

<sup>149</sup> The general principle enounced in the case-law in this field are summarised in the case of *United communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, Appl. No. 133/1996/752/951, Judgment of 30 January 1998, paras. 42-47.

<sup>150</sup> In February 1993 Ms *Zdanoka* became chairperson of the Movement for Social Justice and Equal Rights in Latvia, (*Kustība par sociālo taisnīgumu un līdztiesību Latvijā*), which later became a political party, *Līdztiesība* ("Equal rights").

<sup>151</sup> *Zdanoka v Latvia*, Appl. No. 58278/00, 16 March 2006; see also the older Judgment in the case of *Gitonas v Greece*, App. No. 18747/91, Judgment of 1 July 1997, 27 EHRR 417.

the electoral restrictions by the Latvian government in 1995 had violated Mrs Zdanoka's P 1-3 right. The Chamber felt compelled to "adhere to the same criteria" permitted by Articles 8-11, since "the only type of necessity capable of justifying an interference with any of those rights is, therefore, one which may claim to emanate from democratic society." However, the Grand Chamber held that:

"... Where an interference with Article 3 of Protocol No. 1 is in issue the Court should not automatically adhere to the same criteria as those applied with regard to the interference permitted by the second paragraphs of Articles 8 to 11 of the Convention ... Because of the relevance of Article 3 of Protocol No. 1 to the institutional order of the State, this provision is cast in very different terms from Articles 8 to 11 of the Convention ... The standards to be applied for establishing compliance with Article 3 of Protocol No. 1 must therefore be considered to be less stringent than those applied under Articles 8 to 11 of the Convention"<sup>152</sup>.

Hence, the implied defence to "the institutional order of the state" echoes specific reference to Article 3 of Protocol No. 1's "constitutional and political character" in *travaux préparatoires* of the Convention<sup>153</sup>. By adopting this approach the Grand Chamber established a high supervisory threshold in which case a violation would only take place if procedural deficiencies gave rise to likely arbitrary treatment<sup>154</sup>. It is clear that the Grand Chamber was of the opinion that Article 3 of Protocol No. 1 does not exclude the restrictions on electoral rights, since it may be imposed on "an individual who has, for example seriously abused a public position or whose conduct threaten to undermine the rule of law or democratic foundations"<sup>155</sup>.

This approach is very much in step with Allen's observation that "there is reluctance to allow the Court to be used as a forum for hearing disputes that have their origin in the pre-transitional era" since "there is a strong (though not universal belief within the European Court that there is little to be gained by investigating the stories of victim"<sup>156</sup>. In other words, in such

---

<sup>152</sup> *Zdanoka v Latvia*, Appl. No. 58278/00, 16 March 2006, para. 115(a).

<sup>153</sup> Hamilton, "Transition, Political Loyalties and the Order of the State", *op. cit.*, p. 157.

<sup>154</sup> *Ibid*, see also *Zdanoka v Latvia*, *op. cit.*, para. 107-108.

<sup>155</sup> *Ibid*, para. 110, citing *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands* (nos. 8348/78 and 8406/78, Commission decision of 11 October 1979, DR 18, p. 187).

<sup>156</sup> Allen, T., "Restitution and Transitional Justice in the European Court of Human Rights" (2007) 13(1) *Columbia Journal of European Law* 1, 30.

cases, the contracting states are given considerable latitude to establish their constitutional rules regarding the status of parliamentarians which inevitably would include the criteria for disqualification<sup>157</sup>. This would include ensuring the independence of members of parliament as well as electorate's freedom of choice<sup>158</sup>. The wide margin of appreciation given to states is mainly because each state has historical and political factors unique to them and the criteria would vary accordingly<sup>159</sup>. Nonetheless, according to Hamilton:

“One apparent consequence of the more relaxed scrutiny of Article 3 of Protocol 1 is that no assessment need be made of extant transitional risk. This again sharpens the contrast with Articles 10 and 11 of Convention which demand attention to the imminence of an evidenced threat”<sup>160</sup>.

However, the Court was unanimous in its decision that there had been no violation of Article 3 of Protocol 1 by Latvia. Indeed, this judgement indicates the court's concern regarding fairness of free elections as well as enabling states to place limitations on the senior holders of public office to gain electoral advantage whilst still connected with the prestige and powers of such offices<sup>161</sup>.

However, in an apparent U-turn, the Court has found violations of Article 3 of Protocol 1 in the cases of *Adamsons v. Latvia*<sup>162</sup> with similar background. Some scholars have observed that the above two cases indicate a narrowing of the gap between Article 11 and Article 3 of Protocol 1 scrutiny<sup>163</sup>. In *Adamsons*, the Latvian government had disqualified a former low-ranking officer of the KGB border guard from standing the 2002 general election. In a departure from the previous approach, not only did the Court consider the affiliation of this person's involvement with the previous regime but crucially considered his activities in the society since the collapse of the Soviet Union which according to the Court:

---

<sup>157</sup> *Paksas v. Lithuania*, Appl. No. 34932/04, 6 January 2011, Para. 92.

<sup>158</sup> *Sarukhanyan v. Armenia*, Appl. No. 38978/03, 27 May 2008, para. 39.

<sup>159</sup> *Zdanoka v Latvia* (GC), *op. cit.*, para. 119.

<sup>160</sup> Hamilton, “Transition, Political Loyalties and the Order of the State”, *op. cit.*, p. 157.

<sup>161</sup> Mowbray, “the Role of the European Court of Human Rights in the Promotion of Democracy”, *op. cit.*, p. 708.

<sup>162</sup> *Adamsons v. Latvia*, Appl. No. 3669/02, 24 June 2008. French text available only, extract from Press release issued by the Registrar, p. 3. See also Varju, M., “Transition as a Concept of European Human Rights Law”, *European Human Rights Review* 170 (2009).

<sup>163</sup> Hamilton, “Transition, Political Loyalties and the Order of the State”, *op. cit.*, p. 181.

“The Court considered, in the light of the particular socio-historical background to the applicant’s case, that during the first years after Latvia had regained independence, electoral rights could be substantially restricted without thereby infringing Article 3 of Protocol No. 1. However, with the passing of time, a more general suspicion regarding a group of persons no longer sufficed and the authorities had to provide further arguments and evidence to justify the measure in question”<sup>164</sup>.

This approach has since been reiterated by the Court in the case of and *Tanase v Moldova* in which the Court held that prevention of a Moldovan citizen holding dual nationality from standing in for election “some seventeen years after Moldova had gained independence and five years after it had relaxed its laws to allow dual-citizenship” was illegal<sup>165</sup>.

#### **6.4.1 The Convention Rights and Political parties**

As noted above, political parties are the very cornerstones of European democracy and the Court considers pluralism as an inseparable part of liberal democracy. In order to maintain political debate political parties are the other crucial participants of a pluralistic system of government. The court has opined that:

“Such expression is inconceivable without the participation of a plurality of political parties representing the different shades of opinion to be found within a country’s population. By relaying this range of opinion, not only within political institutions but also with the help of media at all levels of social life, political parties make an irreplaceable contribution to political debate, which is at the very core of a democratic society”<sup>166</sup>.

In the case of *Socialist Party of Turkey v Turkey*<sup>167</sup>, the Court emphasised on the importance of pluralism in a democratic society to the extent that challenging existing national structure was acceptable only through democratic means that “it is of the essence of democracy to allow diverse political programmes to be proposed and debated, even those that call into question the way a state is currently organised, provided that they do not harm

---

<sup>164</sup> *Adamsons v. Latvia*, French text available only, extract from Press release issued by the Registrar, p. 3.

<sup>165</sup> *Tanase v Moldova* (GC), Appl. No. 7/08, 27 April 2010, para. 159.

<sup>166</sup> *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, Appl. No. 19392/92, 30 January 1998, para 44.

<sup>167</sup> *Socialist Party of Turkey v Turkey*, (1998) 27 E.H.R.R. 51.

democracy itself<sup>168</sup>. Hence, constitutional reform even of fundamental nature is a justifiable topic of political debate as long as the advocates are not seeking to undermine the very foundation of the national democratic system<sup>169</sup>.

In the early 1990s, one of the challenges for the Court's jurisprudence was presented with a series of cases involving closure of nine political parties in Turkey<sup>170</sup>. In the first eight cases the Court's approach was very similar in its reasoning. The reason for dissolution of these political parties was that they were all striving to settle the Kurdish problem democratically and advocating a federal state comprised of a Kurdish and a Turkish nation. The Court was of the opinion that it could not justify a ban and while the states could take measures to protect their institutions, a political party could not be excluded from the protection of the Convention simply because the activities of these political parties are regarded by the national authorities as undermining the constitutional structure of the state<sup>171</sup>. In the case of *the United Communist party of Turkey and Others*, the Court held that the mere inclusion of the word "Communist" in the name of the party could not justify dissolution of that party<sup>172</sup>.

Nonetheless, in contrast to the case of *the German Communist party*, this party posed no threat to Turkish society, as it did not pursue traditional communist aims<sup>173</sup>. The Court was unanimous in their conclusion regarding the aforementioned parties that since they bore no responsibility for Kurdish terrorism, the dissolution violated Article 11<sup>174</sup>. However, in contrast to these cases, the seminal exception was the Court's now notorious decision in the

<sup>168</sup> Ibid. para 44.

<sup>169</sup> Contrast with the early German Communist Party case: *KDP v FRG* (1957) No. 250/57 1 YB 222.

<sup>170</sup> *United communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, Appl. No. 133/1996/752/951, 30 January 1998; *Socialist Party and Others v. Turkey*, Appl. No. 20/1997/804/1007, 25 May 1998; *Freedom and democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*, Appl. No. 23885/94, 12 August 1999; *Yazar and Others and the People's Labour Party (HEP) v. Turkey*, Appl. No. 22723/93, 9 April 2002; *Dicle on Behalf of the Democracy Party (DEP) v. Turkey*, Appl. No. 25141/94, 10 December 2002; *Socialist Party of Turkey (STP) and Others v. Turkey*, Appl. No. 26482/95, 12 November 2003; *Democracy and Change Party and others v. Turkey*, Appl. No. 39210/98 and 39974/98, 26 April 2005; *Emek Partisi and Şenol v. Turkey*, Appl. No. 39434/98, 31 May 2005.

<sup>171</sup> *United Communist Party, op. cit.*, para. 27.

<sup>172</sup> *United communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, para. 54.

<sup>173</sup> Ibid, para. 57.

<sup>174</sup> Anagnostou et al., *The European Court of Human Rights and the Rights of Marginalized Individuals and Minorities in National Context, op. cit.*, p. 176.

case of *Refah Partisi v Turkey*, in which the court upheld the decision of the Turkish Supreme Court to ban an Islamist party<sup>175</sup>. The coming to prominence by the *Refah Partisi* in Turkey, very much reflected the rise of an ‘Islamic resurgence’ at the end of the twentieth century<sup>176</sup>. In spite of its secular political system Turkey a predominantly Muslim state was not different from other Islamic countries experiencing this sea change<sup>177</sup>.

The Court unanimously ruled that there was no violation of article 11, a decision vehemently criticised by some prominent scholars such as McGoldrick<sup>178</sup>. This was mainly based on the fact that the leaders of *Refah* had made public speeches advocating imposition of *Sharia* law, which was considered irreconcilable with the notion of liberal democracy, as conceived by the Convention<sup>179</sup>. As Harvey puts it, “given that the party had over four million members this amounts to the largest single interference with freedom of association in European jurisprudence”<sup>180</sup>.

In *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) (PCN) and Ungureanu v. Romania*, the Court found a violation of Article 11 following the refusal of the Bucharest Court of Appeal to register PCN as a political party<sup>181</sup>. Although PCN openly purported to be a Marxist-Leninist organization, but very much distanced itself from the former Romanian Communist Party that had ruled Romania during the Cold War period. The Bucharest County Court held that

<sup>175</sup> *Refah Partisi v Turkey*, [GC], Appl. No. 41340/98, 13 February 2003.

<sup>176</sup> Esposito & Voll describe the rise of Islamic political movements as one of the “great developments’ at the end of the twentieth century. Esposito, J & Voll, J., *Islam and Democracy*, Oxford U.P., 1996, p. 202.

<sup>177</sup> *Refah Partisi* was established in 1983, and soon experienced success in local and general elections. In the Turkish general election in December 1995, *Refah Partisi* obtained 22 per cent of the vote and was the biggest in the Grand National assembly. On 28 June 1996, it came to power as the senior partner in a coalition government and in January 1997, an opinion poll suggested that it was likely to win 67 per cent of the votes in the following general election to be held four years later. On 16 January 1998, the Constitutional Court of Turkey ordered the dissolution of the party. See generally Findley, C.V., *Turkey, Islam, Nationalism, and Modernity: A History*, Yale, U.P., 2011; see also Zurcher, E.J., *Turkey: A Modern History*, 2004, I.B. Tauris, 3<sup>rd</sup> Rev. Ed., 2004.

<sup>178</sup> McGoldrick, D., “Accommodating Muslims in Europe: From adopting Sharia Law to religiously Based Opt out from Generally Applicable Laws”, *Human Rights Law Review* 9(4) (2009) 603-612.

<sup>179</sup> *Refah Partisi v Turkey*, [GC], *op. cit.*, para. 34.

<sup>180</sup> Harvey, “Militant Democracy and the European Convention on Human Rights”, *op. cit.*, p. 417.

<sup>181</sup> *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) (PCN) and Ungureanu v. Romania*, Appl. No. 46626/99, 3 February 2005.

PCN's political programme aimed at "establishing a humane state based on communist doctrine, which would imply that the constitutional and legal order in place since 1989 is inhumane and not founded on genuine democracy"<sup>182</sup>. The Court in Strasbourg rejected the Romanian government's argument that it could not permit "the emergence of a new communist party to form the subject of democratic debate", and reiterated the importance of pluralism and political parties which applied to all of the signatories to the Convention<sup>183</sup>. The Court stated that "political parties played an essential role in ensuring pluralism and the proper functioning of democracy"<sup>184</sup> as well as "there can be no democracy without pluralism"<sup>185</sup>. Moreover, the Court held that:

"The Court is also prepared to take into account the historical background to cases before it, in this instance Romania's experience of totalitarian communism prior to 1989. However, it observes that that context cannot by itself justify the need for the interference, especially as communist parties adhering to Marxist ideology exist in a number of countries that are signatories to the Convention"<sup>186</sup>.

The approach of the Court in the above case could be construed as quite a departure from previous case-law regarding former Communist Eastern European states. However, it should be pointed out that PCN had made it absolutely clear that it accepted pluralism, multiparty political system and had no affiliation with the former Romanian Communist Party<sup>187</sup>. On the part of the Court, in the words of Hamilton "the Court has demonstrated its resolve to foster a robust and inclusive political sphere, underpinned by the values of pluralism and social cohesion"<sup>188</sup>.

In this regard, the judgment of *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain* is of significance, in which the Court held:

---

<sup>182</sup> Article 20 of the PCN's constitution stated that the PCN was 'not the successor of the former Romanian Communist Party', *ibid*, para. 10.

<sup>183</sup> *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) (PCN) and Ungureanu v. Romania*, *op. cit.*, para. 58.

<sup>184</sup> *Ibid*, para. 44.

<sup>185</sup> *Ibid*, para. 45.

<sup>186</sup> *Ibid*, para. 58.

<sup>187</sup> The Court could see no calls for violence or anti-democratic statements in the Party's proposed constitution, *ibid*, 54; see also Sweeney, "The European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era: Universality in Transition", *op. cit.*, p. 198.

<sup>188</sup> Hamilton, "Transition, Political Loyalties and the Order of the State", *op. cit.*, p. 181.

“[I]t necessarily follows that a political party whose leaders incite to violence or put forward a policy which fails to respect democracy or which is aimed at the destruction of democracy and the flouting of the rights and freedoms recognised in a democracy cannot lay claim to the Convention’s protection against penalties imposed on those grounds ...”<sup>189</sup>.

Moreover, the Court attached a caveat to the above passage by noting that:

“[A] State may “reasonably forestall the execution of such a policy, which is incompatible with the Convention’s provisions, before an attempt is made to implement it through concrete steps that might prejudice civil peace and the country’s democratic regime”<sup>190</sup>.

In the recent case of *Vona v. Hungary*, the Court was of the opinion that the dissolution of the Hungarian Guard Association (*Magyar Garda*) by domestic court was lawful restriction of the applicant’s rights under Article 11 of the Convention<sup>191</sup>. The said organization had openly advocated a racist message against the Romani population of Hungary. In the Court’s view:

“[T]he State is entitled to take preventive measures to protect democracy vis-à-vis such non-party entities as well, if a sufficiently imminent prejudice to the rights of others undermines the fundamental values upon which a democratic society rests and functions. One of such values is the cohabitation of members of society without racial segregation, without which a democratic society is inconceivable”<sup>192</sup>.

The Court found that the Hungarian authorities were entitled to take preventive measures in order to protect democracy and proscribe the organization due to its racist and divisive views<sup>193</sup>. It is the established case-law of the Strasbourg organs which have consistently maintained that there are positive obligations to secure the effective enjoyment of the rights contained in Article 11<sup>194</sup>. In other words, not only everyone regardless of their status or background characteristics (ethnicity, place of origin, religion, disability, etc.)

---

<sup>189</sup> *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, Appl. No. 25803/04 and 25817/04, 30 June 2009, para. 79.

<sup>190</sup> *Ibid*, para. 81.

<sup>191</sup> *Vona v. Hungary*, Appl. No. 35943/10, 9 July 2013.

<sup>192</sup> *Ibid*, para. 57; see also *Refah Partisi v Turkey*, [GC], *op. cit.*, para. 102.

<sup>193</sup> *Ibid*, para. 58..

<sup>194</sup> *Christians against Racism and Fascism v. United Kingdom*, Appl. No. 8440/78, 16 July 1980, 21 DR 138.



are entitled to effective enjoyment of these rights but the contracting states are under obligation to prevent and remedy any breach thereof<sup>195</sup>.

## **6. CONCLUSION**

There is no question that democracy is without doubt one of the most fundamental features of the European public order. As we have observed the Court has derived its concept of democracy from the components of the contemporary model of democracy in Europe from its origin, preamble and text of the Convention. Indeed the drafters of the European Convention on Human rights adopted the notion of liberal democracy and pluralism as the very corner stone of the Convention. In that regard, the Court considers liberal democracy as the only guarantee for fundamental freedom and human rights. The cases that this paper has analysed certainly reveal the Court's adherence to representative democracy and free elections as well as the importance of transparency and accountability in public and political spheres.

As this article has endeavoured to illustrate in regards to the notion of democracy not only has the Court in recent years concerned itself with Article 10 (freedom of expression) and 11 (freedom of assembly and association), the fundamental characters of a democratic society, but is also of the belief that Articles 8 (right to family life) and 9 (freedom of religion and belief) play a pivotal role in the articulation of the notion of democracy in contemporary Europe. In this regard, in particular the present authors are of the opinion that the right to religion is one of the cornerstones of any truly democratic society. In fact, in recent decades, the Court has singled out Article 9 of the Convention as "one of the foundations of a democratic society within the meaning of the Convention." However, the abovementioned rights are not absolute and are subject to limitations set out in the second part of these articles. The restrictions must be prescribed by law and be necessary in a democratic society in the interest of public safety, for the protection public order, health morals, or for the protection of the rights and freedoms of others. Furthermore, through the doctrine of "margin of appreciation" allows the member states a certain discretion to interfere with or limit human rights in specific instances. This "margin of appreciation", however, is increasingly subject to oversight by the Court in order to ensure objective compliance with the protected rights. This approach is increasingly adopted by the Court in cases concerning transitional democracies in former Communist totalitarian systems.

---

<sup>195</sup> Van Dijk, P. and Van Hoof, G.J.H., (eds.) Theory and Practice of European Convention on Human Rights, *op. cit.*, p. 589.

This paper has discovered that since the collapse of the Soviet Union and accession of all of the former European communist states to the Council of Europe the Court has faced a huge challenge in upholding and enforcing the values of democracy, since most of these states were new to the notion of liberal democracy. This led to the emergence of new kind of applicant bringing litigation against new states defending those cases. This new challenge has prompted the court to reiterate and articulate a coherent normative conception of democracy even though that conception is bound to be contested.

### **BIBLIOGRAPHY:**

- Allen, T., “Restitution and Transitional Justice in the European Court of Human Rights” (2007) 13(1) *Columbia Journal of European Law* 1, 30.
- Altıparmak, K. & Karahanoğulları, O., “after Şahin: the Debate on Headscarves is not Over”, *European Constitutional Law Review* 2 (2006) 268.
- Anagnostou, D. and Psychogiopoulou, E. (eds.), *The European Court of Human Rights and the Rights of Marginalized Individuals and Minorities in National Context*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Arai-Takahashi, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia Publishers, 2002.
- Bates, E., *The Evolution of the European Convention of the European Convention of Human rights*, Oxford U.P., 2010.
- BBC Website, 7 February 2012, “Phone hacking: Met police failed to warn victims”. Available at: <<http://www.bbc.co.uk/news/uk-16922305>> at 28 October 2013.
- BBC Website, “Swiss Minaret Appeal goes to European Court” (16.12.2009) available at: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/8417076.stm>> at 28 October 2013.
- BBC Website, “Special Report, the Muhammad cartoon row”, 7 February 2006, available at: <[http://news.bbc.co.uk/2/hi/in\\_depth/4677976.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/in_depth/4677976.stm)> at 28 October 2013.
- Buyse, A., “the Truth, the Past and the Present: Article 10 ECHR and Situations of transition”, in Buyse, A. & Hamilton, M. (eds.), *Transitional Jurisprudence and the ECHR: Justice, Politics and Rights*, Cambridge U.P., 2011.

*Democracy is one of the Main Features of the European Convention on...*

- Cerna, C., “Universal Democracy: An International Legal Right or the Pipe Dream of the West?”, (1995) 27 *New York University Journal of International Law and Politics* 289.
- Council of Europe, Committee of ministers, “Declaration on freedom of political debate in the Media”, Adopted by the Committee of ministers on 12 February at the 872<sup>nd</sup> meeting of the Ministers deputies. Available at: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=118995>> at 28 October 2013.
- Council of Europe, Parliamentary Assembly resolution 1031 (1994), “On the honouring of commitments entered into by member states when joining the Council of Europe”, Assembly Debate 14 April 1994.
- Doe, N., *Law and Religion in Europe: a Comparative Introduction*, Oxford U.P., 2011.
- Esposito, J & Voll, J., *Islam and democracy*, Oxford U.P., 1996.
- Evans, C., *Freedom of religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford U.P., 1<sup>st</sup> ed. 2001.
- Evans, M.D., *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge U.P., 2008.
- Fein, E., “Transitional Justice and Democratization in Eastern Europe”, in May, R.A. and Hamilton, A.K. (eds.) *(Un)Civil Societies*, Lanham: Lexington Books, 2005, pp. 197-223.
- Findley, C.V., *Turkey, Islam, Nationalism, and Modernity: A History*, Yale, U.P., 2011.
- Franck, T.M., “The Emerging Right to Democratic Governance”, (1992) 86 *American Journal of International Law* 46.
- Fox, G.H., *Democratic Governance and International Law*, Cambridge U.P., 2000.
- Gearty, C. “Democracy and Human Rights in the European Court of Human Rights: a Critical Appraisal” (2000) 51 *Northern Ireland Legal Quarterly* 381.
- Greer, S., “The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights”, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1997.

- Hamilton, M., "Transition, Political Loyalties and the Order of the State", Buyse, A. & Hamilton, M. (eds.), 'Transitional Jurisprudence and the ECHR: Justice, Politics and Rights', Cambridge U.P., 2011, 151-184.
- Harris, O'Boyle, Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, Butterworth, 2<sup>nd</sup> ed., 2009.
- Harvey, P., Militant democracy and the European Convention on Human Rights, (2004) *European Law Review*, 29(3), 407-20.
- Higgins, R., "Derogations under Human Rights Treaties", (1978) 48 *British Yearbook of International law*.
- Knight, S., Freedom of Religion, minorities, and the Law, Oxford U.P., 2007.
- Leuprecht, P., "Innovations in the European System of Human Rights Protection: Is Enlargement Compatible with Reinforcement?" 8 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, 313, (1998).
- Loveland, I., Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights: a Critical Introduction, Oxford U.P., 6<sup>th</sup> edition, 2012.
- Macovei, M., "Freedom of Expression: A to Implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights", Human Rights Handbooks, No. 2, 2<sup>nd</sup> edition, 2004.
- Marks, S., "The European Convention on Human Rights and its "Democratic Society"" (1995) *British Yearbook of International Law*, 209.
- McGoldrick, D., "Accommodating Muslims in Europe: From adopting Sharia Law to religiously Based Opt out from Generally Applicable Laws", *Human Rights Law Review* 9(4) (2009) 603-612.
- McGoldrick, D., Human Rights and Religion: the Islamic Headscarf Debate in Europe?, Oxford: Hart, 2006.
- Merrills, J.G., The Development of International law by the European Court of Human Rights, Manchester U.P., 1993.
- Mowbray, A., European Convention on Human Rights', Oxford U.P., 3<sup>rd</sup> ed., 2012.
- Mowbray, A., "The Role of the European Court of Human Rights in the Promotion of Democracy", 1999 *Public Law* 703.
- O'Connell, R.O., "Towards a Stronger Concept of Democracy in the Strasbourg

- Convention”, *European Human Rights Law Review* (2006) 281.
- Ovey, C. and White, R.C.A., *European Convention on Human Rights*, Oxford U.P., 5<sup>th</sup> ed, 2010.
- Regulation of Investigatory Powers Act 2000, 28 July 2000, available at: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/introduction>> at 28 October 2013.
- Roagne, I., “Protecting the Right to Respect for Private and Family life under the European Convention on Human Rights”, *Council of Europe Human Rights Handbooks*, Council of Europe, Strasbourg, 2012.
- Sandberg, R., *Law and Religion*, Cambridge U.P., 2011.
- Schmitter, P., “An Introduction to Southern European Transitions from Authoritarian Rule: Italy, Greece, Portugal, Spain and Turkey”, in O’Donnell, G., Schmitter, P. and Whitehead, L. (eds.), *Transitions from Authoritarian Rule: Southern Europe* (Baltimore: Johns Hopkins U.P., 1986).
- Sweeney, J.A., “Divergence and Diversity in Post-Communist European Human Rights Cases”, *Connecticut Journal of International Law* 21 (2005).
- Sweeney, J.A., “Freedom of Religion and Democratic Transition”, in Buyse, A. & Hamilton, M. (eds.), *Transitional Jurisprudence and the ECHR: Justice, Politics and Rights*, Cambridge U.P., 2011.
- Sweeney, J.A., *The European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era: Universality in Transition*, Routledge, 2012.
- The current mandate of the Council of Europe was established at a summit which took place in Warsaw in 2005. Text available at: <[www.coe.int/t/dcr/summit/20050517\\_decl\\_varsovie\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dcr/summit/20050517_decl_varsovie_en.asp)> at 28 October 2013.
- Van de Schyff, G., “The Concept of Democracy as an Element of the European Convention”, 38 *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* (2005) 355-372.
- Van Dijk, P. and Van Hoof, G.J.H., (eds.) *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, Brill, 3<sup>rd</sup> Revised Edition, 1998.
- Varju, M., “Transition as a Concept of European Human Rights Law”, *European Human Rights Review* 170 (2009).

Wheatley, S., *The Democratic Legitimacy of International Law*, Hart Publishing, 2010.

Wildhaber, L., “Changing Ideas about the Tasks of the European Court of Human Rights”, in Wildhaber, L., *The European Court of human Rights 1998-2006: History, Achievements and Reform*, (Kehl, Strasbourg, Arlington: N.P. Engel), 2006.

Zurcher, E.J., *Turkey: A Modern History*, 2004, I.B. Tauris, 3<sup>rd</sup> Rev. Ed., 2004.

### **CASE-LAW:**

*Adamsons v. Latvia*, Appl. No. 3669/02, 24 June 2008

*Airey v. Ireland*, Judgment of 9 October 1979, A 32; *X and Y v. Netherlands*, Judgment of 26 March 1985, A 91.

*Al-Nashif v Bulgaria*, App. No. 50963/99, 20 June 2002.

*Animal Defenders International v. United Kingdom* [GC], Appl. No. 48876/08, 22 April 2013.

*Association A. and H v. Austria* (1984) 36 D.R. 187, App. No.9905/82.

*Austria v Italy* (Pfunders Case) (App 788/60) (1961) 4 *Yearbook* 116 (EComHR).

*Bowman v. United Kingdom* (1998) 26 E.H.R.R. 1.

*Buscarini and Others*, Appl. No. 24645/94, 18 February 1999.

*Campbell and Cosans v. United Kingdom*, Appl. 7511/76 and 7743/76, 25 February 1982, Series A No. 48, (1982) 4 EHRR 293.

*Castells v. Spain*, Appl. No. 11798/85, 8 January 1991.

*Christians against Racism and Fascism v. United Kingdom*, Appl. No. 8440/78, 16 July 1980, 21 DR 138.

*Communist Party (KPD) v. Germany*, No. 250/57, Commission decision of 20 July 1957, *Yearbook* 1.

*Cumhuriyet Vakfi and Others v. Turkey*, Appl. No. 28255/07, 8 October 2013.

*Dees v. Hungary*, Appl. No. 2345/06, 9 November 2010.

*DELFI AS v. Estonia*, No. 64569/09, 10 October 2013.

*Democracy is one of the Main Features of the European Convention on...*

*Democracy and Change Party and others v. Turkey*, Appl. No. 39210/98 and 39974/98, 26 April 2005.

Dicle on Behalf of the Democracy Party (DEP) v. Turkey, Appl. No. 25141/94, 10 December 2002.

Emek Partisi and Şenol v. Turkey, Appl. No. 39434/98, 31 May 2005.

*Freedom and democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*, Appl. No. 23885/94, 12 August 1999.

*Fressoz and Roire v. France* [GC], no. 29183/95, ECHR 1999-I.

*Garaudy v. France* [admissibility], 24.06.03.App. No.65831/01.

German Communist Party case: *KDP v FRG* (1957) No. 250/57 1 YB 222.

*Gitonas v Greece*, App. No. 18747/91, Judgment of 1 July 1997, 27 EHRR 417.

*Glimmerveen and Hagenback v. Netherlands* (1978) 18 D.R. 187.

*Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, Appl. Nos. 8348/78 and 8406/78, 11 October 1979, DR 18, p. 187.

*Golders v United Kingdom*, Appl. No. 4451/70, 21 February 1975.

*Guja v. Moldova*, No. 14277/04, 12 February 2008.

*Halford v. United Kingdom*, App. No. 20605/92, 25 June 1997.

*Handyside v United Kingdom*, Judgement of 7 December 1976, Series A, No. 24; (1979-80) 1 EHRR 737.

*Hasan and Chaush v. Bulgaria*, Appl. No. 30985/96, 26 October 2000.

*Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, Appl. No. 25803/04 and 25817/04, 30 June 2009.

*Hertel v. Switzerland*, 25 August 1998, 28 EHRR, para. 46, Report of Judgments and Decisions 1998-VI.

*Jersild v Denmark*, E.C.H.R., 23 September 1994, Series A, no. 298.

*K.D.P v. Germany*, 1 Y.B. Eur. Conv. H.R. 222, Eur. Comm'n on H.R.

*Kennedy v. United Kingdom*, Appl. No. 26839/05, 18 May 2010.

*Kennedy v. United Kingdom*, Appl. No. 26839/05, Judgment of 18 May 2010.

- Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, App. Nos.: 5095/71, 5920/72 and 5926/72 Series A-23.
- Klamecki v. Poland* (no. 2), Appl. No. 31583/96, Judgment of 3 April 2003.
- Klass and Others v. Germany*, Appl. No. 5029/71, 6 September 1978.
- Kokkinakis v. Greece*, App. No. 14307/88, 25 May 1993, 17 EHHR 379.
- Kucera v. Slovakia*, Appl. No. 48666/99, Judgment of 3 July 2007, para. 127.
- Kuhnen v. Germany* (1998) 56 D.R. 205; App. No. 12774/78 & 8406/78.
- Kuolelis, Bartosevicius and Burokevicius v. Lithuania*, Appl. Nos. 74357/01, 26764/02, 27434/02, 16 February 2008.
- Lautsi v. Italy*, (GC), 18 March 2011 (Appl. No. 30814/06).
- Leander v. Sweden*, App. No. 9248/81, 26 March 1987, Series A No. 116, (1987) 9 EHRR 433.
- Leyla Şahin v. Turkey* (GC), 18 March 2011, Appl. No. 30814/06.
- Lingens v. Austria*, Series A no. 103, 8 July 1986.
- Malone v. United Kingdom*, Appl. No. 8691/79, 2 August 1984
- Manole and Others v. Moldova*, Appl. No. 13936/02, 17 September 2009.
- Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 June 1979, A 31.
- Niemietz v. Germany*, Appl. No. 13710/88, 16 September 1992.
- Oberschlik v. Austria*, No. 11662/85, Series A, No. 204, 23 May 1991.
- OOO IVPRESS and Others v. Russia*, App. No. 33501/04, 38608/04, 35258/05 and 35618/05, 22 January 2013.
- Ozgur Gundem v. Turkey*, Appl. No. 23144/93, 16 March 2000.
- Paksas v. Lithuania*, Appl. No. 34932/04, 6 January 2011.
- Partidul Comunistilor (Nepeceristi) (PCN) and Ungureanu v. Romania*, Appl. No. 46626/99, 3 February 2005.
- Piperno v. Italy*, App. No. 155510/89, 2 Dec 1992 (Commission Report).
- Radio Twist, a.s. v. Slovakia*, no. 62202/00, ECHR 2006-XV.
- Refah Partisi v. Turkey*, Appl. No. 41340/98, 13 February 2003.
- R (on the application of Bryant and others) v. Commissioner of the Police of the Metropolis* [2011] EWHC 1314.



*Democracy is one of the Main Features of the European Convention on...*

- Sarukhanyan v. Armenia*, Appl. No. 38978/03, 27 May 2008.
- Schalk and Kopf v. Austria*, Appl. No. 30141/04, 24 June 2010.
- Schimanek v. Austria*, Dec. 1.2.00. App. No.32307/96.
- Serif v Greece* (2001) 31 EHRR 20.
- Socialist Party and Others v. Turkey*, Appl. No. 20/1997/804/1007, 25 May 1998.
- Socialist Party of Turkey (STP) and Others v. Turkey*, Appl. No. 26482/95, 12 November 2003.
- Soering v. the United kingdom*, App. No: 14038/88, Series A-161, para 88.
- Sorensen v. Denmark and Rasmussen v. Denmark*, Apps. 52562/99 and 52620/99, 11January 2006 [GC], (2008) 46 EHRR 752.
- Steel and Morris v. the United Kingdom*, Appl. no. 68416/01, 15 February 2005.
- Sunday Times v. United Kingdom*, Appl. No. 6538/74, 26 April 1979.
- Tanase v Moldova* (GC), Appl. No. 7/08, 27 April 2010.
- Thoma v. Luxemburg*, Appl. No. 38432/97, 29 June 2001.
- United communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, Appl. No. 133/1996/752/951, 30 January 1998.
- Vajnai v. Hungary*, Appl. No. 33629, 8 July 2008.
- Valentino Acatrinei v. Romania*, Appl. 18540/04, 25 June 2013,
- Vogt v Germany*, App. No. 17851/91, 26 September 1995, 21 E.H.R.R. 205.
- Vona v. Hungary*, App. No. 35943/10, 9 July 2013.
- X v. Austria*, 26 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 244 (1982).
- X v. Italy* (1975) 5 D.R. 833, App. No.6741/74.
- Yazar and Others and the People's Labour Party (HEP) v. Turkey*, Appl. No. 22723/93, 9 April 2002.
- Young, James and Webster v. UK*, 13 August 1981, ECHR Series A, No. 44.
- Zdanoka v Latvia*, Appl. No. 58278/00, 16 March 2006.



# İSLAM AİLE HUKUKUNDA KADININ MEHİR HAKKINA TOPLUMUN BAKIŞ AÇISI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME\*

Saliha OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU\*\*

## ÖZET

*İslam aile hukukunda mehir fonksiyonel olup önemli bir boşluğu doldurmasına rağmen, uygulamada ne denli yer aldığı araştırılması gereken bir konudur. Birçok İslam hukuku kitaplarının aile hukuku bölümlerinde mehrin ne olduğu, çeşitleri ve ne zaman ödeneceğinin ayrıntılı bir biçimde işlendiği konusunda kuşku yoktur. Kanaatimizce üzerinde durulması gereken söz konusu hakkın pratikte ne ölçüde yer bulduğudur. Bu çalışma, İslam aile hukukundaki mehrin, günümüz uygulamasında yer alıp almadığını sorgulamaktadır.*

*İstanbul ve Kayseri ilini kapsayan ve 1700 deneyeği içeren ankette elde edilen verilere göre mehir, genellikle nikah esnasında konuşulan ve miktarı tespit edilen, ödenme zamanı boşamaya ya da ölüme tehir edilen bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak yapılan çalışmada boşama ve ölüm esnasında da, kadına nikah esnasında takdir edilen mehrin ödenmediği veya bir miktar mal ile razı edilmeye çalışıldığı anlaşılmıştır. Bu da bize İslam aile hukukunda mehrin çoğunlukla nikah esnasında miktarı tespit edilen fakat, ödenmesi gerektiğinde kadına teslim edilmeyen bir uygulama olarak devam ettiğini kanıtlar.*

*Mehrin kadına teslim edilmeyişinin birden fazla sebebi olmakla birlikte, şüphe yok ki ilk sırada, çiftlerin konu ile ilgili yeterince bilgi sahibi olmamaları zikredilebilir. Nitekim yapılan çalışmada boşanma esnasında mehrini talep etmesi gerektiğini bilen kadın sayısı oldukça düşüktür. Öte yandan erkeklerin vermeyi taahhüd ettiği meblağı, boşama esnasında hatırlamamaları da dikkati çeken ayrı bir konudur. Dolayısıyla İslam aile hukukunun kadına tanıdığı bir hak olan mehir, günümüz Türkiye'sinde gerektiği kadar bilinmemekle birlikte, uygulamada da yer aldığını söylemek güç gözükmektedir.*

*Makalede mehrin ayrıntılı bir şekilde ne olduğu üzerinde durulmayarak, konunun geçmiş din ve kültürlerdeki yansımaları incelenerek, yapılan anket çalışmasının sonuçları okuyucunun değerlendirilmesine bırakılmıştır.*

**Anahtar Kelimeler:** İslam aile hukuku, kadın, mehir, anket.

\* Makaleyi okuyup yapıcı eleştirilerini sunan hocam Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın'a ve verilerin SPSS-19 programına nakledilmesinde yardımlarını esirgemeyen Doç. Dr. Fethi Güngör'e teşekkürü bir borç bilirim.

\*\* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslam Hukuku ABD. Öğretim Üyesi

**AN EVALUATION OF SOCIETY'S POINT OF VIEW ON MAHR RIGHT OF WOMEN IN ISLAMIC FAMILY LAW**

**ABSTRACT**

*Even though mahr is functional in Islamic family law and fills an important gap, it is a subject to study to what extent it takes place in practice. There is no doubt that what mahr means, what its varieties are and when it should be paid are mentioned in family law sections of Islamic law books. According to our view, the subject that must be emphasized is to what extent this right is put into practice. This study questions whether mahr in Islamic family law is practised today or not.*

*The data obtained from the questionnaire including Istanbul and Kayseri cities and 1700 associations indicates that mahr comes up as an application which is talked on and the amount is determined during religious marriage and whose payment time is postponed to divorce or death. However, it is understood that the mahr guaranteed to the wife during the religious marriage is not paid in divorce or death time and the wife is persuaded to receive only small amount of mahr, proving that in Islamic family law mahr is a ritual whose amount is generally determined during religious marriage and which is not paid when it is needed to be paid.*

*Although there are more than one reason for not delivering mahr to the wife, undoubtedly, the first one is that the couples do not have enough information about mahr. However, according to the study, the number of women who know to demand her mahr after getting divorced is quite slight. On the other hand, it seems remarkable that the men don't remember the amount that they undertake to pay in case of divorce. For this reason, mahr, a right dedicated to the women in Islamic family law, is not known as necessary in today's Turkey and it seems hard to say that mahr is put into practice.*

*The mahr itself has not been emphasized in details in this article and the subject's reflections on past religions and cultures have been examined and the conclusions of the questionnaire study have been left to the readers' evaluation*

**Keywords:** *Islamic family law, women, mahr, questionnaire*

**GİRİŞ**

Geçmiş din ve kültürlere bakıldığında hemen hemen her toplumda evlenecek olan kadına veya ailesine bir miktar para veya mal verildiği bilinmektedir. Söz konusu ödemeler Batı literatüründe “brideprice”, “bridewealth” olarak adlandırılmaktadır. Buna karşılık kız tarafının koca

evine gelirken getirdiği mal anlamına gelen “dower”, “dowry” gerek Kilise hukukunda gerekse Musevi hukukunda yerini almıştır<sup>1</sup>.

Öncelikle Yahudi hukukuna baktığımızda, özellikle Yahudiliğin ilk dönemlerinde evliliğin çoğunlukla erkek ile kızın babası arasındaki bir anlaşma şeklinde gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Söz konusu evlilik kararında evlenecek kadının da bir dereceye kadar söz sahibi olduğuna dair örnekler zikredilebilir<sup>2</sup>. Musevi hukukuna göre evlilik akraba olmayan iki kişinin şahitliğinde nikah akdi ile yerine getirilir. Bu merasim sırasında erkek karısını maddi ve manevi olarak gözetip koruyacağına söz verir ve ölüm veya boşanma durumunda eşine ödemesi gereken meblağı kabul eder<sup>3</sup>. Erkeğin kadına yapacağı söz konusu ödeme Tevrat'ta “mohar” olarak isimlendirilmektedir<sup>4</sup>. Orta çağ Yahudilerinde kadına takdir edilen mohar parasının bir kısmı nikah sırasında gelinin babasına ödenmiş, kalan kısım ise boşanma veya ölüm esnasında kadına ödenmesi amacıyla ayrılmıştır<sup>5</sup>. Öte yandan evlenmek amacıyla bir kızı aldatmış erkeğin de kadına belli bir para ödemesi gerektiği Tevrat'ta bildirilmiştir<sup>6</sup>.

Mohar miktarı kadının bakire olması durumunda 200 zuzim, aksi takdirde 100 zuzim idi. Nikah devam ettiği müddetçe koca söz konusu meblağı ödeyip ödememekte serbest olup, kocanın ölümü ya da karısını boşaması durumunda ödeme aciliyet kazanırdı<sup>7</sup>. Yahudi hukukunda evleneceği kadına mohar ödemeye gücü olmayanların ise kızın babasına bir süre hizmet etmesi gerekirdi. Nitekim Hz. Musa'nın, kızıyla evlenebilmek için kayınpederinin yanında sekiz yıl kalıp hizmet ettiği bilinmektedir<sup>8</sup>.

19 yy. Süryani topluluğunda da benzer uygulamalara rastlanmaktadır. Nitekim Süryanilerde evlenecek kızın ailesine belli bir ödeme yapıldığı ve yapılacak ödemenin olağan bir durumun ötesinde, bir zorunluluk olduğu anlaşılmaktadır. Zira iki aile arasında, ödenecek miktar konusunda uzun

<sup>1</sup> Mona Sıddıqı, “Mahr: Legal Obligation or Rightful Demand?”, *Journal of Islamic Studies*, C. 6, Sa. 1, s. 14, 15; Bölgelere göre ödenen bedeller için bkz. Siwan Anderson, “The Economics of Dowry and Brideprice” *Journal of Economic Perspectives*, C. 21, Sa. 4, s. 151-174.

<sup>2</sup> Salime Leyla Gürkan, *Yahudilik*, b. 4, İstanbul 2012, s. 219.

<sup>3</sup> Rachel Biale, *Women and Jewish Law*, New York : Schocken Books 1984, s. 80; Gürkan, s. 181.

<sup>4</sup> *Kitab-ı Mukaddes (KM)*, Çıkış, 22/17

<sup>5</sup> Gürkan, s. 224.

<sup>6</sup> *KM*, Çıkış 22/16

<sup>7</sup> A.Z.E., “Ketubbot”, *Encyclopaedia Judaica*, C. X, s. 932.

<sup>8</sup> *Kur'an-ı Kerim (KK)*, Kasas 28/27; *KM*, Çıkış 2/21

süren pazarlıkların yapılip ona göre bir fiyat belirlendiği ifade edilmektedir. Hiç şüphesiz evlenirken yakınlarına yüklü miktarda para ödenen kızın, gelin geldiği evde diğer aile bireylerinden daha fazla çalışması; eşine ve ailesine hizmet etmesi de en az kendisi için ödenen meblağ kadar zorunluluk gerektiren bir durumdu<sup>9</sup>.

Başlık parasının karşılığı olan, kız ailesinin erkek tarafına ödediği meblağı ifade eden “drahoma” erkek tarafına, yeni bir ev kurmak konusunda yardım ve hediye amacıyla ödenir. Örneğin Hindistan bölgesinde kız babasının, kızı evlenip erkek tarafına yerleşmesine rağmen, damada bir miktar para ödediği ifade edilmektedir<sup>10</sup>. Drahoma uygulamasının bugün dahi birçok Avrupa ülkesinde devam ettiği bilinmektedir<sup>11</sup>.

Eski Araplarda da mehre benzer bir uygulamanın olduğunu görmekteyiz. Evlilik akdinde kadına belli bir ödeme yapılmazsa akit meşru ve geçerli sayılmamaktaydı. Kadına mehir ödemek sadece bir bedel değil, aynı zamanda bir şeref göstergesiydi<sup>12</sup>. Asıl olan mehrin evlenecek kadına verilmesiydi. Fakat genellikle evlenecek kadının velisi söz konusu ödemeyi alır<sup>13</sup> ve kadının koca evine giderken götüreceği çeyiz masraflarına sarf ederdi. Kimi zaman da veli malın tamamına el koyar ve kıza hiçbir harcama yapmazdı. Bu ödemenin evlenecek kızın velisine ait bir hak olduğuna inanılırdı<sup>14</sup>.

Eski Türk kültürü incelendiğinde farklı isimler altında evlenecek kızın ailesine veya yakınlarına çeşitli ödemelerin yapıldığı görülür. Orta Asya Türklerinde “kalın, kalın” Yakutlar’da ise “sülü” olarak isimlendirilen<sup>15</sup> geleneğin ilk kez Uygurların Sucı kabilesinde uygulandığı bilinmektedir<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> Murat Gökhan Dalyan, “19. Yüzyıl Nasturi ya da Doğu Süryani Toplumunda Kadın ve Kadının Sosyal Statüsü”, *SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sa. 19, s. 43.

<sup>10</sup> Victor Barnouw, *An Introduction to Anthropology-Ethnology*, C. II, b. 2, London 1975, s. 165.

<sup>11</sup> Mahmut Tezcan, *Türk Kültüründe Başlık Parası Geleneği*, Ankara 1998, s. 1-2; Barnouw, s. 165.

<sup>12</sup> Cevad, Ali, *el-Mufassal fi tarihi'l-Arab kable'l-İslam*, Beyrut 1970, C. V, s. 530.

<sup>13</sup> Mahmut Muhammed Şeyh, *el-Mehr fi'l-İslam beyne'l-mazi ve'l-hâzır*, el-Mektebetü'l-Asriyye, 2000, s. 20.

<sup>14</sup> Cevad, Ali, *el-Mufassal*, s. 531.

<sup>15</sup> Abdülkadir İnan, “Türk düşünlerinde Exogamie izleri” *Makaleler ve İncelemeler*, Ankara 1987, s. 347. Moğollar ve Orta Asya Türklerinin bir kısmında kalına “seb” adının verildiği kaydedilmektedir. Bkz. Rifat Özdemir, “Tokat’ta Ailenin Sosyo-Ekonomik Yapısı”, *Türk Tarihinde ve Kültüründe Tokat Sempozyumu* 2-6 Temmuz 1986, s. 111.

<sup>16</sup> Hüseyin Namık Orkun, *Eski Türk Yazıtları*, Ankara 1987, s. 156.

Eski Türklerde evlenecek kızın ailesine takdim edilen mal veya paranın,-evlilik akdini satış akdine benzetererek- bir satış bedeli olduğu yönünde yorumlar olsa da<sup>17</sup>, söz konusu ödemenin kızın fiyatı olarak telakki edilemeyeceği, bunun kızın çeyizine bir katkı veya terbiyesi için sarf edilen masraflara bir iştirak ya da süt hakkı olarak yorumlamanın daha doğru olacağı kanaati hakimdir<sup>18</sup>. Evlenecek kızın ailesine yapılan ödemeler günümüzde de özellikle kırsal kesimlerde “başlık, ağırlık veya namzetlik akçesi” adıyla varlığını sürdürmektedir<sup>19</sup>. Öte yandan evlenecek kızın baba evinden getirdiği çeyize Orta Asya Türklerinde “koşantı” Yakutlar’da ise “engene” tabiri verilmekte idi. Fakat kız tarafının bu çeyizi getirmesi zorunlu değildi<sup>20</sup>.

Sonuç olarak geçmiş din ve kültürlerde evlenecek olan kadına veya ailesine farklı isimler altında belli bir ödemenin yapıldığı anlaşılmaktadır. İslam hukuku incelendiğinde “mehir” adı altında evlenecek olan kadına yapılan ödemenin mahiyeti bakımından farklılık arz ettiği görülür.

## **I. İSLAM AİLE HUKUKUNDA MEHİR UYGULAMASI**

Lügatte sadaka<sup>21</sup> anlamına gelen mehir kelimesi İslam aile hukukuna göre evlilik esnasında ödenen para veya malı ifade etmektedir<sup>22</sup>. Mehirle ilgili ayetlere bakıldığında “fariza”<sup>23</sup>, “meta”<sup>24</sup>, “sadukat”<sup>25</sup>, “ucûr”<sup>26</sup> kelimelerinin kullanıldığı görülmektedir.

İslam hukukunda mehir, evlenecek kadının ailesine veya yakınlarına değil, bizzat kendisine yapılması gereken bir ödemedir. Bu yönüyle Eski

<sup>17</sup> Farklı görüşler için bkz. Hıfzı Timur, “Eski Hukukumuzda Nişanlanma ve Kalın” Ebul’ula Mardin’e Armağan, İstanbul 1944, s.1140-1142.

<sup>18</sup> Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk*, İstanbul 1947, s. 335; Bahaeddin Ögel, *Dünden Bugüne Türk Kültürünün Gelişme Çağları*, İstanbul 1988, s. 258-265; Ayrıca “Kalın”ın dört farklı anlamı olduğu bilinmektedir: 1. Kara mal, kızın babasına verilen kalın. Baba bunu daha ziyade kızın çeyizi için sarf eder. 2. Yelü: Yüzcümlüğü olarak da tabir edilen erkeğin nişanlısını ilk ziyaretinde verdiği hediye. 3. Tüy mal, miktarı 20-60 at arasında değişen ve düğün masraflarını karşılamak üzere verilen mal. 4. Süt hakkı, kızın anasına nişanlı erkek tarafından verilen hediye. Timur s. 1140.

<sup>19</sup> Özdemir, s. 110; Ayrıca bkz. Mustafa Aksoy, *Doğu Anadolu Kültürü Üzerine Bir İnceleme*, İstanbul 2007.

<sup>20</sup> Sadri Maksudi Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk*, İstanbul 1947, s. 336.

<sup>21</sup> İbn. Manzur, *Lisanu'l-Arab*, Beyrut 1994, C. V, s. 184.

<sup>22</sup> Muhammed Şeyh, *el-Mehir*, s. 25.

<sup>23</sup> KK, Bakara 2/236-237

<sup>24</sup> KK, Bakara 2/241

<sup>25</sup> KK, Nisa 4/4 (Saduka kelimesinin çoğulu)

<sup>26</sup> KK, Nisa 4/25 (ecr kelimesinin çoğulu)

Türklerdeki kalından ve günümüzde kırsal kesimlerde varlığını sürdüren başlıktan ayrılır. İslam Aile hukukunda mehir kadının hakkıdır ve bu hak, kadının rızası olmadan başka bir yakınına devredilemez. Söz konusu ödeme nakit olabileceği gibi mal da olabilmektedir. Konu ile ilgili ayetler incelendiğinde, mehrin evlenecek kadına ödenmesi zorunlu olan bir meblağ olduğu anlaşılmaktadır<sup>27</sup>. Erkeğin evleneceği kadına ödeyeceği mehri borç olarak telakki etmesi ve gönül rızasıyla vermesi gerektiği vurgulanmaktadır<sup>28</sup>. Ayrıca ayetlerde verilen malın miktarı ne olursa olsun, geri alabilmek için yalan beyanlardan kaçınılması gerektiğinin belirtilmesi oldukça manidardır<sup>29</sup>. Dolayısıyla İslam hukukunda erkeğin evleneceği kadına ödeyeceği para veya malı hediye olarak kabul etmesi ve verdiği malın ardına düşmemesi gerektiği öğütlenmektedir.

Öte yandan konu ile ilgili Hz. Peygamberin uygulamaları da dikkati çekmektedir. Evlenecek çiftin nikahını akdeden Hz. Peygamberin, akitten önce erkeğe hitaben kadına vereceği bir malının olup olmadığını sorduğu kaynaklarda mevcuttur. Erkeğin herhangi bir malının olmadığını ifade etmesi üzerine, küçük bir demir yüzüğün dahi olsa verilmesi gerektiğinin vurgulanması, mehrin kadına ödenmesinin gerekliliğini ifade etmesi açısından önemlidir<sup>30</sup>.

Mehir miktarı ile ilgili literatürde aşırıya gidilmemesi ve makul miktarların talep edilmesinin gerektiği vurgulansa da, mehrin üst sınırı ile ilgili herhangi bir ölçü bulunmamaktadır. Konu ile ilgili bir sahabi kadının mehir miktarlarının düşürülmesi ile ilgili Hz. Ömer'in uyarısına Kur'an'dan delil getirerek yaptığı itiraz kaynaklarda mevcuttur<sup>31</sup>. Zikri geçen tarihi olay değerlendirildiğinde mehre herhangi bir sınırlama getirmenin doğru olmadığı anlaşılmaktadır. Zira mehrin üst sınırı toplumdan topluma değişiklik arz edeceği gibi, söz konusu meblağı ödemekle yükümlü olan erkeğin maddi olanağını da ilgilendiren bir konudur. Öte yandan kadının toplum içerisindeki statüsünün veya o toplumdaki kadın algısının kararlaştırılan meblağın belirlenmesinde etken olması muhtemeldir. Burada ödenecek meblağa bir

---

<sup>27</sup> KK, Bakara 2/237, 241; Maide 5/5

<sup>28</sup> KK, Nisa 4/4.

<sup>29</sup> KK, Nisa 4/20.

<sup>30</sup> Buhari, Nikah, 51.

<sup>31</sup> Ebu Davud, Nikah 29, (2106); Tirmizi, Nikah 21, (1167); İbnu Mace, Nikah 17, (1887). Ayrıca bkz. Zekiyüddin Şaban, *el-Ahkâmu 'ş-şer 'iyye lil-ahvâli 'ş-şahsiyye*, Bingazi 1989, s. 261-262.



üst sınır belirlemekten ziyade, miktarın tespitini toplumların kendi örf ve an'anelerine bırakmak daha doğru bir davranış olsa gerekir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, İslam hukukçularının çoğunluğunun mehri nikah akdinin şartları arasında değil, sonuçları arasında zikretmeleridir. Dolayısıyla genel kanaate göre, mehirsiz veya mehir ödenmemek şartıyla yapılan nikahlar da geçerli kabul edilmiştir. Yalnızca Maliki hukukçular mehri nikahın şartlarından kabul ederek, mehirsiz yapılan nikahı geçersiz saymaktadır<sup>32</sup>. Maliki hukukçuları bu şekilde yorum yapmalarına sebep olan hiç şüphesiz mehirle ilgili ayetlerdeki gereklilik ifadesidir. Yalnız bir başka ayette mehir belirtilmeden evlenenlerin mali bir sorumluluğunun olmadığı, ancak boşadığı eşi memnun etmek için gönül alıcı bazı hediyelerin verilmesi gerektiğini bildiren ifade<sup>33</sup>, mehrin nikah akdinin şartı olmadığını kanıtlar mahiyettedir. Bu durum ayrıca, nikah akdinin bir satım akdi, mehrin de bir satış bedeli olmadığını göstermektedir. Nitekim nikah akdi bir satım akdi olarak telakki edilseydi, mehrin akdin sonuçlarından değil, temel şartlarından olması ve yokluğunda akdin de geçersiz olması icab ederdi<sup>34</sup>.

Mehre konu olan malın menfaat olup olamayacağı hususu ise literatürde ayrı bir tartışma konusudur. Hanefi mezhebi menfaati mal kapsamında değerlendirmede için, mehir olarak bir menfaatin tayin edilmesini geçerli görmemektedir. Bu şekilde mehir tayini yapıldıysa kadına mehr-i misil (benzer statüdeki kadınların mehrine bakılarak yapılan ödeme) ödenmesine karar verilir. Buna karşılık Şafii mezhebi aksi görüş bildirerek Hz. Peygamberin konu ile ilgili uygulamasını delil getirip Kur'an eğitiminin mehir olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir<sup>35</sup>. İslam hukukunda kadına ödenen mehrin kadın için sosyal bir güvence olduğu düşünülürse, mehir olarak herhangi bir menfaatin mal kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini savunan Hanefi ekolünün görüşünün daha isabetli olduğunu ifade etmek gerekir.

<sup>32</sup> İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müçtehid ve Nihayeti'l-Muktesid*, (tahk. Abdülmecid Tu'me Halebi) Beyrut 1997, C. 3, s. 54. Ayetlerdeki zorunluluk ifadesi sebebiyle mehir ödemenin yapılan nikahların geçersiz olduğu kanaati bazı şarkiyatçılar tarafından da dillendirilmiştir. Bkz. O. Spies, "Mahr", *EI2*, C. VI, s. 79.

<sup>33</sup> *KK*, Bakara 2/236.

<sup>34</sup> Aydın, M. Âkif, "Mehir", *DİA*, C. XXVIII, s. 390.

<sup>35</sup> Buhari, Nikah 37; Yemani, el-Beyan, IX, s. 374; Mezhep görüşleri için bkz. Abdurrahman el-Cezeri, *Kitabu'l-fikh alâ mezâhibi'l-erba'a*, Lübnan 1969, C. IV, s. 105-107.

## II. OSMANLI DEVLETİ'NDE MEHRİN UYGULANIŞI

Eski Türklerdeki kalın uygulamasının Osmanlı devletinde de varlığını sürdürdüğü görülmektedir. Zira kimi zaman kız ailesine veya yakınlarına ödenen kalın ile, kızın kendisine verilen mehrin ayrı ayrı tespit edilerek ödendiği görülmektedir. Nitekim Osmanlı sultanlarından I. Murat'ın kızı Nefise Sultan'ın Karaman Beyi Alaaddin Ali Beyle nikahlarında hem Nefise Sultan için mehir tespit edilmiş, hem de saraya “rusum-ı kalın-başlık” adı altında hediyeler gönderilmiştir<sup>36</sup>. Dolayısıyla buradan da mehir ile kalının farklı şeyler olduğu ve Osmanlı toplumunda ayrı telakki edildiği anlaşılmaktadır. Başka bir ifade ile mehrin hukuki, başlık ve kalının ise sosyal bir gereklilik olduğu söylenebilir<sup>37</sup>.

Tarihi vesikalara bakıldığında kadınlara ödenen mehir miktarlarının zamana ve bölgelere göre değişiklik arz ettiği anlaşılmaktadır. Osmanlı toplumunda kadınlara mehir olarak altın dışında bağ, bahçe gibi taşınmazların da takdir edildiği kayıtlarda mevcuttur<sup>38</sup>. Meblağ olarak yüksek tutulan mehrin çoğunlukla boşanma veya ölüme tehir edilen (Mehr-i müeccel) mehir olarak tespit edildiği görülse de, peşin ödenen mehrin (Mehr-i muaccel) de yüksek olarak takdir edildiğine rastlanmaktadır<sup>39</sup>.

Osmanlı toplumunda kadına takdir edilen mehir miktarlarına bakıldığında 1545-1659 tarihleri arasında düzenlenmiş Edirne Askeri Kassamı'na ait tereke defterlerinde kayıtlı 73 adet mehr-i müeccel miktarları, 400-120000 akçe arasında değişmekte olup, ortalaması 9005 akçedir. 1772-1835 yılları arasında Sivas bölgesinde 7000-81000 akçe arasında değişirken<sup>40</sup>, Tokat bölgesine bakıldığında 1771-1810 tarihleri arasındaki sicil kayıtlarında kadına ödenen mehrin 50-500 kuruş arasında olduğu gözlemlenmiştir<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> Aydın, M. Âkif, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul 1985, s. 106 (Aile Hukuku); Feridun Bey, *Münşeatüs-Selâtin*, İstanbul 1274-1275, I/105-107.

<sup>37</sup> Halil Cin, “İslam Hukukunda Mehir”, *AÜHFD*, XXIX/1-2, s. 225-226. Ancak Osmanlı'nın son döneminde kadına ödenen mehrin yanında, kadının babasına veya yakınlarına ödenen başlığın, zaman zaman evlenecek çiftler açısından külfet halini aldığı durumlarda, söz konusu uygulamanın ferman ve kanunnamelerle yasaklandığı görülmektedir. H.A.K. Md. 90: “Biz kızı tezvîc veya teslim için ebeveyn veya akrabasının zevceden akça ve eşyâ-yı sâire almaları memnûdur.”

<sup>38</sup> Halit Ongan, *Ankara'nın İki Numaralı Şer'iyeye Sicili*, Ankara 1974, s. 24, No: 307.

<sup>39</sup> Ongan, s. 61, No: 758.

<sup>40</sup> Saim Savaş, “Fetva ve Şer'iyeye Sicillerine Göre Ailenin Teşekkülü ve Dağılımı”, *Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi*, Ankara 1992, C. II, s. 520.

<sup>41</sup> Özdemir, s. 109.

Miktarlardan da anlaşıldığı üzere, kadına ödenen mehrin bölgelere göre ciddi oranda farklılık arz etmektedir.

Örneğin 18. yy. Ankara Şer’iyye Sicil kayıtları esas alınarak yapılan bir çalışmada, şehirde yaşamakta olan kadınların, kırsal kesimde ikâmet eden kadınlara oranla daha fazla mehir aldıkları anlaşılmaktadır. Şehirde tespit edilebilen en yüksek rakam 5000 kuruştur. Aynı dönemde 400 kuruşa bir ev satın alındığı düşünülürse, mehir olarak takdir edilen rakamın oldukça yüksek olduğu görülecektir<sup>42</sup>. Buna karşılık aynı yüzyılda Konya ilinde yapılan bir çalışmada köylü kadınların şehirli kadınlara oranla daha fazla mehir aldıkları tespit edilmiştir<sup>43</sup>. Konya ile Ankara ilinin konumları ve ekonomik seviyeleri; ayrıca Konya ilinin toprak zenginlerinin fazla oluşu, kadınlara ödenen mehir miktarlarındaki fazlalığı açıklar mahiyettedir.

Tarihi kayıtlar Anadolu’nun bazı bölgelerinde düğün masraflarında ve kıza verilecek çeyiz eşyalarında aileler arasında adeta bir yarışın olduğunu gösterir. 18. yy. sonu ve 19. yy. başlarında Kayseri’de söz konusu masrafları belli bir düzeyde tutabilmek adına, şehrin ileri gelenlerinin bir araya toplanıp ailelerin yapacağı azami masrafları kademeli olarak belirledikleri görülmektedir. Söz konusu sıralamada birinci grup (Eşrâf-ı kirâm) şehrin ileri gelenlerini temsil etmektedir. Birinci grupta yer alanların kızları için 5000 kuruş peşin (mehr-i muaccel) ve 1000 kuruşu da boşanma veya ölüme tehir edilmek üzere (mehr-i müeccel) ödenecek; buna mukabil kız tarafı da evlenecek kıza 20 kat elbise verecekti. Ziyafetlerin ve düğünün süresi ise bir haftayı geçmeyecekti. Orta halli kişileri ifade eden (Hacıyân) ikinci grup, 3000 kuruş mehr-i muaccel ile 750 kuruş mehr-i müeccel karşılığında 15 kat çeyiz vermekle yükümlü tutulacaktı. En alt gelir düzeyine sahip olan üçüncü grup ise 500 kuruş mehr-i muaccel ile 250 kuruş mehr-i müeccel alacak ve karşılığında 5 kat elbiseyi çeyiz olarak kızlarına vereceklerdi. Her grup için ayrı ayrı belirlenen para ve eşyalar dışında kız tarafının vermekte olduğu hizmetçi artık verilmeyecek ve başlık parası altında herhangi bir para talep edilmeyecekti<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Jülide Akyüz, “Evlenme Sözleşmesinin Önemli Bir Ögesi Olan ‘Mehir’ Hakkında Bazı Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi Tarih Araştırmaları Dergisi* 2005, C. XXIV, sa. 37, s. 217.

<sup>43</sup> Hayri Erten, *Konya Şer’iyye Sicilleri Işığında Ailenin Sosyo-Ekonomik ve Kültürel Yapısı (XVIII. yy. İlk Yarısı)*, Ankara 2001, s. 54-55.

<sup>44</sup> Musa Çadircı, *Tanzimat Döneminde Anadolu Kentleri’nin Sosyal ve Ekonomik Yapıları*, Ankara 1991, s. 326-327.

İslam hukukunda kadına verilen mehirin, çeyiz adı altında verilen eşyalara mukabil verilmediği bilinse de, Kayseri örneğinde ödenecek mehir miktarlarının kızın kendi evinden getirdiği eşyalara denk tutulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Bir bakıma evlenecek çiftlerin denkleğini de öngören söz konusu uygulamada evlenecek kıza ödenecek mehir miktarının en fazla 5000 kuruş olacağı anlaşılmaktadır.

Öte yandan uygulama alanının ne ölçüde olduğu bilinmemekle beraber, aynı yüzyılda devlet tarafından da mehir miktarlarıyla ilgili benzer bir düzenlemenin yapıldığı ve konu ile ilgili bir ferman çıkarıldığı görülmektedir. Söz konusu fermanda evlenecek olanlar dört ayrı gruba ayrılarak verilecek mehir miktarlarının sınırları belirtilmiştir. Buna göre birinci gruptakiler mehir-i muaccel olarak 1000 kuruşu, mehir-i müeccel olarak 10 adet yüzük mecediyye altını verirken; ikinci gruptakiler mehir-i muaccel olarak 500 kuruşu, mehir-i müeccel olarak 5 yüzük mecediyye altını verecekleri belirtilmektedir. Üçüncü gruptakiler mehir-i muaccel olarak 100 kuruşu, mehir-i müeccel olarak 3 adet yüzük mecediyye altını ve dördüncü grup ise 30 kuruştan 100 kuruşa kadar mehir-i müeccel ve uygun bir miktarda da mehir-i muaccel verecekleri belirtilmektedir<sup>45</sup>. İslam aile hukuku teoride mehir miktarına bir sınırlama getirmemesine rağmen, zikri geçen düzenlemenin toplumda ödenen mehir miktarlarında aşırıya gidilmesini önlemek ve gençler arasında evliliği kolaylaştırmak amacına yönelik olması ile açıklanabilir.

İslam aile hukukunda mehre konu olan mal veya paranın tasarruf hakkının tamamen kadına ait olduğu bilinmektedir. Ne var ki uygulamada eşlerin ya da kadının diğer yakınlarının söz konusu malda kadına sormadan tasarrufta bulunduğu sicillerden anlaşılmaktadır. 1541 tarihli Gaziantep 2 numaralı şer'iyeye sicil defterindeki bir kayda göre, kadının mehre konu olan malının kardeşi tarafından satıldığı anlaşılmaktadır. Bunun üzerine mahkemeye başvuran kadın malını talep etmektedir. Dava, kadına takdir edilen bir mal ile sonuçlanmıştır<sup>46</sup>. Ayrıca mehir alacağının kocaya hibe edilmesi de mümkündür. Nitekim Osmanlı toplumunda mehirlerini kocalarına hibe edenlerin söz konusu hibeleri sicile kaydettikleri anlaşılmaktadır<sup>47</sup>.

Mehir hakkının koca üzerinde bir borç olduğu ve evlilik birliği içerisinde kadına ödenmediyse boşanma veya ölüm esnasında kadının bu

---

<sup>45</sup> Aydın, Aile Hukuku, s. 142; Ayrıca bkz. Hüseyin Hatemi, *Hukuk ve Ahlakta Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, İstanbul 1962, s. 272 vd.

<sup>46</sup> Şer'iyeye Sicilleri (Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı), haz. Ahmet Akgündüz, C. I, s. 272, G2/91 (303).

<sup>47</sup> Şer'iyeye Sicilleri, C. I, İstanbul 1988, s. 269, K1(13).

hakkı talep edebileceği bilinmektedir. Osmanlı mahkemelerine gelen davalar arasında miras davalarının yanında, mirastan mehir borcunu talep eden davalar da bulunmaktadır. Nitekim 18 yy. Eyüp ilçesi tereke defterlerinde, kadınların tereke taksiminden önce haklarını talep ettikleri görülmüştür<sup>48</sup>. Ölen kocanın terekesinden mehir talebinin kimi zaman kızın babası tarafından da dava edilerek talep edildiğine dair kayıtlar mevcuttur<sup>49</sup>. Ayrıca kadının mehr-i müeccelini evlilik birliği içinde teslim alması sebebiyle, boşanma veya vefat halinde mehri talep etmeyeceği ya da mehirden kendi rızasıyla feragat ederek ayrıldığına dair beyanlar da mahkemede kayıt altına alınmaktaydı<sup>50</sup>. Mahkeme kayıtlarında mehir borcunu talep etmede, aile bireylerinin de karşı karşıya geldiği örneklere rastlanmaktadır. Yine 18 yy. Ankara şer'iyeye sicillerinden alınan bir örnekte, kocasının zimmetinde kalan mehir hakkının kendi öz oğlu tarafından kendi hissesine düşen diğer haklarla birlikte talep edildiği anlaşılmaktadır<sup>51</sup>. 20. yy.'da da mahkemelere intikal eden davalarda ölen eşin terekesinden mehir talebinin sürdüğü görülmektedir. Zira (8 recep 1332) tarihli Şam Kadılığı tarafından verilen ve Fetvahâne tarafından iki kere bozulan kararın, terekeden mehir talebini içerdiği anlaşılmaktadır. Karar usuli hatalar nedeniyle iki kere yerel mahkemeye gönderilmiştir<sup>52</sup>. Öte yandan terekeden mehir talep eden kadının söz konusu talebi mahkeme huzurunda şahitle ispatlaması gerekmektedir<sup>53</sup>. Aksi takdirde iddia ettiği mehri alamamaktaydı.

### III. GÜNÜMÜZ TÜRKİYE'SİNDE MEHRİN İŞLEVSELLİĞİ

Her şeyden önce toplumun özellikle aile hukuku alanında pratikte İslam aile hukuku kurallarını dikkate aldıkları bilinen bir gerçektir. Özellikle evlilik ve boşanmalarda söz konusu hukukun kurallarına göre hayatlarını tanzim eden insanların oranı azımsanmayacak ölçüdedir. Nitekim bugün belediyelerde şahitler ve misafirler huzurunda kıyılan nikahların dışında, birçok kişi “dini

<sup>48</sup> Aydın, “Eyüp Şer’iyeye Sicillerinden 184, 185 ve 188 No’lu Defterlerin Hukuki Tahlili”, *18 Yüzyıl Kadı Sicilleri Işığında Eyüp’te Sosyal Yaşam*, Ed: Tülay Artan, İstanbul 1998, s. 67; Ayrıca Özdemir, s. 109.

<sup>49</sup> “1285: Şaban oğlu Ahmet’in kızı Ümmi’ye ait 6 bin akçe mehr-i müecceli ölü damadı Abdurrahman’dan talep ve dava ettiğine dair zabtı.” Ogan, 2 Nolu, s. 98

<sup>50</sup> “Abdullah kızı Fatma’nın mehrinden ve iddet nafakasından vazgeçerek kocası Memi’den ayrıldığına ve bu hususta dava ve niza’ı kalmadığına dair.” Bk. Ogan, s. 14, No. 169.

<sup>51</sup> Akyüz, s. 221.

<sup>52</sup> Ceride-i İlmiyye, sy. 5; s. 222; Ayrıca bkz. C.İ., Sa. 15, s. 109; Saliha Okur Gümrükçüoğlu; “Ceride-i İlmiyye’de Yer Alan Kararlar Çerçevesinde Fetvahänenin Yargı Kararlarını Bozma Sebepleri” *Yalova Sosyal Bilimler Dergisi*, Sa. 4, s. 121-113.

<sup>53</sup> C.İ., Sa.15, s. 111-112; C.İ., Sa. 20, s. 357.

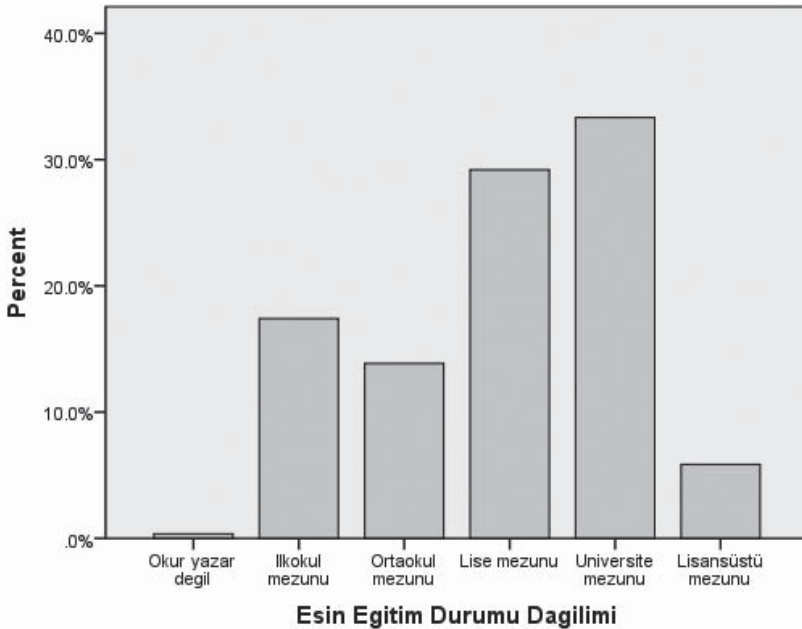
nikah” adı altında tekrar nikah kıydırmakta ve bu nikah esnasında İslam hukukunun kadına tanıdığı “mehir” hakkını da belirlemektedir.

İslam hukukunun kadına tanıdığı mehir hakkı konusunda yapılan araştırmada çarpıcı sonuçlara ulaşıldığını söylemek mümkündür. Yaptığımız alan araştırması İstanbul (Anadolu ve Avrupa yakası) ile Kayseri ilini kapsamakta olup 1700 kadını içermektedir. Elde edilecek verilerin sağlıklı olabilmesi için mümkün olduğu kadar farklı kültür ve ekonomik seviyedeki kişilerle görüşülmeye çalışılmıştır.

Elde edilen verilerde deneklerin % 81’i orta yaş diyebileceğimiz 30-49 yaş dilimine girmektedir. Buna karşılık 20-29 yaş aralığının % 7.1’de kalması bir bakıma evlilik yaşının geçmiş yıllara oranla yükseldiğini de ifade etmektedir<sup>54</sup>. Katılımcıların büyük bir çoğunluğu (%94) hâlen evli olduklarını bildirmişlerdir<sup>55</sup>.

#### **A.Kadınların Eğitim Seviyesi**

Yapılan ankette katılımcıların eğitim düzeyleri hakkında sorular sorulmuştur. Oluşturulan grafik aşağıda verilmiştir.



**Tablo 1: Kadınların Eğitim Durumu Dağılımı**

<sup>54</sup> 30-39 yaş arası: 685 kişi, 40-49 yaş arası: 694 kişi, 20-29 yaş arası: 121 kişi.

<sup>55</sup> Evli: 1591 adet; Boşanmış: 41 adet; Ayrı: 19 adet; Dul: 49 adet.

Grafikte de görüldüğü üzere lise ve üzeri eğitimi alan kadınların oranı, ilk ve ortaokul düzeyinde eğitim alanların oranından fazladır. Söz konusu verilerin diğer sorulara yansımalarına baktığımızda şu sonuçlara ulaşmak mümkündür.

**a. Kadının Mehir Hakkından Haberdar Olması:** Öncelikle genel tabloda kadınların İslam Hukukunun kadına tanıdığı mehir hakkından haberdar olup olmamasına bakıldığında % 84'lük bir kesimin (1412 kişi) haberdar olduğu, % 16'lık bir oranın ise (270 kişi) konu ile ilgili bilgisinin bulunmadığı tespit edilmiştir. Aradaki farkın büyük ölçüde olması, bize toplumun önemli bir kesiminin mehrin ne olduğu konusunda fikir sahibi olduğunu göstermektedir.

Kadınların eğitim seviyesinin mehir hakkından haberdar olmaya etkisinin olup olmadığının anlaşılması için, “eğitim seviyesi” ile “mehir hakkından haberdar olma” sorusunun karşılaştırılması gerekmektedir. Korelasyon sonucu aşağıdaki verilere ulaşılmıştır: İlkokul ve ortaokul mezunlarının da mehir hakkından yüksek denilebilecek oranda haberdar olması -ilkokul mezunu: %74 (323 kişi), ortaokul: % 93 (169 kişi)-, İslam aile hukukundaki mehir hakkında toplumun bilgi düzeyini göstermesi açısından kayda değerdir. Söz konusu oran lise ve üniversite düzeyinde de benzerlik arz etmektedir -lise: %85 (571 kişi), üniversite: %89 (307 kişi), lisansüstü: %85 (35 kişi)-. Elde edilen sonuçlara göre eğitim seviyesinin, mehir hakkından haberdar olma ile doğrudan bir etkisinin olduğunu söylemek güç gözükmemektedir. Nitekim bütün eğitim seviyeleri incelendiğinde mehir hakkından haberdar olma oranlarının birbirine yakın olduğu anlaşılmıştır. Dolayısıyla günümüz toplumunda hemen her eğitim düzeyinde, kadınların mehir hakkından haberdar olduklarını söylemek mümkündür.

**b. Mehrin Nikah Esnasında Tespit Edilmesi:** Mehrin çoğu katılımcı tarafından biliniyor oluşu, nikah esnasında tespit edilip edilmediği sorusunu da beraberinde getirmektedir. Mehrin nikah esnasında tespit edilip edilmediğine yönelik soruya, %90 (1503 kişi) gibi ezici bir çoğunluğun tespit edildiğini ifade ettiği görülmüştür. Bu da nikah esnasında çoğunlukla mehrin belirlendiğini kanıtlamaktadır. Buna karşılık mehrin nikah esnasında tespit edilmediği veya tespit edilip edilmediğinin hatırlanmadığını ifade edenlerin oranı ise % 10'larda (165 kişi) kalmaktadır. Bu sonuca göre toplumda nikah esnasında mehir tespitinin gelenek halini aldığını söylemek mümkündür.

Söz konusu soru eğitim düzeyi ile karşılaştırıldığında, kadınların eğitim düzeyleri yükseldikçe mehrin nikah esnasında tespit edilme oranında da

yükseliş olduğu belirlenmiştir. Zira mehirleri tespit edilenler arasında ilkökul mezunu kadınların oranı % 79 iken (344 kişi), ortaokul mezunları % 93 (162 kişi); lise ve üniversite mezunları % 94 (955 kişi); Lisansüstü olanlar ise % 100 (35 kişi) olarak tespit edilmiştir. Bu verilere göre kadının eğitim düzeyi yükseldikçe, nikah esnasında mehrin tespit edilme oranında da artış olduğu görülmektedir.

Yukarıdaki veriler ışığında şu tespiti yapmak mümkündür: Kadınların eğitim seviyelerindeki artış gerek kanunun gerekse dinin kendilerine tanıdığı hakları takip edip, söz konusu hakları talep etme noktasında daha bilinçli olduklarını göstermektedir.

**c. Mehrin Cinsi ve Miktarı:** Yapılan araştırmada mehir olarak tayin edilen meblağın çoğunlukla altın veya para olduğu (%90) belirlenmiştir. Altın ve para dışında gayr-i menkul, otomobil ya da manevi yönü ağırlıklı olan hac ve umre gibi talepler bulunsa da, bunların oranının yüksek olmadığını belirtmek gerekir.

Katılımcılara yöneltilen bir diğer soru mehrin miktarı ile ilgilidir. Mehir olarak tespit edilen altın miktarında, nisab miktarı olması sebebiyle 85 gr. esas alınmıştır. Genel tabloda, 85 gr. altın veya bu orana denk bir paranın üzerinde mehir tespit edilen kadınların oranı % 46 iken (551 kişi); 85 gr. altın veya buna denk paradan daha az mehir tespiti %31 (368 kişi) olarak belirlenmiştir. Nikah esnasında erkek veya erkeğin ailesi tarafından kadına takılan zinet eşyalarının da mehir (mehr-i muaccel) olarak kabul edilebileceği bilinmektedir. Takılan takıların mehir olarak tespit edildiği kadınların oranı %5 (63 kişi) olarak görülmektedir. Söz konusu oran yalnızca zinet eşyalarının mehir olarak tespit edildiği grubun oranıdır. Zira mehri, hem takılan zinet eşyası, hem de altın olarak takdir edilenler, gram olarak hesaplanıp birinci ve ikinci kategoriye dahil edilmiştir.

Öte yandan gayr-i menkul, arsa gibi değeri oldukça yüksek sayılabilecek mehir oranının % 2’de (27 kişi) kaldığını ifade etmek gerekir. Kadınlar tarafından mehir olarak talep edilen bir diğer başlık ise “hac ve umre” ibadetidir. Şüphesiz maddi bir yönü de bulunan söz konusu talebin daha ziyade manevi yönde bir istek olduğu anlaşılmaktadır. Literatürde menfaatin mehir sayılıp sayılamayacağı konusunda farklı görüşler olmakla birlikte söz konusu ibadetin de mehir olarak talep edildiği anlaşılmaktadır. Bu talebin oranı % 2.5 (42 kişi) olarak tespit edilmiştir.



	Sıklık	Yüzde	Geçerli Yüzde	Yığılmalı Yüzde
85 gr. altından fazla veya bu değerde para	551	32,4	45,8	45,8
85 gr. altından daha az altın veya bu değerde para	368	21,6	30,6	76,5
Takılan takılar	63	3,7	5,2	81,7
Gayri menkul, daire, dükkan ya da arsa	27	1,6	2,2	83,9
Otomobil	7	,4	,6	84,5
Hac veya umre	42	2,5	3,5	88,0
Hatırlamıyor	144	8,5	12,0	100,0
Toplam	1202	70,7	100,0	
Cevapsız	498	29,3		
Toplam	1700	100,0		

**Tablo 2:** Mehrin Miktarına Göre Dağılımı

Öte yandan mehir miktarı sorusunu cevapsız bırakan katılımcıların sayısı azımsanmayacak ölçüdedir. 1700 kişi arasından 498 kişinin ilgili soruyu boş bıraktığı görülmektedir. Mehir miktarını hatırlamayanlar ise 144 kişi olarak tespit edilmiştir. Dolayısıyla 1700 kişi arasında 642 kişinin mehir miktarları tespit edilememiştir. İlgili soruyu cevapsız bırakanların mehir miktarını ifade etmek istemedikleri anlaşılmaktadır. Bunun birden fazla sebebi olabileceği gibi, miktarın çok düşük olması ihtimaller arasında sayılabilir.

Kadınların eğitim seviyelerinin mehrin miktarını tespitinde herhangi bir etkisinin olup olmadığını anlamak için, eğitim düzeyiyle mehir miktarının karşılaştırılmasında yarar vardır. Buna göre eğitim seviyesindeki artışın, kadınların mehir miktarlarına da yansdığı görülmüştür. Şöyle ki; 85 gr.'dan daha fazla altın veya buna denk para alanlar ilkökul mezunlarında %38 (94 kişi), lise mezunlarında % 48 (244 kişi), üniversite mezunlarında % 53 (159 kişi) ve Lisansüstü seviyede % 60 (21 kişi) olarak tespit edilmiştir. Kişi sayısı

bulunan kategoriye göre farklılık arz etse de, oranlar incelendiğinde, eğitim seviyesi yükseldikçe mehir miktarlarında da bir artış olduğu anlaşılmıştır. Buna karşılık 85 gr.'n altında altın veya buna denk para olarak mehir alanlar ilk-orta ve lise düzeyinde daha yüksek iken; üniversite ve lisansüstü seviyede oranın düştüğü gözlemlenmiştir<sup>56</sup>. Öte yandan manevi değeri olan hac ve umre ibadetinin mehir olarak talebinin üniversite ve lisans üstü düzeyde daha yüksek olduğunu da belirtmek gerekir.

Bu karşılaştırmadan kadınların eğitim düzeyleri yükseldikçe mehir olarak talep ettikleri meblağların da yükseldiği söylenebilir. Araştırmaya göre eğitim düzeyi yükseldikçe mehir olarak istenen meblağın maddi olarak arttığı düşünülürse, eğitim olarak en üst seviyede olan grubun hac ve umre ibadetinin teminini talep etmesi, maddi bir menfaatten öte manevi bir tatmini ifade ettiği şüphesizdir.

**d. Mehrin Teslim Alınması:** Bir diğer soru başlığı ise mehri tespit edilen kadınların söz konusu mal veya parayı teslim alıp almadıklarına ilişkindir. Genel tabloda 1700 katılımcıdan 1116 kişinin (% 70) mehrini teslim almadığı, 451 kişinin teslim aldığı (% 29), 14 kişinin ise kısmen teslim aldıkları (% 1) anlaşılmaktadır. Çıkan sonuçlardan da anlaşıldığına göre kadınların üçte ikilik kısmı mehrlerini teslim almamışlardır. Mehrini teslim aldığını ifade edenler içinde %5'lik kesimin (63 kişi) mehir olarak zinet eşyalarının belirlendiği grup olduğu anlaşılmaktadır.

	Sıklık	Yüzde	Geçerli Yüzde	Yığılmalı Yüzde
Teslim aldı	458	26,9	28,8	28,8
Teslim almadı	1116	65,6	70,3	99,1
Kısmen teslim aldı	14	,8	,9	100,0
Toplam	1588	93,4	100,0	
Cevapsız	112	6,6		
Toplam	1700	100,0		

**Tablo 3:** Mehrin Teslim Alınma Dağılımı

<sup>56</sup> İlkokul: % 30 (74 kişi), Ortaokul: %37 (40 kişi), Lise: % 36 (180 kişi), Üniversite %20 (67 kişi), Lisansüstü %20 (7 kişi).

Söz konusu sonuç eğitim düzeyi ile karşılaştırıldığında şunları söylemek mümkündür. Öncelikle elde edilen verilere göre kadınların eğitim durumunun, mehrin teslim alınmasına doğrudan bir etki sağladığını söylemek güç gözükmemektedir. Zira gerek ilkokul ve ortaokul mezunlarının, gerekse lise ve üniversite mezunlarının üçte birlik kısmının mehrini teslim aldığı, üçte ikilik kısmının ise teslim almadığı anlaşılmıştır. Dolayısıyla eğitim seviyesinin mehrin nikah esnasında tespitinde ve miktarında etkili olduğu ve fakat teslim alma konusunda kayda değer bir etkisinin olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Mehrini teslim almayan kadınların bir kısmının mehirlerini eşlerine hibe ettikleri görülmekle beraber, büyük çoğunluğunun teslim almadığı veyahut bir kısmına razı olmaları konusunda ikna edildikleri anlaşılmaktadır.

Erkeklerin evli oldukları eşlerine mehirlerini ödememelerinin sebeplerine baktığımızda bunda birden fazla faktörün rol aldığını söylemek mümkündür. Öncelikle yapılan düğün masraflarında aşırıya gitmek, erkeğin ayrıca bir meblağı evleneceği kıza peşin olarak takdim etmesini güçleştirmektedir. Öte yandan evlenecek kızın evlenmeden önce peşin olarak bir para veya mal talep etmesi yöresel farklılıklar olmakla birlikte çoğunlukla “ayıp veya görgüsüzlük” olarak nitelendirilmektedir. Söz konusu nitelendirmenin kimi zaman evlenecek kızın kendi ailesinden gelen örnekleri de değerlendirdiğimizde, yüksek kabul edilebilecek bir miktarda mehir talebi erkek tarafından hüsn-ü kabul görmemektedir. Öte yandan evlenecek çiftler mehir konusunda kendi aralarında anlaşsalar dahi, nikahı akdeden kişinin erkek tarafına fazla külfet olmaması amacıyla mehir miktarını düşürme yoluna gittiği de anlaşılmaktadır.

Buna karşılık ikinci evliliğini gerçekleştiren kadınların evlenirken hayatlarını güvence altına almak maksadıyla para veya mal taleplerini, evlenecekleri erkeğe daha iyi ifade ettikleri görülmektedir. Söz konusu talep toplum nazarında da yadırganmamaktadır. Bunda erkeğin boşanmış veya ölen eşinden olan çocuklarının ikinci kadını kabul etmeme ve bir takım hilelerle mirasa konu olan mallardan faydalandırmama gerekçesi olduğu kadar, kadının kendini maddi olarak güvence altına alma isteğinin de olduğu göz ardı edilmemelidir.

Şu bir gerçek ki, toplumumuzda mehir genellikle boşamaya tehir edilmiş bir borç olarak telakki edilmektedir. Erkek karısının ve çocuklarının nafakasını temin ettiği sürece, kadına böyle bir ödemeyi yapmayı gereksiz görmektedir. Dolayısıyla evlilik birliği içerisinde erkeğin mehir borcunu kadına ödemesi nadirattandır.

**e. Mehrin Teslim Alınma Zamanı:** Mehirlerini teslim alan kadınların (%29) söz konusu para veya malı ne zaman aldığı bir diğer soru başlığıdır. Çıkan sonuçlara göre mehrini teslim alan kadınların önemli bir çoğunluğu (%84), söz konusu para veya malı nikah esnasında veya evlilik birliğinin ilk yıllarında almışlardır. %10'u çocuklar doğduktan sonra, %5'i ise boşanma esnasında teslim aldığını ifade etmektedir. 1700 kadından ölüm sebebiyle mehrini almaya hak kazanıp mehrini teslim alan 7 kişi olarak görülmektedir. Bu sayı ise mehrini alan grup içinde % 2'yi temsil etmektedir. Nitekim araştırmaya konu olan kadınların çoğunun, ölen eşin terekesinden mehir talep etme hakkının varlığından habersiz oldukları tespit edilmiştir.

	Sıklık	Yüzde	Geçerli Yüzde	Yığılmalı Yüzde
Nikah esnasında	138	8,1	29,7	29,7
Evliliğin ilk yılında	251	14,8	54,1	83,8
Çocuklar doğduktan sonra	47	2,8	10,1	94,0
Boşanma esnasında	21	1,2	4,5	98,5
Eşi öldüğünde	7	,4	1,5	100,0
Toplam	464	27,3	100,0	
Cevapsız	1236	72,7		
Toplam	1700	100,0		

**Tablo 4:** Mehrin Teslim Alınma Zamanı Dağılımı

Tablodan da anlaşıldığı üzere, mehrini kadına ödemeyi düşünen erkeklerin bunu nikah esnasında veya evliliğin ilk yıllarında yerine getirdikleri görülmektedir. Buna mukabil boşanma esnasında mehri kadına ödeyenlerin oranı, genel tabloda %1, mehri ödeyenler arasında %5'e tekabül etmektedir.

Boşanma esnasında bir kısım kadının mehrini eşine hibe ettiği (muhalâ'a) düşünülse de, bu oranın çok yüksek olmadığı kanaatindeyiz.

Mehrin teslim alınma zamanını kadınların eğitim düzeyi ile karşılaştırdığımızda şunları söylemek mümkündür. Mehrini nikah esnasında aldığını ifade edenler (%30) arasında ortaokul mezunları bulunmazken, ilkökul mezunları %8, Lise ve Üniversite mezunlarının %11 ve Lisansüstü düzeyde olanların %2 olduğu tespit edilmiştir. Söz konusu verilere göre, mehrini nikah esnasında peşin olarak alan kadınların lise ve üniversite düzeyinde bir miktar yükseldiği gözlenirken, lisansüstü seviyede önemli oranda düştüğü anlaşılmaktadır. Bu sonuçlara göre, kadınların eğitim seviyeleri yükseldikçe, mehrin nikah esnasında teslim alınma oranının da yükseldiği yorumu kısmen doğru olsa da; lisansüstü seviyesinde olanların oranındaki düşüklük, diğer sebeplerin de ihtimal dahilinde olduğunu gösterir. Örneğin lisansüstü seviyesinde olan kadınların mehir miktarlarının yüksek oluşu, erkeğin nikah esnasında söz konusu meblağı peşin olarak ödemesini güçleştirmektedir.

Mehrin evliliğin ilk yıllarında teslim aldığını ifade edenler (%54) içerisinde, ilkökul (%20) ve lise düzeyinde (%19) olanların öne çıktığı görülmektedir<sup>57</sup>. Bu verilere göre, eğitim seviyesi yüksekliğinin, mehri evlilik birliğinin ilk yıllarında teslim alınmasına doğrudan bir etkisinin olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Zira düşük eğitim düzeyi olan kadınların üniversite ve lisansüstü seviyesindekilere oranla mehirlerini ilk yıllarda teslim aldıkları görülmektedir. Bunda kadının eğitim seviyesinden ziyade erkeğin mehre atfettiği önem ve mehrin ödenebilir bir miktarda oluşu etkenlerinin rol aldığı yorumunu yapmak mümkündür.

**f. Mehrin Harcanma Yeri:** Katılımcılara yöneltilen bir başka soru mehrini teslim alanların aldıkları mal veya parayı nereye veya kim için sarf ettikleri sorusudur. Sonuçlara göre mehrini teslim alanların aldıkları para veya malı kendisi için harcayanların oranı % 34 olarak tespit edilmiştir. Buna karşılık eşi için harcayanlar %18 iken, eşine borç verenlerin oranı da %23 olarak belirlenmiştir. Bu durumda mehrini eşinin ihtiyacı için harcayan ve eşine borç verenler beraber değerlendirildiğinde, %40 oranındaki katılımcının aslında mehirlerini eşlerine geri verdiği veya eşlerinin ihtiyacı için sarf ettiği anlaşılmaktadır. Çocukların ihtiyacı için harcama yapanların oranı ise %14'de kalmıştır. Bu verilere göre mehrini teslim alan kadınların önemli bir oranının söz konusu para veya malı tekrar eşleri için harcamalarını, teslim aldıkları

<sup>57</sup> Ortaokul mezunu: %5, Üniversite mezunu: %8, Lisansüstü: %2.

paraya ihtiyaçlarının olmaması veya gerekli ihtiyaçlarının halihazırda eşi tarafından karşılanıyor olması şeklinde yorumlanması mümkündür.

	Sıklık	Yüzde	Geçerli Yüzde	Yığılmalı Yüzde
Kişisel ihtiyaçları için	128	7,5	34,0	34,0
Çocukların ihtiyaçları için	53	3,1	14,1	48,1
Eşinin ihtiyacı için	66	3,9	17,6	65,7
Eşine borç vermiş	87	5,1	23,1	88,8
Bir yakınına borç vermiş	21	1,2	5,6	94,4
Harcamamış, saklıyor	21	1,2	5,6	100,0
Toplam	376	22,1	100,0	
Cevapsız	1324	77,9		
Toplam	1700	100,0		

**Tablo 5** Mehrin Harcanma Yeri Dağılımı

Teslim alınan mehrin harcanma yeri sonuçlarını eğitim düzeyiyle karşılaştırdığımızda, kişisel ihtiyaçları için daha fazla harcama yapan grubun lise ve üniversite mezunları olduğu tespit edilmiştir<sup>58</sup>. Buna karşılık ilkökul ve ortaokul düzeyindeki kadınların kişisel ihtiyaç harcamalarının daha düşük olduğu gözlemlenmiştir<sup>59</sup>. Şüphesiz ki kadının eğitim düzeyi arttıkça, kendini ifade etmesi, iktisadi ve sosyal hayatta yer alması daha yüksek oranda mümkün olmaktadır. Çalışma hayatında var olan kadınların, çalışmayan kadınlara oranla kişisel ihtiyaçlarının ve dolayısıyla harcamalarının daha

<sup>58</sup> Lise mezunu % 47 (61 kişi). Üniversite mezunu %39 (26 kişi)

<sup>59</sup> İlkokul % 27 (34 kişi), ortaokul % 18 (7 kişi)

fazla olduğu bilinmektedir. Bu araştırmada da kadınların eğitim düzeyleri yükseldikçe, eşin ve çocukların ihtiyacından ziyade kendi kişisel ihtiyaçlarına harcama yaptıkları anlaşılmaktadır. Çocukları için harcama yapanların oranı incelendiğinde, ilkokul ve ortaokul düzeyinde olanların çocuklarına daha fazla harcama yaptıkları görülürken<sup>60</sup>; lise ve üniversite düzeyinde olanlarda, oranların düştüğü gözlenmektedir<sup>61</sup>.

Aldıkları mehirlerini eşlerine geri verenlerin oranı ilkokul ve ortaokul düzeyinde toplam %60 (33 kişi) olarak tespit edilmişken (İlkokul: %10, ortaokul: %50); lise ve üniversite düzeyinde oranın %19'a (19 kişi) gerilediği görülmüştür (lise: %10, üniversite: %9). Buna karşılık eşlerine borç veren kadınların oranlarına bakıldığında, eğitim düzeyiyle paralel olarak aradaki oran farkının önemli ölçüde kapandığı görülmektedir. Şöyle ki, eşine borç veren ilkokul ve ortaokul mezunları %50 olarak görülürken (47 kişi)<sup>62</sup>; lise ve üniversite düzeyinde olanlarda söz konusu oranın %46 (40 kişi)<sup>63</sup> olduğu gözlemlenmiştir. Dolayısıyla kadınların hibe kabilinden olmak üzere eşlerine harcama yapmak yerine, daha ziyade geri dönüşümü olacak şekilde eşlerine borç vermeyi tercih ettikleri anlaşılmaktadır.

**g. Mehir Hakkının Kanunen Güvence Altına Alınması:** Son olarak mehrin kanunen güvence altına alınıp alınmaması ile ilgili soruya katılımcıların büyük çoğunluğu (% 93) kanuni güvencenin gerekliliğine işaret etmiştir. Her ne kadar İslam hukukunda mehrin kadına ödenmesi koca üzerine bir borç olsa da, hukuki yaptırımla desteklenmeyen kuralların uygulama alanı bulması zor gözükmektedir. Hiç şüphesiz hukuki yaptırım, bir kuralın işletilmesinde en önemli etkidir. Daha genel ifade ile hangi öğreti ve felsefe olursa olsun, kurallar hukuk yaptırımıyla desteklenmediği sürece işlerlik kazanması mümkün değildir. Dolayısıyla yalnızca insanların vicdanlarına bırakılan haklar pratik hayatta yok olmaya mahkumdur. Bu sebeple katılımcıların çoğu ilgili soruda, kanuni güvenceyi talep ettiğini ifade etmiştir.

<sup>60</sup> İlkokul % 26 (33 kişi), ortaokul % 15 (6 kişi)

<sup>61</sup> Lise % 5 (7 kişi), üniversite % 10 (7 kişi)

<sup>62</sup> İlkokul %32, ortaokul %18.

<sup>63</sup> Lise %16, üniversite %30.

	Sıklık	Yüzde	Geçerli Yüzde	Yığılmalı Yüzde
Evet, isterim	1518	89,3	93,6	93,6
Hayır, istemem	103	6,1	6,4	100,0
Toplam	1621	95,4	100,0	
Cevapsız	79	4,6		
Toplam	1700	100,0		

**Tablo 6:** Mehrin Kanuni Güvence Altına Alınmasını Talep Etme Dağılımı

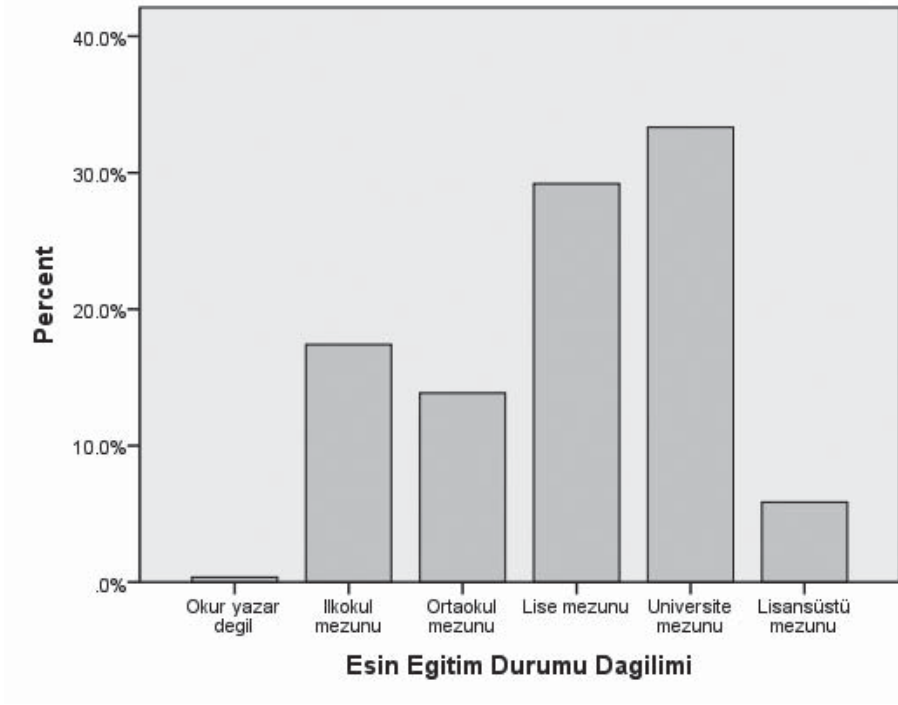
Eğitim seviyesi ile ilgili soru karşılaştırıldığında her düzeyde katılımcının kanuni güvenceyi yüksek oranda talep ettiği anlaşılmaktadır<sup>64</sup>. Söz konusu oran Lisansüstü seviyede %100 olarak tespit edilmiştir. Eğitim düzeyi lisansüstü seviyesinde olan kadınların oranının yüksekliği, mehir hakkının kanuni güvence altına alınmasının pratik faydalarına işaretin yanında, kanuni güvenceyi felsefi açıdan kadına tanınan haklar bağlamında değerlendirdiklerini göstermektedir. Ayrıca konu ile ilgili Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 27.05.2009 tarihinde verdiği bir karar da dikkate değerdir. Karar Medeni kanunun, evlenme sözleşmesi sırasında karı kocadan birinin diğerine bir mal veya para vermesini ya da vermeyi vaad edip bir süre ertelemesini yasaklamadığından bahisle, mehir sözleşmesinin bugün için de geçerli olduğunu ifade etmektedir. Nikah esnasında kadına verilmesi taahhüd edilen, para veya malın Borçlar Kanunu'nun 110. maddesinde yazılı olan üçüncü kişi yararına borç altına girme olmayıp, Borçlar Kanunu'nun 238. maddesinde düzenlenmiş olan bağışlama vaadi olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu vaadin geçerliliği ise yazılı olma koşuluna bağlıdır. Dolayısıyla ilgili kararda Yargıtay kadının adı yazılı sözleşme ile kayıt altına aldığı malın kendisine verilmesine hükmetmiştir<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> İlkokul: %95 (395 kişi), Ortaokul: %91 (147 kişi); Lise: %96 (628 kişi), Üniversite: %88 (306 kişi), Lisansüstü: %100 (35 kişi).

<sup>65</sup> Y, 1. HD., 27.05.2009, 2009/4577 E.N., 2009/6090 K.N.



## B. Erkeklerin Eğitim Seviyesi



**Tablo 7:** Erkeklerin Eğitim Durumu Dağılımı

Grafikte erkeklerin eğitim seviyeleri bulunmaktadır. Buna göre lise ve üniversite mezunu erkeklerin oranı %62 (1024 kişi) olarak gözükmektedir. Tablo 1’de kadınların eğitim durumunu gösteren grafiğe bakıldığında, oranlardaki benzerlik gün yüzüne çıkmaktadır. Zira kadınlarda da lise ve üniversite mezunlarının oranı %60 (1025 kişi) olarak tespit edilmiştir.

**a. Kadınların Mehir Miktarları:** Erkeklerin eğitim seviyeleri ile kadınlara tanınan mehir miktarının karşılaştırılması sonucunda şu verilere ulaşılmıştır.: Erkeklerin eğitim düzeyleri ile kadına tanınan mehir miktarlarında doğru orantı tespit edilmiştir. Başka bir ifade ile erkeklerin eğitim düzeyleri arttıkça eşlerine takdir ettikleri mehir miktarlarında da bir artış gözlemlenmiştir. Zira ilkököl mezunlarında 85 gr. altından daha fazla mehir takdir edenlerin oranı %37 (54 kişi) iken, bu rakam ortaokul mezunlarında %44 (67 kişi), lise ve üniversite mezunlarında %50’ye (171 kişi) ulaşmaktadır.

Buna karşılık eşlerine 85 gr. altından daha az para veya mal takdir edenler ilkökul mezunlarında daha fazla görülürken (%49-73 kişi), lise ve üniversite düzeyinde sayı yüksek görünse de söz konusu oranın düştüğü görülmektedir (%28-93 kişi). Oranların işaret ettiği sayılar kendi arasında farklılık gösterse de, erkeklerin eğitim düzeyleri arttıkça, İslam aile hukukunun kadına tanıdığı mehir hakkını bir vecibe olarak kabul edip, ödeyebilecekleri miktarları eşlerine takdir etmekten kaçınmadıkları anlaşılmaktadır.

**b. Mehrin Teslim Alınması:** Daha önce de ifade edildiği gibi genel tabloda kadınların büyük bir kısmının (%70) mehirlerini teslim almadıkları tespit edilmişti<sup>66</sup>. Erkeklerin eğitim düzeyleri ile mehir olarak takdir ettikleri meblağları kadınlara teslim edip etmemelerini karşılaştırdığımızda, eğitim seviyesinin mehri kadına teslim etme noktasında herhangi bir etkisinin olmadığı gözlemlenmiştir. Zira verilere göre mehrini teslim aldığı ifade eden kadınların eşlerinin eğitim düzeylerinin birbirine yakın olduğu tespit edilmiştir<sup>67</sup>. Buna karşılık mehrini almadıklarını ifade eden kadınların eşlerinin eğitim durumlarında da benzer durum tespit edilmiştir<sup>68</sup>. Sonuç olarak erkeklerin eğitim seviyesinin kadına mehri takdir ederken etkili olmasının yanında, söz konusu meblağın kadına tesliminde herhangi bir rolünün olmadığı gözlenmiştir.

### **C. Kadınların Gelir Düzeyi**

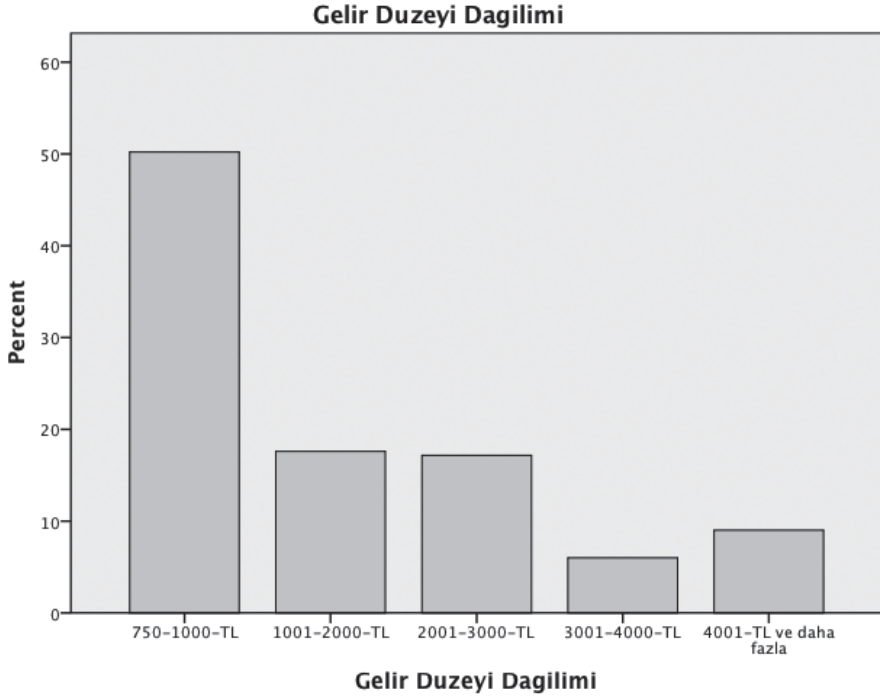
Kadınların gelir düzeyleri ile ilgili verilere geçmeden önce ankete katılan kadınların çalışma durumu ile ilgili bilgi vermek yerinde olacaktır. Katılımcıların büyük bir çoğunluğu (%90) çalışmadığını ifade etmektedir. Çalışanlar ve çalışmadığı halde sürekli bir gelire sahip olanlar 1700 kişiden 233 kişi olarak tespit edilmiştir. Aşağıdaki grafikte 233 kadının gelir düzeyi verilmiştir.

---

<sup>66</sup> Bkz. Tablo 3

<sup>67</sup> Mehrini teslim alan kadınların eşlerinin eğitim seviyeleri: İlkokul: %24, ortaokul: %25, lise: %31, üniversite: %30, lisansüstü: %28.

<sup>68</sup> Mehrini teslim almayan kadınların eşlerinin eğitim düzeyleri: İlkokul: %76, ortaokul: %75, lise: %69, üniversite: %70 ve lisansüstü: %72.



**Tablo 8:** Kadınların Gelir Düzeyi Dağılımı

Grafikte de görüldüğü üzere 233 kadından gelir düzeyi 750-1000 TL arasında olanlar birinci sırada bulunmaktadır. İkinci ve üçüncü gelir düzeyleri birbirine yakın olmakla beraber 3000 TL'nin üzerinde geliri olan kadın 35 adetle %2'lik dilime girmektedir.

**a. Mehrin Teslim Alınması:** Kadınların gelir düzeyi ile mehrin teslim alınması konusunda yapılacak karşılaştırma ancak 233 kişi üzerinden olacaktır. Bu tablo üzerinden değerlendirdiğimizde kadınların gelir düzeyleri arttıkça mehrin teslim alma oranlarında da artış gözlenmiştir. Zira verilere göre gelir düzeyi 700-1000 TL arasında olanların mehrin teslim alma oranları %12 iken (14 kişi), bu oran 1001-2000 TL arasında olanlarda %15 (6 kişi), 2001-3000 TL arasında olanlarda %50 (14 kişi), 3001-4000 TL arasında olanlarda %100 (14 kişi) olarak gözlenmektedir. Oranların ifade ettiği sayılar birbirine yakın görünse de, her grubu kendi içerisindeki sayıya

göre değerlendirdiğimizde, kadınların gelir düzeyleri arttıkça erkeklerin eşlerine takdir ettikleri mehirlerini ödedikleri sonucuna varabiliriz. Erkeğin söz konusu ödemeyi gerçekleştirmesinin altında, kadının toplum içindeki sosyo-ekonomik durumunun etkisi göz ardı edilemez. Ayrıca çalışan kadının çalışmayan kadına oranla aile bütçesine yaptığı katkı da muhtemel yorumlar arasında sayılabilir.

**b. Mehrin Harcanma Yeri:** Gelir düzeyi artan kadınların teslim aldıkları mehri kendi ihtiyaçlarından ziyade eşleri için harcadıkları tespit edilmiştir. Zira 1001-4000 arasındaki gelire sahip kadınlar mehri % 100 (6 kişi) kendi ihtiyaçları için harcadıkları halde, 4001 ve üzeri gelire sahip olanlar, aldıkları meblağı % 100 (7 kişi) eşleri için harcadıklarını ifade etmişlerdir. Bu sonuçtan yüksek gelire sahip olan kadınların ihtiyaçlarını kendi gelirleriyle karşıladıkları ve mehre konu olan paraya ihtiyaçlarının olmadığı anlamı çıkmaktadır.

#### **D. Erkeklerin Gelir Düzeyi**

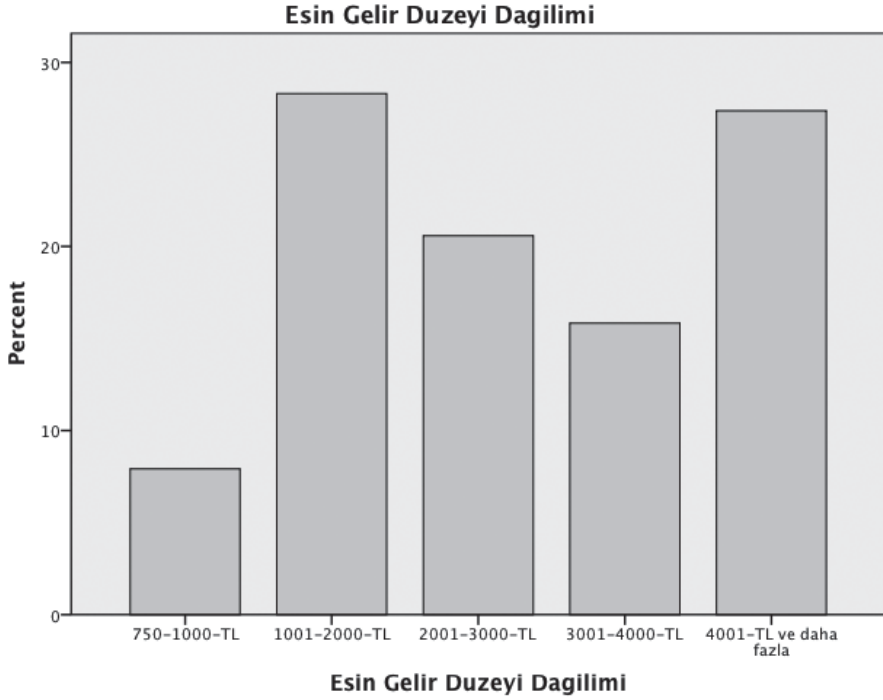
Grafikte görüldüğü üzere 1000-2001 arası<sup>69</sup> gelir düzeyine sahip erkekler ile 4001 ve üzeri gelir düzeyine sahip olan erkeklerin<sup>70</sup> oranları birbirine yakın gözükmemektedir (%28-%27). Öte yandan 750-1000 TL arasında olanların en düşük oranda olması (%8)<sup>71</sup> ankete katılan ailelerin gelir düzeylerinin orta ve üst düzeyde olduğunu kanıtlar mahiyettedir.

---

<sup>69</sup> 429 kişi.

<sup>70</sup> 415 kişi.

<sup>71</sup> 120 kişi.



**Tablo 9:** Erkeklerin Gelir Düzeyi

**a. Kadınların Mehir Miktarları:** Erkeklerin gelir düzeylerinin kadına takdir edilen mehir miktarına etkisinin olup olmadığı anlamak için söz konusu verileri karşılaştırmak faydalı olacaktır. Elde edilen sonuçlara göre, erkeğin gelir düzeyindeki artışın, kadına takdir edilen mehir miktarına az da olsa bir etki yaptığını söylemek mümkündür. Birinci derecedeki gelir düzeyini (750-1000 TL) hariç tuttuğumuzda, kadına 85 gr. altından fazla altın veya para takdir edenlerin, 1001-2000 TL gelir düzeyinde %39 (126 kişi), 2001-3000 TL gelir düzeyinde %48 (103 kişi), 3001-4000 TL gelir düzeyinde %52 (93 kişi) ve 4001 TL ve üzeri gelir düzeyinde ise %55 (175 kişi) olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla erkeğin gelir düzeyindeki artışın, mehir miktarındaki artışa da yansıtıldığını söylemek mümkündür. Başka bir ifade ile söz konusu iki veri arasında doğru orantının olduğu görülmektedir.

**b. Mehrin Teslim Alınması:** Erkeğin gelir düzeyi ile mehrin kadına teslimi arasında yapılan karşılaştırmada şu verilere ulaşılmıştır. Birinci düzey gelire sahip olanların %12'si (14 kişi) boşanma veya evlilik birliği içinde mehri kadına teslim ettiği görülmektedir. İkinci düzeyde (1001-2000 TL) söz konusu

oranın % 30 (123 kişi) gibi önemli ölçüde artış gösterdiği görülürken, üçüncü (2001-3000 TL) ve dördüncü düzey (3001-4000 TL) gelire sahip olanlarda düşüş gösterdiği anlaşılmıştır (%26)<sup>72</sup>. Beşinci düzeyde ise (4001'den fazla) oranın tekrar yükselerek %32'ye ulaştığı gözlenmiştir (121 kişi).

Yukarıdaki sonuçlara göre, erkeğin gelirindeki artışın mehri kadına teslimde doğrudan bir etkisinin olduğunu söylemek güç gözükmemektedir. Zira birinci gelir düzeyini hariç tuttuğumuzda diğer seviyelerdeki oranların birbirlerine yakın olduğu görülmektedir. Sonuç olarak erkeklerin gelir seviyesindeki artışın, kadına takdir edilen mehir miktarında doğrudan etkisi olduğu gözlemlenmişken, aynı sonucu mehrin tesliminde söylemek mümkün gözükmemektedir.

### **E. Dini Hayat**

Mehrin İslam Aile hukukunda erkeğe yüklenen bir borç olduğu daha önce ifade edilmişti. Hiç şüphesiz dini yaptırımı olan söz konusu borcun hak sahibine tevdiinde, erkeklerin dini emir ve ritüellerle olan ilgisinin konunun aydınlatılmasına vesile olacağı kanaatindeyiz. Anket soruları içerisinde katılımcıların dini hayatlarını sorgulayan soruların cevaplandırılması kişilere bırakıldığından, 1700 katılımcıdan 1460 adedi ilgili sorulara cevap vermiştir. Dolayısıyla cevap verilen sorulardan elde edilen bulguları, kadına mehri teslim edip etmeme verileri ile karşılaştırdığımızda şu sonuçlara ulaşılır.

	Sıklık	Yüzde	Geçerli Yüzde	Yığılmalı Yüzde
Evet, bütün dini emirleri yerine getiririm	822	48,4	56,3	56,3
Geçerli Bir kısmını yerine getirebiliyorum	608	35,8	41,6	97,9
Hayır, ilgilenmiyorum	30	1,8	2,1	100,0
Toplam	1460	85,9	100,0	
Cevapsız	240	14,1		
Toplam	1700	100,0		

**Tablo 10:** Erkeklerin Dini Emirleri Yerine Getirme Dağılımı

<sup>72</sup> 2001-3000 gelir düzeyi: 74 kişi. 3001-4000 TL gelir düzeyi: 58 kişi

Dini emirleri düzenli bir şekilde yerine getiren erkeklerin %36'sının mehri eşlerine teslim ettikleri görülürken (277 kişi), söz konusu emirlerin bir kısmını yerine getirdiği ifade edenlerde, mehrin kadına teslimi daha düşük bir oranda tespit edilmiştir (%24-134 kişi). Öte yandan dini hayat ve emirlerle ilgisinin olmadığı söylenen erkeklerde mehri eşine teslim eden olmadığı görülmüştür (%0). Bu verilere göre hayatlarında dini ritüellere daha fazla yer veren kişilerin, mehrin kadına ödenmesi konusunda daha duyarlı oldukları ve söz konusu borcu eşlerine ödedikleri anlaşılmaktadır. Buna karşılık dini hayatla pratikte bir ilgilerinin olmadığını ifade eden katılımcıların, mehrin teslimini gerçekleştirmedikleri saptanmıştır. Oran olarak %2'lik bir kesimi ifade eden söz konusu grubun (24 kişi) içerisinde dini nikah yaptırmaya gerek duymayan kişiler olması da muhtemel gözükmektedir.

	Sıklık	Yüzde	Geçerli Yüzde	Yığılmalı Yüzde
Geçerli Kıydırdı	1674	98,5	99,6	99,6
Geçerli Kıydırmadı	7	,4	,4	100,0
Geçerli Toplam	1681	98,9	100,0	
Cevapsız	19	1,1		
Toplam	1700	100,0		

**Tablo 11:** Dini Nikah Kıydırma Dağılımı

İslam hukukunda mehrin kadının hakkı olduğuna dair herhangi bir şüphe bulunmamasına rağmen, uygulamada bu denli ihmal edilmişinden birden fazla faktörün etken olduğunu söylemek mümkündür. Bunların başında konu ile ilgili iki tarafın veya iki ailenin yeteri kadar bilgi sahibi olmaması ve nikahı akdedenlerin taraflara bu konuda doyurucu bilgiler vermemeleridir. Yapılan araştırmadan da anlaşıldığı üzere, özellikle nikahı kıyanların konunun önemini vurgulamak yerine, söz konusu uygulamanın sembolik olduğunu ifade etmeleri meselenin önemini yitirmesinin sebeplerinden biri sayılabilir. Ayrıca mehrin formaliteden ibaret bir uygulama olduğu kanaati, akademik

çevrede de dile getirilen bir görüştür<sup>73</sup>. Hiç şüphesiz bu kanaatin, meselenin mahiyetinin ve maksadının toplum nazarında hakkıyla anlaşılmasına ve uygulamada ötelenmesine zemin hazırlayan unsurlardan birkaçıdır. Öte yandan mehrin fonksiyonel olduğu ve İslam hukukunda önemli bir boşluğu doldurduğu, özellikle erkeğin kadını boşama hakkını kötüye kullanmasına bir engel ve kadına da ekonomik özgürlük sağladığı kanaati de konu ile ilgili diğer görüşler arasında sayılabilir<sup>74</sup>.

Yapılan araştırmada erkeklerin söz konusu hakkın teslimi konusunda, iyi niyetli olduklarını söylemek güç gözükmektedir. Nitekim bazı örneklerde, evlilik birliği içerisinde erkeğin kadına ödemekle yükümlü olduğu nafakanın (yeme-içme barınma ihtiyacı), boşanma esnasında mehirden düşüldüğü ve kalan meblağın kadına takdir edildiği tespit edilmiştir. Buna karşılık söz konusu borcu boşanmaya veya ölüme tehir etmeden, evlilik birliği içerisinde tevdi eden kişiler de yok değildir. Zira araştırmanın sonuçlarında bazı erkeklerin, karısına ödeyeceği mehri evlilik boyunca taksitide bağlaması ve ödemeyi teahhüd etmesi örneği kayda değerdir.

## SONUÇ

1700 kadını kapsayan alan araştırmasında, İslam Aile hukukunda mehrin uygulamada ne kadar yer aldığı tespit edilmeye çalışılmıştır. Araştırmanın sonuçlarına göre ifade edilmesi gereken ilk husus, mehir olarak tespit edilen miktarların oldukça sembolik kaldığıdır. Yüksek sayılabilecek oranda mehir miktarının %5'i geçmediği tespit edilmiştir.

Mehir miktarlarındaki oranların genel itibariyle düşük olması, mehrin nikah esnasında konuşulan bir ritüelden öteye geçmediğini de kanıtlamaktadır. Nitekim nikahı akdeden kişilerin taraflara konu ile ilgili yeterince bilgi vermemesi veya mehrin gereksiz bir ayrıntıdan ibaret olduğunu ifade etmesi, hiç şüphesiz konunun ehemmiyetini ve dolayısıyla işlevselliğini yitirmesinin sebeplerinden biri sayılabilir. Bununla birlikte erkeklerin gelir düzeyindeki artışın, mehir miktarlarında da bir miktar artışı beraberinde getirdiği görülmüştür. Belli bir düzeyde gelire sahip olan erkeklerin nikah esnasında evlenecekleri kadına, daha yüksek oranda para veya gayr-i menkul takdir ettikleri anlaşılmaktadır.

---

<sup>73</sup> Halil Cin, "İslam Hukukunda Mehir", AÜHFD, XXIX/1-2, s. 223.

<sup>74</sup> Aydın, "Mehir", DİA, C. XXVIII, s. 390.



Öte yandan takdir edilen mehrin kadına teslimi konusunda oranların düşük olduğu tespit edilmiştir. Yapılan araştırmada evlilik birliği veya boşanma sırasında mehre konu olan mal veya parayı, kadına ödeyenlerin oranı % 29 olarak belirlenmiştir. Söz konusu oran yaklaşık olarak katılımcıların üçte birlik kısmını içermektedir. Erkeklerin gelir düzeyinin kadına mehir takdirinde etkili olduğu gözlenirken, teslimi konusunda önemli bir etkinin olduğunu söylemek güç gözükmemektedir. Dolayısıyla nikah esnasında, kimi zaman yüksek denebilecek oranda kadına mehir takdir edenlerin, söz konusu borcu ödeme konusunda aynı duyarlılığı göstermedikleri anlaşılmıştır.

Mehirlerini teslim alan kadınların önemli bir kısmının (%40), aldıkları mal veya parayı eşleri için sarf etmeleri, ya da eşlerine borç olarak vermeleri de dikkati çeken ayrı bir husustur. Mehre konu olan malı teslim alan kadın, söz konusu parayı kendine harcamak yerine eşi için sarf etmektedir. Bu durumu, kadının ihtiyaçlarının halihazırda eşi tarafından karşılanmasının yanında, kendi geliri sebebiyle söz konusu paraya ihtiyaç duymaması şeklinde yorumlamak mümkündür.

Evlilik birliği veya boşanma esnasında, kadına takdir edilen mehrin bir kısmını veya tamamını ödeyen erkeklerin, dini hayatlarında daha dikkatli ve duyarlı kişiler oldukları tespit edilmiştir. Bunda araştırmaya katılan katılımcı eşlerinin, mehre konu olan malı kadına teslim etmenin, dini bir gereklilik olduğuna dair kanaatlerinin rolü olsa gerekir. Zira dini yaşantıya daha mesafeli durduğunu ifade eden ve fakat yüksek sayılabilecek gelire sahip olan erkeklerin, kadına mehir adına herhangi bir mal veya para ödemedikleri anlaşılmaktadır. Bunda kadının gerekli ihtiyaçları karşılandıktan sonra, ayrıca mehir olarak bir ödemenin yapılmasının gereksiz olduğu görüşünün etkili olduğunu söylemek mümkündür.

Kadına mehir ödenmemesinin birden fazla sebebi olabilir. Birinci olarak çiftlerin evlenirken düğün masraflarında aşırıya gitmeleri, erkeğin ayrıca bir parayı evleneceği kadına peşin olarak vermesini zorlaştırmaktadır. Nitekim evlilik birliği kurulurken kadına takılan zinet eşyalarının da mehir (mehr-i muaccel) olarak kabul edilmesi mümkündür. Sonraya bırakılmış (mehr-i müeccel) mehir ise çoğunlukla (%70) ödenmemektedir. Mehrini teslim aldığı ifade eden kadınların bir kısmı, boşanma esnasında almışken; araştırmadan çıkan sonuca göre, ölüm durumunda mehre konu olan para veya malı alma hakkı olduğunu bilen ve söz konusu malı teslim alan katılımcı % 2 olarak belirlenmiştir.

Kadına mehir ödenmemesinin bir diğer sebebi ise, özellikle boşanma esnasında kadının mehrini erkeğe hibe etmesi durumudur. İslam Aile

hukukunda boşanma çeşitleri arasında zikredilen “muhala’a” uygulamasında kadın, erkekten alacağı mehir karşılığında boşanmaktadır. Çoğunlukla kusur ve geçimsizlik kadında olduğu ve erkeğin boşanmak istemediği durumlarda, hakim muhala’a’ya hükmederek eşleri ayırır. Bir bakıma manevi tazminat olarak da yorumlanabilecek olan uygulamada, kadının mehirden vazgeçmesi karşılığında boşanma gerçekleşir. Ancak araştırmamızda söz konusu uygulamanın esas alınarak evliliğin sonlandırıldığına dair herhangi bir kanıt bulunmamaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, konunun taraflar nezdinde gerektiği ölçüde bilinmemesi mehrin ödenmemesi sebepleri arasında sayılabilir. Zira yapılan araştırmada bir çok katılımcı evlenirken mehrin tam olarak ne anlama geldiğini bilmediğini ifade etmiştir. Hiç şüphesiz evlilik birliği içerisinde kadına mehrini ödemeyen erkeklerin, eşlerinin hakkını gözetmediği, ihtiyaçlarını karşılamadığı veya onları maddi anlamda mağdur bıraktığı gibi bir sonuca varmak gerçeklerle bağdaşmayacaktır. Ancak erkeğin boşanma esnasında İslam Aile hukukunun kadına tanıdığı bu haktan haberdar olup, nikah esnasında kararlaştırılan veya ödemeye taahhüd ettiği meblağı teslimi konusundaki çekincesi, ayrıca mehri ödememek için kadını maddi olarak borçlu duruma düşürmesi de ahlaki ilkelerle örtüşmemektedir.

Sonuç olarak günümüz toplumunda mehrin, evlilik birliği içinde veya boşanma esnasında kadına teslimi konusunda uygulamada ne denli yer aldığı araştırmanın sonuçlarından anlaşılmaktadır. Elde edilen bulgulara göre mehir, nikah esnasında miktarı belirlenen, sonrasında da çoğunlukla yerine getirilmeyen bir ritüelden öteye geçmemektedir. Hiç şüphesiz evlilik birliği mevzu bahis olduğunda kişilerin adalet ve hakkaniyet konusundaki duyarlılıkları daha fazla önem arz edecektir. Tarafların söz konusu birlikteliğe son vermeye karar verdiklerinde, duygusal davranmaktan ziyade ilkesel davranarak, birbirlerine olan maddi-manevi haklarını teslim etmeleri her şeyden önce insanlık onurunun bir gereğidir.

#### KAYNAKÇA

- A.Z.E., “Ketubbot”, Encyclopaedia Judaica, C. X, s. 932-934
- Aksoy, Mustafa, Doğu Anadolu Kültürü Üzerine Bir İnceleme, b. 2, İstanbul 2007.
- Akyüz, Jülide, “Evlenme Sözleşmesinin Önemli Bir Ögesi Olan ‘Mehir’ Hakkında Bazı Düşünceler”, Ankara Üniversitesi Tarih Araştırmaları Dergisi, C. XXIV, Sa. 37, s. 213-230.

- Anderson, Siwan, “The Economics of Dowry and Brideprice” Journal of Economic Perspectives, C. XXI, Sa. 4, s. 151-174.
- Arsal, Sadri Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul 1947.
- Aydın, M. Âkif, “Mehir”, DİA, C. XXVIII, s. 389-391
- Aydın, M. Âkif, “Eyüp Şer’iyye Sicillerinden 184, 185 ve 188 No’lu Defterlerin Hukuki Tahlili”, 18 Yüzyıl Kadı Sicilleri Işığında Eyüp’te Sosyal Yaşam, Ed: Tülay Artan, İstanbul 1998, s.65-72.
- Aydın, M. Âkif, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul 1985.
- Barnouw, Victor, An Introduction to Anthropology-Ethnology, C. II, b. 2, London 1975
- Biale, Rachel, Women and Jewish Law, New York : Schocken Books 1984.
- Buhari, Nikah, 51,37
- Ceride-i İlmiyye, sy. 5, 15.
- Cevad, Ali, el-Mufasssal fî tarihi’l-Arab kable’l-İslam, Beyrut 1970, C. V.
- Cezeri, Abdurrahman, Kitabu’l-fikh alâ mezâhibi’l-erba’a, Lübnan 1969, C. IV.
- Cin, Halil, “İslam Hukukunda Mehir”, AÜHFD, C. XXIX, Sa. 1-2, s. 199-254.
- Dalyan, Murat Gökhan, “19. Yüzyıl Nasturi ya da Doğu Süryani Toplumunda Kadın ve Kadının Sosyal Statüsü”, SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sa. 19, s. 37-48.
- Ebu Davud, Nikah 29, (2106)
- Erten, Hayri, Konya Şer’iyye Sicilleri Işığında Ailenin Sosyo-Ekonomik ve Kültürel Yapısı (XVIII. yy. İlk Yarısı), Ankara 2001.
- Feridun Bey, Münşeâtüs-Selâtin, İstanbul 1274-1275, C. I.
- Gümrükçüoğlu, Saliha Okur, “Ceride-i İlmiyye’de Yer Alan Kararlar Çerçevesinde Fetvahânenin Yargı Kararlarını Bozma Sebepleri” Yalova Sosyal Bilimler Dergisi, Sa. 4, s. 121-113.
- Gürkan, Salime Leyla, Yahudilik, b. 4, İstanbul 2012.
- Hatemi, Hüseyin, Hukuk ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1962.
- İbn Rüşd, Bidâyetü’l-Müçtehid ve Nihayeti’l-Muktesid, (tahk. Abdülmecid Tu’me Halebi) Beyrut 1997, C. III.

- İbn. Manzur, Lisanu'l-Arab, Beyrut 1994, C. V.
- İbnu Mace, Nikah 17, (1887)
- İnan, Abdülkadir, "Türk düğünlerinde Exogamie izleri" Makaleler ve İncelemeler, b. 2, Ankara 1987, s. 341-349.
- Mahmut Atay, "Hint Ailesinde Kadının Konumu," İzmir Ege Üniversitesi Sosyoloji Dergisi, Sa. 3, s. 173-192.
- Mahmut Muhammed Şeyh, el-Mehr fi'l-İslam beyne'l-mazi ve'l-hâzır, el-Mektebetü'l-Asriyye, 2000.
- Nesai, Nikah 66, (6,117, 118)
- O. Spies, "Mahr", EI2, C. VI, s. 78-80.
- Ongan, Halit, Ankara'nın İki Numaralı Şer'iyeye Sicili, Ankara 1974.
- Orkun, Hüseyin Namık, Eski Türk Yazıtları, Ankara 1987.
- Ögel, Bahaeddin, Dünden Bugüne Türk Kültürünün Gelişme Çağları, İstanbul 1988.
- Özdemir, Rifat, "Tokat'ta Ailenin Sosyo-Ekonomik Yapısı (1771-1810)", Türk Tarihinde ve Kültüründe Tokat Sempozyumu 2-6 Temmuz 1986, s. 81-144.
- Savaş, Saim, "Fetva ve Şer'iyeye Sicillerine Göre Ailenin Teşekkülü ve Dağılması", Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi, Ankara 1992, C. II, s. 504-547.
- Sıddıqui, Mona, "Mahr: Legal Obligation or Rightful Demand?", Journal of Islamic Studies, C. VI, Sa. 1, s. 14-24.
- Şer'iyeye Sicilleri (Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı), haz. Ahmet Akgündüz, C. I, s. 272, G2/91 (303).
- Şaban, Zekiyüddin, el-Ahkâmü's-şer'iyeye lil-ahvâli's-şahsiyye, b. 5, Bingazi 1989
- Tezcan, Mahmut, Türk Kültüründe Başlık Parası Geleneği, Ankara 1998.
- Timur, Hıfzı "Eski Hukukumuzda Nişanlanma ve Kalın" Ebul'ula Mardin'e Armağan, İstanbul 1944, s.1137-1149.
- Tirmizi, Nikah 22, (1114)
- Y, 1. HD., 27.05.2009, 2009/4577 E.N., 2009/6090 K.N.
- Yemani, el-Beyan, IX.

# İDARİ YARGIDA “GÖREV”, “İŞ BÖLÜMÜ”, “İŞ DAĞILIMI” PARADOKSU

Dilşat YILMAZ\*

## ÖZET

İdari yargı mevzuatındaki son dönem göze çarpan değişikliklerden biri “görev” kavramının yanısıra “iş bölümü”, “iş dağılımı” gibi klasik medeni usul hukuku kavramlarının da kullanılmasıdır. Ancak dikkat çeken husus ise, yapılan değişikliklerin bu kavramların içeriği ile örtüşmede sıkıntı yaratmasıdır. Bu sebeple mahkemelerin çözecekleri uyuşmazlıkları tespiti yönelik “görev”, “iş bölümü” ve “iş dağılımı” kavramlarının anlamları gözden geçirilerek, idari yargı mevzuatındaki kullanımların kavramlarla gerçek anlamda örtüşüp örtüşmediği belirlenmelidir. Bu bağlamda öncelikle söz konusu kavramların klasik medeni usul hukuku anlamları incelenecek, akabinde bu kavramların idari yargılama hukukunda kullanım şekilleri ve bu durumun, usul hukuku ile uyumsuzluk yaratan yönleri değerlendirilecektir. Çalışmanın sonunda ise, yapılan değişikliklerde uyumsuzluk yaratan hususla genel olarak bir kez daha ifade edilerek, bazı öneriler getirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Görev, iş bölümü, iş dağılımı, idare mahkemesi, vergi mahkemesi.

## THE PARADOX OF “JURISDICTION”, “DIVISION OF LABOUR”, “DISPERSAL OF LABOUR” IN THE ADMINISTRATIVE PROCEEDING

### ABSTRACT

The most marked amendements in the administrative jurisdiction regulations in the recent years are the usage of classic terms of civil procedural law, like “division of labour” “dispersal of labour” in addition to “jurisdiction”. But the conspicuous point of all these is, uncomformity of scope of these amendements with these terms. Because of this fact, the meanings of terms of “jurisdiction”, “division of labour” “dispersal of labour” -which are related to the types of disputes to be solved by courts-, and the confirmity of usage of these terms with the amendements in the administrative jurisdiction regulations must be regarded. In this scope, at first the classic meanings of these terms in civil procedural law will be analysed, then the usage of these terms in administrative proceeding law and dissonant parts of this utilization with the civil procedural law will be examined. In the last part, the uncomformity of these amendements will be again generally fixed and some proposals will be made.

**Keywords:** Jurisdiction, division of labour, dispersal of labour, administrative court, tax court.

\* Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

## GİRİŞ

Danıştay Kanunu'nun "dava dairelerinin görevleri" başlıklı 27. Maddesinin 2. Fıkrası<sup>1</sup> uyarınca; "İdari dava daireleri ile vergi dava daireleri kendi aralarında işbölümü esasına göre çalışır. Özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, dava daireleri arasındaki işbölümü karar tasarısı aşağıdaki esaslar uyarınca, Başkanlar Kurulu tarafından hazırlanır. Hazırlanan işbölümü karar tasarısı, toplantı tarihinden yedi gün önce ilân edilmek kaydıyla Genel Kurulun onayına sunulur. Genel Kurul, işbölümü karar tasarısını aynen onaylayabileceği gibi üye tam sayısının en az üçte birinin teklifi üzerine değiştirerek de onaylayabilir".

Bu düzenlemenin verdiği yetkiye dayanarak Başkanlar Kurulu tarafından hazırlanan Esas No : 2012/20 Karar No : 2012/20 sayılı kararın adı "iş bölümü" kararı olup, şöyle başlamaktadır: "2575 sayılı Danıştay Kanununun 27 nci maddesi gereğince, Danıştay Başkanlar Kurulunun 11/12/2012 tarih ve 2012/5 sayılı kararı ile hazırlanan Danıştay dava daireleri arasındaki işbölümü karar tasarısını görüşmek üzere, Danıştay Genel Kurulu 21/12/2012 tarihinde Danıştay Başkanı Hüseyin H. Karakullukcu Başkanlığında (132) üyenin katılımıyla toplandı. Danıştay dava daireleri arasındaki işbölümünün aşağıdaki şekilde belirlenmesine oybirliği ile karar verildi".

Danıştay Kanunu'nun 2011 yılından(6110 sayılı Yasa değişikliği) önceki halinde ise, hangi dava dairesinin idari ya da vergi dava dairesi olacağı yazılmak yerine bizzat kanun tarafından her dairenin hangi konudaki davaları çözeceği teker teker sayılmakta idi.

Yukarıdaki düzenlemelere bakıldığında "iş bölümü" kavramından bahsedilmektedir. Ancak, usul hukukuna ilişkin temel bilgiler dikkate alındığında bu kavramsal kullanımın yerindeliliğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

## I. USUL HUKUKU AÇISINDAN "İŞ BÖLÜMÜ"

İş bölümü usul hukukçuları tarafından "genel" ve "teknik" anlamda olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır: "Bir yerde aynı mahkemeden birden fazla bulunuyorsa, bunlar arasındaki ilişki genel anlamda iş dağılımı ilişkisidir. Bu ilişkiye iş bölümü<sup>2</sup> denilmekteyse de, biz kavram karışıklığını

<sup>1</sup> Aynı maddenin 1. fıkrası uyarınca, dava dairelerinden Üçüncü, Dördüncü, Yedinci ve Dokuzuncu daireler vergi dava dairesi; diğer dava daireleri ise idari dava dairesi olarak görev yapar.

<sup>2</sup> "Bir yerde(ilçede veya il merkezinde) birden fazla aynı çeşit mahkeme (sulh, asliye veya tica-

önlemek için bu ilişkiye iş dağılımı ilişkisi diyoruz. Dar ve teknik anlamdaki işbölümü, aynı yerde asliye hukuk mahkemesi yanında asliye ticaret mahkemesi kurulması durumunda ortaya çıkar”<sup>3</sup>.

İş dağılımı ise, “bir yerde bulunan aynı ad ve nitelikteki mahkemeler arasındaki ilişki” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>4</sup>. Örneğin İstanbul’daki sulh hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki, iş dağılımıdır.

Yargıtay yeni bir kararında konuya ilişkin önemli saptamalar yapmaktadır: “Ayrı bir (veya daha fazla) ticaret mahkemesi bulunan yerlerde, asliye hukuk ve ticaret mahkemeleri arasında görev değil, işbölümü ilişkisi olduğu belirtilmişti (Esasen, bir yerdeki birden fazla asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişki de bir işbölümü ilişkisidir; ancak buradaki işbölümü ilişkisi, gerçekte bir iç ilişki niteliğindedir. Aynı şekilde, bir yerdeki birden fazla ticaret mahkemelerinin ve birden fazla sulh hukuk mahkemelerinin kendi aralarındaki ilişki de, gerçekte iç ilişki niteliği taşıyan bir işbölümü ilişkisidir). Ancak, bir yerdeki birden çok aynı tür mahkeme; örneğin birden çok asliye hukuk mahkemesi arasındaki işbölümü ilişkisi (iç ilişki) ile, o yerdeki asliye hukuk ve ticaret mahkemeleri arasındaki işbölümü ilişkisi arasında şu iki önemli fark vardır: İlkin, ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki işbölümü, yukarıda belirtildiği üzere kaynağını kanundan almaktadır. Şöyle ki : Türk Ticaret Kanunu’nun 4. maddesinde ticari davalar sayılmış; 5. maddenin 1. fıkrasında aksine hüküm bulunmadıkça, müddeabihe göre ticari davaların sulh veya asliye hukuk mahkemelerince de görüleceği açıklanmış; 2. fıkra, ayrı ticaret mahkemesi bulunan yerlerde, asliye hukuk mahkemesinin görevinde olan ve 4. madde uyarınca ticari sayılan davalara ticaret mahkemesince bakılacağı belirtilmiş; 3. fıkra ise, kural olarak (münhasıran iki tarafın arzusuna tabi olmayan işlerle ilgili olanlar hariç olmak üzere) iş alanı (işbölümü) itirazının taraflarca ancak ilk itiraz olarak ileri sürülebileceği öngörülmüştür. Kanunun düzenlediği bu işbölümüne

ret mahkemesi) bulunması halinde, bunlar arasındaki ilişkiye işbölümü ilişkisi denir. Mesela, bir yerde üç asliye hukuk mahkemesi varsa, bu üç asliye hukuk mahkemesinin kendi aralarındaki ilişki (görev ilişkisi değil) işbölümü ilişkisidir”. KURU Baki-ARSLAN Ramazan-YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 214.

<sup>3</sup> PEKCANITEZ Hakan-ATALAY Oğuz-ÖZEKES Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 84. “Aynı yerde, ayrıca kurulmuş olması halinde asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişki iş bölümü ilişkisidir”. GÖRGÜN İ. Şanal-KODAKOĞLU Mehmet, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 101.

<sup>4</sup> ERCAN İsmail, Medeni Usul Hukuku, Themis Yayınevi, Ankara, 2011, s. 93.

*göre, bir yerdeki ticaret mahkemesi kanunda belirtilmiş olan ticari davalara; asliye hukuk mahkemesi ise bunun dışındaki hukuk davalarına (dar anlamda) bakacaktır. İkinci fark şudur: Birden fazla asliye hukuk mahkemesi bulunan bir yerdeki asliye hukuk mahkemelerinden birinde görülmekte olan bir davada, tarafların, o davanın, aynı yerdeki başka bir asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiği yönünde işbölümü itirazında bulunması mümkün olmadığı halde; o yerdeki asliye hukuk ve ticaret mahkemeleri yönünden böylesi bir işbölümü itirazının -örneğin, asliye hukuk mahkemesinde açılmış bir davayla ilgili olarak, oradaki ticaret mahkemesinin görevli bulunduğu veya bunun tersinin- ileri sürülmesi mümkündür”<sup>5</sup>.*

İdari yargıda iş dağılımı, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun’un 2. maddesinin 4. fıkrasının verdiği yetki uyarınca HSYK tarafından belirlenmektedir<sup>6</sup>. Bu ayırmda uyuşmazlığın türü değil, iş yoğunluğu dikkate alınmaktadır<sup>7</sup>. Uyuşmazlığın türüne göre yapılacak ayırım “göreve” ilişkin bir ayırım olup, Anayasamızın 142. maddesi gereğince yalnızca kanun tarafından yapılabilir. Söz konusu Anayasa maddesi uyarınca, “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri kanunla düzenlenir”.

Görev, uyuşmazlığın konusuna göre yapılan belirleme olup, uyuşmazlığın konusu uyarınca onu çözmekle hangi mahkemenin meşgul olacağını ifade etmektedir<sup>8</sup>. Görev, “*bir yargı yerinin, dava konusu bakımından yetkisini*” ifade etmektedir<sup>9</sup>. Görev kavramı genel olarak, bir yargı kolu içinde uyuşmazlığı hangi mahkemenin çözeceğini ifade etmekle beraber, geniş anlamıyla yargı kolları arasındaki ilişki bakımından da kullanılmaktadır<sup>10</sup>. Söz konusu kavram ayrıca, idari yargılama hukukunda “kamu düzenindedir”. Bunun anlamı yargılamanın her aşamasında tarafların görevsizlik

<sup>5</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2011/11-61, K. 2011/188, Karar Tarihi :15.04.2011. www.zaferkiremitci.av.tr., 05.11.2013.

<sup>6</sup> Düzenlemede “iş bölümü” ifadesi kullanılmaktadır.

<sup>7</sup> İdare ya da vergi mahkemeleri görev alanlarında olan ve kendilerine tevzi edilen uyuşmazlıkları çözmekten kaçınmazlar.

<sup>8</sup> “*Bir uyulmazlığın, konusu itibarıyla hangi yargı düzeninde ve o düzen içinde yer alan hangi mahkemede görüleceği, göreve ilişkin hukuk kurallarıyla düzenlenir*”. ÇOKAR Zühal, “Genel Olarak Görev ve Yetki Konusu”, İHİD, C. 6, S.1-3, 1985, s. 43.

<sup>9</sup> Bkz. ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargıda Kanun Yolları, 2. Bası, Asil Yayınevi, Ankara, s. 70. Danıştay “*Yargıda görev ve yetki kamu düzeni ile ilgili bulunduğuundan, kıyas yolu ile uygulama da yapılmaması gerekir*” vurgusunu yapmaktadır.D4D, 23.09.1985, E.1985/3552, K. 1985/2274, www.kararevi.com., 16.01.2014.

<sup>10</sup> ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Hukuku Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 45.



itirazı yapabilmesi, idari yargıcın da resen bunu dikkate alabilmesidir<sup>11</sup>. Danıştay bir kararında “görev” konusunun kamu düzeninden<sup>12</sup> olmasının anlamını açıklamaktadır: “İdari Yargıda görev ve kural olarak yetki kamu düzeninden olduğundan, taraflarca ileri sürülmesi bile davanın her evresinde mahkemelerce re’sen nazara alınması zorunludur. Buna göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermediği sürece o davaya bakmanın kendi görev ve yetki alanında bulunduğunu da kabul etmiş demektir. Başka bir anlatımla, bir davaya bakmakta olan idari yargı merciince, görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmediği sürece, o mahkemenin uyuşmazlığın çözümünde kendisini görevli ve yetkili görmüş olması olup bu hususu saptamak için mahkemenin ayrıca, görevli ve yetkili olduğuna dair bir karar yani “görevlilik” ya da “yetkililik” kararı vermesi gerekmemekte bu konuya ilişkin itirazların esas kararda karşılanması icabetmektedir. Bu kurala “görev” yönünden getirilen tek istisnanın “olumlu görev uyuşmazlığı” çıkarmaya ilişkin olarak 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun’un

---

<sup>11</sup> YILDIRIM Ramazan, Türk İdari Yargısında Görev ve Yetki”, AİD, C. 29, S. 3, s. 91.

<sup>12</sup> Kaplan bir müessesenin kamu düzeninden sayılmasının sonucunu belirtmektedir: “ Buna göre; bir husus eğer kanun veya içtihat ile “kamu düzeninden” sayılmış ise, o husus yargılamanın her safhasında hâkim tarafından re’sen nazara alınacaktır . Çünkü, bir husus eğer bu şekilde öncelikle ve özellikle gözetilmesi gereken bir düzeye çıkarılmışsa, buna riayet edilmeksizin verilecek her türlü karar peşinen yanlış sayılacaktır . Zira, bir hususun kanun veya içtihatla kamu düzeninden sayılmış olmasının altında, kamu yararını koruma düşüncesi yatmaktadır. Yani bu bakış açısına göre; kamu yararı ile kamu düzeni arasında bir örtüşme ve hatta özdeşlik bulunmaktadır”. KAPLAN Gürsel, “ İdari Yargı Yerlerinin Yetkisinin Kamu Düzeninden Sayılmasının Yol Açtığı Olumsuz Sonuçlar Ve Çözüm Önerileri Hakkında Bir İnceleme”, AYİM Dergisi, S. 23, www.ayim.gov.tr., 16.01.2014.

*10.maddesiyle yer aldığını vurgulamak gerekir*<sup>13 14 15</sup>.

Danıştay bir başka kararında da görev kurallarının “kamu düzeni”ni yanında “tabii hakim”<sup>16</sup> ilkesine ilişkin olduğuna değinmektedir. “*Kamu düzenine ilişkin nitelikler içeren ve doğal hakim ilkesinin de söz konusu*

<sup>13</sup> D5D, 23.03.1989, E. 1989/498, K. 1989/506, www.kararara.com, 16.01.2014.

<sup>14</sup> Mukayeseli Hukuka bakıldığında, Fransız İdari Yargılama Hukukunda “yetki”nin kamu düzeninden sayılması konusunda zaman zaman esnemeler olsa da, görev konusunun mutlak olarak “kamu düzenine” ilişkin sayıldığı ifade edilmektedir: “*Fransız Hukukundaki gelişmelere gelince, yetkinin kamu düzeninden sayılmasına ilişkin prensibin bizdekine göre biraz daha fazla zıkkaklı bir seyir izlediği görülmektedir. Örneğin, bir zamanlar, yetkinin mutlak ve kamu düzeninden sayılması ilkesini ihlale uğratacağı gerekçesiyle “reddi hâkim” müessesesine dahi hayat hakkı tanınmaz iken ; sonraları, yetkinin ne mutlak ve ne de kamu düzeninden sayılamayacağı ve tarafların “niyet”inden anlaşılabilen hallerde dahi sözleşme ile yetkili mahkemenin belirlenebileceği kabul edilmiştir . Kökeni itibariyle teşriî değil; içtihadî olan bu prensip , hiçbir zaman görev prensibi gibi mutlak bir biçimde kamu düzeninden sayılmamıştır “. KAPLAN, İdari Yargı Yerlerinin Yetkisinin Kamu Düzeninden Sayılmasının Yol Açtığı Olumsuz Sonuçlar Ve Çözüm Önerileri Hakkında Bir İnceleme”, AYİM Dergisi, S. 23, www.ayim.gov.tr., 16.01.2014. Fransız İdari Yargılama Hukukunda İdare Mahkemelerinin yetkileri maddi(matérielle) ve yer bakımından (territoriale) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır ve “görev”i karşılayan maddi anlamda yetki, idari uyumsuzluklar bakımından başkaca belirlenme yapılmadığı sürece(örneğin Conseil d’Etat’ın görevli kılınması gibi), uyumsuzluğun idare mahkemeleri çözüleceği anlamına gelmektedir. Söz konusu kurallar kamu düzenine(ordre public) olup, taraflarca yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi, hakim tarafından da dikkate alınabilir ve bu kurallar, önceden bir metinde öngörülmesi hariç, tarafların anlaşması ile ortadan kaldırılamaz. ROUALT Marie-Christine, Droit Administratif, Gualino, 7e édition, s. 210. Peiser de, kamu hukukunda he iki yetkinin de(maddi bakımdan ve yer bakımından) kamu düzeninden olduğuna vurgu yapmaktadır. PEISER Gustave, Droit Administratif General, Dalloz, 2011, s. 254.*

<sup>15</sup> Alman İdari Yargılama Hukukunda mahkemenin görevi(sachliche Zustaendigkeit) yani “konu bakımından yetki” şeklinde ifade edilmektedir. Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu(VwGO)’nun 45. maddesi uyarınca, idari yargı yeri, ilk derece aşamasında, idari yargı yolunun açık olduğu tüm uyumsuzluklarda karar verir. Alman İdari Yargılama Hukukunda “görev” noktasında sorun, uyumsuzluğu idare mahkemesi mi, üst idare mahkemesi mi yoksa federal idare mahkemesinin mi çözeceği konusundadır. Bkz. DETTERBECK Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, Verlag C.H. Beck, München, 2009, 7. Auflage, s. 501. Ayrıca söz konusu sorun sadece mahkemenin kontrol edeceği bir durum değildir, uyumsuzluğun tarafları da görevsizlik itirazında bulunabilirler. Alman idari Yargılama Hukuku’nda da tarafların “görev” konusunda anlaşma yapmaları söz konusu olamaz. BADER Johann, Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar Anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, C.F. Müller, 2007, s. 300., WOLFF Heinrich Amadeus-DECKER ANDREAS, VwGO-VwVfG-Studienkommentar, Verlag C.H.Beck, 2007, s. 131. İdari yargıda ilk derece aşamasında bir dava açıldığında ve bu mahkeme kararına karşı bir başvuru yolu yoksa, kural olarak uyumsuzluğu çözmeye idare mahkemeleri görevlidir. MULLER Bernd, Verwaltung Recht, Schnell Erfasst, Springer, 2004, s. 238. Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu incelendiğinde, “görev” konusunda bizde olduğu üzere, kavramsal bir kargaşa saptanamamaktadır.

<sup>16</sup> “*Yasalarla, önceden kurulmuş, görev ve yetkileri belli edilmiş mahkemenin yargıci*”. YILMAZ Ejder, *Hukuk Sözlüğü, Yetkin* Yayınevi, Ankara, 1996, s. 767.

*olacağı sonuçlara etkili olan mahkemelerin görevlerine ve yetkilerine ilişkin kuralların, idari yargulamada özel bir yeri ve önemi bulunmaktadır”<sup>17</sup>.*

## II. DANIŞTAY KANUNU VE “İŞ BÖLÜMÜ”

Danıştay’ın idari ve vergi dava dairelerinin çözecekleri uyuşmazlıkları belirleyen Başkanlar Kurulu kararına bakıldığında 1 ila 15. Daireler arasında uyuşmazlığın nevine göre bir dağıtım yapılmıştır. Başka bir ifade ile 2011 senesi öncesinde Danıştay Kanunu ile bizzat yapılan düzenleme , Başkanlar Kurulu kararı ile yapılmıştır. Çağlayan bu durumu “görev esasının terk edilerek işbölümü esasının kabul edilmesi” olarak adlandırmaktadır<sup>18</sup>. Ancak Danıştay Kanunu’nun tamamına bakıldığında, her ne kadar 27. maddede “iş bölümü “kavramı kullanılsa da, aynı konuya ilişkin “görev” kavramının da yasada korunduğu görülmektedir<sup>19</sup>. Örneğin Danıştay Kanunu’nun Başkanlar

<sup>17</sup> D8D, 15.12.1999, E.1999/2884, K.1999/7706, www.kararevi.com, 17.01.2014. Aynı yönde bkz. “ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 5’inci maddesinin 1’inci fıkrasında, aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunması halinde birden fazla idari işlemin bir dilekçe ile idari davaya konu edilebilmesine olanak tanıyan düzenlemenin amacı; aynı yargı yerinin görevine giren ve çözümleri ayrı emek gerektirmeyen idari uyuşmazlıkların aynı dava içerisinde görülmeleri sağlanarak, gereksiz zaman israfı ile masrafin önlenmesi ve farklı kararların verilebilmesi riskinin ortadan kaldırılmasıdır. Ancak; aralarında maddede aranan biçimde bağlılık ya da ilişki bulunsa bile, birden fazla idari işlemin aynı dilekçeyle idari davaya konu edilebilmesi için; bu durumun, kamu düzeni için öngörülen usul ve görev kurallarını ve bu kurullarla korunmuş ve Anayasasının 37’nci maddesinde öngörülen “kanuni hakim ilkesi” ni ihlal ediyor olmaması da gereklidir. Örneğin bu nedenle, Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak görevine giren davaya konu edilebilecek nitelikteki bir işlemlerle, idare veya vergi mahkemelerinin görevine giren davalara konu olması gereken bir işlemin; idare ve vergi mahkemelerince kurul halinde çözümlenmesi gereken davaya konu edilebilecek işlemlerle, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri Ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanunu’nun 7’nci maddesi uyarınca, bu mahkemelerin hakimlerinden biri tarafından görülebilecek nitelikteki davaya konu edilmesi gereken işlemin, aralarında açıklanan nitelikteki bağlılık veya ilişkiye karşın; birlikte ve aynı dilekçe ile aynı yargı yerinde idari davaya konu edilmeleri olanaklı değildir. Böyle bir duruma, kamu düzeniyle ilgili olan görev kuralını ve konusu belli miktarı geçmeyen davaların tek hakimce çözümlenmesini zorunlu kılan, “kanuni hakim ilkesi” ni ihlal edici sonuçları nedeniyle izin verilemez.” D7D, 04.02.2008, E.2005/2907, K. 2008/635, www.kararevi.com, 17.01.2014.

<sup>18</sup> ÇAĞLAYAN, İdari Yargı, s. 28.

<sup>19</sup> Doktrine bakıldığında da, “görev” yanında “görev dağılımı” gibi kavramlar da kavramları aralarında net bir ayırım yapılmadan kullanılmaktadır: “Ancak, belli şartların gerçekleşmesi halinde, iki vergi mahkemesi veya iki idare mahkemesi arasında da görev uyuşmazlığı çıkabilir. Şöyle ki yetki çevresi aynı olan birden fazla idare ve vergi mahkemesi kurulmuş olabilir. Örneğin İstanbul ve Ankara’da durum böyledir. Yargı çevresi aynı olan birden çok idare ve vergi mahkemesi arasında görev dağılımı yapılmaktadır. Örneğin bir numaralı ve iki numaralı idare mahkemeleri arasında görev uyuşmazlığı çıkabilir. Bu mahkemeler, aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevresinde oldukları için, bu görev uyuşmazlığı da, o bölge idare mahkemesi tarafından kesin olarak giderilir. Mahkemeler de Bölge idare mahkemesinin

Kurulu'nun görevlerini düzenleyen 52. maddesinin d fıkrasında<sup>20</sup>, Kurul'un Danıştay dava daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlıklarını çözeceği ifade edilmektedir<sup>21</sup>. Bu düzenlemenin yeni düzenlemeye adapte edilmesinin unutulması kuvvetli ihtimal olmakla beraber, söz konusu madde 2011 değişikliği öncesine kadar dava daireleri arası paylaşımın Çağlayan'ın da ifade ettiği üzere "görev" olarak kabul edildiğini açıkça göstermektedir<sup>22</sup>. O halde, en azından yazılı olarak (görünürde) iş bölümü esasına geçilmiş olduğuna göre, getirilen sistematığın teknik usul hukuku açısından "iş bölümü" kavramını karşılayıp karşılamadığı irdelenmelidir.

İşte bu noktada söz konusu ayrımın niteliğinin "görev", "iş bölümü" ya da "iş dağılımı"ndan hangisi olduğu saptanmalıdır. Bu belirlemenin önemi, söz konusu paylaşım ile ilişkin yapılan kabulün, farklı hukuki sonuçlar doğuracak olmasıdır. Örneğin, kavramsal olarak "iş bölümü" yazsa da, bu bir "görev" paylaşımı ise, anılan kurallara aykırılık İYUK'un 49. maddesi uyarınca bozma sebebi olacaktır<sup>23</sup>. Nitekim idari yargıdaki yerleşik uygulama da, dava dairelerinin görev alanına girmeyen uyuşmazlığı çözmesini bozma nedeni saymaktadır<sup>24</sup>. Başkanlar Kurulu tarafından yapılan saptama "görev" şeklinde

*bu kararına uymak zorundadırlar*". YILDIRIM, s. 9. "Şöyle ki, yetki çevresi aynı olan birden çok idare veya vergi mahkemesinin bulunması ve görev bakımından aralarında bir ayırım yapılmış olması durumunda, görev uyuşmazlığı söz konusu olabilir". GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 355

<sup>20</sup> Gözübüyük ve Tan da 52. maddenin 1. fıkrasının d bendine ilişkin olarak "görev" vurgusunu yapmaktadırlar. "...Uygulamada daireler arasında görev yönünden uyuşmazlık çıkabilmektedir". GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-TAN Turgut, İdare Hukuku Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 870.

<sup>21</sup> "Danıştay'ın yargı dairelerinin görevleri Danıştay Kanunu'nda belirtilmiştir. Buna karşın, uygulamada, daireler arasında görev yönünden uyuşmazlık çıkabilmektedir". GÖZÜBÜYÜK, s. 355.

<sup>22</sup> ÇAĞLAYAN, İdari Yargı, s. 28.

<sup>23</sup> "Diğer taraftan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 43/1-b maddesine göre, davaya bakacak idari yargı yerini belirleyen ve aynı maddenin 3. bendine göre de kesin olan ... Bölge İdare Mahkemesinin kararı, davanın bulunduğu o safhadaki kesinliği ifade eder ve bu kesinliğin amacı davanın daha başlangıçta merciisiz kalmamasını sağlamak, tarafların da mahkemelerin de görev ve yetki sorununu uzatarak işin sürüncemede kalmasını önlemektir. Yoksa bu kesinlik, temyiz merciinin, idari yargı içindeki görev ve yetki sorununu temyiz incelemesi safhasında ele almasını engelleyen nitelikte bir hüküm olarak yorumlanamaz. Çünkü aynı Kanunun 49. maddesinin 1/a bendinde "görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması" hali, ilk sırada incelenecek temyiz sebebi olarak sayılmaktadır". D9D, 28.06.2005, E. 2004/2380 K., 2005/1633, www.kararara.com, 16.01.2014. aynı yönde bkz. D7D, 06.10.2004, E. 2003/2544, K. 2004/2355, www.kararara.com, 16.01.2014.

<sup>24</sup> Bkz. ANADOLU Kerim, İdari Yargıda Görev ve Yetki, Suhulet Ofset, Ankara, 2003, s. 81., "Danıştay kanununda, Danıştay dava dairelerinin (vergi dava daireleri dahil) her birinin görev alanı belirlenmiştir (DK. m. 26-36). Ancak, buna rağmen uygulamada dava daireleri

yapılacak olursa, bu noktadaki hukuka aykırılık davanın her aşamasında dikkate alınacağı gibi, ayrıca bir temyiz nedeni olabilecektir. Oysa söz konusu durumun iş bölümü mevzuatta olması bozma sebebi olarak sayılmamaktadır<sup>25</sup>. Söz konusu durumun iş dağılımı sayılması için de aynı durum söz konusudur.

Başkanlar Kurulu'nun söz konusu kararına bakıldığında iş nevine göre yapılan paylaşımın Danıştay Kanunu'nun 27. Maddesine uygun yapıldığı görülmektedir. 27. Maddenin 1. fıkrasına göre “Dava dairelerinden Üçüncü, Dördüncü, Yedinci ve Dokuzuncu daireler vergi dava dairesi; diğer dava daireleri ise idari dava dairesi olarak görev yapar”. Söz konusu sınıflamanın daha önce bizzat kanun koyucu tarafından yapılırken, artık Başkanlar Kurulu kararı ile yapılması kanun koyucunun idari ve vergi dava dairelerinin kendi aralarındaki uyumsuzluk nevine göre yapılan ayrımı artık “görev” olarak kabul etmediği iddiasını desteklemektedir. Çünkü daha önce de ifade edildiği üzere, mahkemelerin görev alanlarının bizzat yasa ile düzenlenmesi gerekmektedir. Başka bir ifade ile yasa koyucu 2576 sayılı Yasada olduğu gibi hangi alanlarda idare hangi alanlarda vergi dava dairelerinin çalışacağını saptamış, idari ve vergi uyumsuzluklarının alt sınıflandırmalarını düzenleme yetkisini Başkanlar Kurulu'na bırakmıştır. Ancak bu noktada, akla gelen bir diğer soru mahkemelerin “görev”lerinin kanunla düzenlenmesi gereğinden anlaşılması gerekenin yani bu düzenlemenin kapsamının ne olmasının gerektiğidir.

Danıştay Kanunu'nun daha önceki sistematiğinden ortaya çıkan, 2011 yılına dek “kanunla” düzenlemekle kastedilenin uyumsuzlukların teker teker türlerinin de kanunla düzenlenme zorunluluğunu anlatmakta olduğudur. Dönem dönem idari yargılama hukukunda gündeme gelen tipik idari uyumsuzlukların kanun koyucu tarafından adli yargıya bırakılmasına ilişkin tartışmalar da, belli bir uyumsuzluğun ismen belirtilmesinin “görev” alanı içinde algılandığına işaret etmektedir. Kaldı ki, bir uyumsuzluğu çözmekle görevli yargı yolunu belirleme yetkisini kanun koyucu dışındaki iradelere bırakmak, temel hak ve özgürlükler açısından sakıncalı surumlar yaratabilecektir. Bu sakınca belki idare ve vergi mahkemelerinin çözeceği alanları ayırma bakımından,

---

*arasında da görev uyumsuzluklarının çıktığı görülmektedir...Danıştay'da açılan bir idari davanın hangi dairenin görev alanı içine girdiği, esas itibarıyla, Danıştay Genel Sekreteri'nin denetimi altındaki bir büro tarafından belirlenmekte ve buna göre açılan her idari dava ilgili dava dairesi'ne gönderilmektedir”. ZABUNOĞLU Yahya Kazım, İdare Hukuku Cilt 2, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 475.*

<sup>25</sup> Medeni Usul Hukukunda iş bölümüne aykırılık HMK'nun 113 ve TTK'nın 5. maddesi uyarınca bir ilk itiraz olup, iki tarafın arzusuna bağlı olmayan işerde ise yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir ya da mahkemece resen dikkate alınabilir.

vergi yargılamasının özgün nitelikleri gereği bariz biçimde ortaya çıkabilir. Gerçekten de idare ve vergi mahkemelerinin yargılamalarında özellikli bazı hususlar olması bu anlayışı desteklemektedir. Vergi yargılamasında İYUK yanında kendine özel bir anlam ve sistematığı olan VUK uygulanmaktadır. Ancak idari dava dairelerinin görevlerinin<sup>26</sup> kanunla düzenlenmesinde de aynı hal ortaya çıkabilir. Şayet uyuşmazlık nevine göre yapılan ayırım yasa koyucu tarafından yapılırsa, bu durumu düzenleyen yasayı gerek düzenlemek gerekse değiştirmek daha usullü bir süreç gerektireceğinden bireylerin hak arama özgürlüğünü kullanabilmelerini zorlaştırma engelini ortadan kaldıracaktır. Ayrıca, Başkanlar Kurulu kararının hukuka aykırı olması halinde işletilebilecek yollar ile kanunun hukuka aykırı olması halinde işletilebilecek olanlar farklı ama kanun cephesinde daha güvenceli görünmektedir. Örneğin dava dairelerinin görev alanlarına ilişkin Başkanlar Kurulu kararının hukuka uygunluğunun denetlenmesi talep edildiğinde, esasa girilemeden muhtemel tartışma bu işlemin “kesin ve yürütülebilir” yani “icrai” olup olmadığı noktasında toplanacak; işlem icrai bulunmazsa esasına ilişkin denetim dahi yapılamayacaktır. O halde görev bağlamında “kanun”la düzenlemeden anlaşılması gereken, uyuşmazlığın nevinin detayla düzenlenmesidir. Nitekim 2576 sayılı Yasada, idare ve vergi mahkemelerinin görev alanı düzenlenirken, vergi mahkemelerinin görev alanı uyuşmazlık nevine göre detaylı olarak sayıldıktan sonra, idare mahkemelerinin görev alanı vergi mahkemelerinin ve Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davaların dışındaki iptal ve tam yargı davaları olarak belirlenmiştir. Yapılan bu açıklamalar göstermektedir ki, kanun koyucu tamamen “görev”e ilişkin bir durumu “iş bölümü” kavramı altında açıklamaya çalışmaktadır.

Ancak ne var ki, kanun koyucunun “işbölümü” olarak nitelendirdiği durum, “teknik” anlamda bu kavramla da uyuşmamaktadır. Daha önce ifade edildiği üzere, “iş bölümünün” söz konusu olabilmesi için Asliye Hukuk ve Asliye Ticaret Mahkemelerinde olduğu üzere, -Asliye Hukuk mahkemeleri de birer Asliye Hukuk Mahkemesi olup, ticari davalara bakmakla görevli kılınmışlardır<sup>27</sup>- aynı türden olup; farklı niteliklere uyuşmazlıklara bakacağı

---

<sup>26</sup> Çokar, 2575 sayılı Danıştay Kanunu’ndan önceki dönemde, Danıştay Dairelerinin “görev” ayırımına uyarak dosyanın “konu”suna göre yargılama faaliyetini yerine getirdiğinden bahsetmektedir. ÇOKAR, s. 44.

<sup>27</sup> Danıştay Kanunu’nun eski halinde olduğu gibi dava dairelerinin görevleri bizzat kanun koyucu tarafından sayılmış olsa idi, belki burada “görev” ya da “teknik anlamda işbölümü” olduğu iddia edilebilirdi.

açıkça yasa koyucu tarafından<sup>28</sup> belirlenmiş iki mahkeme bulunması gerekmektedir. İşte bu sebeple, yasa koyucunun Danıştay Kanunu’nda yaptığı değişiklik metinde ifade edildiği üzere “iş bölümü” sayılamamaktadır.

Danıştay Dava dairelerinin işleri paylaşımın ilişkin Başkanlar Kurulu kararı son olarak “iş dağılımı” bağlamında ele alınmalıdır. Belki burada her bir idari dava dairesinin aynı yerdeki aynı tür mahkemelerden biri olduğu iddia edilebilecekse de- ancak bu kabul sadece idari ve vergi dava dairelerinin kendi içlerinde söz konusu olabilir-, Danıştay Kanunu’nun 52/d maddesinde Başkanlar Kuruluna Danıştay Daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlıklarını çözme görevini veren düzenleme korunduğu sürece bu paylaşım bir “iş dağılımı” da sayılamaz. Çünkü iş dağılımının söz konusu olduğu hallerde, uyuşmazlığı çözmekle ödevlendirilen mahkemenin bu dağıtım itiraz hakkı bulunmamaktadır<sup>30</sup>. Oysa ki, 52. madde uyarınca anlaşılan, Danıştay Dava Dairelerinin kendilerine gelen uyuşmazlıkları iş kapsamlarında görmeyerek itiraz etmek hakları bulunmaktadır. O halde Danıştay Kanunu’nda getirilen sistem teknik anlamda “iş dağılımı” da sayılamaz.

Bu noktada unutulmadan değinilmesi gereken diğer bir düzenleme Danıştay Kanunu’nun 26. Maddesinin ikinci fıkrasıdır. Bu düzenlemeye göre Başkanlar Kurulu, iş yükü bakımından zorunluluk olması halinde idari dava

<sup>28</sup> Türk Ticaret Kanunu Madde5-(1)Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalara bakmakla görevlidir.

(2)Bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan ve 4 üncü madde hükmünce ticari sayılan davalarla özel hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere asliye ticaret mahkemesinde bakılır. Bir yerde ticaret davalarına bakan birden çok asliye ticaret mahkemesi varsa, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, asliye ticaret mahkemelerinden biri veya birkaçı münhasıran bu Kanundan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebilir.

<sup>29</sup> (3)İkinci fıkrada yazılı durumlarda, sadece iki tarafın isteklerine bağlı olmayan işler hariç olmak üzere, bir davanın ticari veya hukuki niteliği nedeniyle mahkemenin iş alanına girip girmediği, taraflarca sadece ilk itiraz şeklinde ileri sürülebilir. İlk itiraz haklı görüldüğü takdirde dosya talep üzerine ilgili mahkemeye gönderilir. Kararın sözlü bildirim veya tebliği tarihinden itibaren on gün içinde yenilenecek davaya bu mahkeme bakmak zorundadır; ancak, davaya, davanın niteliğine göre uygulanması gerekli olan usul ve kanun hükümlerini uygular. Ticari bir davanın hukuk mahkemesi, ticari olmayan bir davanın ticaret mahkemesi tarafından görülmesi hükmün bozulması için yalnız başına yeterli bir sebep oluşturmaz.

(4)Görevsizlik sebebiyle dava dilekçesinin reddi hâlinde yapılacak işlemlere ve bunların tabi oldukları sürelerle ilişkin usul hükümleri, iş alanına ait ilk itirazın kabulü hâlinde de uygulanır.

<sup>30</sup> ERCAN, s. 93.

dairelerinden birini vergi dava dairesi olarak görevlendirebileceği gibi, vergi dava dairelerinden birini de idari dava dairesi olarak görevlendirebilecektir. Bu durum, bir üst paragrafta ifade edildiği üzere doğrudan göreve yani uyuşmazlık nevine ilişkin bir husus olup Anayasamızın 142. maddesi uyarınca bizzat kanun koyucunun kendisi tarafından yapılmalıdır.

İdare ve vergi mahkemelerinin kendi aralarında iş nevine göre yapacakları paylaşımın niteliği konusunda 2576 sayılı Kanununa Haziran 2013 de yapılan ekleme kanun koyucunun idare ve vergi mahkemelerinin her birinin kendi aralarındaki iş türüne göre yapılan paylaşımı konusundaki yaklaşımını ve kavramsal anlamda yaşadığı kafa karışıklığını yansıtmaktadır.. 2576 sayılı Kanun'un 2. Maddesine eklenen adı geçen 4. fıkra uyarınca *“Aynı yargı çevresinde birden fazla idare veya vergi mahkemesinin faaliyet gösterdiği hâllerde, özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak, mahkemeler arasındaki iş bölümü Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenebilir. Bu kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır. Mahkemeler; tevzi edilen davalara bakmak zorundadır”*. Söz konusu düzenlemeden anlaşılan kanun koyucunun bu durumu işin türüne göre bir ayırım diyerek bir yandan iş bölümü; mahkemelerin tevzi edilen dosyalara bakmaktan kaçınamayacağını belirterek de bir yandan da iş dağılımı olarak benimsediğidir. Kesin olan durum ise, uyuşmazlığın nevine ilişkin ve dolayısıyla mahkeme türünün değiştirilme yetkinin kanun koyucu tarafından bizzat kullanılmayarak, söz konusu durumun “görev” kapsamı içinde algılanmadığıdır. Ancak Danıştay Kanununda olduğu üzere burada söz konusu mahkemeler arasında Asliye Hukuk ve Asliye Ticaret Mahkemelerinde olduğu gibi -aynı türden mahkeme olup sadece çözeceği uyuşmazlığın niteliğinin farklı olması- bir ilişki söz konusu olmayıp, teknik anlamda bir iş bölümü söz konusu değildir.

## SONUÇ

Söz konusu yasal düzenlemeler ve Başkanlar Kurulu kararının incelemesinden çeşitli sonuçlar çıkarmak mümkün görünmektedir:

Yukarıda aktarılan yasa hükümleri ve Başkanlar Kurulu kararı, idari yargılama hukukunda uyuşmazlığın nevi bağlamında birtakım değişiklikler yapılmaya çalışıldığını ancak kavramsal bir kafa karışıklığı yaşandığını göstermektedir. Bu kafa karışıklığı kuvvetle muhtemel, değişikliklerin



yapılması sırasında usul hukukuna ilişkin kavramlara ilişkin nüansların gözden kaçırılmasının sonucudur<sup>31</sup>. Ne var ki, usul hukuku anlamında kurumların adlandırılmalarının farklı ve kendine özgü hukuki sonuçları olduğu düşünüldüğünde, söz konusu çalışmaların daha dikkatlice yapılması gereği hissedilmektedir. Ayrıca, kavramlar hatasız bir şekilde kullanılmış yani arzu edilen sonuca ulaşmayı sağlayacak şekilde seçilmiş olsa bile, yapılan kavramsal değişikliklerin mevzuatın tamamı ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Örneğin yukarıda da ifade edildiği üzere, Danıştay idari ve dava daireleri arasında “iş nevine” göre yapılan sınıflandırmaya “iş bölümü” denmekle beraber, Danıştay Kanunu’nun 52. maddesinde sadece “görev” kavramı kullanılmaktadır. İşte farkedilip de anılan ya da daha sonra farkedilip de anılacak kavramsal karmaşa ve bunların hukuki sonuçlarını önlemek adına, mevzuatta yapılacak değişikliklerin kavramsal zeminlerinin de sağlam bir şekilde hazırlanması gerekmektedir.

#### KAYNAKÇA

ANADOLU Kerim, İdari Yargıda Görev ve Yetki, Suhulet Ofset, Ankara, 2003.

BADER Johann, Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar anhand der höchststrichterlichen Rechtsprechung, C.F. Müller, 2007.

ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargıda Kanun Yolları, 2. Bası, Asil Yayınevi, Ankara.

ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Hukuku Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.

ÇOKAR Zühal, “Genel Olarak Görev ve Yetki Konusu”, İHİD, C. 6, S.1-3, 1985.

DETTERBECK Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, Verlag C.H. Beck, München, 2009.

ERCAN İsmail, Medeni Usul Hukuku, Themis Yayınevi, Ankara, 2011.

GÖRGÜN İ .Şanal-KODAKOĞLU Mehmet, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin ,Yayınevi,

---

<sup>31</sup> Ancak, bu yasal değişiklikler öncesi yazılı eserler de dikkate alındığında idari yargılama hukukunda “görev” ve “iş bölümü” kavramlarının pek çok yerde birbiri yerine kullanıldıkları görülmektedir. Temyiz nedenleri arasına “iş bölümü” ya da “iş dağılımı”nın eklenmemesi de belki bu yaklaşımın sonucu olarak görülebilir.

Ankara, 2012.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-TAN Turgut, İdare Hukuku Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

KAPLAN Gürsel, “ İdari Yargı Yerlerinin Yetkisinin Kamu Düzeninden Sayılmasının Yol Açtığı Olumsuz Sonuçlar Ve Çözüm Önerileri Hakkında Bir İnceleme”, AYİM Dergisi, S. 23, www.ayim.gov.tr., 16.01.2014.

KURU Baki-ARSLAN Ramazan-YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002.

MULLER Bernd, Verwaltung Recht, Schnell Erfasst, Springer, 2004.

PEISER Gustave, Droit Administratif General, Dalloz, 2011.

PEKCANITEZ Hakan-ATALAY Oğuz-ÖZEKES Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler”, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.

ROUALT Marie-Christine, Droit Administratif, Gualino, 7e édition.

YILDIRIM Ramazan, Türk İdari Yargısında Görev ve Yetki”, AİD, C. 29, S. 3.

YILMAZ Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1996.

WOLFF Heinrich Amadeus-DECKER ANDREAS, VwGO-VwVfG-Studienkommentar, Verlag C.H.Beck, 2007.

ZABUNOĞLU Yahya Kazım, İdare Hukuku Cilt 2, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.

# BİLGİ İLETİŞİM TEKNOLOJİLERİNİN DEMOKRASİ İÇERİSİNDE KULLANIMI VE DİJİTAL DEMOKRASİYE GEÇİŞ

Mehmet Ali ZENGİN\*

## ÖZET

Demokrasi çok derin boyutları olan büyük bir serüvendir ve bu yüzyılda da demokrasi kendi rotası boyunca ilerlemeye devam etmektedir. Ancak her serüven gibi demokrasi de modern çağın etkisi altında kendisini yenilemeye ihtiyaç duymaktadır. Bugün demokrasi kavramını yeni yaşam koşullarına göre tekrar ele alıyoruz. Bu noktada internetin demokrasinin tekrar tanımlanmasında büyük bir rolü olduğunu söyleyebiliriz. Eğer bu çağda teknolojik gelişmelere kapıları kapatmak imkânsız ise dijital dünya algısı içerisinde demokrasiyi yeniden tanımlamak gerekecektir. Diğer yandan bilindiği üzere siyasi katılım demokrasi içerisinde önemli bir role sahiptir. Ancak siyasi katılımın önünde engelli olma, yaşlılık ya da mesafe gibi pek çok zorluk ya da engel bulunmaktadır. Dahası bilgi eksikliği dahi siyasi katılım önünde ciddi bir engel olarak görülebilir. Bu noktada dijital demokrasi engelli olma, yaşlılık ya da mesafe gibi tüm engellerin kaldırılması ve siyasi katılım oranlarının artırılmasını önermektedir. Bununla birlikte güvenliğin sağlanması gibi ciddi sorunlar karşısında dijital imkânların kullanılması kolay olmayacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Demokrasi, Siyasi Katılım, İnternet, Seçim, Siyasi Haklar.

## USING OF INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES IN DEMOCRACY AND TRANSITION OF DIGITAL DEMOCRACY

### ABSTRACT

Democracy is a big adventure which has deep dimensions and in this century, democracy proceeds to go through its route. However, it needs to innovate itself under the effect of modern era, like in every adventure. Today, we reconsider democracy conception in the light of new life conditions. In this point, it can be said that internet is a huge role on redefinition of democracy. If it is impossible to close doors against technological developments in this era, redefinition of democracy will be necessity in the context of digital world. On the other hand, as we know political participation has a key role in the democracy. However, there are many difficulties or obstacles to

---

\* Yrd. Doç. Dr., Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. mazengin@ybu.edu.tr .

*participate political process, like disabling, agedness or distance. Furthermore, even lack of information can be seen a serious barrier in front of the political participation. In this point, dijital democracy offers to take all drawbacks such as disabling, agedness or distance and to augment political participation rates. Nevertheless, it will not be easy to practise dijital facilities against severe challenges like providing security.*

**Keywords:** *Democracy, Political Participation, Internet, Election, Political Rights.*

## GİRİŞ

Elektronik imkânların kullanılması modern demokrasinin en büyük iki problemi ile mücadele etmektedir. Bu problemlerden ilki bilgi sahibi vatandaşların giderek azalması, ikincisi ise siyasi katılım seviyesindeki düşüştür. Telekomünikasyonun yardımıyla vatandaşların temsili ile belli büyük siyasi konularda bağlantı kurulabilmekte ve bu durum kamuda bir ilgi uyandırmaktadır.<sup>1</sup> Bilgi iletişim teknolojilerinin (BİT) günlük hayatımıza girişi ve gündelik yaşantımızda giderek artan bir oranda yer kaplaması bunların siyasi faaliyetler için kullanımı bakımından da önemli fırsatlar sunmaktadır. Bu noktada özellikle internetin siyasi yaşamda kullanımı demokrasi teorileri bakımından yeni açılımları gündeme getirmektedir. Buna göre faturalarını internette ödeyen, iş başvurularını internette yapan, randevularını internette alan ya da davalarını internette takip edebilen seçmenler siyasi faaliyetleri de internette takip edebilmekte ve istedikleri takdirde bu faaliyetlere de bizzat katılabilmektedirler. Şüphesiz internet kullanımında yaşanan bu artışın ortaya çıkmasında kullanım maliyetinin düşmesinin yanı sıra gündelik hayatta bireylere sağladığı kolaylıklarda ciddi bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki internet teknolojisi ile artık toplumun genelini ilgilendiren önemli siyasi kararların alınmasında bireylerin bu karar sürecine katılımı hem kolay hale gelmekte hem de katılım oranlarında artış sağlanabilmektedir. Bununla birlikte bu kolaylıklar beraberinde olumsuz bazı sonuçları da ortaya çıkartmaktadır. Buna göre dijital demokrasi uygulamaları olarak adlandırabileceğimiz uygulamalar bakımından en önemli sorun güvenliğin sağlanması sorunudur. Yani seçmenlerin ya da oy kullanan bireylerin iradelerinin doğru ve olduğu gibi karar sürecine yansıtılması teknolojik imkânların güvenilirliğinin garanti altına alınmış olmasına bağlıdır. Ancak

---

<sup>1</sup> DAHL, Robert, *Democracy and Its Critics*, 1989, s. 338-341.

konuya dair teknolojik uygulamaların güvenli bir zemine oturtulmadığı ve teknik olarak bazı sıkıntıların ortaya çıktığı görülmektedir. Buna göre özellikle de ABD'deki elektronik seçimlerde sistemde yaşanan sıkıntılar seçim sonuçları üzerinde uzun ve şiddetli tartışmalara neden olmuştur. Bu nedenle dijital demokrasi kavramını sistematik bir halde ele alıp tartışmak öncelikle uygulamaların güvenilirliğine dair sorunların giderilmesine bağlıdır. Bununla birlikte dijital demokrasi yaklaşımının sistemli bir teori haline gelebilmesi için zamana ihtiyaç vardır. Zira teknolojik gelişmelerde yaşanan hızlı ilerleme hayatın her alanında olduğu gibi demokratik uygulamalar ve özellikle de siyasi hayata nüfuz ettikçe dijital demokrasi teorisi daha fazla konuşulur hale gelecek ve sistem üzerinde yeni açılımlar yaşanacaktır. Bununla birlikte BIT'nin demokrasi içerisinde kullanımının yasama ve yürütme bakımından ortaya çıkartacağı etkiler de değinilmesi gereken diğer bir konu başlığıdır. Buna göre parlamento çalışmalarına halkın katılımı veya parlamenterlerin yasama faaliyetlerine seçim bölgelerinden katılabilmeleri teknolojik imkânlar sayesinde mümkün kılınabilir. Bu konuda dünyada bazı uygulamaların veya çalışmaların bulunduğu görülmektedir. Öte yandan dijital demokrasi uygulamalarının yenilik doğurucu etkisini siyasi parti faaliyetleri bakımından da görebilmek mümkündür. Buna göre siyasi partilerin seçmenlere yönelik çalışmaları bu kapsamda seçim kampanyalarının internet üzerinden yürütülmesi daha geniş kitlelere ulaşılmasına imkân vermektedir. Ancak bu konuda atılan adımların kontrollü bir şekilde atılması gerekmektedir. Buna göre siyasi partilerin internet gibi teknolojileri kullanmaları bir müddet sonra siyasi partilerin mevcudiyetlerini dahi tartışılır hale getirebilecektir. Örneğin aşağıda ilgili başlıkta değinileceği üzere sadece internet üzerinden faaliyetlerini yürüten siyasi partiler somut olarak bir teşkilat yapılanmasına gitmeden de aktif bir şekilde siyasi alanda faaliyet gösterebilmektedir. Elektronik seçimlerin uygulandığı ülkeler bakımından bu tür internet partilerinin gelişimi ve yaygınlaşması olumlu etkiler meydana getirmektedir. Zira aşağıda örnek olarak incelenen ülkelerde teknolojinin kullanımının yaygınlığı ve insanların bunlara hızlı adaptasyonu bu tür uygulamaların demokrasi içerisinde kullanımını kolay hale getirmektedir. Ancak burada uygulamaların çeşitliliği ve boyutları bakımından aşağıda görüleceği üzere ülkeler arasında bazı farklılıklar bulunabilmektedir. Örneğin Estonya'da elektronik seçimlerin başarıyla uygulanabilmesinin altında toplumun teknolojiyi kullanmadaki başarısı bulunmaktadır. Bununla birlikte ABD'de ise elektronik seçimlerde yaşanan sıkıntıların kaynağı toplumun teknolojiyi kullanma durumundan öte sistemdeki zafiyetlerin giderilememiş olması bulunmaktadır. Çalışmada ele

alınan konular kısaca farklı ülkelerde demokratik uygulamalarda kullanılan teknolojik imkânların getirdiği yenilikler, sorunlar ve çözüm yolları şeklinde özetlenebilir. Bu bakımdan ülkeler arasında genel olarak demokrasiye ve yeni bir anlayış olarak dijital demokrasiye yaklaşımların farklı olduğu, bunda da toplumların teknolojiyi kullanma biçimi ve kültürel farklılıkların etkili olduğu görülmektedir. Örneğin Almanya'nın demokrasi içerisinde BİT'nin kullanımı noktasında sergilediği tutum diğer bazı ülkelere göre daha temkinlidir. Buna göre tarihsel deneyimlerin bu tutumun belirlenmesinde etkili olduğu da söylenebilir.

## **1.Dijital Demokrasi**

### **1.1.Dijital Demokrasi Teorisi**

Dijital demokrasi<sup>2</sup> hakkında farklı tanımlar bulunmakla birlikte dijital demokrasiyi geniş bir şekilde vatandaşların katılımını artırmak ve genişletmek için yeni bilgi iletişim teknolojilerinin demokratik süreçlerde kullanılması olarak tanımlayabiliriz. Bu kapsamda gerçekleşen girişimleri çeşitli kategorilere ayırmak mümkündür. İlk ayırıma göre girişimler tek ve çift yönlü olarak sınıflandırılmaktadır. Tek yönlü usulde idarenin vatandaşlarına yönelik olarak bilgi paylaşımı söz konusu olmaktadır.<sup>3</sup> Çift yönlü usulde ise kamunun görüşünün belirlenmesine yönelik seçimler söz konusu olmaktadır. İkinci sınıflandırmaya göre tavandan tabana gerçekleşen girişimler idare ya da yerel otoritelerin maliyetlerini düşürmek, şeffaflığı ve etkinliği arttırmak amaçlarıyla başlatılmaktadır. Diğer usul ise tabandan tavana doğru vatandaşlar tarafından başlatılır<sup>4</sup> ve şeffaflık, hesap verebilirlik ya da maslahata uygunluğu arttırmak amaçlarını taşımaktadır.<sup>5</sup> Bununla birlikte bilişim teknolojilerindeki

---

<sup>2</sup> Bu noktada e demokrasi ve dijital demokrasi kavramlarının aynı anlama geldiğini ancak çalışma için dijital demokrasi kavramının tercih edildiğini belirtmemiz gerekmektedir.

<sup>3</sup> Bu duruma örnek olarak [www.parliamentlive.tv](http://www.parliamentlive.tv) adresi verilebilir. Bu adres İngiliz Parlamentosu'nun her iki kanadında yer alan komite toplantıları ve tartışmalar da dâhil olmak üzere parlamentonun işleyiş süreciyle ilgili olarak canlı yayın görüntüleri ve arşiv dosyalarını içermektedir. Bununla birlikte site Parlamento'nun nasıl çalıştığına dair açıklayıcı eğitim videolarının yanı sıra verilen tekliflerle ilgili linkleri de içermektedir. E-democracy, Parliamentary Office of Science and Technology, Postnote, Number 321, January, 2009, s.1 (E-democracy)

<sup>4</sup> Başbakanın uygun göreceği konularda web adresi üzerinden ([www.petitions.number10.gov.uk](http://www.petitions.number10.gov.uk)) konuyu vatandaşların oyuna sunma imkânının bulunması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bu noktada İngiltere'de bu yolla yapılan oylamaların en popüler olanı otoyol ücretleri ile ilgili yapılan oylamadır ve bu oylamada neticesinde yöneltilen talepler için toplanan imza sayısı 1,8 milyonu geçmiştir. E-democracy, s.1.

<sup>5</sup> E-democracy, 2009, s.1.

hızlı gelişim ve bunun siyasi uygulamaları; (Noktalı virgül olabilir) demokrasi teorisini dijital demokrasinin sorunları ve yararları noktasında kapsamlı bir tartışmanın içine sokacak şekilde dönüşüme uğratmıştır.<sup>6</sup> Kablolu televizyon ile başlayan dijital demokrasi tartışmaları 1990 yıllarda internetin kullanılmasıyla tekrar gündeme gelmiştir.<sup>7</sup> Öte yandan bilgisayar teknolojisi başlı başına demokrasinin daha iyi ya da daha kötü çalışmasını sağlayacak bir güç değildir. Bununla birlikte bilgisayar teknolojileri mevcut siyasi kurumları çalıştıran diğer siyasi etkenleri güçlendirici bir özelliğe sahiptir. Bilgisayar teknolojileri toplumun eğilimlerini artıran bir etkiye sahip olduğu için dijital demokrasi kavramı bakımından siyasi sistemdeki mevcut ekonomik, siyasi, kültürel ve sosyal eğilimlerinde dikkate alınması gerekir.<sup>8</sup> Buna göre online veya offline siyasi iletişimde dijital demokrasinin kullanılması bakımından bir fark olmaksızın dijital demokrasiyi demokrasinin takibi ve hayata geçirilmesi şeklinde ifade edebiliriz. Bu noktada online ve offline ayrımı yapmak bir gerekliliktir. Çünkü siyasi aktiviteler sadece internet üzerinde gerçekleşmemektedir, dijital medyanın desteğiyle fiziksel toplantılar da siyasi aktiviteler kapsamındadır.<sup>9</sup>

Bununla birlikte yarışmacı, plebisitçi, katılımcı ya da çoğulcu demokrasi gibi normatif demokrasi modellerinin de dijital demokrasi bakımından oldukça önemli olduğunu söyleyebiliriz. Bu noktada değişik ülkelerde siyasi kurumların ve kültürel eğilimlerin dijital demokrasi bakımından farklı özellikleri ortaya çıkmaktadır.<sup>10</sup> Örneğin plebisitçi demokraside doğrudan demokrasi referans alındığı için referandum ve plebisit gibi araçlar sıklıkla kullanılmaktadır. İşte bu noktada internet üzerinden yapılacak referandum ya da oylama online ortamda tartışma imkanını sağlamaktadır.<sup>11</sup> Yine çoğulcu demokrasi

<sup>6</sup> HAGEN, Martin, Digital Democracy and Political Systems, (edit): HACKER, Kenneth, DIJK, Jan van, Digital Democracy: Issues of Theory and Practice, Clifornia, 2000, s. 54.

<sup>7</sup> HAGEN, s. 55.

<sup>8</sup> HAGEN, s. 56.

<sup>9</sup> DIJK, Jan, A.G.M. van, Digital Democracy: Vision and Reality, s.1. ([http://www.utwente.nl/gw/vandijk/research/itv/itv\\_plaatje/Digital%20Democracy-%20Vision%20and%20Reality.pdf](http://www.utwente.nl/gw/vandijk/research/itv/itv_plaatje/Digital%20Democracy-%20Vision%20and%20Reality.pdf), erişim 15 Aralık 2013.)

<sup>10</sup> HAGEN, s. 56.

<sup>11</sup> DIJK, s.4. Bu noktada elektronik oylamaya ilişkin olarak pratiğe ilişkin delillerin üniversite seçimleri ya da 2. derece yerel seçimler gibi sınırlı bir uygulama alanına dayandığı dile getirilmektedir. BOCHSLER, Daniel, Can Internet voting increase political participation? Remote electronic voting and turnout in the Estonian 2007 parliamentary elections, Internet and Voting, Conference Paper, Fiesole, 3-4 June 2010, s.2. ([www.eui.eu/Projects/EUDO-PublicOpinion/Documents/bochslere-voteeui2010.pdf](http://www.eui.eu/Projects/EUDO-PublicOpinion/Documents/bochslere-voteeui2010.pdf), erişim 10 Kasım 2013)

bakımından demokrasi sadece çoğunluğun iradesinden ibaret değildir. Buna göre sosyal ve siyasi alan ile medyada çoğulculuğun bulunması farklı bir öneme sahiptir. Bu yaklaşım doğrudan ve temsili demokrasinin karışımını ifade eder. Çünkü temsil sadece siyasiler değil sosyal organizasyonlar tarafından da icra edilmektedir. Bu nedenle dijital demokrasi online tartışmalar yolu ile çoğulculuğa imkan tanımaktadır.<sup>12</sup> Katılımcı demokrasiye ise siyasetin sosyalizasyonu ve vatandaşların aktif olmaya teşvik edilmesi anlayışı hâkimdir. Buna göre kamuda yaşanan tartışmalar, kamuoyunun eğitimi ve siyasi katılım bakımından dijital demokrasinin araçları geniş imkânlar sunmaktadır.<sup>13</sup> Demokrasinin bu yeni formu temsili demokrasinin zayıf yönlerini daha güçlü hale getirecektir. Ancak bu noktada siber dünyanın medenileşmesi gerektiğine inanılmaktadır. Zira ancak bu sayede ABD halkının kurucu babalara dayanan kültürel izlerini takip edebileceğine inanılmaktadır.<sup>14</sup> Farklı bir açıdan konuya bakıldığında dijital demokrasi bakımından yaşanan tartışmalar özellikle bilgi edinme hakkı ya da bilgiye erişim bakımından ele alınmaktadır. Buna göre bilgi edinme siyasi katılımın ön şartlarından birisidir.<sup>15</sup> Bu nedenle de dijital teknolojinin kullanımı bilgilenmeyi ve siyasete katılımı, ayrıca da katılanların niteliğini arttırmaktadır.

## **1.2.Karşılaştırmalı Hukukta Dijital Demokrasi Algısı**

Dijital demokrasi algısı ülkelerin demokrasi anlayışları ve tarihsel süreç içerisinde benimsedikleri yaklaşımlar bakımından farklılıklar gösterebilmektedir. Örneğin, ABD’de gelişen dijital demokrasi kavramı güçlü partilerin BİT’ne ulaşımı bakımından ortaya çıkabilecek problemleri

<sup>12</sup> DIJK, s.4-5. Aynı şekilde dijital demokrasi uygulamaları özellikle elektronik oylama sayesinde seçmen tercihlerinin kalitesi de artmaktadır. Buna göre elektronik seçimlerde seçmen ilk olarak ön tercihte bulunmakta daha sonra önüne gelen elektronik oy pusulasında tekrar tercihini onaylamak suretiyle iradesini yansıtmaktadır. Bu durumda da seçmen tercihinin klasik kâğıt pusulalara göre daha iyi bir şekilde yansımaya imkân tanınmaktadır. Çünkü kâğıt pusulalarda verilen oy doğru bir iradenin doğru bir şekilde yansımaya temsil edilebilir. GERLACH, Jan, GASSER, Urs, Three Case Studies from Switzerland: E-Voting, Berkman Center Research Publication, 2009, s.12.

<sup>13</sup> DIJK, s.5. Bununla birlikte mevcut sistemlerde siyasi katılımın genel olarak sosyoekonomik seviyesi yüksek olanlar tarafından sağlandığı ifade edilmektedir. BEST, Samuel J. KRUEGER, Brian S. Analyzing the Representativeness of Internet Political Participation, Political Behavior. Vol. 27, No. 2, 2005, s.185. Bu bakımdan dijital demokrasi uygulamalarının kullanımı sosyoekonomik seviye ile de bağlantılıdır. Böyle bir durumda da özellikle az gelişmiş ülkeler bakımından bu tür uygulamaların gerçekleştirilmesi güçtür. Kaldı ki klasik demokrasi uygulamaları bakımından daha tam olarak olgunlaşmamış bu ülkelerin dijital demokrasi uygulamalarına geçebilmeleri mümkün görünmemektedir.

<sup>14</sup> HAGEN, s. 59.

<sup>15</sup> HAGEN, s. 61.



hesaba katmamaktadır. Amerika'daki dijital demokrasi algısına göre, ki bu dünya genelindeki algıyı yansıtmaktadır, BİT'nin gücü pozitif bir güç olarak menfaat gruplarının organize edilmesine yardımcı olmaktadır.<sup>16</sup> Öte yandan başkanlık sisteminin uygulandığı ve yarışmacı demokrasinin ön plana çıktığı ülkede sistem yarışma esasına dayandığı için dijital medya bilgi edinme ve seçim kampanyaları bakımından önemli bir yere sahiptir.<sup>17</sup> Bununla birlikte siyasi sistemin teknolojik olarak tamiri görüşüne inanılan bir kültürde<sup>18</sup> yani ABD'de BİT olumlu karşılanmıştır. Buna göre ABD'de kamusal yayın sistemi (public broadcasting system) olmaması karşısında temsilcilerle seçmenler arasında doğrudan bir iletişim kurulacak olmasına önemle yaklaşılmaktadır.<sup>19</sup>

İngiltere'de ise konuya yaklaşım açısından farklılıklar bulunabilmekle birlikte Usul Komisyonu<sup>20</sup> tarafından önerilen elektronik yarışma sistemlerinin dijital demokrasiye olan ilgiyi arttırdığı dile getirilmektedir. Bu noktada özellikle internet kullanımının, sosyal ağlar gibi internet temelli uygulamaların popüleritesinin artışı ve dijital buluşma ortamlarına yönelim

<sup>16</sup> HAGEN, s. 66.

<sup>17</sup> DIJK, s.4. Bu noktada ABD dijital demokrasi uygulamalarının ilk kez uygulandığı ülkelerden birisidir. Buna göre 1994 yılında hazırlanan Minnesota Elektronik Demokrasi projesi ile e-posta kullanılmak suretiyle dijital ortamda seçim kampanyaları boyunca bir tartışma zemini oluşturulmuştur. Yine aynı proje ile internet vasıtasıyla adaylar hakkında bilgiye ulaşıldığı gibi adaylardan gelen bilgilere de erişim mümkün kılınmıştır. Bu platformlar hem Minnesota Valisi'nin seçiminde hem de Senato üyelerinin seçiminde kullanılmıştır. Söz konusu platformdaki görüşler herkesin erişimine açıktır. History of the Minnesota Electronic Democracy Project ([www.isoc.org/inet96/proceedings/e9/e9\\_1.htm](http://www.isoc.org/inet96/proceedings/e9/e9_1.htm), erişim 25 Kasım 2013) Ancak dijital demokrasi projesinin seçmenler üzerindeki etkileri konusunda yapılan çalışmalarda seçmen tercihlerini etkileyecek köklü bir etki meydana gelmediği görülmektedir. Buna göre katılımcıların sadece %2'si tercihlerinde değişiklik olduğunu beyan etmişlerdir. Minnesota e-Democracy Survey, ([www.e-democracy.org/research/edemsurvey2002-jakobjensen.pdf](http://www.e-democracy.org/research/edemsurvey2002-jakobjensen.pdf), erişim 25 Kasım 2013) Yine İngiltere'de elektronik seçimlerin seçimlere katılımı yükseltmediği ifade edilmektedir. Bununla birlikte bu uygulama seçimlere katılanlar bakımından büyük kolaylık sağlamaktadır. Özellikle yaşlılar, engelliler ya da evden çıkamayanlar gibi toplumun bu kesimleri göz önüne alınacak olursa elektronik seçimler bu kimseler için çok daha erişilebilir bir hale gelmiş olacaktır. Yine siyasi katılım artmasa dahi dijital demokrasinin amaçlarından biri olan hesap verebilirlik konusunda bir artış sağlandığı belirtilmektedir. E-democracy, s. 2-3. Öte yandan özellikle engellilerin internet üzerinden oy kullanabilme imkânına kavuşmalarının onların siyasi haklarını kullanma kapasiteleri bakımından büyük bir gelişme olacağı ifade edilmektedir. GERLACH, GASSER, 2009, s.3.

<sup>18</sup> Bu noktada dijital demokrasinin etkisi siyaset ve kamu yönetiminde demokratik devrim ya da siyasi aktiviteler ve yönetime duyulan güven bakımından ortaya çıkan temel sorunların teknolojik tamiri (technological fix) şeklinde değerlendirilmektedir. DIJK, s.1.

<sup>19</sup> HAGEN, s. 66.

<sup>20</sup> UK Parliament Procedure Committee, First Report of Session 2007-08, e-Petitions, HC 136.

söz konusu ilginin artışında önemli nedenler arasında yer almaktadır.<sup>21</sup> İngiltere’de dijital demokrasi ile bağlantılı olarak ele alınabilecek üç farklı durum söz konusudur. Buna göre siyasi sistemin merkezileşmesi, daha bağımsız bölgesel parlamentoların oluşturulması ve idarenin daha iyi hizmet sunabilmesi bakımından yürüttüğü kampanyalara BİT’nin kullanımının desteklenmesi dijital demokrasi bakımından ele alınabilecek noktalardır.<sup>22</sup> Bu nedenle İngiltere’de yaşanan tartışmalar sadece siyasi katılıma yönelik yeni imkânların oluşturulması konusuna odaklanmamaktadır.<sup>23</sup> Bu noktada temsili demokraside vatandaşların siyasi sürece katılımının yeni yolları tartışılmakta ancak bunlar daha çok kamu hizmetinin sunulması merkezli olarak gerçekleşmektedir. Öte yandan kamusal yayın organlarının ticari alandaki medya kuruluşlarıyla rekabette karşılaştığı sorunlar ve bilgiye dayalı yayın akışının daha az tercih edilmesi alternatif medya olarak yeni BİT’nin tercih edilmesi olasılığını güçlendirmektedir.<sup>24</sup> Bu noktada İngiltere’nin dijital demokrasi yaklaşımının klasik demokrasi anlayışı çerçevesinde şekillendiğini söyleyebiliriz. Bu yaklaşıma göre demokrasi legalisttir. Yani demokrasiyi işleten anayasa ve diğer yasal düzenlemeler kapsamında prosedürel bir bakış açısı söz konusu olmaktadır. Buna göre klasik demokrasinin üç temel unsuru; kuvvetler ayrılığı, fren ve denge mekanizmaları ve temsildir. Karar alma ve temsil ise demokrasinin amacı ve anlamıdır. Bu bakış açısı içerisinde, bilginin devlet tarafından toplanması ve dağıtılması bakımından ortaya çıkan eksiklik dijital medya yardımıyla<sup>25</sup> çözülecek en önemli problemdir. Bu nedenle dijital medya bilgi kampanyaları, vatandaşların bilgi kazanımı ve bilginin vatandaşlar arasında yayılması konularında kullanılmalıdır.<sup>26</sup> Yine

<sup>21</sup> E-democracy, 2009, s.1. Yine yapılan araştırmalar İngiltere’de yetişkin nüfusun yaklaşık %80’inin internete erişebildiği ifade edilmektedir. HOWE, Catherine, Digital Democracy Building New Relationships With The Public – An APCC Guide, London, 2012, s.6.

<sup>22</sup> HAGEN, s. 66.

<sup>23</sup> Bununla birlikte İsviçre Siyasi Haklar Federal Kanunu madde 6’ya göre kantonlar engellilik veya başka bir nedenden ötürü seçime ilişkin prosedürleri sürekli olarak takip edebilme kapasitesinden mahrum olanların oy vermelerini sağlamayı garanti etmekle yükümlü kılınmışlardır. ([www.admin.ch/ch/e/rs/161\\_1/a6.html](http://www.admin.ch/ch/e/rs/161_1/a6.html), erişim 4 Aralık 2013)

<sup>24</sup> HAGEN, 2000, s. 66. Örneğin Brown hükümeti otoyol ücretlerine yönelik hazırlanan planı itirazların internet yardımıyla kitlesel bir hale ulaşması nedeniyle geri çekmek durumunda kalmıştır. DIJK, s.11.

<sup>25</sup> Bu doğrultuda da internet sitelerinin rasyonelleştirilmesi yoluna gidilmiş ve 2011 yılının sonunda merkezi yönetime ait 765 siteden 712 tanesi kapatılmıştır. E-democracy, s.2.

<sup>26</sup> DIJK, s.4. Vatandaşların bilgilenelemlerinin yanı sıra siyasi katılımın artış göstermesi alınacak siyasi kararların demokratik meşruluklarını artırması bakımından da farklı bir öneme sahiptir. Yine göçmenlerin elektronik oylama yoluyla siyasi katılımlarının artması halindeyse demokratik karar alma sürecinde kalitenin düşeceği, bu durumun da göçmenlerdeki bilgi eksikliğinden kaynaklanacağı ifade edilmektedir. GERLACH, GASSER, s.4. Bu meşruluğun art-

2005 yılında İngiltere'deki e-hükümet birimi hükümetin dönüşüm stratejisini açıklamıştır. Buna göre hazırlanan stratejik planda vatandaşa tercih hakkı veren teknolojilerin kullanımına duyulan ihtiyaca, kamu hizmeti sunanlara göre değil vatandaşın ihtiyacına göre tasarlanacak, kişiselleştirilmiş hizmet sunumuna vurgu yapılmaktadır.<sup>27</sup>

Diğer yandan Almanya'da dijital demokrasi algısına bakıldığında daha mesafeli bir yaklaşımın sergilendiği görülmektedir. Buna göre Alman parlamenter demokrasisi statik bir temel üzerine kuruludur. ABD Anayasası ise temel ilkeleri belirlemekte ve demokrasinin dinamik dönüşümüne geniş bir alan bırakmaktadır. Buna göre Alman siyasi sisteminin ortaya çıkarttığı Anayasa detaylı ve zor modifiye edilebilir bir niteliktedir.<sup>28</sup> Diğer örneklerine göre doğrudan demokrasi araçların daha kuvvetli bir şekilde öngören Weimar Anayasası sonrasında Batı Almanya'nın kurucuları kasten bu araçları temel yasanın dışında tutmuşlardır. Bu durumun ortaya çıkmasında Weimar Anayasası döneminde bunların popülist tutum içinde kullanılmaları ve demokrasiye olan inancı sarsmaları ayrı bir öneme sahiptir.<sup>29</sup> Bununla birlikte dijital demokrasi Almanya'da parti ya da sendika gibi büyük organizasyonların güçlenmesi veya zayıflaması bakımından ele alınmaktadır. Buna göre tarihsel deneyimlere dayalı olarak yeni medya araçlarının istismarı Almanya'da iyi bilinen bir durumdur ve bu konuda ortaya çıkan septsizim yeni medya araçlarının demokratik kullanımına engel oluşturmaktadır.<sup>30</sup>

Dijital demokrasinin uygulama alanı bulduğu alanların başında seçimler gelmektedir. Bugün elektronik seçimler dünya üzerinde farklı ülkelerde uygulanmaktadır. Bununla birlikte 2005 yılında Estonya'da uygulanan elektronik seçimler ülke çapında uygulanan ilk elektronik seçimlerdir ve seçmenlerin %2'lik bir kısmı oyunu bu şekilde kullanmışlardır.<sup>31</sup> Estonya'da

---

masında vatandaşların eşit olarak iradelerini yansıtabilme gerekmektedir. Bu bakımdan siyasi katılım yollarının çeşitlendirilerek kolaylaştırılması katılımı artırmakla birlikte alınan kararların meşruluğunu da artıracaktır. Öte yandan katılım yoluyla bireylerin yararları ile bir bağ kurulmadan bu yararlar değerlendirilemez ve değerlendirme konusunda eşitlik sağlanamaz. DAHL, s.86. LIJPHART'a göre ise eşit katılımın sağlanamaması demokrasinin çözümü kavuşturulamamış bir çıkmazdır. LIJPHART, Arend, Unequal participation: democracy's unresolved dilemma. American Political Science Review, 91, 1997, s. 1.

<sup>27</sup> Transformational Government, Enabled by Technology, CM6683, November, 2005. (<http://www.official-documents.gov.uk/document/cm66/6683/6683.pdf> erişim 12 Aralık 2013)

<sup>28</sup> HAGEN, s. 62-63.

<sup>29</sup> HAGEN, s. 63.

<sup>30</sup> HAGEN, s. 66.

<sup>31</sup> MADISE, Ülle, MARTENS, Tarvi, E-voting in Estonia 2005. The First Practice Of Country-

gerçekleştirilen elektronik seçim uygulamaları bakımından diğer ülkelere örnek olabilecek üç önemli noktaya dikkat çekilmektedir. Bu noktalardan ilkinde göre seçimler aşırı partizanlaşma ve kutuplaşmaya gidilmeden gerçekleşmiştir. Seçimlerde kapsamlı bir kayıt sistemi oluşturulmuş ve oy pusulası çok basit bir şekilde hazırlanmıştır.<sup>32</sup> Buna göre ABD'deki seçimlerde ortaya çıkan problemler bakımından Estonya'daki elektronik seçimlerde çok fazla problem yaşanmadığı anlaşılmaktadır. İkinci olarak internet oylama sisteminin denetimi konusunda yeterli düzeyde yasal ve düzenleyici altyapıya ihtiyaç duyulması karşısında gerekli adımların atılmış olmasıdır. Buna göre Estonya'da elektronik seçimler bakımından gelişmiş yasal ve düzenleyici altyapı diğer ülkeler bakımından takip edilebilecek bir yol ortaya koymaktadır.<sup>33</sup> Son olarak oy verme işleminin güvenliği kimlik doğrulama prosedürü ile gerçekleştirilmektedir. Buna göre ancak önceden vatandaşlara dağıtılan ulusal dijital kimlik kartı sayesinde internetten oy kullanılabilir.<sup>34</sup> Bu noktada Estonya e-yönetim ve dijital demokrasi uygulamaları bakımından öncü bir ülke olarak değerlendirilmektedir. Bu durumun ortaya çıkmasında özellikle de internet kullanımının yaygın olması oldukça önemli bir faktördür. Buna göre evlerin yarısında bilgisayar ve bunların hemen hemen tamamında internet bulunmaktadır. Bunun yanı sıra her 100 bin kişi için 55 adet internet erişim noktası tahsis edilmiştir. Bununla birlikte Estonya'nın dünyada uzaktan kimlik doğrulama için kimlik kartı ve dijital imza zorunluluğu bulunan tek ülke olduğu<sup>35</sup> ve halkın %70'inin bu karta sahip olduğu belirtilmektedir. Böylesi bir toplum bakımından elektronik seçimlerin mantıklı bir adım olacağı ve önemli bir kolaylık olacağı söylenebilir.<sup>36</sup>

Wide Binding Internet Voting in the World, (Ed) KRIMMER, Robert (İç) Electronic Voting, Bregenz, 2006, s. 15.

<sup>32</sup> ALVAREZ, R. Michael, HALL, Thad E. TRECHSEL, Alexander H. Internet Voting in Comparative Perspective: The Case of Estonia, Political Science and Politics, Vol. 42, No. 3, 2009, s. 503.

<sup>33</sup> ALVAREZ, HALL, TRECHSEL, s. 503.

<sup>34</sup> ALVAREZ, HALL, TRECHSEL, s. 503. Ayrıca kimlik doğrulama sistemi ile sadece seçimlerde değil vergi ya da ceza ödemeleri gibi diğer pek çok uygulamanın da gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir. ALVAREZ, HALL, TRECHSEL, s. 504. Kimlik kartı web sitesine <http://www.id.ee/pages.php/030301> (erişim 10 Aralık 2013) adresinden ulaşılabilir.

<sup>35</sup> Bununla birlikte İspanya'nın Bask Bölgesi'nde 1998 tarihli Seçim Kanunu'nda (Basque electoral law 15/1998, of 19th of June) da magnetik şeritli kart onayı ile internetten oy kullanma öngörülmüş olmakla birlikte bu uygulama henüz gerçekleştirilebilmiş değildir. FERNÁNDEZ, Rosa M, GONZÁLEZ, Esther, José Manuel VERA, The Electoral Legislation of The Basque Autonomous Community Regarding Electronic Vote (Ed.) KRIMMER, Robert (İç) Electronic Voting, Bregenz, 2006, s. 71.

<sup>36</sup> MADISE, MARTENS, s. 16.

Öte yandan İsviçre’de güvenli kanallarla internetin kullanımı sadece oy verme bakımından değil genel olarak siyasi hakların kullanımı bakımından öngörülen bir durumdur.<sup>37</sup> Buna göre halk girişimleri, referandumlar<sup>38</sup>, parlamento aday listelerinin belirlenmesi, oy ve seçimler hakkında yetkililerin yapacağı bilgilendirmeler gibi çoğu hususta internetin kullanılmasına imkân verilmektedir.<sup>39</sup> Bu noktada İsviçre Federal Anayasası m.140’a göre anayasa değişiklikleri ve bazı uluslararası organizasyonlara katılma bakımından referandum zorunludur.<sup>40</sup> Yine Siyasi Haklar Federal Kanunu m.4/1’e göre oy verme şartlarını taşıyan kişilerin seçmen kayıtlarına yazılmaları zorunludur.<sup>41</sup> Öte yandan çoğu kantonal ve yerel seçimlerin federal seçimlerle bir arada yapıldığı ve mektupla oy kullanan vatandaşlara oy pusulalarının aynı zarf içerisinde gönderildiği dile getirilmektedir. Böyle bir durumda aynı zarf içerisindeki tüm oy pusulaları için kullanılan oyların aynı yönde olması gibi bir beklenti ortaya çıkabilecektir.<sup>42</sup> Tüm açıklamalar göz önüne alındığında ise elektronik seçimlerin mektupla oy kullanma konusunda yaşanan endişelerin giderilmesi, kayıt zorunluluğu karşısında kolaylık sağlaması gibi olumlu etkilerinin bulunacağı söylenebilir. İsviçre’de elektronik seçim uygulamaları üç pilot kantonda yani Cenova, Nöşetel ve Zürih’te gerçekleşmiştir. Buna göre Zürih’te ilk elektronik seçim 2004 yılında Zürih Üniversitesi’nde öğrenci seçimlerinde uygulanmıştır. Daha sonra elektronik seçim uygulaması Zürih’in komünleri olan Bülach, Bertschikon ve Schlieren’de halk girişimi için uygulanmıştır. Aynı benzer süreçler Cenova’da da yaşanmıştır.<sup>43</sup> Genel olarak bakıldığında ise söz konusu uygulamaların başarıya ulaştığı söylenebilir. Bu bakımdan İsviçre’nin dijital demokrasiye karşı yaklaşımının son derece olumlu olduğu ve yapılan uygulamalar bakımından kademeli de olsa ilerlemeler kaydedildiği görülmektedir.

<sup>37</sup> Federal Council, Bericht über den Vote Électronique. Chancen, Risiken und Machbarkeit elektronischer Ausübung politischer Rechte vom 9. Januar 2002, BBl 2002 645, s. 651. Nakl. GERLACH, GASSER, s.3.

<sup>38</sup> İsviçre’de ulusal, kantonal ve komünal seviyede yılda en az 4 halkoylaması yapıldığı belirtilmektedir. Bu bakımdan 4 seçim haftası ve konular üzerinde yoğun siyasi tartışmaların seçime bağlanması İsviçre’nin siyasi geleneğinin en önemli özelliği olarak görülmektedir. BRAUN, Nadja, Switzerland: External Voting in a Federal State with Direct Democracy, s.230. ([http://www.idea.int/publications/voting\\_from\\_abroad/upload/chap10-switz.pdf](http://www.idea.int/publications/voting_from_abroad/upload/chap10-switz.pdf) erişim, 11 Aralık 2013.)

<sup>39</sup> GERLACH, GASSER, 2009, s.3.

<sup>40</sup> <http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf> erişim 11 Aralık 2013.

<sup>41</sup> [http://www.admin.ch/ch/e/rs/161\\_1/a4.html](http://www.admin.ch/ch/e/rs/161_1/a4.html) erişim 11 Aralık 2013.

<sup>42</sup> GERLACH, GASSER, 2009, s.6.

<sup>43</sup> GERLACH, GASSER, s. 6.

## **2. Bilgi İletişim Teknolojilerinin Kullanımı ve Demokrasi**

### **2.1. Bilgi İletişim Teknolojilerinin Demokrasiye Etkileri**

Bilgisayarların internet ağı ile buluşmasının devrim ya da en azından demokratikleşme açısından dönüştürücü bir uygulama olduğu düşünülmektedir. İnternetin iletişim açısından insanlara sağladığı imkânlar diğer medya araçlarına göre oldukça ileri düzeydedir. Buna göre internet interaktiftir, yani tek taraflı bir iletişim söz konusu değildir. İnternet aktif ve dönüştürücüdür, kullanıcılarını izleyici, dinleyici ve okuyucu konumdan katılımcı konumuna sokar. İnternet doğrudandır; yani kullanıcılar siyasetin merkezinde neler olduğunu uzaktan belirleyebilme imkânına sahip olurlar. Öte yandan internetin oluşturduğu platformda herkes eşittir. İnternet ağı bireysel yazarlar ve işlerden farklı olarak online ürünlerin kolektif üretimini sağlamaktadır.<sup>44</sup> İnternet toplumuna hâkim olan görüş çoğu noktada plebisitçi ve çoğulcu demokrasi anlayışına yakın durmaktadır. Buna göre internetin sunduğu imkânlar sayesinde tartışma zeminlerinin oluşturulması ve oylamaların yapılması hem fikir oluşumu hem de karar alma sürecine katkıda bulunmaktadır. Yine bu yaklaşıma göre vatandaşların kendi toplulukları içinde bilgisayar ağının sağladığı yatay iletişim imkânını kullanarak otonom politika üretebilmelerine vurgu yapılmaktadır. Bunun sonucunda da internet yoluyla kurumsal siyaset bypass edilebilmektedir.<sup>45</sup>

Öte yandan BİT'nin klasik medya yayınları bakımından da önemli katkıları bulunmaktadır. Kitlemel medya, geleneksel yayınlarını online gazeteler, dergiler ve internet-tv kanalları ile genişletmekte böylece politik haber ve kamusal belgelerle ilgilenenler bu konuda daha geniş bir içeriğe sahip olmaktadır. Yine bu sayede vatandaşlar, seçmenler ve baskı grupları kendi bağımsız online bilgi kaynaklarını üretebilmekte ve seçimlere yönelik olarak

---

<sup>44</sup> DIJK, Jan A.G.M. van, *Digital Democracy: Vision and Reality*, s.1.

<sup>45</sup> DIJK, s.5. Modern toplumlarda bu kurumsal çerçeveyi iki aktör şekillendirmektedir. Bunlardan biri devlet diğeri ise profesyonel kurumlardır. *The Adolescence of Institutional Theory*, SCOTT, Richard, *Administrative Science Quarterly*, Vol. 32, No. 4, 1987, s. 493. Öte yandan kurumsalcı teoride kurumsal yapı yani konumuz bakımından siyasi partiler resmi ya da gayri resmi biçimde birey davranışlarını sınırlamaktadır. Buna göre bireylerin bir araya gelip ortak bir davranış sergilemeleri kurumsal yapının eseridir. Örneğin bir kişi bir öğlen arasında kahve içmeye çıkabilir. Ancak belli bir saatte belli bir yerde birlikte kahve içecek olması hele birde bunun senatörler tarafından kararlaştırılması kurumsallığın gereğidir. PETERS, Guy, *Institutional Theory in Political Science, The New Institutionalism*, London, 2005, s. 18. Kanaatimizce online partilerin varlığı bu kurumsal yapının oluşturulmasına engel olmayacaktır. Burada esas olan nokta organize olma ve ortak hareket edebilme kapasitesidir. Bu nedenle online siyasi partilerin internet ortamında organizasyon sıkıntısı çekmeyecekleri bunun neticesinde de fiziki aktivitelerini yürütebilecekleri söylenebilir.

seçmen tercihleri hakkında araştırma yapabilmektedirler. Bu yolla seçmen ve vatandaşlar alışılmışın çok daha ötesinde bilgi sahibi olabilmektedirler. Bununla birlikte yine seçmen ve vatandaşlara bu online kaynaklara karşı tepki verebilme ve kendi siyasi verilerini oluşturabilme imkanı tanınmış olmaktadır. Erişilebilir, güvenilir ve geçerli bilgi, sağlıklı ve uygulanabilir demokrasinin gereklilik koşullarındandır. Ancak bu yeterli bir koşul değildir. Yeterli demokrasi için bir dizi özelliğin daha olması gerekmektedir.<sup>46</sup> Bu bakımdan demokratik standartların yükselmesi bilgi akışı, siyasi katılım, interaktif iletişim gibi ilave şartları gerektirmektedir. İşte BİT sayesinde bu koşulların gerçekleşmesi dijital demokrasi teorisini güçlendirici bir etki meydana getirmektedir. Bununla birlikte uzman kişiler tarafından yönlendirilen bilgi kalabalıklarının kolektif bir zekâ oluşturmaları<sup>47</sup> demokrasi bakımından her zaman istenilen sonuçları vermeyebilir. Bu kapsamda üzerinde durulması gereken husus iyi organize olmuş ve profesyoneller tarafından idare edilen grupların toplumu BİT vasıtasıyla manipüle etmesi ya da bu yönde girişimlerde bulunmasıdır. Buna göre azınlıkta kalan grup güçlü argümanlara sahip olsa da internette sessiz kalma eğiliminde olmaktayken zayıf çoğunluk görüşlerini serbestçe ifade edebilmektedir.<sup>48</sup>

Bugün artık çoğu ülkede vatandaşlar e-katılım (e-participation) yolunu kullanabilmekte, şikâyetlerini veya isteklerini siyasi ajanda ya da hükümetin ajandasına yazdırabilmektedirler. Örneğin İskoçya'da bu yöntem resmi bir parlamento girişimi haline gelmiştir. Buna göre yasal haklarla ilgili konular belli sayıda imza toplanması halinde parlamento gündemine alınmakta ve bunda e-katılım son derece önemli bir etkiye sahip olmaktadır. Bu bakımdan e-katılım klasik imza toplama yönteminden çok daha etkili bir araç haline gelmektedir.<sup>49</sup> E-katılımın sosyal medya ve online forumlardaki tartışmalara katılmak suretiyle gerçekleştirilmesinde kamu görevlileri vatandaşlar

<sup>46</sup> DIJK, s.6-7. Bununla birlikte internetin bilgi kaynağı olarak çok geniş bir hazinesi bulunmaktadır. Buna göre internet sayısız adres üzerinden sunulan bilginin bir araya getirilmesine hizmet etmektedir. Örneğin bir suçun mağduru iseniz, çocuğunuzun bir sorunu varsa ya da işinizi kaybettiyse birkaç saniye içerisinde konuyla ilgili bulunanların düşünce ve duygularını öğrenebilirsiniz. SUNSTEIN, Cas, Infotopia. How Many Minds Produce Knowledge. Oxford, 2008, s. 10.

<sup>47</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. SUROWIECKI, J. The Wisdom of Crowds: Why the Many Are Smarter Than the Few and How Collective Wisdom Shapes Business, Economies, Societies and Nations. New York, 2004.

<sup>48</sup> SUNSTEIN, 2008, s.77 vd.

<sup>49</sup> DIJK, s.11. E-katılıma yoğun bir şekilde imkân tanıyan başlıca ülkeler, Hollanda, Kore Cumhuriyeti, Kazakistan, Singapur ve İngiltere şeklinde sıralanabilir. Department of Economic and Social Affairs, United Nations E-Government Survey 2012 E-Government for the People, 2012, s. 43.

tarafından tartışılma alanlarına çekilmektedir.<sup>50</sup> Bu durumda da kamu görevlileri sahip oldukları rolü kaybetme eğilimine girip istemeden de olsa siyasi temsilci rolüne bürünmektedirler. Bu durum e-katılım bakımından göz ardı edilen önemli bir problemdir.<sup>51</sup> İnternetin kullanımıyla birlikte çoğu hükümet hazırlanan planların tartışılması için vatandaşlardan resmi olarak online görüş toplamaya başlamıştır. Burada aslında amaçlanan az ya da çok profesyonel olarak bilinen ve resmi toplantılarda bir araya gelen vatandaşlardan daha çok sayıda vatandaşın planlama sürecine dâhil etmektir. Zira bu tarz topluluklar hükümetler tarafından temsili nitelikte görülmediği için bu girişimler neticesinde herhangi bir sonuç alınmamaktadır.<sup>52</sup> Bu tür organize toplulukların halkın görüşünü yansıttıkları iddiasıyla yönetime katılma girişimleri hem bunların toplumsal tabanı bulunmaması hem de hükümet tarafından ciddiye alınmaması bakımından pratik bir öneme sahip bulunmamakla birlikte karar verme sürecinde tamamen etkisiz oldukları da söylenemez. Böyle bir durumdaysa siyasi karar alma mekanizmalarının demokratik olmayan manipulelerle karşılaşma riski yüksek olmaktadır.

Öte yandan elektronik seçimlerin seçimlere katılımı artıracağı yönündeki genel kanahten karşı<sup>53</sup> şüpheyle yaklaşıldığı görülmektedir. Buna göre ABD'deki seçimlerde uzaktaki seçmenler için tanınan elektronik oy imkânının seçimlere katılımında bir artışa neden olmadığı ifade edilmektedir.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> Kazakistan'da 2010 yılında geliştirilen sisteme göre vatandaşlar blog şeklindeki site üzerinden bürokratlara soru sorup yine aynı şekilde cevap alabilmektedirler. Ayrıca sitede bürokratlara kaç soru sorulduğu ve kaçının cevaplandığı gibi istatistiksel verilerde bulunmaktadır. Department of Economic and Social Affairs, United Nations E-Government Survey 2012 E-Government for the People, 2012, s. 43. Sitenin adresi ise "www.blogs.e.gov.kz/" şeklindedir.

<sup>51</sup> DIJK, s.11. Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer problem bu alanda kullanılan teknolojik sistemler hakkında inanılabilirlik, güvenlik ve şeffaflık konularına yeterince önem verilmemesidir. BISHOP, Matt, WAGNER David, Risk of E-voting, Communications of the Association for Computing Machinery, Vol. 50, No. 1, 2007, s.120. Brezilya'da elektronik seçim uygulamalarına geçişe izin vermeyen en önemli etkenin güvenlik zafiyeti olduğu ve bu tür uygulamalar bakımından böylesi bir durumun demokrasi için ciddi riskler barındırdığı ifade edilmektedir. FILHO, José Rodrigues, ALEXANDER, Cynthia J. BATISTA, Luciano C. E-Voting in Brazil - The Risks to Democracy, (Ed.) KRIMMER, Robert (Ç) Electronic Voting, Bregenz, 2006, s. 85.

<sup>52</sup> DIJK, s.11.

<sup>53</sup> Bununla birlikte iletişim teknolojileri ve bunların hızlı yayılımının çok daha fazla vatandaşın siyasi aktivitelere katılımını arttıracığı üzerinde durulmaktadır. World e-Parliament Report 2012, Global Centre for ICT in Parliament is administered by the Division for Public Administration and Development Management of the United Nations Department of Economic and Social Affairs, 2012, s.195. Bu bakımdan teknolojik gelişmelerin seçimlere katılımın artırılmasından ziyade siyasi aktivitelere katılımı arttıracığı daha uygun bir yaklaşım olabilir.

<sup>54</sup> DIJK, s.12. Buna karşın ABD'deki uygulamalara dayalı iddiaların genelleştirilemeyeceği,



Bununla birlikte yeni iletişim teknolojileri oylama sürecindeki zaman kaybını azaltırsa diğer seçmenlerin ilgisini çeker ve katılımı arttırabilir. Ancak internet oylamasının potansiyel etkilerini değerlendirebilmek için konuyu çok yönlü olarak ele almak gerekmektedir. Buna göre internet oylamasının maliyeti, oy kullanmayan seçmenlerin sosyal yapısı ve internet kullanıcılarının sosyal yapısı internet yoluyla yapılan seçimlere katılımı azaltabilir.<sup>55</sup> Yine seçim kampanyaları bakımından da BİT'nin kullanımında vatandaşlar yoğun bir şekilde kampanya araçlarını kullanıp yönetimler üzerinde baskı oluşturabilirler. Bununla birlikte e-kampanyanın en güncel uygulamalarından birisini e-seçim rehberliği oluşturmaktadır ki bu durum Avrupa'nın çoğu ülkesinde oldukça yaygındır. Buna göre söz konusu rehberlik hizmetinde bağımsız kamu politikası kurumları veya araştırma merkezleri seçmenlere karar verme desteği sağlamak ve en iyi parti, aday veya referandum için görüşlerinin belirlenmesinde yardımcı olmaktadır.<sup>56</sup> Netice olarak dijital demokrasi uygulamalarının diğer demokrasi uygulamalarını ortadan kaldırmayı amaçlamadığı bunun yerine onları tamamlamaya yönelik bir amacının bulunduğu<sup>57</sup> ve geleneksel demokrasinin etkinliğini arttırıp genişleteceği ileri sürülmektedir.<sup>58</sup>

## **2.2.Yürütme ve Yasama Fonksiyonları Bakımından Dijital Demokrasi Uygulamaları**

Dijital demokrasi ile yürütme bakımından hedeflenen iki nokta bulunmaktadır. Bunlardan ilki kamuya ait verilerin daha iyi kullanımı, ikincisi ise kamu hizmetinin daha çok “hizmet alan” odaklı olarak belirlenmesidir. Kamuya ait verilerin daha iyi kullanılmasında vatandaşların kamu hizmetlerini daha iyi alabilmeleri hedeflenmektedir. Buna göre özellikle ceza adaleti,

---

çünkü seçmen kayıtları bakımından zorlu ya da maliyetli bir prosedürün bulunduğu ileri sürülmektedir. BOCHSLER, 2010, s.2.

<sup>55</sup> BOCHSLER, 2010, s. 4.

<sup>56</sup> DIJK, s.12. Avrupa Komisyonu elektronik kamuoyu yoklamalarını özellikle hızlı bir şekilde yapılması ve çok dilli uygulamalara imkân vermeleri bakımından ele almaktadır. E-voting Polls, ([www.ec.europa.eu/ipg/services/interactive\\_services/evoting-polls/#section\\_5](http://www.ec.europa.eu/ipg/services/interactive_services/evoting-polls/#section_5) erişim 4 Aralık 2013) Buna karşın İsviçre’de ise farklı kültürler nedeniyle ulusal düzeyde bir elektronik seçim sisteminin oluşturulamayacağı dile getirilmektedir. GERLACH, GASSER, 2009, s.12.

<sup>57</sup> E-democracy, 2009, s.4. Bu noktada dijital demokrasi uygulamalarının tamamlayıcı etkisinin gerçekleşmesi belirli bir ortamın oluşmasına bağlıdır. Buna göre BİT'nin ve özellikle internetin sosyal öğrenme atmosferi içerisinde kullanılmaması halinde yararlı olmayacakları ileri sürülmektedir. FUGLSANG, Lars, IT and Senior Citizens: Using the Internet for Empowering Active Citizenship, Science, Technology, & Human Values, Vol. 30, No. 4, 2005, s. 493.

<sup>58</sup> FILHO, ALEXANDER, BATISTA, s. 85.

sağlık ve eğitim alanında “bilginin gücü” ilkesi temel alınmak suretiyle hareket edilmektedir. Bu alanlarda online olarak elde edilecek veriler kamu hizmetinin sunulmasında yeni kapılar açmaktadır ve bu sayede vatandaşların yararını en üst seviyeye çıkartma konusunda hükümete bir rol düşmektedir. Yine kamu çalışanlarının sosyal medyayı kullanabilmeleri amacıyla 2008 yılında İngiltere’de bir yönetmelik çıkartılmıştır. Bu tarihten önce ise kamu çalışanlarının internet günlüğü (blog) açmaları ya da meslek alanlarıyla ilgili online forumlara girmeleri engellenmekteydi.<sup>59</sup> Öte yandan kamu hizmetlerinin yürütülmesi bakımından vatandaşların görüşlerinin alınması hizmetin etkinliğinin sağlanması adına oldukça önemlidir. Bu durumda görüşlerin internet yoluyla temin edilebilmesi çok sayıda vatandaşa ulaşma imkânı sunmaktadır. Örneğin ABD’de Tarım İdaresi’nin Ulusal Organik Program’daki organik standartlar ve Orman İdaresi’nin kırsal alan koruma düzenlemesi ile ilgili yapılan çalışmalarda kamunun görüşüne başvurulduğu görülmektedir. Bu çalışmalara göre internet çevresel karar alma sürecini etkileyen üç tip çatışma alanında etkili olmuştur. Bu alanlar ise federal kurumlara olan güven, tekniklerin kullanımı ve toplusal değerlerin rolü şeklinde belirlemektedir.<sup>60</sup>

Öte yandan günümüzde vatandaşların kamu kurumlarından beklentileri değişim göstermektedir. Yürütme kamu kurumlarının daha demokratik, etkin, şeffaf, katılımcı ve vatandaşlarının beklentilerini karşılayan bir hale gelebilmesi için çeşitli reform girişimlerinde bulunmaktadır. Günümüzde ortak yönetim anlayışının benimsenmesi parlamentoların da yeniden yapılandırılmasını gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda parlamentolar etkin ve demokratik parlamento ihtiyacının karşılanması bakımından BİT’nin sunduğu imkânları kullanmaya başlamışlardır. Buna göre BİT yasamanın kanun yapma, temsil ve denetim gibi temel fonksiyonları üzerinde ciddi etkiler meydana getirmektedir. BİT’nin kullanılmasıyla vatandaşların yasama faaliyetlerine katılması demokrasilerin gelişmesi bakımından parlamentolara sunulan bir olanaktır.<sup>61</sup> Bununla birlikte BİT’deki gelişim aynı zamanda yasamanın performansı ve çalışmalarını daha yakından gözlemleyebilen parlamenter denetim organizasyonlarının (parliamentary monitoring organizations,

---

<sup>59</sup> E-democracy, 2009, s.2.

<sup>60</sup> ZAVESTOSKI, Stephen, SHULMAN, Stuart, SCHLOSBERG, David, Democracy and the Environment on the Internet: Electronic Citizen Participation inRegulatory Rulemaking , Science, Technology, & Human Values, Vol. 31, No. 4, 2006, s. 383.

<sup>61</sup> SOBACI, Mehmet Zahid, E-Parliament and ICT-Based Legislation: Concept, Experiences and Lessons, Hershey, 2012, s. xv.

PMOs) da artmasına neden olacaktır. Yine bu gruplar vatandaşlara parlamento ve üyelerinin çalışmaları hakkında ilave bilgiler sunacaklardır. Ayrıca bu gruplar siyasi katılımı teşvik etmekle birlikte parlamentolara ilave araştırma hizmetleri de sunmaktadırlar.<sup>62</sup> Yine bu organizasyonlar parlamenter temsilin varlığına yeni bir onay biçimi meydana getirmiş görünmektedirler. Bununla birlikte parlamentoların PMOs'ların bu tür değerlendirmelerine karşı çıkmalarına rağmen bu organizasyonların ortadan kaldırılması muhtemel görünmemektedir. Aksine bu organizasyonların toplumda parlamentonun alanını genişletecekleri düşünülmektedir.<sup>63</sup>

Diğer yandan 2004 yılında İngiliz parlamentosunda kurulan Avam Kamarası Modernizasyon Komisyonu raporu konuyla ilgili olarak bazı önlemlerin alınmasını öngörmektedir. Buna göre Parlamento'nun internet sitesinin güncellenmesi gerektiği belirtilmektedir. Yine raporda parlamentonun dijital yayına geçmesi, canlı yayın ve arşiv yayınlarının bulunduğu bir sitenin açılması önerilmektedir.<sup>64</sup> Yapılan çalışmalar neticesinde halktan daha fazla online görüş alma ve parlamentoya online başvuru imkanları tanınmak suretiyle bazı yenilikler getirilmiştir. Bu yenilikler 1999 yılında İskoç Parlamentosu'nda 2008 yılında da Galler Meclisi'nde kabul edilmiştir.<sup>65</sup> Diğer yandan mobil teknolojilerin parlamento için faydaları artan bir şekilde gün yüzüne çıkmaktadır. Zira bu teknolojilerdeki uygulamalar daha hızlı ve esnek olup çok sayıda vatandaşla iletişimi sağlayacak yeni bir yoldur. Ayrıca mobil iletişim internet ağı hizmetlerine göre daha az maliyetlidir. Bu sayede parlamentolar üyelerinin ihtiyaçları olan bilgileri nerede olurlarsa olsunlar kâğıtsız ve mobil bir ortamda sağlayabilmektedirler.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> World e-Parliament Report 2012, s.195.

<sup>63</sup> Global Parliamentary Report, The changing nature of parliamentary representation, Inter-Parliamentary Union, United Nations Development Programme, Geneva - New York, 2012, s.53.

<sup>64</sup> Modernisation of the House of Commons.Report, Modernisation Committee, First Report of Session, 2004. BİT'deki ilerlemelerin yanı sıra teknoloji alanında meydana gelen diğer önemli gelişmeler parlamento çalışmalarının daha etkin ve daha düşük maliyetle gerçekleştirilebilmesine imkân sağlamaktadır. World e-Parliament Report 2012, s.195.

<sup>65</sup> E-democracy, 2009, s.3. Parlamentolara getirilen bazı yenilikler mobil iletişim araçları sayesinde gerçekleşmektedir. Buna göre vatandaşlar nerede bulunurlarsa bulunsunlar kâğıda ya da belli bir internet ağına bağlı olmaksızın iletişim ağı içerisine alınabilmektedirler. Buna karşın bu hizmetlerin sunulmasında kamu ve özel sektörden yararlanılmaktadır. Bu nedenle de güvenliğin sağlanması en öncelikli konulardan biri haline gelmektedir. World e-Parliament Report 2012, s.203. Yine Galler'de parlamenterlerin parlamento ile bölgelerindeki ofislerden bağlantı kurabilmeleri dijital parlamento kavramını ortaya çıkartmıştır. HAGEN, s. 60.

<sup>66</sup> World e-Parliament Report 2012, s. 203.

### **2.3. Elektronik Seçimler Bakımından Karşılaşılabilecek Sorunlar**

#### **2.3.1. Genel Olarak**

Seçmen tercihlerinin elektronik ortamda oluşturulan sistem ile özellikle internet kullanılarak belirlenmesi günümüzde bazı ülkelerde gerçekleştirilebilmektedir. Buna göre e-seçimler seçim istasyonlarında bir terminalde ya da uzaktan gerçekleştirilebilir. Bu noktada esas üzerinde durulması gereken e-seçimin uzaktan gerçekleştirilmesidir. İngiltere’de 2000 yılından beri pilot uygulama alanlarında yerel seçimlerde uzaktan e-seçim uygulamaları gerçekleştirilmektedir. Hatta bunlardan bazılarında telefonla oylama yöntemine de başvurulmuştur. Bugün ise bu yöntemin güvenilirliği ve etkinliği üzerinde tartışmalar yürütülmektedir. 2007 yılında İngiltere’de seçim komisyonunun tavsiyelerine göre bireysel seçmen kayıt sistemi, test ve uygulamada önemli gelişmeler olmaksızın elektronik seçimlerde daha fazla pilot uygulamaya gidilmemelidir.<sup>67</sup> Buna göre teknolojik gelişmeler çoğu açıdan kolaylıklar getirmekle birlikte bunlar daha büyük bir dikkat ve denetim gerektirmektedir.<sup>68</sup> E-seçimlerde karşılaşılan sorunların en başında güvenlik ile ilgili sorunlar gelmektedir. Bu konuda elektronik seçimlerin sıkı bir denetime tabi olması son derece önemlidir. Ancak e-seçimler için bir denetim mekanizmasının oluşturulması ve sistemin güvenilirliği noktasında ciddi endişeler ortaya konulmaktadır. Buna göre ABD’de elektronik seçim sistemine yönelik denetimlerin sistemi satan firmalar tarafından yapılması eleştirilmektedir. Bu durumda bağımsız bir denetim mekanizmasının olmayışı önemli bir eksikliklerdir. Öte yandan yapılan incelemeler sistemin dizaynı ya da uygulanmasında güvenliğin dikkate alınmadığını ortaya koymaktadır. Buna göre sistemlerin incelenmesinde temel bazı güvenlik ilkelerinin dahi göz ardı edildiği ve zafiyetlerin bulunduğu ileri sürülmektedir. Ayrıca söz konusu bu zafiyetler mevcut üç farklı sistem bakımından da aynı şekilde ortaya çıkmaktadır.<sup>69</sup>

Bu durumda federal görevlilerin federal düzeyde gelişmiş bir modeli hazırlamaları gerektiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte bir problemi çözmek için teknolojiye başvurulması halinde bir diğer problemin ortaya çıktığı görülmektedir. Örneğin elektronik seçimin oy pusulalarında yaşanan (hanging chad problemi) problemleri ortadan kaldırdığı gerçektir. Ancak oy

<sup>67</sup> Electoral Commission, Key Issues and Conclusions, May 2007 Electoral Pilot Schemes, August 2007.

<sup>68</sup> World e-Parliament Report 2012, s.195.

<sup>69</sup> BISHOP, WAGNER, 2007, s. 120.

pusulalarının yani kâğıtların olmaması halinde seçmenler oylarının doğru kaydedilip edilmediğini kontrol edememektedirler.<sup>70</sup> Bu noktada elektronik seçimler kara kutu sistemi (black box system) olarak ifade edilmektedir. Zira bu sistemde oyların kaydı ve sıralaması seçmenlerden gizli olarak yapılmaktadır. Bu durumda kamunun denetimi imkânsız hale gelmekte ve seçimler hata ve hileye açık hale getirilmektedir.<sup>71</sup>

### **2.3.2. 2000 Yılı ABD Başkanlık Seçiminde Ortaya Çıkan Kriz**

2000 yılındaki tartışmalı seçimlerin ardından Kongre buna yönelik bir adım atmış ve bütün eyaletlerdeki seçim sistemlerinde köklü bir şekilde değişime gidilmiştir. Buna göre 2002 yılında Kongre Amerika Seçim Yardımı Kanunu'nu<sup>72</sup> (The Help America Vote Act, HAVA) çıkartarak tüm eyaletler için bu düzenlemeyi zorunlu kılmıştır. Bu Kanun ile seçimlerde kullanılan eski teknolojiye sahip makinelerin kaldırılarak doğrudan elektronik kayıt (direct recording electronic, DRE) cihazı gibi yeni teknolojiye sahip makinelerin alınması temin edilmiştir.<sup>73</sup> Bu noktada ortaya çıkan bir diğer tartışma ise Seçim Kanunu'nun "gereklilikler" şeklindeki alt başlık A kısmında öngörülen düzenlemeler bakımından yaşanmaktadır. Buna göre Federal ofis için kullanılan tüm seçim sistemleri Kanun'da sayılan gereklilikleri yerine getirmek zorundadır.<sup>74</sup> Bu bakımdan Kanun'a göre manüel olarak oyların denetiminin yerine getirilmesi gerekmektedir. İlgili düzenlemeye göre seçim sistemi, sistemin manüel olarak denetlenebilme kapasitesi bakımından kâğıda dayalı sabit bir kayıt ortaya koymalıdır.<sup>75</sup> Yine seçim sistemi kâğıda dayalı sabit bir kayıt ortaya çıkmadan önce oy pusulası üzerinde değişiklik ya da düzeltme yapabilme imkânına sahip olmalıdır.<sup>76</sup> Bununla birlikte her ne kadar Kanun seçim sistemlerinin manüel denetim imkânı sağlaması gerektiğini öngörmüş olsa da burada yer alan gerekliliğin anlamı bakımından belirsiz

<sup>70</sup> BISHOP, WAGNER, 2007, s. 120.

<sup>71</sup> Open Rights Group, May 2007 Election Report, June 2007.

<sup>72</sup> Kısaca "Kanun" olarak ifade edilecektir.

<sup>73</sup> The Help America Vote Act (HAVA) SEC. 102. Replacement of Punch Card or Lever Voting Machines. "(2) USE OF FUNDS.—A State shall use the funds provided under a payment under this section (either directly or as reimbursement, including as reimbursement for costs incurred on or after January 1, 2001, under multiyear contracts) to replace punch card voting systems or lever voting systems (as the case may be) in qualifying precincts within that State with a voting system (by purchase, lease, or such other arrangement as may be appropriate) that ..."

<sup>74</sup> HAVA, Voting Systems Standards, SEC. 301/1/a.

<sup>75</sup> HAVA, Voting Systems Standards, SEC. 301/2/B/i

<sup>76</sup> HAVA, Voting Systems Standards, SEC. 301/2/B/ii

olduğu ve bu nedenle düzenlemenin yorumu bakımından tartışmalar yaşandığı ifade edilmektedir. Çoğu seçim görevlisine göre Kanun her bir oy pusulasının kâğıda dayalı kaydını öngörmemekte, sadece oyun verilmesi anının kayda alınmış olması öngörülmektedir. Bu nedenle de seçimlerde yüz binin üzerinde kâğıda dayalı olmayan DRE seçim makinelerinin kullanıldığı ve bunların seçmenin kâğıt pusula üzerindeki tercihini ortaya koyabilecek imkândan yoksun olduğu dile getirilmektedir.<sup>77</sup> Bu noktada mevcut seçim cihazlarının kayıt ve sayım konusunda güven bakımından ciddi endişelerin bulunduğu ifade edilmektedir.<sup>78</sup> Zira seçmenler tarafından onaylanacak kâğıda dayalı bir sistem bulunmamaktadır. Buna göre üç hususta sorunların ortaya çıkabileceği düşünülmektedir. Bunlardan ilkinde yazılım sisteminde arıza çıkmaması<sup>79</sup> imkânsızdır. İkincisine göre seçmenlerin kullanacağı kâğıttan pusulaların bulunmaması gerçekçi bir hesaplamayı imkânsız kılmaktadır. Son olarak hile yapma imkânları önceki sistemlere göre daha geniş çaptadır.<sup>80</sup> Bu durumda dikkat çeken en önemli noktalardan birisi yazılım programı olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre hiçbir şekilde hatasız bir yazılım programının bulunduğu iddiası gerçeklikten uzak bir iddiadır. Bu nedenle yazılım sistemi ne kadar karmaşık olursa hataların tespiti ve tamiri de o oranda zor ve güç olmaktadır. Seçimlerde kullanılan yazılım sistemleriye karmaşıktır. Örneğin ABD’de kullanılan seçim pusulaları çok çeşitlilik göstermektedir ki bu çeşitlilik bunları tasarlayanların bilgi ve becerilerinin ötesinde hataları bünyesinde barındırmaktadır.<sup>81</sup> Yine elektronik oylama sürecinde oyların

<sup>77</sup> Summary of the Problem with Electronic Voting, [www.verifiedvoting.org/wp-content/uploads/down\\_loads/revised\\_summary31.pdf](http://www.verifiedvoting.org/wp-content/uploads/down_loads/revised_summary31.pdf) (16.11.2013) (Electronic Voting).

<sup>78</sup> İrlanda Cumhuriyeti, Hollanda ve Kanada’nın Quebec Eyaletinde e-seçimlerin ileri kullanımının ertelendiği görülmektedir. E-democracy, 2009, s. 2. İngiltere Adalet Bakanlığı’na göre ise e-seçimler bakımından ortaya çıkabilecek sorunların resmi olmayan deneme seçimler yoluyla ileri düzeyde test edilerek çözülebileceği ileri sürülmektedir. HC Deb, 23 October 2008, col 559W. Nakl. E-democracy, s.2.

<sup>79</sup> Hatasız bir bilgisayar sisteminin bulunmayışı nedeniyle mevcut teknoloji inanılır, doğru ve güvenli bir elektronik seçim sistemi sunamamaktadır. Bu nedenle de güçlü demokratik geleceğe sahip ülkeler güvenlik kaygısı yüzünden elektronik seçim sistemlerini yaygın olarak kullanmamaktadırlar. FILHO, ALEXANDER, BATISTA, s. 85.

<sup>80</sup> Electronic Voting, s.1.

<sup>81</sup> Electronic Voting, s.1. Bu noktada ABD’de geçmiş elektronik seçimlerde ortaya çıkan bazı hatalar şu şekilde ifade edilebilir. Kasım 2004’de Cateret County, North Carolina’da meydana gelen seçimlerde ortaya çıkan yazılım problemlerinde 4438 oyun kaybolduğu ve bunların hiçbir kaydının bulunmadığı ifade edilmektedir. Yine Kasım 2003’de Fairfax County, Virginia’da bir hâkimin denetimi sonucunda seçim makinesinin bir adayın her yüz oyundan birini eksik saydığı ve bu adayın seçimi kaybettiği ortaya çıkmıştır. Son olarak Ocak 2004’de Broward County, Florida’da seçimin 12 oy farkla kazanıldığı seçimlerde 134 oy pusulasının DRE makinesi tarafından boş olarak okunduğu ortaya çıkmıştır. Florida Kanunlarına göre

kullanımı ve kayıt altına alınması bakımından bir aksaklığın olması durumunda kullanılabilir başka bir imkân bulunmamaktadır. DRE seçim makineleri ekranın son kısmında seçmenlere oy verme işlemi sırasında oylarını kontrol etme imkânı tanımaktadır ancak verilen oyun doğru kaydedilip edilmediği konusunda herhangi bir kontrol imkânı sunmamaktadır. Buna göre elektronik pusulaların kaydı sistem içerisinde hafıza bölümünde yer almakta ve bunlar seçmen tarafından görülememekte, doğrulukları onaylanamamaktadır.<sup>82</sup> Bu nedenle de en makul çözümün elektronik pusula üzerinden kullanılan oyların kâğıt üzerine çıktılarının alınıp bunların seçim kutularında saklanması olduğu ileri sürülmektedir.<sup>83</sup>

### **3.Siyasi Partilerin İşleyişi Bakımından Bilgi İletişim Teknolojilerinin Kullanımı**

#### **3.1. Bilgi İletişim Teknolojilerinin Kullanımı ve Farklı Siyasi Sistemler Üzerindeki Etkileri**

Siyasi partiler demokrasinin temel aktörleridir. Bu nedenle siyasi partilerin işleyiş biçimleri demokrasinin sağlam bir yapıya kavuşması bakımından son derece önemlidir. Buna göre görsel-siyaset şeklinde dile getirilen bir işleyiş biçimiyle siyasi partiler bugün klasik yöntemlerinden uzaklaşarak yeni yollarla faaliyetlerine devam etmektedirler. Bu noktada özellikle televizyonların siyasi arenada kişiselleştirici bir etkiye sahip olduğu ileri sürülmektedir. Bu bakımdan ekranlarda parti programlarından uzak, insanların sadece kendi aralarında tartıştıkları görüntülere yer verilmektedir.<sup>84</sup> Bununla birlikte seçim sistemlerinin de siyasetin kişiselleşmesi bakımından önemli bir etkiye sahip olduğu görülmektedir. Buna göre oyun parti listelerine verildiği sistemlerde televizyonun gücü azalırken seçim sisteminin kendisi de kişiselleştiğinde yani tek adaylı seçim bölgelerinde tek tek adaylar için oy verildiğinde televizyonun etkisi daha da artmaktadır.<sup>85</sup> Bu noktada televizyon için dile getirilen etkinin genel olarak bilişim teknolojilerinin

---

pusulaların manüel olarak tekrar sayılması gerekmektedir. Ancak tekrar sayım imkânsızdır çünkü sayım yapılacak fiziki oy pusulaları mümkün değildir. Electronic Voting, s.1.

<sup>82</sup> Electronic Voting, s.1.

<sup>83</sup> Electronic Voting, s.2. Neveda'da Eylül 2004 yılında yapılan önseçimlerde sisteme uyarlanmış kâğıt çıktılar alınabilmiş ve bunlar seçmenlerin oylarının kontrol edilmesine imkân veren kâğıt pusulaların oluşturulmasını sağlayabilmiştir. Electronic Voting, s.2.

<sup>84</sup> SARTORİ, Giovanni, (Çev. BATUŞ, Gül, ULUKAN, Bahar) Görmenin İktidarı, Homo Videns: Gören İnsan, İstanbul, 2004, s.85.

<sup>85</sup> SARTORİ, 2004, 86.

kullanımı bakımından da söz konusu olabileceğini söyleyebiliriz.<sup>86</sup> Öte yandan tek isimli seçimlerin uygulandığı ABD’de görsel politikanın etkisi yine tek isimli sistemin bulunduğu İngiltere’ye göre daha fazladır. Bunun nedeniyse ABD’nin zayıf parti sistemine ya da disiplinsiz parti sistemine sahip olmasına karşın İngiltere’nin yapılaşmış katı ve geleneksel siyasi parti anlayışına sahip olmasıdır. Yine başkanlık sisteminin uygulandığı ABD gibi ülkelerde siyasetin kişiselleşmesi en üst düzeydedir.<sup>87</sup>Bu durumda da özellikle yürütülen seçim kampanyalarında bilişim teknolojilerinin kullanımının daha yoğun olduğunu söyleyebiliriz. Öte yandan görsel siyasetin Avrupa’da yüzyılı aşkın bir sürede önemli bir rol oynayan kitle partilerinin gücünü azalttığını söylemek mümkündür. Buna göre medya sadece partilerin ve adayların kullandığı bir araç değil aynı zamanda partilerin haberleşme kanalıdır. Bu nedenle oyların toplanması için ayrı, merkezi bir örgütlenmeye gerek kalmadığı düşünülmektedir.<sup>88</sup> Dijital demokrasi uygulamalarının siyasi partiler ve seçimler bakımından getirdiği yenilik ve kolaylıklar siyasi partilerin mevcut durumları hakkında tartışmalara neden olmaktadır. Örneğin artık parti teşkilatları olmaksızın sadece internet ortamında kurulacak siyasi partilerin demokrasiler için yeterli olabileceği ileri sürülebilir.<sup>89</sup> Buna karşın SARTORİ partilerin yok olacaklarına inanmamakla birlikte görsel siyasetin

---

<sup>86</sup> Bununla birlikte sosyal medyanın diğer iletişim araçlarına göre farklı bir durumu vardır. Buna göre sosyal medya siyasiler için büyük bir avantajdır. Zira siyasiler bu yolla medyanın yorumu olmaksızın kişilerle doğrudan temasa geçebilmektedirler. HOWE, 2012, s.17. Bu noktada sosyal medyada oluşturulan kampanyaların küresel ölçekte meydana getirdiği etki oldukça dikkat çekicidir. Örneğin [www.avaz.org](http://www.avaz.org) adresli oluşum 194 ülkeden 30.642.069 üyesiyle son derece güçlü küresel bir baskı grubu olarak kendisini göstermektedir. Alman *Suddeutsche Zeitung* gazetesi tarafından Birleşmiş Milletler’den daha demokratik ve daha etkili olabilen çokuluslu bir topluluk olarak nitelenen avaz küresel yoksulluktan Orta Doğu’da yaşanan krizlere, iklim değişikliğine kadar çeşitlilik gösteren önemli konularda, toplumun her kesiminden milyonlarca kişinin harekete geçmesini sağlayan bir platform olarak kendisini tarif etmektedir. Avaz’ın sitesindeki bilgiler şu şekildedir. “İnternet üzerinden örgütlenme modelimiz sayesinde binlerce kişinin ufak çabaları hızla etkili bir kolektif güce dönüşür. Dört kıtaya yayılmış profesyoneller ve gönüllülerden oluşan ekibiyle 15 dilde hizmet alan Avaz topluluğu hepimizi etkileyen kararları verenlerin dünya halklarının görüşleri ve değerlerini duymasını sağlamak için dilekçeler imzalayarak, ilan kampanyalarını finanse ederek, devlet yetkililerine telefon ederek ya da mesaj atarak, ‘offline’ protestolar ve eylemler düzenleyerek harekete geçer.” [www.avaz.org/tr/about.php](http://www.avaz.org/tr/about.php) (29.11.2013)

<sup>87</sup> SARTORİ, 2004, 86.

<sup>88</sup> SARTORİ, 2004, 87

<sup>89</sup> İnternette kurulan partilere Kanada’da kurulan Kanada Online Parti (Online Party of Canada) örnek olarak gösterilebilir. (<http://www.digitaljournal.com/article/299680> erişim 22 Aralık 2013) Yine İspanya’daki İnternet Partisi (Partido de Internet) de internetteki siyasi partilere bir diğer örnektir. ( <http://www.e2d-international.org/2011/11/23/partido-de-internet-pd-runs-for-spanish-congress/>, erişim 22 Aralık 2013)



partilerin varlıklarını ve yüklerini azaltacağı ve onları değişime zorlayacağını dile getirmektedir. Buna göre günümüzde siyasi sistem içerisinde “hafif” partilerin bulunması yeterli olacaktır.<sup>90</sup>

### **3.2.Bilgi İletişim Teknolojilerinin Kullanımı ve Siyasi Partilerin Dijital Seçim Kampanyaları**

Seçim kampanyası kısaca siyasi olaylara yakınlıkları içerisinde seçmenlerin dikkat düzeylerini artıran bir süreç şeklinde ifade edilebilir.<sup>91</sup> Aslında seçim kampanyaları seçmenlerle siyasilerin en enerjik olarak iletişim halinde oldukları andır. Bu nedenle seçmenlerin geniş katılımına rağmen verilen oyların sadece ritüel niteliğinde partizanca kullanılmalarından ibaret bir seçim hayal kırıklığına yol açabilecektir. İşte bu noktada seçim kampanyalarının artıları ve eksilerinin doğrudan seçim sonuçlarını etkileyeceği muhakkaktır.<sup>92</sup> İşte günümüz dijital medyası seçim kampanyalarının dönüşümü imkânını sunmakta ve dünyada temsili demokrasi zayıflamaktadır. Buna göre zaman ve mesafe bakımından var olan çoğu bariyer artık aşılabilmektedir.<sup>93</sup> Dijital iletişimin kullanımıyla birlikte artık insanlar siyasi etkinlikleri de bu yolla takip etmeye başlamışlardır. Buna göre ileri demokrasilerde siyasiler artık seçmenleriyle doğrudan iletişime geçebilecek durumdadırlar. Bu nedenle de siyasiler internet sayesinde artık basın ve yayının kendi düşüncelerini katma ya da maniple etme riski olmaksızın doğrudan seçmenlere ulaşabilmektedirler.<sup>94</sup> İnternet üzerinden yürütülen elektronik kampanyalar siyasi partilere oldukça fazla yararlar sağlamaktadır. Örneğin internet siyasi partilere düşük maliyetli bir medya imkânı sunarak politikalarını bu açık ve üretici alanda yürütmelerini sağlamaktadır. Bu durumda online kitle iletişim araçları sayesinde küçük partiler büyük partiler karşısında rekabet edebilir hale gelmektedirler. Bu durumda her siyasi partinin internette sesini duyurabilecek olması aynı zamanda daha demokratik bir seçim sürecinin ortaya çıkmasını sağlayacaktır <sup>95</sup>.

---

<sup>90</sup> SARTORI, 2004, s. 87.

<sup>91</sup> BRADY, Henry, RICHARD, Johnston, SIDES, John, The Study of Political Campaigns, s. 2, (<http://home.gwu.edu/~jsides/study.pdf>, erişim 15 Aralık 2013)

<sup>92</sup> BRADY, RICHARD, SIDES, s. 18.

<sup>93</sup> WILLIAMSON, Andy, MILLER, Laura, FALLON, Freddy, Behind the Digital Campaign, Hansard Society, 2010, s. 1.

<sup>94</sup> WILLIAMSON, MILLER, FALLON, s. 4.

<sup>95</sup> <http://alexandrasamuel.com/netpolitics/studentsites/classsites/MitchHooker/benefits.html>, erişim 14 Aralık 2013.

Öte yandan elektronik kampanyalar siyasiler arasında ciddi yarışlara sahne olmaktadır. Bunun en bilinen örnekleri ise ABD’de sergilenmekle birlikte seçim dönemleri sonrasında siyasiler online alanda fazla görünmemektedirler. Bununla birlikte İngiltere’de siyasiler devamlı şekilde online alanlarda yer alıp interaktivitelerini yüksek seviyede tutmaktadırlar.<sup>96</sup> İnternetin kullanımı yoluyla sadece partiler vatandaşlara detaylı bilgiler sunmakla kalmamakta aynı zamanda vatandaşlar da tavsiyelerini yorumlarını ya da sorularını adaylara veya liderlere iletebilmektedirler.<sup>97</sup> İnternet kullanımında forumların ortaya çıkması kullanıcılara spordan günlük ilişkilere kadar pek çok konuda tartışma imkânı vermektedir. Bu bakımdan siyasiler de takipçilerine bu bloglar yoluyla ulaşabilmekte adeta kendi yayın organlarını kurmaktadırlar.<sup>98</sup> Bununla birlikte özellikle ABD seçimlerinde yıkıcı kampanyaların ortaya çıkması ve bunun Amerikan demokrasisine ağır maliyeti seçmenlerin olumlu düşüncelerini zayıflatmakta ve potansiyel oy kullanıcılarını oy vermeme eğilimine itmektir.<sup>99</sup> Bu bakımdan da özellikle tek yönlü veya alternatifini bulunmayan iletişim araçları yerine çok yönlü ve az maliyetli dijital demokrasi uygulamalarının bulunması yıkıcı seçim kampanyalarını azaltıcı etkileri yanı sıra hiç olmazsa bunlara cevap verebilme imkânını da siyasi partilere sunmaktadır. Bu nedenle internet üzerinden yürütülen seçim kampanyaları sayesinde partiler stratejik olarak medyanın olumlu veya olumsuz etkisinden uzak daha etkin bir şekilde mesajlarını kontrol altında tutabilmektedirler. Bununla birlikte bu yeni yöntemin parti kültürünü zayıflatıcı bir etkisinin bulunmadığının garanti altına alınması gerekmektedir.<sup>100</sup> Siyasete katılım süreci bakımından online ortamlar yoluyla siyasi katılım gerçekleştiren vatandaşlar bakımından bunların sadece küçük bir kısmı bakımından fiziki katılımın gerçekleştiği görülmektedir. Bu noktada internetin siyasi kampanyalar üzerindeki etkisi göz ardı edilemeyecek olsa da büyük beklentiler içerisinde olunması gerçekçi görünmemektedir.<sup>101</sup> Siyasi partiler

<sup>96</sup> WILLIAMSON, MILLER, FALLON, s. 5.

<sup>97</sup> <http://alexandrasamuel.com/netpolitics/studentsites/classsites/MitchHooker/benefits.html> 14 Aralık 2013.

<sup>98</sup> WILLIAMSON, MILLER, FALLON, s. 4-5.

<sup>99</sup> LAU, Richard, SIGELMAN, Lee, ROVNER, Ivy Brown, The Effects of Negative Political Campaigns: A Meta-Analytic Reassessment, The Journal of Politics, Vol. 69, No. 4, 2007, s. 1176.

<sup>100</sup> WILLIAMSON, MILLER, FALLON, s. 15.

<sup>101</sup> Rachel K. Gibson Marta Cantijoch, Stephen Ward, “Citizen participation in the e-campaign”, (İç) Gibson, R., Williamson, A. Ward, S. (Eds.) The internet and the 2010 election. Putting the small ‘p’ back in politics? London: Hansard Society, 2010, s. 11-12. <http://drupals.huma->

online olarak iletişime geçtikleri kişilerle olan bu bağlarını fiziki olarak da güçlü bağlar haline getirmek zorundadırlar.<sup>102</sup> Bugüne bakıldığında siyasi partilerin otuz yıl öncesine kıyasla çok daha güçlü oldukları söylenebilir. Bu bakımdan siyasi sistemlerde devrim niteliğinde dönüşümler yaşanmasa dahi siyasi partiler seçimlerdeki etkinliklerini artırmanın yollarını bulmak için mevcut statülerinden sapmalar dahi gösterebileceklerdir. Buna göre güncel eğilimler göz önüne alınacak olursa partilerin seçim faaliyetlerinin anlaşılması bakımından üç noktaya dikkat çekilmektedir. Bunlardan ilki partilerin seçim kampanyalarındaki rollerinin geliştirilmesi, ikincisi siyasi adayları etkileme girişimleri ve sonuncusu faaliyetlere ilişkin hükümlerin geliştirilmesi olarak ifade edilebilir.<sup>103</sup>

#### **4. Dijital Demokrasi Uygulamalarının Bazı Temel Haklar Üzerindeki Etkileri**

Dijital demokrasi uygulamalarının etki altına alacağı temel hakların başında özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakları gelmektedir. Buna göre e-seçimlerde tutulan kayıtlar ve seçmen bilgileri dijital ortamda bulunduğu için bunların gizliliği ve güvenli bir şekilde korunması son derece önemlidir. Bu noktada dijital demokrasi uygulamalarının kişisel verilerin sunumu, nakli ya da depolanması ile bağlantılı olabileceği ve böylece e-seçimler bakımından ikili bir durumun söz konusu olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre bir yandan kullanılan oyların anonim olması korunurken diğer yandan da muhtemel hileleri önleyebilmek için verilen oyla seçmen arasında bir bağlantının bulunması gerekmektedir. Aslında böyle bir bağlantı seçmenlerin özel hayatlarının gizliliğine rağmen seçimlerin güvenliği bakımından kurulabilmektedir.<sup>104</sup> Bu nedenle de özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması ile seçimlerin güvenliği arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Öte yandan dijital demokrasi uygulamalarının etkilediği bir diğer temel hak bilgi edinme hakkıdır. Buna göre kamu

nities.manchester.ac.uk/ipol/sites/default/files/newdocs/ChapHansard.pdf

<sup>102</sup> WILLIAMSON, MILLER, FALLON, s. 6.

<sup>103</sup> BROX, Brian, SHAW, Daron, Political Parties, American Campaigns and Effects on Outcomes, (Ed) KATZ Richard, CROTT, William (İç) Handbook of Party Politics, London, 2006, s. 153.

<sup>104</sup> E-democracy, 2009, s. 3. Bu noktada siyasi katılımı arttıracığına inanılan e-seçimler seçmenlerin özel hayatlarının gizliliği, verilen oyların anonimliğinin korunması ve eşitlik ilkesinin ihlal edilmemesi gibi temel hakların güvence altına alınmasını gerektirmektedir. MITROU, Lilian, GRITZALIS Dimitris, KATSIKAS, Sokratis, QUIRCHMAYR, Gerald, Electronic Voting: Constitutional and Legal Requirements, and Their Technical Implications, (Eds) GRITZALIS, Dimitris, (İç) Secure Electronic Voting, Springer US, 2003, s.43.

hizmetlerinin sunulması ve seçimlerde yürütülen kampanyalar bakımından bilgiye erişimin dijital teknoloji yoluyla yapılması bilgi edinme hakkının gerçekleşmesi bakımından önemlidir.<sup>105</sup> Ancak bu konuda standart bir bilgi paylaşımı formunun bulunmayışı, dijital demokrasi uygulamalarını sekteye uğrattığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.<sup>106</sup> Bununla birlikte yeni katılım yollarına erişebilen yüksek sosyoekonomik sınıf ile bunlara erişemeyen alt sosyoekonomik sınıf arasındaki bilgi farklılığının daha da artacağı ve bunun olumsuz bir etki doğuracağı yönünde yaklaşımların da mevcut olduğu ifade edilebilir.<sup>107</sup> Bu noktada dijital demokrasi uygulamalarının özellikle fiziki olarak internet erişimi olmayanların ya da internet kullanımı konusunda bilgi ve becerisi bulunmayanların<sup>108</sup> siyasi haklarını kullanmalarını engelleyici bir etki meydana getireceği üzerinde durulmaktadır. Buna karşın bireylere teknoloji ve bunu kullanma imkânının sağlanması halinde dahi onların siyasete olan ilgilerinin otomatik olarak artmayacağı ileri sürülmektedir. Buna göre gençlerin teknolojiyi kullanma becerisinin yüksek olmasına rağmen siyasete olan ilgilerinin en düşük seviyede olduğu ifade edilmektedir.<sup>109</sup> Bu durumda da dijital demokrasi uygulamalarının etkilerinin tam olarak anlaşılabilmesi için daha büyük çapta dönüşümlere ihtiyaç duyulmaktadır.<sup>110</sup> Buna göre gençlerin

<sup>105</sup>Demokrasilerde kararların kolektif olarak alınmasında buna konun olan her bireyin yararının öngörülebilir sınırlar içerisinde doğru bir şekilde yorumlanması ve bilinmesi gerekmektedir. DAHL, 1989, s.87.

<sup>106</sup>E-democracy, 2009, s. 3. Bununla birlikte özellikle Amerikan toplumunda seçmenin adaylar hakkında bilgi edinmek gibi bir kaygı içerisinde olmadığına dikkat çekilmektedir. Buna göre seçmenlerin kişisel refahlarının, iş, ev, tatil gibi durumlarının seçimleri kim kazanırsa kazansın değişmeyeceği gibi bir düşünce ileri sürülmektedir. Yine partiler arasında açık pazar ya da Bill of Rights konusunda tehlike arz edecek ideolojik bir farklılık bulunmamaktadır. SUSMAN, Thomas M. The Good, The Bad, And The Ugly: E-Government and The People's Right to Know, Vital Speeches of the Day Vol. LXVIII, No. 2; Nov. 1, 2001, s. 2. www.law.yale.edu/documents/pdf/Intellectual\_Life/CL-OGI-Susman-GoodBadUgly-English.pdf (02.12.2013)

<sup>107</sup>MURDOCK, Graham, GOLDING, Peter Information Poverty and Political Inequality: Citizenship in The Age of Privatized Communications, Journal of Com-Munication. Vol. 39, 1989, s. 180-193.

<sup>108</sup>Bu noktada internete erişimin bir tuşa tıklamak ve bilgileri öğrenmek gibi basit bir görünümü bulunmasına rağmen parlamentoyu ilgilendiren kritik öneme sahip konularda gerekli teknik alt yapının, iyi yönetimin ve becerinin nasıl sağlanacağı konusunda bir netlik bulunmamaktadır. GRIFFITH, Jeffrey, (İç) SOBACI, Mehmet Zahid, E-Parliament and ICT-Based Legislation: Concept, Experiences and Lessons, Hershey, 2012, s. xiv.

<sup>109</sup>E-democracy, 2009, s. 3.

<sup>110</sup>E-democracy, 2009, s. 4. Kanada da yapılan bir araştırmaya göre 2000 seçimlerinde oy kullanmayanların %32,9'u iş yoğunluğundan oy kullanamadıklarını ifade etmişlerdir. Yine bu kişilerin %21,7'si sorulan soru üzerinde internette oy kullanma imkânı bulunsaydı büyük bir ihtimalle oy kullanabileceklerini dile getirmişlerdir. Böyle bir durumda da yapılan he-

oy kullanmalarıyla ilgili yapılan çalışmalar gelişmiş demokrasilerde gençlerin oy verme oranının düşük olduğunu göstermektedir. Örneğin ABD’de 2000 yılı seçimlerinde 18-24 yaş arası gençlerin oy verme oranı %36 ile diğer yaş gruplarına göre en düşük seviyede gerçekleşmiştir. Bu noktada 2000 seçimleri için en yüksek oy verme oranı %73 oranı ile 65-74 yaş aralığında gerçekleşmiştir. 2004 seçimlerindeyse partilerin, gençlerin oy kullanmaları üzerinde yoğun kampanyaları üzerine<sup>111</sup> bu oran %47’ye çıkabilmiştir.<sup>112</sup> 2001 yılında İngiltere’de genel seçimlerde gençlerin oy verme oranı %39 olarak gerçekleşmiştir.<sup>113</sup> Bununla birlikte 2005 seçimlerinde oy verme oranı önemli bir şekilde artış göstermesine rağmen gençlerin oy verme oranı %37 olarak gerçekleşmiştir.<sup>114</sup> Kanada’da 58 yaş ve üstü seçmenin seçimlere katılım oranı %80’e ulaşırken, 18-20 yaş arası gençlerin oy verme oranı ise %22,4 olarak gerçekleşmiştir.<sup>115</sup> Bununla birlikte son yirmi yılda genel seçimlerin yanı sıra yerel seçimler ve AB seçimlerindeki düşüşe rağmen gençlerin oy oranında yaşanan bu düşüşlerin devam edeceğini söylemek erken bir söylem olarak değerlendirilmektedir.<sup>116</sup>

Öte yandan siyasi hakların kullanımı demokratik gelenekler ve anayasa ile derinden bağlantılıdır. Bu bakımdan siyasi hakların uygulanması ve kabul edilebilirliği bunlara duyulan saygı, güven ve bu konudaki temel ilkelerin korunmasına bağlı olarak gerçekleşmektedir.<sup>117</sup> Bu durumda da e-seçim uygulamaları kapsamında siyasi hakların kullanımının günlük bir aktivite tarzı ya da sıradan bir internet uygulaması şeklinde algılanmayacak olması genel olarak bilinen bir gerçekliktir. Diğer yandan siyasi katılımın

---

saplamalar internetten oy kullanımının toplamda katılım oranını %2.82 oranında artıracığını göstermektedir. PAMMETT, Jon H, LeDUC, Lawrence, Explaining the Turnout Decline in Canadian Federal Elections: A New Survey of Non-voters, 2003, s. 58-59. [www.elections.ca/res/rec/part/tud/TurnoutDecline.pdf](http://www.elections.ca/res/rec/part/tud/TurnoutDecline.pdf) (07.12.2013)

<sup>111</sup> Buna karşın Avustralya ise zorunlu oy ve oy kullanmayanlara karşı sıkı yaptırımlar uygulamakla genç seçmenlerin oy oranında yüksek düzeyde bir artış sağlamayı hedeflemektedir. PRINT, Murray, Citizenship Education and Youth Participation in Democracy British Journal of Educational Studies, Vol. 55, No. 3, 2007, s. 329.

<sup>112</sup> LOPEZ, Mark Hugo, KIRBY, Emily, SAGOFF, Jared, The Youth Vote in 2004, Centre for Information and Research on Civic Learning and Engagement. [www.civicyouth.org/PopUps/FactSheets/FS\\_Youth\\_Voting\\_72-04.pdf](http://www.civicyouth.org/PopUps/FactSheets/FS_Youth_Voting_72-04.pdf) (07.12.2013)

<sup>113</sup> Election 2001: The Official Results, London, The Electoral Commission, 2001.

<sup>114</sup> Vote 2005, A Review of Social and Academic Research in to Voting at UK Parliamentary General Elections, London, The Electoral Commission, 2005.

<sup>115</sup> PAMMETT, LeDUC, [www.elections.ca/res/rec/part/tud/TurnoutDecline.pdf](http://www.elections.ca/res/rec/part/tud/TurnoutDecline.pdf) (07.12.2013)

<sup>116</sup> PRINT, 2007, s. 329.

<sup>117</sup> MITROU, GRITZALIS, KATSIKAS, QUIRCHMAYR, 2003, s. 44.

dijital demokrasi uygulamaları yoluyla arttırılacak olması eşitlik ilkesinin gerçekleşmesi bakımından da son derece önemlidir. Buna göre siyasi sisteme katılım bakımından eşitlik sağlanamazsa sistem içerisinde aktif olan kişiler aktif olmayan bireyler karşısında siyasi menfaat bakımından daha büyük bir paya sahip olacaklardır.<sup>118</sup> Bu bakımdan eşitsizliğin giderilmesi siyasi katılımın arttırılması ve siyasi beklentilerin aynı oranda karşılanması neticesinde daha az seviyelere indirilebilecektir.

## **SONUÇ**

Dijital demokrasi konusu günümüz demokrasi uygulamaları bakımından yenilik doğurucu bir etkiye sahip olmakla birlikte beraberinde bazı tartışmalara da neden olmaktadır. Dijital demokrasi uygulamalarını kısaca BİT'nin demokrasi içerisinde kullanımı şeklinde ifade edebiliriz. BİT'nin demokratik amaçlarla kullanımı farklı anlamlar taşımaktadır. Buna göre demokrasi içerisinde siyasi faaliyetlerin daha geniş kitlelere yayılımı, yasama ve yürütme faaliyetlerinde doğrudan halka başvurabilme gibi imkânların sağlanabilmesi alınan kararlarda demokratik meşruluğun artması bakımından son derece önemlidir. Bu noktada egemenliğin doğrudan halk tarafından kullanılmasına imkân verilebilecektir. Bu bakımdan artık doğrudan demokrasinin sadece teori aşamasında kalmayıp, uygulanabilir olması söz konusu olabilecektir. Bu nedenle de doğrudan demokrasiyi günümüzde dijital demokrasi ile eş anlamlı olarak kullanmak mümkün olabilecektir. Bu durumda yukarıda bahsi geçen dijital uygulamalar, bununla ilgili olarak ortaya çıkan sorunlar ve çözüm yolları birlikte ele alındığında dijital demokrasinin sistemli ve uygulanabilir bir teori olarak ele alınması mümkün hale gelecektir. Örneğin ülke genelindeki seçimlerde uygulanan ve bu yönüyle bilinen ilk örnek olan Estonya elektronik seçimlerinde elektronik imza kartı, onay sistemi gibi güvenlik önlemlerinin başarıya ulaşmış olması bu tür uygulamalar açısından olumlu bir örnektir. Bu tür örneklerin incelenmesi ortaya çıkacak sorunların çözümü bakımından son derece önemlidir. Zira hayatın her alanında yaşanan teknolojik ilerlemeler ve BİT'nin toplumlarda hızla yayılması, demokrasi ve siyaset kurumu bakımından da bir dönüşümü gerektirecektir. Örneğin yürütmenin kamu politikalarının belirlenmesinde doğru adımları atabilmesi ya da yasamanın kanun yapımında doğrudan toplumun görüşlerine başvurabilecek olması özellikle hukuki alanda bazı düzenlemelerin yapılmasını gerektirecektir. Yine yukarıda incelenen başlıklarda da görüldüğü üzere BİT'nin kullanımı demokrasinin işleyişi bakımından geniş bir alanı etkisi altına almaktadır. Örneğin sosyal medya araçlarının veya internet günlüklerinin (blog) ortaya

---

<sup>118</sup>BEST, KRUEGER, 2005, s.185.

çıkışı konuya yeni açılımlar kazandırmaktadır. Bu durum demokratik meşruluk tartışmalarından, siyasi partilerin seçim kampanyalarına, siyasi partilere yapılacak mali yardımdan milletvekillerinin çalışma koşullarına kadar geniş bir alanı etkilemektedir. Buna göre herhangi bir binası, teşkilatı ya da tabelası olmadığı halde sadece internet üzerinden faaliyet gösteren bir siyasi partiye yapılacak mali yardım diğer partiler kadar fazla olmayabilir ya da seçmenlerin bizzat yasama faaliyetlerine katılması suretiyle çıkartılan kanunların demokratik meşruiyeti ve hatta bunların anayasa yargısı yoluyla denetimi dahi farklı şekillerde ele alınabilecektir. Bununla birlikte seçimlerin denetimi ve gözetimi bakımından da teknolojinin kullanılması önemli bir güvence sağlayacaktır. Örneğin elektronik seçim sandıklarının kullanılması bu konudaki güvenlik endişelerini giderecektir. Yukarıda farklı ülkelerdeki örnekleriyle de açıklamaya çalıştığımız gibi günümüzde elektronik oylama, elektronik kampanya ya da siyasi partilerin internet sitelerindeki uygulamaları gibi dijital demokrasiye yönelik uygulamaların klasik demokrasi anlayışına yeni anlamlar yüklediği görülmektedir. Buna göre dijital ortamda karşılaştığımız çoğu uygulama toplumun geneli için büyük kolaylıklar sağlamaktadır. Bu nedenle teknolojinin siyasi hayatı veya demokratik işleyişi etkilememesi düşünülemez. Öyle ki erişim kolaylığı bakımından düşünülecek olursa cep telefonları sayesinde önemli siyasi kararların alınması öncesinde geniş kitlelerin görüşlerine başvurulabilmesi dahi imkân dâhilindedir. Bununla birlikte bu imkânların kullanımı ülkelerin gelişmişlikleriyle de doğrudan ilgilidir. Ancak bu durumda dahi İngiltere gibi gelişmiş teknolojik alt yapıya sahip ülkelerde olduğu gibi her zaman için siyaset ya da demokrasi bakımından olumlu sonuçlar ortaya çıkmayabilir. Örneğin gençlerin interneti yoğun olarak kullanıyor olmaları ile siyasete katılım oranlarında doğrudan bir artış meydana gelmeyebilir. Yani internetin kullanımı ile siyasi katılım arasında bir doğru orantı kurmak mümkün gözükmemektedir. Tüm bunlara rağmen demokrasi, siyaset ve teknoloji arasındaki ilişki bakımından demokrasi adına yeni bir yaklaşımın söz konusu olacağı ifade edilebilir. Özellikle ülkemizde engelli vatandaşlarımız için büyük kolaylık sağlayacak olan elektronik seçim uygulamalarının kullanımına yönelik çalışmalar açısından yukarıda değindiğimiz örnekler faydalı olabilir. Bu anlamda diğer ülkelerin sahip oldukları deneyimlerin, ortaya çıkan sorunların ve çözüm yollarının bilinmesi ülkemiz açısından olumlu bir etki doğuracaktır. Buna göre ülkemizdeki muhtemel uygulamalar bakımından da en önemli sorun güvenliğin sağlanarak manipulelerin önüne geçilmesi olacaktır. Yeterli güvenceler sağlanmak şartıyla dijital demokrasi uygulamalarına başvurulacak olması ülkemiz açısından da demokrasi adına önemli bir kazanım olacaktır.

### KAYNAKÇA

ALVAREZ, R. Michael, HALL, Thad E. TRECHSEL, Alexander H. Internet Voting in Comparative Perspective: The Case of Estonia, Political Science and Politics, Vol. 42, No. 3, 2009, s. 503.

BEST, Samuel J. KRUEGER, Brian S. Analyzing the Representativeness of Internet Political Participation, Political Behavior. Vol. 27, No. 2, 2005, s.185.

BISHOP, Matt, WAGNER David, Risk of E-voting, Communications of the Association for Computing Machinery, Vol. 50, No. 1, 2007, s.120.

BOCHSLER, Daniel, Can Internet voting increase political participation? Remote electronic voting and turnout in the Estonian 2007 parliamentary elections, Internet and Voting, Conference Paper, Fiesole, 3-4 June 2010, s.2. ([www.eui.eu/Projects/EUDO-PublicOpinion/Documents/bochslere-voteeui2010.pdf](http://www.eui.eu/Projects/EUDO-PublicOpinion/Documents/bochslere-voteeui2010.pdf), erişim 10 Kasım 2013)

BRADY, Henry, RICHARD, Johnston, SIDES, John, The Study of Political Campaigns, s. 2, <http://home.gwu.edu/~jsides/study.pdf> 15 Aralık 2013.

BRAUN, Nadja, Switzerland: External Voting in a Federal State with Direct Democracy, s.230. ([http://www.idea.int/publications/voting\\_from\\_abroad/upload/chap10-switz.pdf](http://www.idea.int/publications/voting_from_abroad/upload/chap10-switz.pdf) erişim, 11 Aralık 2013.)

BROX, Brian, SHAW, Daron, Political Parties, American Campaigns and Effects on Outcomes, (Ed) KATZ Richard, CROTT, William (İç) Handbook of Party Politics, London, 2006, s. 153.

DAHL, Robert, Democracy and its Critics, New Haven, 1989.

Department of Economic and Social Affairs, United Nations E-Government Survey 2012 E-Government for the People, 2012, s. 43.

DIJK, Jan, A.G.M. van, Digital Democracy: Vision and Reality, s.1. ([http://www.utwente.nl/gw/vandijk/research/itv/itv\\_plaatje/Digital%20Democracy%20Vision%20and%20Reality.pdf](http://www.utwente.nl/gw/vandijk/research/itv/itv_plaatje/Digital%20Democracy%20Vision%20and%20Reality.pdf), erişim 15 Aralık 2013)

E-democracy, Parliamentary Office of Science and Technology, Postnote, Number 321, January, 2009, s.1

Electoral Commission, Key Issues and Conclusions, May 2007 Electoral Pilot Schemes, August 2007.



Election 2001: The Official Results, London, The Electoral Commission, 2001.

E-voting Polls, [www.ec.europa.eu/ipg/ services/interactive\\_services/evoting-polls/#section\\_5](http://www.ec.europa.eu/ipg/services/interactive_services/evoting-polls/#section_5) (04.12.2013)

Federal Council, Bericht über den Vote Électronique. Chancen, Risiken und Machbarkeit elektronischer Ausübung politischer Rechte vom 9. Januar 2002, BBl 2002 645, s. 651. Nakl. GERLACH, GASSER, s.3.

FERNÁNDEZ, Rosa M, GONZÁLEZ, Esther, José Manuel VERA, The Electoral Legislation of The Basque Autonomous Community Regarding Electronic Vote (Ed.) KRIMMER, Robert (İç) Electronic Voting, Bregenz, 2006, s. 71.

FILHO, José Rodrigues, ALEXANDER, Cynthia J. BATISTA, Luciano C. E-Voting in Brazil - The Risks to Democracy, (Ed.) KRIMMER, Robert (İç) Electronic Voting, Bregenz, 2006, s. 85.

FUGLSANG, Lars, IT and Senior Citizens: Using the Internet for Empowering Active Citizenship, Science, Technology, & Human Values, Vol. 30, No. 4, 2005, s. 493.

GERLACH, Jan, GASSER, Urs, Three Case Studies from Switzerland: E-Voting, Berkman Center Research Publication, 2009, s.12.

GIBSON, Rachel, CANTIJOCH, Marta, WARD, Stephen, “Citizen participation in the e-campaign”, (İç) Gibson, R., Williamson, A. Ward, S. (Eds.) The internet and the 2010 election. Putting the small ‘p’ back in politics? London: Hansard Society, 2010, s. 11-12. (<http://drupals.humanities.manchester.ac.uk/ipol/sites/default/files/newdocs/ChapHansard.pdf>, erişim 15 Aralık 2013)

Global Parliamentary Report, The changing nature of parliamentary representation, Inter-Parliamentary Union, United Nations Development Programme, Geneva - New York, 2012, s.53.

GRIFFITH, Jeffrey, (İç) SOBACI, Mehmet Zahid, E-Parliament and ICT-Based Legislation: Concept, Experiences and Lessons, Hershey, 2012, s. xiv.

HAGEN, Martin, Digital Democracy and Political Systems, (edit): HACKER, Kenneth, DIJK, Jan van, Digital Democracy: Issues of Theory and Practice, Clifornia, 2000, s. 54.

HC Deb, 23 October 2008, col 559W. Nakl. E-democracy, s.2.

History of the Minnesota Electronic Democracy Project ([www.isoc.org/inet96/proceedings/e9/e9\\_1.htm](http://www.isoc.org/inet96/proceedings/e9/e9_1.htm), erişim 25 Kasım 2013)

HOWE, Catherine, Digital Democracy Building New Relationships With The Public – An APCC Guide, London, 2012, s.6.

LAU, Richard, SIGELMAN, Lee, ROVNER, Ivy Brown, The Effects of Negative Political Campaigns: A Meta-Analytic Reassessment, The Journal of Politics, Vol. 69, No. 4, 2007, s. 1176.

LIJPHART, Arend, Unequal Participation: Democracy's Unresolved Dilemma. American Political Science Review, Vol. 91, 1997, s. 1.

MADISE, Ülle, MARTENS, Tarvi, E-voting in Estonia 2005. The First Practice Of Country-Wide Binding Internet Voting in the World, (Ed) KRIMMER, Robert (İç) Electronic Voting, Bregenz, 2006, s. 15.

LOPEZ, Mark Hugo, KIRBY, Emily, SAGOFF, Jared, The Youth Vote in 2004, Centre for Information and Research on Civic Learning and Engagement. ([www.civicyouth.org/PopUps/FactSheets/FS\\_Youth\\_Voting\\_72-04.pdf](http://www.civicyouth.org/PopUps/FactSheets/FS_Youth_Voting_72-04.pdf), erişim 07 Aralık 2013)

Minnesota e-Democracy Survey, ([www.e-democracy.org/research/edemsurvey2002-jakobjensen.pdf](http://www.e-democracy.org/research/edemsurvey2002-jakobjensen.pdf), erişim 25 Kasım 2013)

MITROU, Lilian , GRITZALIS, Dimitris, KATSIKAS, Sokratis , QUIRCHMAYR, Gerald , Electronic Voting: Constitutional and Legal Requirements, and Their Technical Implications, (Eds) GRITZALIS, Dimitris, (İç) Secure Electronic Voting, Springer US, 2003, s.43.

Modernisation of the House of Commons.Report, Modernisation Committee, First Report of Session, 2004.

MURDOCK, Graham, GOLDING, Peter Information Poverty and Political Inequality: Citizenship in The Age of Privatized Communications, Journal of Com-Munication. Vol. 39, 1989, s. 180-193.

Open Rights Group, May 2007 Election Report, June 2007.

PAMMETT Jon H, LeDUC, Lawrence, Explaining the Turnout Decline in Canadian Federal Elections: A New Survey of Non-voters, 2003, s. 58-59. ([www.elections.ca/res/rec/part/tud/TurnoutDecline.pdf](http://www.elections.ca/res/rec/part/tud/TurnoutDecline.pdf), erişim 07 Aralık 2013)

PETERS, Guy, Institutional Theory in Political Science, The New Institutionalism, London, 2005, s. 18.

PRINT, Murray, Citizenship Education and Youth Participation in Democracy British Journal of Educational Studies, Vol. 55, No. 3, 2007, s. 329

SARTORİ, Giovanni, (Çev. BATUŞ, Gül, ULUKAN, Bahar) Görmenin İktidarı, Homo Videns: Gören İnsan, İstanbul, 2004, s.85.

SCOTT, Richard, The Adolescence of Institutional Theory, Administrative Science Quarterly. Vol. 32, No. 4, 1987, s. 493.

SOBACI, Mehmet Zahid, E-Parliament and ICT-Based Legislation: Concept, Experiences and Lessons, Hershey, 2012, s. xv.

Summary of the Problem with Electronic Voting, [www.verifiedvoting.org/wp-content/uploads/downloads/2013/11/summary31.pdf](http://www.verifiedvoting.org/wp-content/uploads/downloads/2013/11/summary31.pdf) (16.11.2013) (Electronic Voting).

SUNSTEIN, Cas, Infotopia. How Many Minds Produce Knowledge. Oxford, 2008, s. 10.

SUROWIECKI, J. The Wisdom of Crowds: Why the Many Are Smarter Than the Few and How Collective Wisdom Shapes Business, Economies, Societies and Nations. New York, 2004.

SUSMAN, Thomas M. The Good, The Bad, And The Ugly: E-Government and The People's Right to Know, Vital Speeches of the Day Vol. LXVIII, No. 2; Nov. 1, 2001, s. 2. ([www.law.yale.edu/documents/pdf/Intellectual\\_Life/CL-OGI-Susman-GoodBadUgly-English.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Intellectual_Life/CL-OGI-Susman-GoodBadUgly-English.pdf), erişim 02 Aralık 2013)

Transformational Government, Enabled by Technology, CM6683, November, 2005.

UK Parliament Procedure Committee, First Report of Session 2007-08, e-Petitions, HC 136.

Vote 2005, A Review of Social and Academic Research in to Voting at UK Parliamentary General Elections, London, The Electoral Commission, 2005.

WILLIAMSON, Andy, MILLER, Laura, FALLON, Freddy, Behind the Digital Campaign, Hansard Society, 2010, s. 1.

World e-Parliament Report 2012, Global Centre for ICT in Parliament is administered by the Division for Public Administration and Development Management of the United Nations Department of Economic and Social Affairs, 2012, s.195.

ZAVESTOSKI, Stephen, SHULMAN, Stuart, SCHLOSBERG, David, Democracy and the Environment on the Internet: Electronic Citizen Participation inRegulatory Rulemaking , Science, Technology, & Human Values, Vol. 31, No. 4, 2006, s. 383.

### **İNTERNET ADRESLERİ**

<http://www.e2d-international.org/2011/11/23/partido-de-internet-pdi-runs-for-spanish-congress/> 22 Aralık 2013

<http://www.e2d-international.org/2011/11/23/partido-de-internet-pdi-runs-for-spanish-congress/> 22 Aralık 2013

<http://alexandrasamuel.com/netpolitics/studentsites/classsites/MitchHooker/benefits.html>, erişim 14 Aralık 2013.

<http://www.official-documents.gov.uk/document/cm66/6683/6683.pdf> erişim 12 Aralık 2013.

[http://www.admin.ch/ch/e/rs/161\\_1/a4.html](http://www.admin.ch/ch/e/rs/161_1/a4.html) erişim 11 Aralık 2013.

<http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf> erişim 11 Aralık 2013.

[www.admin.ch/ch/e/rs/161\\_1/a6.html](http://www.admin.ch/ch/e/rs/161_1/a6.html), erişim 04 Aralık 2013

[www.avaaz.org/tr/about.php](http://www.avaaz.org/tr/about.php), erişim 29 Kasım 2013

[www.blogs.e.gov.kz/](http://www.blogs.e.gov.kz/)

**ÇEVİRİ>>**

BOŞ

**İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN KİRA  
BEDELİNİN KARARLAŞTIRILMAMASI HALİNDE KİRA  
SÖZLEŞMESİNİN KURULMADIĞINA İLİŞKİN 15.9.1993  
TARİHLİ (BGE 119 II 347) KARARI**

**THE DECISION OF THE SWISS FEDERAL COURT (BGE 119 II 347)  
DATED 15.9.1993 REGARDING A RENTAL AGREEMENT IS NOT  
CONCLUDED IN CASE RENT MONEY IS NOT DECIDED**

**Fahri Erdem KAŞAK\***

**Karar Başlığı**

119 II 347

İsviçre Federal Mahkemesi Birinci Hukuk Dairesi'nin B.'nin N.'ye karşı açtığı davada verdiği 15 Eylül 1993 tarihli karardan alınmıştır. (temyiz)

**Özet**

Kira Sözleşmesi (OR Art. 253).

Kira bedeli taraflarca yeterli bir şekilde kararlaştırılmamışsa ve fakat kullanımın devrinin ivazlı olduğuna dair temelde bir anlaşma mevcutsa, bir kira sözleşmesi henüz kurulmuş olmaz. Hâkim, sadece daha önceki kullanım süresi için ivaz tayin edebilir.

**Gerekçeler (s. 347'den itibaren)**

**Gerekçelerden Alıntılar:**

5. Belirsiz bir süre boyunca devam edecek daha uzun bir sözleşme öngörülmesine rağmen, sadece ilk 6 aylık kira bedeli üzerinde açık bir anlaşma söz konusudur. Eğer kira konusu şeyin belirliliği ve kullanımın devrinin ivazlı olduğuna ilişkin temel anlaşma, kira sözleşmesinin meydana gelmesi için varlığı zorunlu/esaslı unsurlar (essentialia negotii) olarak yeterli ise kira sözleşmesi, bu başlangıç aşamasından itibaren varlığını sürdürür (OR-ZIHLMANN, N. 1 zu Art. 253 OR). Bu görüş kabul edilirse, kira bedelinin

---

\* Çeviren, Arş. Gör. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

miktarına dair uyuşmanın eksik olduğu durumlarda sözleşme, hâkim tarafından o somut olayda bilinen şartlar altında tarafların dürüstlüğe uygun olarak nasıl bir anlaşmaya varacakları hususu ölçü alınarak tamamlanır (BGE 100 II 330 s. 330-331). Buradan, sözleşmenin sona erdirilmesi için feshin gerekli olduğu, tartışmasız bir sonuç olarak ortaya çıkar.

a) Fakat hukukî durum başkadır. JEANPRÊTRE (Journal des tribunaux, 123/1975 I s. 610 vd.) ve MERZ (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 112/1976 s. 99 vd.) tarafından temeli atılan ‘kira bedelinin belirliliğinin veya belirlenebilirliğinin esaslı unsur olarak dikkate alınıp; hizmet, eser ve vekâlet sözleşmelerine ilişkin özel hükümlerin (OR Art. 322 Abs. 1, Art. 374 ve Art. 394 Abs. 3) ise mevcut durumla örtüşen genel bir hukuk ilkesi olarak geçerliliğini (BGE 100 II 330 s. 331) reddeden’ eleştirinin sonucu olarak; Federal Mahkeme BGE 108 II 112 E. 4 s. 113 vd.’da hâkimin sözleşmeyi tamamlaması görüşünü hâlihazırda kullanımın gerçekleşmiş olduğu durumla sınırlamıştır. 17 Haziran 1985 tarihli yayınlanmamış bir kararda (P., E. I.2 davasında) Federal Mahkeme, tarafların kira bedelinin miktarı hususunda uzlaşmalarının gerektiğini ve BGE 108 II 112 kararının sadece daha önce gerçekleşmiş kullanım süresine ilişkin olduğunu açıkça ifade etmiştir. Böylece sözleşme, sadece ivazlı kullanım devrine ilişkin temel bir anlaşmanın bulunması halinde ifanın başlamasına rağmen kurulmaz ve kiracı, kira konusu malın ilerideki kullanımına ilişkin talepte bulunamaz. Bu nedenle, bu halde kiralayanın kiracıyı taşınmazdan çıkartma isteği himaye edilmiş ve bir sözleşme ilişkisinin bulunmaması nedeniyle taşınmazın kullanımının uzatılması reddedilmiştir.

Bu içtihadattan tekrar ayrılmak için hiçbir sebep yoktur. İlk altı aylık kira dönemini ikinci bir dönem takip etmemiştir. Taraflar, Şubat 1992’den itibaren farklı hükümlerle bir kira sözleşmesi yapmayı isteyip istemedikleri hususunda serbestçe karar verebilirler; tarafların aceleci bir şekilde anlaşmaya vardıklarını umarak ifaya başlamaları halinde bile sözleşme görüşmelerinin başarısızlığa uğrama riskini taşımaları gerekir. Eğer bir sözleşme ilişkisinin kurulması iradesi tamamen mevcut olsa bile eksik olan anlaşma, bir mahkeme kararıyla dahi ikame edilemez.