SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

SELÇUK LAW REVIEW

Cilt (Volume): 25 Sayı (Number): 1 Yıl (Year): 2017

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

SELÇUK LAW REVIEW

Cilt (Volume): 25 • Sayı (Number): 1 • Yıl (Year): 2017

ISSN: 1306 - 8075

E-ISSN: 2548 - 1177

Sahibi (Owner):

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına

Prof. Dr. Mustafa AVCI (Dekan)

Editörler (Editors) :

Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Yrd. Doç. Dr. Ayşe ARAT

Yrd. Doç. Dr. Alper UYUMAZ

Arş. Gör. Süleyman Emre ZORLU

Arş. Gör. Kemal ERDOĞAN

Yayın Kurulu (Editorial Board) :

Prof. Dr. Yavuz ATAR
Prof. Dr. Faruk BİLİR
Prof. Dr. Reyhan SUNAY
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Paulo de Tarso Pires de Lara
Doç. Dr. Berrin AKBULUT
Doç. Dr. N. Binnur TULUKÇU
Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Doç. Dr. Erdal YERDELEN
Yrd. Doç. Dr. S. Sami AKKURT
Yrd. Doç. Dr. Nurşen AYAN

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)
Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Aydın GÜLAN (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Arslan KAYA (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr.Cumhur ŞAHİN (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İ. Kültür Ü.)
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (Gazi Ü.)

DERGİ HAKKINDA

AMAÇ

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

KAPSAM

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

DEĞERLENDİRME SÜRECİ

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

KISALTMA

Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

HABERLEŞME ADRESİ

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA

Tel : 0332 241 00 45 Fax : 0332 241 01 05

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

E-posta: hukukdergi@selcuk.edu.tr • dergisuhfd@gmail.com

DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER

ULAKBİM	TR DİZİN HUKUK VERİ TABANI	Dergimiz ULAKBİM'in 16.06.2010 tarih ve 1799 sayılı yazısıyla TÜBİTAK ULAKBİM HUKUK VERİ TABANINA alınmıştır.
ASOS	ASOS INDEX (Asos Academia Social Science Index)	Dergimiz 2016 yılından itibaren Asos Academia Social Science Index tarafından taranan dergiler arasındadır.
SOBİAD	SOBİAD (Sosyal Bilimler Atıf Dizini)	Dergimiz 2017 yılından itibaren SOBİAD tarafından taranan dergiler arasındadır.
HEINONLINE	HeinOnline	Dergimiz 2017 yılından itibaren HeinOnline tarafından taranan dergiler arasındadır.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 25 • Sayı: 1 • Yıl: 2017

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

OSMANLI CEZA MUHAKEMESİNDE SULH (UZLAŞTIRMA).....11
Prof.Dr. Mustafa AVCI

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ KARARLARININ ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN DENETLENMESİ73
Yrd. Doç. Dr. Abdulkadir YILDIZ

OLAĞANÜSTÜ HÂL KHK DÜZENLEMELERİ SONRASINDA OLUŞAN GÖRSEL - İŞİTSEL İDARÎ YAPTIRIMLAR HUKUKÎ REJİMİ.....115
Dr. Abdulvahap DARENDELİ

TUNUS'UN DEMOKRATİK DÖNÜŞÜMÜ VE ANAYASA YAPIM SÜRECİ.....165
Arş. Gör. Murat AÇIL

KAMU İCRA HUKUKUNDA İHTİYATİ HACİZ SEBEPLERİ VE İHTİYATİ HACİZ KARŞISINDA AMME BORÇLUSUNUN HUKUKİ DURUMU 205
Arş. Gör. Ahmet Emrah GEÇER

ÖZEL HUKUK

GÜVEN SORUMLULUĞU VE "CULPA IN CONTRAHENDO".....239
Yrd. Doç. Dr. Yasemin DURAK

ONARIM BORCUNUN İFA EDİLMESİ.....289
Arş. Gör. Bayram ASLAN

SELÇUK LAW REVIEW

Volume: 25 • Number: 1 • Year: 2017

CONTENTS

ARTICLES

PUBLIC LAW

CONCILIATION IN OTTOMAN CRIMINAL PROCEDURE LAW 11
Prof.Dr. Mustafa AVCI

THE JUDICIAL REVIEW OF THE GRAND NATIONAL ASSEMBLY'S DECISIONS BY THE CONSTITUTIONAL COURT 73
Assist. Prof. Abdulkadir YILDIZ

JUDICIAL REGIME ON AUDIOVISUAL ADMINISTRATIVE SANCTIONS DEVELOPED AFTER DECREE LAWS OF STATE OF EMERGENCY.....115
Dr. Abdulvahap DARENDELİ

DEMOCRATIC TRANSITION OF TUNISIA AND CONSTITUTION MAKING PROCESS 165
Assist. Murat AÇIL

THE GROUNDS OF PRECAUTIONARY ATTACHMENT AND THE LEGAL STATUS OF PUBLIC DEBTOR AGAINST PRECAUTIONARY ATTACHMENT IN PUBLIC ENFORCEMENT LAW 205
Assist. Ahmet Emrah GEÇER

PRIVATE LAW

TRUST RESPONSIBILITY AND "CULPA IN CONTRAHENDO".....239
Assist. Prof. Yasemin DURAK

PERFORMANCE OF AN OBLIGATION TO REPAIR.....289
Assist. Bayram ASLAN

Makaleler

Kamu Hukuku

OSMANLI CEZA MUHAKEMESİNDE SULH (UZLAŞTIRMA)[*]

Prof.Dr. Mustafa AVCI[**]

CONCILIATION IN OTTOMAN CRIMINAL PROCEDURE LAW

ÖZ

İslam hukukunda yaptırımı naslarla belirlenmiş altı suç tipi vardır. Bunlardan kişilere karşı işlenen kasten öldürme ve yaralama suçlarında kısas cezası verilebilmesi için kısas talebi olmalıdır. Bu talepten önce veya sonra (infazın tamamlanmasına kadar) uzlaşma ve kısas talebinden vazgeçilmesi halinde kısas cezası düşer.

Hem topluma hem de kişilere karşı işlenen ancak kişi haklarının baskın olduğu suç tipleri olan kazif ve hırsızlık

---

[*] **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 19.06.2017
Kabul Edildiği Tarih: 06.07.2017

[**] Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
E-mail Adresi: avcim@selcuk.edu.tr
ORCID ID: 0000-0002-7453-8431

suçlarının takibi de şikayete bağlıdır. Bu suçlarda uzlaşma/şikayetten vazgeçme hükmün verilmesine kadar mümkündür ve asli cezayı düşürür. Topluma karşı işlenen hırabe ve zina suçlarında resen takibat yapılır ve uzlaşmanın asli cezanın verilmesine etkisi olmaz.

Tazir suçlarından devlete yönelik olan ridde ve bağy suçları ile kamu sağlığına yönelik olan şürb suçunda da takibat resen yapılır ve uzlaşma düşünülemez.

Kişilere karşı işlenen çocuk düşürme, taksirle öldürme ve taksirle yaralamada takibat şikayete bağlıdır, uzlaşma cezayı düşürebilir.

Osmanlı ceza muhakemesinde İslam hukukunun esaslarına bağlı kalınmış, uzlaşma kapsamındaki suçların çoğu uzlaşma ile sonuçlanmıştır.

***ANAHTAR KELİMELER**: Osmanlı, Ceza Muhakemesi, Sulh, Muslihun, Uzlaştırma, Uzlaştırıcı.*

ABSTRACT

In Islamic law there are 6 types of crimes sanctioned by nass. There must be a kısas request for the kısas penalty for intentional manslaughter and wounding offenses. Before or after this request (until the execution is completed), if the compromise and shortage is waived, the penalty is reduced.

Crimes of theft and kazif which are commited against both public and persons but in which the individual rights are dominant, depends on complaint. In this crimes comprimise / call of complaints is possible until the verdict is decided and this may reduce the original punishment. Prosecution is carried out on offenses like adultery and hirabe and in this crimes comprimise is not effectable to the main punishment.

In tazir crimes state-oriented ridde and bagy and public health-oriented şürb crimes there is public prosecution and no think of comprimise.

Crimes commited against persons like miscarriage, negligent killing and hurting the prosecution depends on complaint and comprimise may reduce the punishment.

Ottoman criminal procedure is connected to the principles of the Islamic Law thus in the crimes which comprimise is doable the disagrement have resulted with comprimise.

***KEY WORDS**: Ottoman, Penal Procedure, Compromise, Muslihun, Reconciliation, Conciliatory.*

I. GİRİŞ

Farklı biyolojik, psikolojik, toplumsal ve kültürel şartlara sahip kişilerin bulunduğu bir yerde bir takım ihtilafların ortaya çıkması kaçınılmazdır. İnsan için bir zorunluluk olan toplu yaşama, aynı zamanda ihtilaf üreten bir mekanizmadır. Hiçbir toplum bünyesindeki ihtilafları çözmeden uzun süre varlığını sürdüremez.

Anlaşmazlıkların diyalog ve müzakere gibi yollarla aşılamaması halinde uyuşmazlık/ihtilaftan söz edilebilir. Çıkar çatışmaları ise yine toplum üyeleri arasındaki dayanışma ile çözülebilir.[1]

[1] "İnsanlar, muhtelif etvarda yaratılmıştır, muhtelif ihtisasat ve temayüllerin zebunudurlar. Bu cihetle aralarında vakit vakit husumetler yüz gösterir. Bu husumetleri izale etmek elzemdir. Çünkü bunların devam etmesi fesadı, nizam-ı alemin inhilalini intaç eder. Husumetleri izalenin başlıca yolu ise davadır. İhtilafa, muhasamaya sebebiyet veren hadisenin bir mahkeme marifetiyle hall ü fasl edilmesidir." BİLMEN, Ö.

Cezanın amaçlarından biri de mağdurun tatminidir.[2] Mağduru uhrevi mükâfat (sevap arzusu), dünyevi mal (uzlaşma bedeli) veya failin cezalandırılması tatmin edebilir.[3]

Mağdur belli bir kişi, bir topluluk, bütün toplum ve toplumu temsilen devlet olabilir.[4]

Devlet, İslam hukukunda her suçun tabii mağduru sayıldığından af (şikayet hakkının kullanılmaması/vazgeçme) veya uzlaşma suçun asli cezasını düşürse bile tazir cezası verme yetkisine sahip olduğundan belirlediği bir ceza hukuku yaptırımı uygulayabilir. Kamu yararını gözeterek ve failin durumunu dikkate alarak bir yaptırım uygulamaktan sarfınazar edebilir.

Nasuhi (ö.1971): Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kamusu, İst.1975, VIII/89, No:30.

2 Mağdurun tatmini cezayı tek başına haklı hale getirmese de mağdur, yakınları ve toplumda yaşayan ve suçtan haberdar olan insanların adalet duygularının, hınç, kin ya da öfkelerinin tümüyle inkar edilmesi gerçekçi bir davranış olamayacağından cezanın amaçları arasında zikredilmesi gerekir. İÇEL-SOKULLU-AKINCI-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MAHMUTOĞLU-ÜNVER, İçel Yaptırım Teorisi, İst.2000, s.31.

3 Mağdur çoğu kere suçlunun cezalandırılmasından ziyade zararlarının tazminini ister. EREM-DANIŞMAN-ARTUK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ank.1997, s.877.

4 Ceza hukuku, suçluya karşı devletin tepkisini belirten kurallar bütünüdür. Ceza, suçlu ve toplumun ortak yararlarını gözeten ve suçluyu yeniden sosyalleştirerek toplumun üretken ve kanunlara saygılı bireyi haline getirmeyi amaçlayan yapıcı bir tedbirdir. DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İst.1994, I/4-5.

Suçun işlenmesinin önlenmesi,[5] işlendiğinde failin tespiti ve yaptırımın tayini gibi, cezalandırma hakkı/yetkisi/görevi toplumun kınama duygusunun ifadesi olarak onun teşkilatlanmış şekli olan devlete aittir. Uyuşmazlıkların çözümünde son merci mahkemelerdir. Ancak mahkeme aşamasına gelmeden sulh ve sükûnu sağlamak, toplumu bir vücudun organları haline getirmek, uyuşmazlıkları karşılıklı rızaya dayanarak çözmek mutlu bir toplum olmada önemli bir faktördür. Huzurlu insanlardan oluşan bir toplumu meydana getirmek, uyuşmazlıkların oluşmasını; oluşsa bile yargılama aşamasına gelmeden çözülmesine büyük katkı sağlayacaktır.[6]

Mahkemelere erişim zor, masraflı, zahmetli ve uzman desteği gerektiren bir iştir. Bunlar aşılsa bile mahkemelerdeki yoğun iş yükü dolayısıyla sonuca ulaşmak çok zaman alabilir. Daha hızlı sonuç almak arzusu çözümün mahkeme dışında da aranmasına yol açmıştır.[7] Uzlaştırma, ceza uyuşmazlıklarının çözüm yollarından biridir. Uzlaştırma daha ucuz ve hızlı, daha az korkutucu, tarafların ilgi ve çıkarlarına daha duyarlı, temel sorunlara çözüm üretmek bakımından daha işlevsel olabilir.[8]

---

5 Çağdaş ceza hukuku sadece bastırıcı değil; aynı zamanda suçu önleyici tedbirleri de içeren bir hukuk dalı haline gelmiştir. DÖNMEZER-ERMAN, I/9.

6 ŞEN, Yusuf, "İslam Hukukunda Arabuluculuk" *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2012/2, C:11, S:22, s.106.

7 KILINÇ, Ahmet, "Osmanlı Devletinde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihun: Osmanlı Arabuluculuğu" *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, C:II, İst.2016, s.15.

8 CANSEL, Erol-ÖZEL, Çağlar-YÜKSEL, Mehmet, Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kuramları, Ank.2015, s.43-48.

Bu çalışmada önce İslam ceza muhakemesinin temel kavramlarına kısaca değinip Osmanlı ceza muhakemesinde uzlaştırma konusunu inceleyeceğiz.

II. KAVRAMLAR

A. Kamu Davası

Suçluların yakalanıp yargılanması ve suçun ispatı zor bir iştir. Dolayısıyla kime karşı işlenmiş olursa olsun dava açma ve yargılama işi bir kamu görevi olarak devlet tarafından yerine getirilmelidir.[9]

Hırabe, bağy, ridde gibi örgütlü suçlarla zina ve şürb gibi suçlarda suçun işlendiğini öğrenen kovuşturma organları bir dava açılmasını beklemeden toplum adına soruşturma yapar.[10] Fertlerin topluma yönelik suçlarda davacı olmak yerine kovuşturma organlarına ihbarda bulunmaları yeterlidir.[11] Had suçlarına tanık olanların suçu ihbar yerine setretmeleri daha uygundur.[12] Mâiz,

---

9 BEROJE, Sahip, Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından İslam İspat Hukuku, Ank.2007, s.22.

10 KASANİ, Alaeddin Ebubekir b. Mes'ud (ö.1191), Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi'ş-Şerai', Mısır, 1327, VII/52, ATAR, Fahrettin, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, İst.2017, s.161.

11 BEROJE, s.142. "Mehmed, meclis-i şer'e gelip Mehmed Reis'e tabanca ile urdular dedi." İŞSA, Tophane Mahkemesi 7 Numaralı Sicil, v.21a/5, akt. AKMAN, Mehmet, Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması, İst.2004, s.28.

12 KASANİ, VII/46, İBN FERHUN, Burhâneddîn Ebü'l-Vefâ İbrâhîm İbnü'l-İmâm Şemseddîn Ebî Abdillah Muhammed (ö.1397): Tabsıratü'l-Hukkâm fî Usûli'l-Akdiyeti ve Menâhici'l-Ahkâm, Beyrut, 1995, I/246, MEVSILİ, Abdullah b. Mahmud (ö.1284), el-İhtiyâr fî Ta'lîli'l-Muhtâr, Beyrut, 1975, II/139.

Had suçlarında şahit, failin cezalandırılmasını sağlanma sorumluluğu ile mahremiyet perdesini kaldırmaktan kaçınma sorumluluğu arasında kalmaktadır. Şahit bunlardan birini

Rasûlullah (s.a)'a gelip dört defa (zina ettiğini) ikrar etti. Bunun üzerine Rasûlullah (s.a) recmedilmesini emretti ve (suçunu ikrar etmesi için Maiz'i ikna eden) Hazzâl'e; "Eğer onu elbisenle gizleseydin senin için daha hayırlı olurdu!" dedi.[13]

Topluma yönelik had suçlarında zarar gören belli bir kişi olmadığı için failin cezalandırılmaması şahsi husumetlerin doğmasına yol açmaz. Kişilere yönelik suçlarda ise mağdur belli bir kişi olduğu için failin cezalandırılması yönünde hem mağdur, hem de toplumda bir beklenti oluşur.[14]

Şahsî hakları ilgilendiren konularda sadece ilgililer davacı olabilir. Buna karşılık toplumun ortak düzen ve yararının ihlâli halinde, kamu düzenini korumaya memur yetkililer başta olmak üzere, bu ihlâlden bizzat zarar görsün veya görmesin o toplumda herkesin ayrı ayrı davacı olma hakkı vardır. İslâm toplumlarının tarihî seyri içinde muhtesipler bir bakıma kamu haklarını koruma ve kollamakla ve bunun bir parçası olarak kamu davası açmakla görevli sayılmış, hatta hâkimlere de bu çeşit davalarda re'sen hareket etme imkânı tanınmıştır.[15]

Başta bazı ceza davaları olmak üzere kamu davası niteliği taşıyan davalarda ise hâkim davacının ve bu yönde bir talebin bulunması şartını aramaksızın re'sen hareket ederek yargılamaya başlayabilir. Kamu davalarına, bu işin

seçebilir, fakat örtme seçeneği daha üstün kabul edilmiştir. APAYDIN, H. Yunus, "Şahit", *DİA*, C:38, s.279.

13 Ebu Davud, *Hudud*, 7 (No: 4377).

14 BEROJE, s.130-131.

15 AKGÜNDÜZ, Ahmet, "Husumet" *DİA*, C:18, s.418; YAVUZ, Cevdet, "Dava" *DİA*, C:9, s.13.

kamu yararı için yapıldığını belirtmek maksadıyla "hisbe dâvası" da denir.[16]

Osmanlı hukukunda münhasıran kamu adına ceza davası açma görevi verilmiş bir kurum yoktu. 1296/1879 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu m.20'ye göre soruşturma yapmak ve ceza davası açma yetkisi savcıya verildi.

B. Şahsi Dava

Şahsî haklara ilişkin dâvalarda davacının iddia ve talebi bulunmalı ve bu talep kesinlik taşımalıdır. Kasten öldürme, kasten yaralama, kazif ve hırsızlık gibi suçların şahsi dava yoluyla kovuşturulması da, kamu davası yoluyla kovuşturulup mağdurun muhakeme sürecine aktif bir şekilde katılmasını sağlamak da mümkündür.[17]

1. Şikayet

Kelime olarak derdini, gam ve kederini arz etmek, çare aramak anlamlarına gelen şikayet,[18] Türkçede anlam

16 YAVUZ, s.13. Hukuk-ı İlâhiyeye (topluma) ait şeylerde sebk-i dava şart değildir. Çünkü bu hakları dâva etmek herkes üzerine lâzımdır. Bu cihetle her müslüman, bu hususta hasım olacağından bunda dava hükmen mevcuttur. Binaenaleyh hukuk-ı ilâhiyeden olan had suçlarında... dava açılmış olmadan şahadet kabul olunur ki, bu hisbe şahadetidir. BİLMEN, VIII/127, No:52.

17 BEROJE, s.146.

18 Yusuf, 12/86, Mücadile, 58/1. Hz. Peygamber, içinde şikayet kelimesi geçen bir hadiste şöyle buyurmuştur: "*Kime bir geçim darlığı gelir de o kimse bu geçim darlığını insanlara arz edip kapatmaya çalışırsa o kimsenin ihtiyacı kapatılmaz. Kime de bir geçim darlığı gelir de bu* ***sıkıntısını Allah'a arz ederse*** *Allah er veya geç ona yardım eder.*" Ebu Davud, Zekat 14, Tirmizi, Zühd 39.

daralmasına uğrayarak hukuki çare bulunmasını ve failin cezalandırmasını istemek anlamları ağırlık kazanmıştır.[19]

Osmanlıda şikayet ehl-i örfe, kadıya veya doğrudan padişaha yapılabilirdi.[20] Bir köy veya mahalle halkının toplu şikayeti ile ilgili hükümler de vardır. Örneğin I. Selim Kanunu m.121'e göre: "*Bir kimesneyi mahallesi veya karyesi cemaati hırsızdır veya kahpedir diye şikayet edip bize gerekmez diye reddetseler vakıa müttehem ve beynennas malum ise, karyesinden nefyedilir. Eğer mahalle kabul etmezse şehirden sürülür.*"[21]

Şikayet ve ihbarın aynı anlamda kullanıldığına dair belge örneği:

---

19 Osmanlıda şikayet defterlerindeki kayıtlara göre insan öldürme, yaralama, hırsızlık ve gasp, fesad, görevi kötüye kullanma ve yetki tecavüzü gibi suçlar yanında vergi, arazi, borçlar, eşya, miras ve aile hukuku ile ilgili şikayetlere de rastlanır. Geniş bilgi için bkz. OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, Saliha, Şikayet Defterleri Işığında Osmanlı Hukuku ve Uygulaması, MÜSBE Yayımlanmamış Doktora Tezi, İst.2010, s.144-235.

20 AKMAN, s.112.

Doğrudan padişaha yazılan şikayet dilekçesi şöyledir: "*İzzetli, devletli ve Saadetli Sultanım Hazretleri sağ olsun. Bu fakir kulları Hasköy sakinlerinden olup halen karye-i mezkurede kutta-ı tarik zuhur edip bu fakirlerin hanesini açıp emvalimi serika etmeğin Saadetli Sultanımdan reca olunur ki bazı adamlardan şüphem olmağın Bostancıbaşı Ağa hazretlerine kitap buyurur ve teşrif-i ihtisab buyurup karye-i mezburede olan adamlardan teftiş ve tefahhus eylemede ferman Sultanımındır. Seyyid Ömer b. İdris.*" Akt. BAYINDIR, Abdülaziz, İslâm Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması), İst.1986, s.19.

21 Metin için bkz. AKGÜNDÜZ, Osmanlı Kanunnameleri, III/106.

"*Fâtıma Hâtun evine her gece nâ-mahrem ricâl getirip fısk u fücur üzere olduğu sebepten Defterdar Ahmet Çelebi mahallesi ahalisi* ***şikâyet*** *etmeğin, mahalle-i mezbûrede vaki' mülk menzili cebren bey' ettirilmiştir ve mezbûre Fâtıma daima fuhuş ve zina üzeredir ve bundan esbak mahmiye-i mezbûrede fevâhiş teftiş olunup, mezbûre Fâtıma'nın ahvâli sual olundukda, mahallesi ahalisi daima fısk u fücur ve nâ-mahremler ile muamele ve muaşeret üzeredir diye ihbar ettiklerinde, ahz olunmak murâd olundukda firar eyleyip, beyti tesmîr olundukda gece ile ön duvarın hedm eyleyip esbabını ihraç ve ahar mahallede gizlendiği muhakkak olup ve Sofular mahallesi ahalisinden el-Hâc Halil Efendi b. Habil nam kimesne dahi meclis-i şer'-i şerife ihbar için hazır olup, filvaki mezbûre Fâtıma Hâtun daima nâ-mahrem ricâl ile muamele eyleyip fısk u fücurdan hâliye olmayıp, fısk u fücura ısrar ve idmanı meşhurdur diye* ***ihbar*** *eyledikde, vaki' hâl zabten li'l-makāl mübaşiri olan İbrahim Çavuş talebi ile ketb olundu.* 12 Cemâziyelevvel 1027.[22]

1879 UMCK m.27'ye göre suçun işlendiğini görenin ihbar yükümlülüğü vardır. m.28'e göre ihbar savcılığa yapılır, ihbar dilekçesi ihbar eden, vekili yahut talep edilirse savcılar tarafından yazılıp imzalanır. Bu kanunun 28. maddesine göre kaymakam, (nahiye) müdürü, ihtiyar meclisi reisleri (muhtarlar), kolluk ve teftiş memurları ihbarları kabul (ve savcılığa iletmek) zorundadırlar.

22 İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, Hüküm No:309.

2. Feragat (şikayet hakkını kullanmamak)/af (şikayetten vazgeçmek)

Hz. Peygamber bir hadisinde, mahkemeye intikal ettirilmeden önce had suçlarında affın mümkün olabileceğini, ancak dava açıldıktan sonra affın söz konusu edilemeyeceğini belirtmiştir.[23] Ancak bu af sadece kul hakkını düşürür, cezayı tamamıyla ortadan kaldırmaz. Devlet, suçun işlendiğini öğrenirse suçlunun da durumunu göz önüne alarak ta'zir cezası verebilir.

Hukuk terimi olarak af, "kötülük ve haksızlık edeni, suç işleyeni bağışlama, cezalandırmaktan vazgeçme" anlamındadır.[24] İslâm hukukunda af, sanık hakkındaki hukukî takibattan vazgeçme veya mahkûmun cezasının bir kısmını yahut tamamını bağışlama anlamında kullanılır.[25]

> "*Kötülüğün* (işlenen suçun) *karşılığı onun dengi bir kötülüktür* (ceza). *Her kim kötülüğü bağışlar ve barıştan, sulh-sükundan yana olursa onun mükafatı Allah'a aittir... mağdur bağışlamaz ve gereken karşılığı verirse* (haklarını kullanırsa) *böyle yapmasından dolayı kınanmaz... Her kim* (haksızlığa uğradığı halde) *sabreder ve kendisine yapılan kötülüğü bağışlarsa hiç şüphesiz bu takdire şayan ve sahibini faziletli kılan bir davranış olur* (af artı değerdir)." (Şura, 42/40, 41, 43).

---

23 Bkz. Ebu Davud, *Hudûd*, 6.

24 ÇAĞRICI, Mustafa, "Af" *DİA*, C:1, s.394.

Suçluyu muaheze etmeyip bu babdaki kusurunu, tecavüzünü mahv ve izale etmek bir aftır, bir ibradır. Bu af ve ibrayı bizzat mağdur yapabileceği gibi veliyy-i cinayet (suçtan zarar gören) de yapabilir. BİLMEN, III/103, No:316.

25 ATAR, Fahrettin, "Af", *DİA*, C:1, s.395.

Hz. Peygamber: "*Af* (şikâyetten feragat) *sebebiyle Allah bir kulun ancak şerefini artırır.*"[26] buyurarak şikâyetten feragati teşvik etmiştir.[27] Yani şikayet etmemek onursuzluk değildir.

Kasten öldürme ve yaralama suçlarının takibi şikayete bağlıdır. Takibi şikayete bağlı olmayan had suçları ile topluma ve devlete karşı işlenen tazir suçlarında af hiçbir şekilde mümkün değildir. Takibi şikayete bağlı had suçlarında -kazif ve hırsızlık- dava açılmadan önce veya sonra, henüz hüküm verilmeden mağdurun suçluyu affetmesi cezayı düşürür. Bu hususta fıkıh âlimlerinin görüş birliği vardır.[28]

3. Şahsi dava:

İslam hukuku kitaplarında takibi şikayete bağlı suçlarda şikayet hakkının kullanılmasına şahsi dava denilmektedir.[29] Tamamen şahsî hak niteliğinde görülen kısas ve diyet, hatta tartışmalı olmakla birlikte kazif (nitelikli hakaret) şahsî davanın konusudur. Bu nevi davalar hak sahibinin talep ve takibine bağlıdır.[30] Hak

---

26 Müslim, *Birr*, 69.

27 "*Bir insanı yaşatan bütün insanlığı yaşatmış gibi olur.*" Maide, 5/32. ayetindeki yaşatmak, ölüm cezasına mahkûm olanı, kısas talebinden vazgeçerek ölümden kurtarmak anlamına gelir. KURTUBİ, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed el-Ensârî (ö.1273): el-Câmiu li-Ahkâmi'l-Kur'an, Beyrut, 1988, VI/96.

28 ATAR, "Af", s.395.

29 Dava, bir kimsenin başka bir kimseden hâkim huzurunda hakkını istemesidir. Mecelle, m.1613.

30 BİLMEN, III/239, No:643-645, YAVUZ, s.13. Kişilere karşı işlenen suçlarda mağdur taraf kısas talebinde bulunabilir. Suçtan haberdar olan kovuşturma organları suçlunun taziren cezalandırılması için dava açabilir. Maktulün mirasçısı yoksa

sahibi tarafından talep ve dava olunmazsa kısas yapılamaz. Talep varsa kısasın uygulanması farzdır.[31]

1879 UMCK m.1'e göre ceza davası kamu davası, tazminat davası ise şahsi davadır. m.4'e göre şahsi davadan vazgeçmek ceza davasının görülmesini etkilemez. Aynı kanun m.61'de ise "müştekiler dava-yı şahsi ikame ettikleri…" ifadesi ile şikayet ile şahsi dava aynı anlamda kullanılmış, m.58'de ise şikayetin yapılış usulü şöyle belirtilmiştir: "*Bir cinayet veya cünhadan dolayı kendisini mutazarrır addeden eşhas* (suçtan zarar görenler) *gerek cürmün vuku bulduğu* (suçun işlendiği) *ve gerek maznun-ı aleyhin ikamet ettiği veya bulunabileceği mahal mustantıkı* (şüphelinin oturduğu veya bulunabileceği yer sorgu hakimi) *huzurunda* ***şahsi dava*** *ikame edebilir.*"

4. Şahsi hak davası:

Haksız fiil oluşturan suçlarda suçtan zarar görenlerin bu zararlarının giderilmesini talep etmelerine şahsi hak davası denir. Bu ifade 1858 Ceza Kanunu m.171'de şöyle geçer: "*Hukuk-ı şahsiye davası şer'iye mahkemesine havale olunur.*"

C. Fail-Mağdur Uzlaşması (Sulh)

Kur'an'da iki müslüman topluluğun çatışması (Hucurât 49/9) halinde çatışmanın tarafı olmayanlara bu grupların barıştırılması ve uzlaştırılması emredilmiş,[32]

bu hak devlet başkanına geçer. Hırsızlık ve kazif suçlarında da bu esaslar geçerlidir. ATAR, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, s.161.

31 YAZIR, M. Hamdi (ö.1942), Hak Dini Kur'an Dili, İst.Ty. III/1692.

32 Çatışan grupların arasını bulmak; başlangıçta nasihatle olur. Eğer nasihat kabul etmezlerse tehdit etmek ve sert

böylece müslümanların arasını bulmanın bir görev olduğu belirtilmiş (Hucurât 49/10) çatışmanın tarafı olanlardan gerekirse fedakarlık yaparak ihtilafı sonlandırmaları istenmiş (Enfâl 8/1) ve sulhun mutlak manada iyi bir çözüm yolu sayıldığına dikkat çekilmiştir (Nisâ 4/128).[33]

Şikayetten feragat olmamış, uzlaştırma çabaları sonuçsuz kalmış ve dava açılmış olsa bile kovuşturma evresinde Uzlaştırma ile ilgili pek çok hadis vardır. *"Kişilerin arasını bulup uzlaştırmak (ıslâhu zâti'l-beyn)* (nafile) *oruç, namaz, hac ve sadakadan daha faziletlidir."*[34] Hz. Peygamber bu konuya o kadar önem vermiştir ki sadece ıslahı kastederek insanların aralarını bulup barıştırmak için

söylemekle olur. Eğer tehditle de fitneyi teskin mümkün olmazsa serkeşlik edeni darp ile teskin olur. Eğer darpla da teskin mümkün olmazsa savaşarak fitneyi teskin etmeyi Allah bu ayetle emir buyurduğu gibi fitneyi teskinden sonra adaletle ıslahın ehl-i İslam üzerine lüzumunu beyan buyurdu ki adalete mukarin olmayan ıslah, fitneyi teskin etmez, belki bilâhare husumeti teşdit eder. Çünkü ıslahta adalet olmayınca elbette taraflardan biri zalim; diğeri mazlum olacak. Zalimlik ve mazlumluk devam ettikçe husumet kesilmeyeceğinden fitne ateşi sönmez. Binaenaleyh; Cenab-ı Hak ıslahın adalete mukarin olmasını emir buyuruyor. Konyalı Mehmed Vehbi, Büyük Kur'an Tefsiri, Üçdal Neşriyat: C:13, s.5494-5495.

33 Islah kelimesinin kendini düzeltmek anlamı yanında arabuluculuk ve uzlaştırma anlamında kullanımı ile ilgili ayetler şunlardır: vaziyette arabuluculuk 2/182; af, boşanmış çiftin yeniden barışması 2/228; şiddetli geçimsizlikte hakem yoluşla evliliği kurtarmak 4/35; eşlerin arasını düzeltmek 4/128; ganimet paylaşımında anlaşmazlığı sonlandırmak 8/1; kavga eden (çatışan) iki grubun aralarını bulup uzlaştırmak 49/9-10; sulh-sükûndan yana olmak 42/40;

34 Ebu Davud, *Edeb* 50.

yalan söylenebileceğini belirtmiştir.[35] Yine "*Helali haram, haramı helal kılmayan ve kamuya ait olmayan bütün haklarda sulh (uzlaşma) caizdir.*"[36] buyurmuştur.[37]

Hz. Peygamber: "*Sizden herhangi birinize din kardeşi özür dileyip uzlaşmak için gelir ve kabul etmezse, bütün müminlerin etrafında toplanacağı Havz-ı Kevser'e gelemez*" buyurmuştur.[38]

Kelime olarak sulh, nefret ve düşmanlığa son verme; ıslah, düzeltme, daha iyi ve faydalı hale getirme; insanlar arasındaki çatışmayı ortadan kaldırma; muslih bozukluğu düzeltip iyileştiren, barıştan yana olan anlamındadır.[39] "Sulh, müddai ile müddea aleyhin aralarındaki uyuşmazlığı rızalarıyla çözen bir akittir."[40]

---

35 Yalanın söylenebileceği üç yer için bk. Müslim, *Birr* 101; Ebu Davud, *Edeb* 50.

36 Ebu Davud, *Akdiye*, 12; Tirmizi, *Ahkam*, 17; İbn Mace, *Ahkam*, 23.

37 Hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculukla ilgili bir hadis rivayetine göre: "Bir adam birinden tarla satın almış, tarlada içi altın dolu bir küp bulmuş. Bunun üzerine tarlayı satana:

-Altınını benden al! Zira ben senden yalnız yeri satın aldım; altını satın almadım! demiş. Yeri satan da:

-Ben sana yeri ve içinde olanı sattım! demiş. Müteakiben bir zatın huzuruna dâvaya çıkmışlar. Huzurunda muhakeme oldukları zât:

-Çocuklarınız var mı? diye sormuş. Biri oğlu; diğer ise kızı olduğunu söylemiş. Hakem:

-Bu oğlana bu kızı nikahlayın! Bundan her ikiniz harcayın ve tasadduk edin! demiştir." Müslim, *Akdiye*, 21.

38 Hâkim Nisâbûrî, el-Müstedrek, IV/54.

39 ÇAĞRICI, Mustafa, "Salih" *DİA*, C:36, s.31.

40 BİLMEN, VIII/8, No:1.

Uzlaştırma, ceza uyuşmazlıklarının tarafların irade ve istekleriyle, üçüncü kişi yardım, tavsiye ve telkinleriyle çözüme kavuşturulmasıdır. Uzlaştırıcı, tarafların arasını bularak onları ortak noktaya getirmeye çalışır. Uzlaşmada tarafların anlaşması daha çok gönüllülük ve fedakârlık esasına göre işler.

Tarafların uzlaşma ihtimali varsa hâkim hüküm vermede acele etmemeli; hasımları sulha teşvik etmelidir. Uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözülmesi, karşılıklı sevgi ve saygının devamına, müslümanlar arasında nefretin azalmasına vesile olur. Şu kadar var ki sulh, ne yönde karar verileceği belirginleşmeden önce yapılmalıdır. Hüküm verilinceye kadar taraflar isterlerse kendi aralarında rızalarıyla uzlaşabilirler.[41]

Şikâyetten vazgeçme (af) tek; uzlaşma (sulh) ise iki taraflı hukuki işlemdir.[42]

Suçlanan kişi suçlamaların doğruluğunu kabul ederse ikrar yolu ile sulh, suçlamaları reddederse, inkar yolu ile sulh ve suçlamalar karşısında sessiz kalır ve sonrasında sulh yapılırsa sükût yolu ile sulh oluşur (Mecelle m.1535).

Osmanlı mahkemelerindeki kayıtlardan üç tür sulhun varlığından söz edilebilir. Bunlardan ilki kadının bir arabulucu olarak hareket etmesi ve karar yerme yerine tarafları uzlaştırması ile oluşan sulhlar, tarafların kendi aralarında mahkeme dışında ya da içinde anlaştıktan sonra bunu mahkemede kaydettirdikleri sulhlar[43] ve mahkeme

41 BİLMEN, VIII/8, No:16.

42 YAYLALI, Davut, İslam Hukukunda Sulh, İst.1993, s.16; SALMAN, Yüksel, İslam Ceza Hukukunda Af, SÜSBE Yayımlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2005, s.51.

43 "Hasköy'de vaki İstemati meyhanesi meyhanecilerinden Dimo v. İstemati nam meyhaneci mahzarında şöyle dedi: Mezbur

dışında yapılan ancak kaydettirilmeyen sulhlardır. Üçüncü tür sulhların varlığından ancak sonradan aynı konuda taraflar arasında yeniden bir dava söz konusu olursa haberdar olunmaktadır.[44]

Muslihun: Kötülüğe, düzensizliğe ve bozgunculuğa karşı barıştan, dirlik düzenlik ve esenlikten yana bir tutum takınan müttaki insanları ifade etmek üzere çeşitli ayetlerde

---

Dimo bundan akdem İstemati nam zimmiyi katleyledikte veresesi mezburdan dem ve diyetini talep ve davasında iken mezbur Dimo ile **muslihun tavassutuyla sulh** olduklarından bedel-i sulh için kendinin malı müsait olmamağın mezbur Dimo'ya 8.800 akçe karz verdim şu şartla ki, meblağ-ı ınezbur 8.800 akçeyi mezbur Dimo bana eda ve teslim edinceye kadar benim hizmetimde olup ahar yere gitmeye hakikat kendinden sual olunup takrir-i tahrir olunmak matlubumdur dedikte gıbbe's-sual mezbur Dimo mukrızı merkum Andoni "hususu mezbur için 8.800 akçe istikraz eyledim zimmetimde lazimu'l-eda ve vacibu'l-kaza deynimdir hatta meblağı mezburu mezkur Andoni'ye eda ve teslim edinceye kadar merkum Andoni hizmetinde olup ahar yere gitmem" deyu ikrar ve itiraf edicek ba'de't-tasdik mezbur Andoni'nin talebiyle kayd-ı sicil (6 Zilkade 1060/31 Ekim 1 650). Meyhanecilerin sulh için arabuluculuk yapan "muslihun" olması muhtemeldir. ŞİŞMAN, Cengiz, "Osmanlı Milletlerinin Girift İlişkileri: 17. Yüzyıl Hasköy Şer'iye Sicillerinde Kaydedilen Bir Cinayet Öyküsü", *Osmanlı Araştırmaları XX*, İst.2000, s.393.

Yukarıdaki örnek, uzlaştırmanın Osmanlı toplumunda yalnızca müslümanlar içinde değil; gayrimüslimler arasında da sorun çözüm yöntemi olarak kullanıldığını gösterir.

44 DÖRTOK ABACI, Zeynep, "Bir Sorun Çözme Yöntemi olarak Sulh: 18. Yüzyıl Bursa Kadı Sicillerinden Örnekler ve Düşündürdükleri" http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/19/1335/15455.pdf (E.T. 03.05.2017) s.112.

yer alan muslih (Bakara 2/11-12; A'râf 7/170; Hûd 11/117), hukuk terimi olarak barışı temin eden, uzlaştırıcı demektir.[45]

Tarafların bir uzlaşmaya varabilmesi için bu zıt kutupları ikna edecek aralarındaki çatışmayı yumuşatabilecek aracılara ihtiyaç duyulur.[46] Muslihûn belirli bir grup değildir. Tarafların anlaşması için araya giren bu kişiler onların komşuları, akrabaları veya arkadaşları olabilir.[47]

Şefaat, suçunun bağışlanması veya dileğinin yerine getirilmesi için birine aracılık etme manasına gelir.[48] Hadiste, had cezası gerektiren suçların cezasının kaldırılması yolunda şefaatte bulunulamayacağı bildirilmiştir.[49] Tazir suçlarında şefaat kabul edilebilir.[50]

İnsanlar arasında adaletle hükmetmeyi emreden, hangi sebeple olursa olsun haksızlık yapmayı ve tarafgir davranmayı yasaklayan ayetler (bk. Bakara 2/188; Nisâ 4/58; Maide 5/8, 42; Sad 38/22, 26) uzlaştırıcılara da hitap etmektedir.[51] Dolayısıyla uzlaştırıcı kendisine duyulan

45 KILINÇ, s.22.

46 TAMDOĞAN, Işık, "XVIII. Yüzyılın İkinci Yarısında Üsküdar'da Sulh Anlaşmaları ve Bunların Ardındaki Sosyal İlişkiler", in: *Uluslararası Üsküdar Sempozyumu V Bildirileri,* 1-5 Kasım 2007, C:I, s.51.

47 DÖRTOK ABACI, s.109.

48 Râgıb el-İsfahânî, el-Müfredât, "ş-f-ā" md.; Lisânü'l-Arab, "ş-f-a" md.

49 Buhari, *Hudud*, 2; *Enbiya*, 54; *Megazi*, 5.

50 BİLMEN, III/327, No:909/10.

51 AKGÜNDÜZ, Ahmet, "Hakem" *DİA*, C:15, s.172.

güveni sarsmamak için uyuşmazlığın çözümünde objektif olmalı, taraflara aynı mesafede bulunmalıdır.[52]

I. Selim dönemi kanunnamelerinde, sulh anlaşması yapmış olan taraflardan daha az cerime (yani para cezası) alınmasına dair ibareler bulunmaktadır.[53]

D. Uzlaştırmada usul:

Uzlaşmanın safhalarını kronolojik olarak şöyle belirleyebiliriz:

1. Uzlaşmaya konu suç işlenir işlenmez fail mağdurdan özür diler, mağdur bunu kabul eder ve şikayet hakkını kullanmaz.
2. Suç işlenir, fail ile mağdur arasına giren üçüncü kişiler, tarafları barıştırır, uzlaştırırlar.
3. Mağdur şikayet hakkını kullanır/kısas talep eder. Soruşturma/kovuşturma organları tarafları uzlaşmaya davet edebilir, bu davet üzerine uzlaştırıcıya gerek kalmadan taraflar uzlaşabilir.
4. Soruşturma/kovuşturma organları uzlaştırıcı görevlendirir, uzlaştırıcının çabalarıyla uzlaşma gerçekleşebilir.
5. Hüküm verildikten sonra mağdur taraf kısas talebinden kendi iradesi veya uzlaştırıcıların çabası ile vazgeçmiş olabilir.

III. SUÇ KATEGORİLERİNE GÖRE

A. Kısas suçları

Kasten öldürme ve kasten yaralama kısas cezası gerektiren suçlardır. Bu iki suç bakımından şikayet hakkını kullanmamak veya uzlaşmak bir ayette şöyle tavsiye edilmiştir: "*Kim kısas hakkından vazgeçerse bu davranışı günahlarının bağışlanmasına vesile olur.*" Maide, 5/45.

52 KURTUBÎ, VI/290.

53 TAMDOĞAN, s.48.

1. Kasten insan öldürme

a) Şikayet/kısas talep etmeme

"*Maktulün kardeşi/velisi veya yakını tarafından bir af söz konusu olursa... tazminat ödenmelidir.*" (Bakara, 2/178).[54]

Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: "*Bir kişi kasten öldürülür veya yaralanırsa yakınları için üç seçenek vardır: Ya kısas isterler, ya diyet (uzlaşma bedeli) alırlar, ya da büsbütün bağışlarlar. Bu seçenekleri bırakır da intikam almak isterlerse onlara engel olunuz.*"[55]

Kişilere karşı işlenen suçlarda mağdur taraf muhayyerdir, dilerse suçluyu affeder, dilerse bir bedel mukabilinde uzlaşabilir veya bedelsiz şikayetten vazgeçer.[56]

İnsan öldürme ve yaralama suçlarında mağdur veya yakınları kısas talep etmese faile kısas cezası verilemez. Devlet genel kovuşturma yetkisini kullanarak tazir cezası verebilir.[57]

---

54 Bu ayette af (şikâyetten feragat) ve eda (tazminat) kelimeleri bir arada geçer.

55 Tirmizi, *Diyat*, 13, EBU ZEHRA, Muhammed, el-Ukube, Kahire, Ty. No:239.

56 BİLMEN, III/327, No:909/10.

57 AKMAN, s.29. Hz. Ömer, insan öldürme suçu işlendiğine dair bir ihbar alınca katili bulmak ve cezalandırmak için kamu davası açmış ve yargılamayı başlatmıştır. İBN KAYYİM, el-Cevziye Ebu Abdullah Şemseddin (ö.1350), et-Turuku'l-Hukmiyye, Kahire, 1977, s.28-29, ATAR, Fahrettin, İslam Adliye Teşkilatı, Ank.1991, s.189.

Kasten öldürmede maktulün mirasçılarının kısas isteme hakları vardır. Kısas talebinden vazgeçme karşılıksız olursa buna af (feragat) denir. Karşılık isteyerek kısas talebinden vazgeçme ise ya diyet talebiyle, ya da diyetten az veya çok olabilecek bir uzlaşma bedeli karşılığında olur.[58]

Af, Hanefilerle Malikilere göre suçluyu karşılıksız (meccanen) bağışlamaktır. Şafiilerle Hanbelilere göre ise, hem karşılıksız, hem de diyet mukabilinde bağışlamak aftır.[59]

Kısas isteme hakkı olanlardan biri, diyet veya uzlaşma bedeli karşılığı uzlaşıp şikâyetten vazgeçtikten sonra faili öldürecek olsa, kısas edilir.

Kasten öldürme suçunda şikayetten vazgeçen sadece kendi diyet payından vazgeçebilir, diğer mirasçıların payları ödenmelidir. Sinop Şer'iye Mahkemesinden verilen bir ilâmın fetvahanedeki özeti şöyledir:

> "*Hükm-i kısasına ferman-ı âli sâdır olan katil-i mezbur Yakub'u, ölenin karısı, kısastan karşılıksız affetmesine binaen çocukların hakları diyete dönüşmekle gümüşten erkek diyeti olan on bin şer'i dirhemden affeden kadına düşen miras payından kalanını taksitle vasi el-Hac Osman'a edaya tembih olunduğunu beyandan ibaret olmakla bu surette affeden bundan sonra husus-ı mezkûr hakkında katil-i merkumdan nesne davasına kadire olmayıp ilâm gereği diyet-i mezkûreden affeden kadının sakıt olan miras payından kalanını üç taksitle vasiye katil-i mezburun edası lâzım geleceği...* 17 L 1291."[60]

---

58 SCHACHT, Joseph, İslâm Hukukuna Giriş, (Çev. M. Dağ-A. Şener), Ank.1986, s.187.

59 *Mevsuatü'l-Fıkhiyye*, "Afv", XXX/168.

60 Akt. BİLMEN, III/185.

Kısas isteme hakkı olanlardan (mirasçılardan) biri bu hakkından uzlaşma bedeli ile veya karşılıksız vazgeçse kısas cezası düşer.[61]

Kısas isteme hakkı olan çocuk ise bu hakkı velisi kullanır. Velinin faili karşılıksız affetme (şikâyetten vazgeçme ve feragat) yetkisi yoktur. Velisi olmayan maktulün velisi de devlettir. Devlet yetkilileri de faili karşılıksız affedemezler, kısas talebinden vazgeçerek diyet isteyebilirler.[62]

b) Uzlaşma

Kısas isteme hakkı olanlar, peşin veya veresiye bir bedel üzerinde fail ile uzlaşabilir. Bu bedelin diyet cinsinden (örneğin deve, altın veya gümüş gibi) veya diyet miktarından fazla olup olmaması önemli değildir.[63]

Kısas talebinden, failin başkası üzerindeki kısas isteme hakkından vazgeçmesi şartıyla vazgeçmek (uzlaşma) de geçerlidir.[64]

Kısas uygulanırsa ayrıca tazir cezası verilemez; ancak uzlaşılır veya diyet karşılığı kısas talebinden vazgeçilirse tazir (örneğin adli para) cezası da verilebilir.[65]

---

61 BİLMEN, III/100vd.

62 MOLLA HÜSREV, Muhammed b. Feramuz (ö.1480), Dureru'l-Hukkâm fî Şerhi Ğureri'l-Ahkâm, İst.1978, II/94, AKŞİT, M. Cevat, İslâm Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları, İst.1976, s.121.

63 BİLMEN, III/99, EBU ZEHRA, el-Ukube, s.497vd. UDEH, I, No:531-534, AKŞİT, s.121.

64 SERAHSİ, Ebubekir Muhammed b. Ahmed (ö.1090), el-Mebsût, Beyrut, 1986, XXI/13.

65 "*Herkim kan dökse, katle müstahak ise kısas olunur. Sulha veya diyete müstahak ise diyetten gayri otuz altın cürm alınır.*"

Kısas isteme hakkı olan küçüğün veya akıl hastasının velisi, diyet miktarı veya fazlasını almak kaydıyla uzlaşma yapabilir,[66] diyetten az miktara uzlaşması[67] veya karşılıksız olarak feragati hukuken geçersizdir. Varisi olmayanın velisi devlet olduğundan, devlet başkanı veya vesayet hakiminin kısas isteme veya -diyetten az olmamak üzere- uzlaşma yapmaya yetkisi vardır.[68] Yani maktulün mirasçısı yoksa siyasî otorite, mağdur ve kamu adına gerekli takibatı yaparak kısas talebinde bulunabileceği gibi beytülmale irat kaydedilmek üzere diyet alarak kısastan da vazgeçebilir; ancak katili karşılıksız affedemez.[69]

Kısas cezası gerektirecek şekilde insan öldüren müşterek faillerden biri hakkındaki kısas talebinden vazgeçme, diğerleri hakkında vazgeçme anlamına gelmez. Yalnızca kısas talebinden vazgeçilen diyet veya uzlaşma bedeli ödeyerek ya da karşılıksız olarak kısastan kurtulur, haklarında vazgeçme olmayanlar kısas edilirler.[70] Ancak öldürülenin mirasçılarından biri katili kısastan karşılıksız affetse, diğerlerinin hakları diyete dönüşür.[71]

Alaüddevle Bey Kanunu m.18, metin için bkz. BARKAN, s.121. "Kasten insan öldürmenin cezası kısastır. Uzlaşma bedeli alınırsa kısas cezası düşer, ancak otuz altın para cezası alınır."

66 Mi'yar-ı Adalet, m.86.

67 DAĞCI, Şamil, İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, Ank.1996, s.125.

68 SERAHSİ, XXVI/148, MOLLA HÜSREV, II/88, Mi'yar-ı Adalet, m.84, AKŞİT, s.121.

69 DAĞCI, Şamil, "Kısas" *DİA*, C:25, s.490.

70 Mi'yar-ı Adalet, m.43.

71 YAZIR, I/605.

Kasten öldürmede maktulün mirasçıları faili karşılıksız olarak affedebilecekleri (feragat) gibi, şahsi hak olarak diyet veya uzlaşma bedeli alabilirler.

> Osmanlıda uzlaşma bedeli olarak bir at alındığına dair örnek şudur: "*Derviş Süleyman Rüstem mahkemeye hazır olup "kardeşim Emir ve Ümmet Salur cemaatinden öldürdüğüm adam için kan kaziyyesinden ötürü Mustafa Beğ hizmetlerine bir toru at verdik, kan cürmünden beriyyü'z-zimmet olduk" dediği sebepten deftere sebt olundu.*"[72]
>
> Uzlaşma bedeli olarak para ödendiğine dair belge ise şöyledir: "*Kalecik Kazasına bağlı Yılanlı Köyü'nde otururken öldürülen Karabıçak oğlu Ali'nin mirası nikahlı karısı Fatma bt. Memiş ile küçük oğulları Satılmış ve Mehmet, küçük kızları Fatıma, Ümmühan, Zeliha ve Şerife'ye kaldığı belirlendikten sonra… Fatma Hanım mahkemede Kalecik sakinlerinden Abdi oğlu Osman muvacehesinde bil-asale ve bil-vesaye dava ve takrir-i kelam eder ki: Daha önce murisimiz kocam Ali'yi haksız yere kasten* ***bıçakla*** *üç-beş yerinden yaralayarak* ***öldürüp*** *o veçhile mucib-i şer'iyyesini talep ederim diye dava ettiği kısas davasından bil-asale ve bil-vesaye* ***600 kuruş peşin bedelle sulh*** *ve müteallik davadan merkum Osman'ın zimmetini ibra ve ıskat ettiğini, O da yazılı olduğu gibi ibrayı kabul ettiğini tescil ve huzur-ı alilerine ilam olundu.* 1250"[73]

---

72 AKGÜNDÜZ ve Heyet, Şer'iye Sicilleri, II/118.

73 Akt. KANKAL, Ahmet, Kalecik'in 1 Numaralı Şer'iye Sicili Transkripsiyon ve Değerlendirme, AÜSBE Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ank.1987, s.117.

Kasten öldürme suçunda uzlaşma bedeli hepsi peşin, taksirle veya kast taksir kombinasyonuyla öldürme suçlarında ise diyet üç yıl içinde ödenebilir.[74]

Kur'an'da Bakara 2/178 ayetinde kasten öldürme suçunda maktul yakınlarının kısas talebinden vazgeçmesi halinde Müslümanların genel kabulüne uygun bir ölçü (maruf) çerçevesinde ödenmesi gereken uzlaşma bedeli olan tazminat için "eda" terimi kullanılmıştır. Dikkat edilirse bu ayette "diyet" kelimesi geçmez ve tazminat miktarı belirli değildir. Dolayısıyla uzlaşma bedeli kasten öldürmede diyet miktarından fazla olabilir (Mi'yar-ı Adalet, m.34).

Hz. Peygamber, kasten insan öldüren birini kısasa mahkum etmiş,[75] Sahabe, Hz. Peygamber'in bu hükmü verirken üzüldüğünü görünce maktul yakınlarını uzlaşmaya davet etmişler, onlar da diyetin iki katını isteyerek uzlaşmayı kabul edince Hz. Peygamber memnun olmuştur.[76]

Osmanlı uygulamasını gösteren fetva kitaplarında tam diyet 10.000 dirhem gümüş iken[77] bunun iki katı olan 20.000 dirhem gümüşe sulh olunduğu bildirilmektedir:

> *"Zeyd, Amr'ı kısas gerektirecek şekilde öldürüp Amr, oğulları Bekir ve Beşir'i terk ettikte Bekir,*

---

74 DEHLEVİ, Şah Veliyyullah, Huccetullahi'l-Baliğa, Beyrut, 1992, II/408.

75 Malikilere göre kasten öldürme ve yaralamada suç sabit olmadan (hüküm verilmeden önce) uzlaşma caizdir, bu durumda dava düşer. BİLMEN, VIII/22, No:75 (8-10).

76 Hakim, Müstedrek, II/330; ZEYLAİ, Cemaleddîn Abdullah b. Yusuf, Nasbu'r-Râye li Ehâdîsi'l-Hidâye, Yy. 1973, IV/431; SERAHSİ, XXI/9.

77 Bkz. Dürrizade Mehmed Arif Efendi, Neticetü'l-Fetava, İst.1265, s.571.

Beşir'in emrinsiz Zeyd ile kısastan 20.000 dirhem gümüş üzerine sulh olsa Zeyd, sulh bedelinden Bekir'in hissesine isabet eden 10.000 dirhem gümüşü Bekir'e verip Beşir'in hissesi alacağa dönüşmekle yarı diyet olan 5.000 dirhem gümüşü dahi Beşir'e verirken Bekir razı olmayıp 20.000 dirhem gümüşü tamamen bana ver diyemez."[78]

Muaviye b. Ebi Süfyan halife iken Haveyn b. Haşrem birini kasten öldürmüş, Said b. el-Âs ile Hasan ve Hüseyin, maktulün oğluna diyetin yedi katı uzlaşma bedeli teklif etmişler, o bunu kabul etmemiş ve faile kısas cezası uygulanmıştır.[79]

Ebu Hanife ve Malik'e göre af (feragat) karşılıksızdır. Yani mağdur taraf katil ile diyet üzerinde anlaşmadan kısas talebinden vazgeçmişse, diyet alamaz. Eğer mirasçılar diyet karşılığı kısas talebinden vazgeçmişse bu durum af değil, sulhtur (uzlaşma).[80] Zira cezanın diyete çevrilmesi (mirasçıların diyet alabilmesi) suçlunun diyeti kabulüne bağlıdır. Öldürülen borçlunun alacaklıları da uzlaşma görüşmelerine katılabilir.[81]

---

78 Dürrizade, s.426.

79 İBN KUDAME, el-Muğni, IX/477, ŞAFAK, s.83.

80 Hanefiler kasten öldürmede ödenen mala uzlaşma bedeli denmesinden yanadır. BARDAKOĞLU, Ali, "Diyet", *DİA*, C:9, s.472vd.

Suçlunun bedel karşılığı affedilmesi halinde burada sulh hükümleri geçerli olup fâil ile mağdurun karşılıklı rıza ve muvafakati aranır. Bu sebeple mağdurun tek taraflı olarak kısastan vazgeçip diyeti tercih etmede muhayyerlik hakkına sahip olmadığı kabul edilir. DAĞCI, "Kısas", *DİA*, C:25, s.488-495.

81 "Borçları *terekesinden fazla olduğu halde katlolunan Zeyd'in varisleri katili Amr ile kısastan şu kadar akçe üzerine sulh ve*

Şafii ve Ahmed b. Hanbel'e göre kısas hakkı sahibi faili affederse, bu af otomatikman kısasın diyete dönüşmesi sonucunu doğurur. Diyete dönüşme failin isteğine bağlı değildir.[82]

Kısas isteme hakkı olanlar, peşin veya veresiye[83] bir bedel üzerinde fail ile uzlaşsa, kısas cezası düşer.[84] Bu bedel şari tarafından belirlenmediği için diyet cinsinden

---

bedeli kabzetseler Zeyd'in alacaklıları *sulh bedelini paylaşabilirler.*" Behcetü'l-Fetava, No:3259.

82 EBU ZEHRA, el-Ukube, No:372, ŞAFAK, s.81-82.

83 "*Mustafa, zevcim mezkûru mukaddemâ cerh ve* ***katl etmekle*** *diyet-i kâmilesinden miras payımı talep ve dava eylediğimde* ***muslihûn tavassut edip*** *mezkûr davamdan mezkûr Ümmühâni vekâleti hasebiyle beni iki yüz esedî kuruş üzerine sulh eylediğinden, ben dahi sulh-i mezbûru kabul ve bedel-i sulh olan meblağ-ı mezbûr iki yüz esedî kuruşun elli kuruşunu kabzedip kalan yüz elli kuruşu def' /ü/ edaya iktidarı* (ödeme gücü) *olmayıp taksite talip oldukta ben dahi meblağ-ı baki-i mezbûr yüz elli esedî kuruşu her otuz gün tamamında dörder kuruş verip bin seksen gün tamamında yüz kırk sekiz kuruşunu ve on beş gün tamamında dahi baki iki kuruşu verip tamamen eda etmek üzere taksit edip kendi kıbelimden mezbûr ile dava ve nizaım kalmamıştır sual olunup takrir tahrir olunması matlubumdur dedikte gıbbe's-suâl mezbûre Ümmühâni cevabında filhakika hâl balada bast olunan minval üzere olup baki yüz elli kuruş ber vech-i mukâssat müvekkil-i mezbûrun deyni olup ve deyn-i mukâssat-ı mezkûru kendi kefalet-i sahha-i şer'iyye ile kefil oldum dedikde mukırra-i mezbûrenin zevci Ömer b. Halil dahi meblağ-ı mukâssat-ı mezbûra kefîl olmağın mâ vaka'a bi't-taleb ketb olundu.* 12 Ramazan 1097." Bab Mahkemesi 46 Numaralı Sicil, Hüküm No:629.

84 Mi'yar-ı Adalet m.197'ye göre: "*Kasten yaralamada af, ibra ve sulh ile kısas cezası düşer.*"

(örneğin deve, altın veya gümüş gibi) olup olmaması, diyet miktarından fazla olup olmaması önemli değildir.[85]

> *"Zeyd Amr'ı katledip, gaybet ettikten sonra, babası Bekir verese-i Amr'a bedel-i sulh bir miktar akçe verip sulh ettikten sonra: "Verdiğim bedel-i sulhu verin. Andan sonra Zeyd'den dava edin" demeğe kâdir olur mu? Cevap: Sulh sahih idiyse, ne Bekir verdiğini alır, ne verese davaya kâdir olur."*[86]

"Zeyd, Amr'ı mucib-i kısas olan katl ile katlettikten sonra Amr'ın varisleri ile 2.000 kuruşa sulh ve sulh bedelini ödedikten sonra "sulh bedeli diyetten fazla olmakla ziyadesi batıldır" diye bedelin diyetten fazlasını varislerden alamaz."[87]

"*Katil üç ya dört (kişi) olsa, mirasçılar bazısıyla sulh ve bazısını kısas ettirebilirler.*"[88] Müşterek faillerden biri ile yapılan uzlaşma, diğerinden kısası düşürmez. İki kişiyi öldüren, birinin yakınlarıyla uzlaşsa, diğerinin yakınlarının kısas isteme hakkı düşmez.[89]

Kısas isteme hakkı olan çocuk veya akıl hastası olsa, veli veya vasi diyetten az bir tutara uzlaşma yapamaz. Ancak sanık suçu inkar edip çocuk veya akıl hastasının kanuni temsilcisi onu mahkum ettirmeye yeterli delil elde edemeyecekse, diyetten az miktara uzlaşma yapması caizdir.[90]

---

85 KASANİ, VI/49, BİLMEN, III/99, EBU ZEHRA, el-Ukube, s.497vd. UDEH, I, No:531-534, AKŞİT, s.121, YAYLALI, s.126, 130.

86 Ebussuud, Veli-1, vr. 148a.

87 Behcetü'l-Fetava, No:2350.

88 Ebussuud, Maruzat, No:215.

89 KASANİ, VII/248, Miyar-ı Adalet, m.43.

90 Bkz. Mi'yar-ı Adalet, m.34-35.

Kısas talebinden, failin başkası üzerindeki kısas isteme hakkından vazgeçmesi şartıyla vazgeçmek (uzlaşma) de geçerlidir.[91]

İmam Malik'e göre kasten insan öldüren şahıs, sulh veya af suretiyle kısastan kurtulsa da tamamen cezadan kurtulamaz; 100 celde ve bir yıl hapis cezasına çarptırılır. Bu hususta katil ile maktulün müslim/gayri müslim, erkek/dişi, hür/köle olması arasında fark yoktur.[92]

Kısas isteme hakkı olan küçüğün veya akıl hastasının velisi, diyetten fazlasını almak kaydıyla uzlaşma yapabilir, karşılıksız olarak şikâyetten vazgeçmesi hukuken geçersizdir. Velisi olmayanın velisi devlet olduğundan, devlet başkanı veya vesayet hakiminin kısas isteme veya uzlaşma yapmaya yetkisi vardır.[93]

Kasten öldürmede fail çocuksa, kanuni temsilcisi onun yerine uzlaşma yapabilir. "Küçük *Zeyd insan öldürse, vasisinin bir miktar akçe verip sulh yapması câizdir.*"[94]

> "*Katl-i amd kısası icap eder…* (kısas cezası) *bedel-i sulh mukabili sakıt olur.*" Mi'yar-ı Adalet, m.21.

Devletin tazir cezası verme yetkisi çerçevesinde yaptırım uygulama örnekleri: 26 CA 1261 tarihli Meclis-i

---

91 SERAHSİ, XXI/13.

92 BİLMEN, III/61, No:256.

93 SERAHSİ, XXVI/148, MOLLA HÜSREV, II/88, AKŞİT, s.121.

37 Numaralı Konya Şer'iye Sicilinde başına taşla vurup kasten öldüren İbrahim oğulları Veli Beşe ve Minnet'ten ölenin küçük çocuklarının vasisi 110 esedi kuruş alarak uzlaşmışlardır. 3 Receb 1103/21.3.1692." bkz. No:193-1, s.340-341.

94 Ebussuûd, Veli-1, vr. 148a.

Vâlâ kararında kasten öldürme suçunda tarafların 20.000 kuruş bedel üzerinde uzlaştıkları belirtilmiş, katil uslanıncaya kadar suçun işlendiği Bursa'ya dönmemek üzere Tokat'a sürgün edilmiştir.[95]

1851 CK Birinci Fasıl m.11'e göre, kasten öldürmede uzlaşma bedeli karşılığı veya karşılıksız şikâyetten vazgeçme varsa ve fail İstanbul'da oturuyorsa 1-5 sene kürek, taşrada oturuyorsa pranga ve ağır işlerde çalıştırma cezası verilir.

1858 Ceza Kanunu m.172'ye göre, kısastan affolunan katile (maktul yakınları uzlaşmış veya şikâyetten vazgeçmişse) müebbet veya 15 seneden az olmamak üzere kürek cezası verilir. Aynı maddeye göre Nizamiye Mahkemesince hükmedilen ölüm (idam) cezası padişah tarafından onanmazsa faile müebbet veya 15 seneden az olmamak üzere kürek cezası verilir.

Yukarıdaki örnekler cezanın gittikçe ağırlaştığını göstermektedir.

2. Kasten Yaralamada

a) Şikayet/kısas talep etmeme

Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: "*Kim kendisini yaralayanı bağışlarsa bağışladığı şeyin manevi değeri kadar günahı affedilir.*"[96]

Yaralananın şikayet hakkı vardır, şikâyetten vazgeçse, fakat yaralamanın ölümle sonuçlanması hususunda vazgeçme olmasa, ölüm vukuunda yaralı iken şikâyetten vazgeçenin mirasçıları yaralayandan diyet talep edebilirler.[97]

---

95 A. MKT. MVL. No:2/4.

96 Ahmed b. Hanbel, Müsned, V/316, 330.

97 Dürrizade, s.569.

Mi'yar-ı Adalet m.30'a göre, yaralanmış kişi faili affedip sonra ölse af geçerli olur ve varisler faili kısas ettiremezler, diyet de alamazlar.

Kısas isteme hakkı olan akil ve baliğ olup faili kısastan affetse kısas cezası düşer.

Osmanlı uygulamasında yaralananın şikâyetten bedelsiz vazgeçme örneği şöyledir:

> "*Nikola v. Anidis adlı zimmi Kasaba-i mezbure mahkemesine ihzar ettirdiği... Yorgi v. Todori adlı zimmiden dava ve iki ay önce mesfur şerbetçi Yorgi'nin meyhanesinde beni gaip anil-meclis Emir Ali oğlu Seyyid Mehmed* ***bıçakla yaraladı****, sağ gözümde illet kaldı diye mesfur Yorgi zimmiyi* ***meccanen*** *davasından* ***ibra ve ıskat*** *ve Yorgi'nin zimmetini ibraya dahi ilam vermiştim...* SA 1169"[98]

Hasan Çelebi b. Mehmed, yumrukla ön dişlerini kıran damadı ile meccanen sulh yapmış ve taraflar bunu mahkeme defterine kaydettirmiştir.[99]

Mağdurun veya mirasçılarının şahsî davadan/şikayetten vazgeçip fâili affetmeleri bütünüyle cezayı değil; sadece kısas cezasını düşürür. Adli merciler gerekli görürse kamu adına davayı takip ederek suçluyu ta'zîr sınırları içinde cezalandırır.

b) Uzlaşma

Hz. Peygamber, Ebu Cehm b. Huzeyfe'yi zekat tahsildarı olarak gönderdi. Adamın biri malının zekatı konusunda onunla tartıştı. Ebu Cehm de adama vurup başını yardı. (Yaralının yakınları) Hz. Peygamber'e gelip kısas istediler. Resulullah (sav) onlara: "Size şu kadar mal

98 Akt. AKGÜNDÜZ ve Heyet, Şer'iye Sicilleri, II/130.

99 BŞS, B-176, 17/4, akt. DÖRTOK ABACI, s.111.

vereyim (kısas talebinden vazgeçin)!" dedi ise de razı olmadılar. Resulullah miktarı artırdı, onlar yine razı olmadılar. Hz. Peygamber (daha da artırarak): "Size şu kadar mal vereyim!" dedi. Bu sefer razı oldular. Bunun üzerine Hz. Peygamber: "Ben bu akşam halka razı olduğunuzu bildireceğim!" dedi. "Pekala!" dediler. Resulullah (sav) hitabesinde: "Bu Leysliler bana kısas talebiyle geldiler. Ben onlara (kısasa bedel) şu kadar mal teklif ettim, onlar da razı oldular, siz de razı mısınız?" diye sordu. Fakat berikiler: "Hayır, razı değiliz!" dediler. Muhacirler onlara kızıp üzerlerine yürüdü. Resulullah (sav) onlara dokunmalarını yasakladı. Muhacirler de ileri gitmekten vazgeçti. Sonra onları çağırıp, onlara verdiğini artırdı ve sordu: "Razı oldunuz mu?" "Evet" dediler. Resulullah tekrar: "Ben halka hitap edip, razı olduğunuzu bildireceğim" dedi. Onlar: "Pekala!" dediler. Resulullah halkı çağırarak: "Razı mısınız?" diye sordu. "Evet razıyız!" dediler."[100]

Evs kabilesinden İbn Übey, Hazrecli İbn Revâha ve taraftarlarının sopalarla dövüşmeleri üzerine, Hz. Peygamber aralarına girerek onları barıştırmıştır. Yine Ensar'dan İmran, karısını akrabalarına ziyarete göndermediği için kadın tarafı ile erkeğin amcaoğulları arasında çıkan kavgada Resûlullah adam göndermiş ve tarafları barıştırmıştır.[101]

Kasten yaralamada uzlaşma veya diyet hakkından/şikâyetten vazgeçme/feragat, bizzat yaralanana ait bir haktır. Kasten yaralamada asli yaptırım kısas olduğu için uzlaşma bedeli diyetten fazla olabilir.[102] Hz. Osman'ın

100 Ebu Davud, *Diyat* 13; Nesai, *Kasame* 24.

101 YAZIR, VI/4462.

102 EBU ZEHRA, Felsefetü'l-Ukube, s.429, DAĞCI, Müessir Fiiller, s.125.

kölesi tokat atarak taşralı birinin gözünü kör etmişti. Hz. Osman kısastan vazgeçmesi için mağdura gözün bedelinin iki katını teklif etti, ancak mağdur kısas talebinde ısrar etti.[103]

Kasten yaralamada şikayet/kısas talebi hakkı yaralanana aittir. Yaralanan uzlaşmayı kabul ettikten sonra ölse -uzlaşmada ölüm ihtimali dikkate alınmışsa uzlaşma geçerliliğini korur- uzlaşma geçersiz hale gelir, mirasçılar failden diyet tutarı tazminat alabilirler.[104]

Mağdur, fiil ehliyetine sahip değilse kanuni temsilcisi diyet miktarı veya daha fazla bir uzlaşma bedeli karşılığında fail ile uzlaşabilirler.[105] Mağdurun çocuk olması halinde kanunî temsilcilerinin suç fâiliyle diyetten daha az bir miktar üzerinde uzlaşma hakları yoktur. Bu şekilde yapılan bir uzlaştırma kısası düşürücü bir sebep olarak kabul edilmekte, ancak mağdurun aradaki farkı istemek üzere fâile rücu hakkı doğmaktadır.

Osmanlı uygulamasında balta ile yaralama davası uzlaşma ile sonuçlanmıştır:

> "*Piyâle Paşa çayırında mezkûrân Burhan ve İbrahim sarhoş üzerime gelip balta ile sağ kolumu vurup mecruh eylemişlerdi. Hâlâ muslihûn tavassutuyla merhem-bahâ ve ifâkat bulunca(ya kadar) nafaka ve havâyic-i zaruriyem için yedi yüz yirmi akçe ile iki araba oduna sulh olup bedel-i sulhu bi't-tamam alıp kabzedip min ba'd mezkûrlar ile dava ve husumetim yoktur, cemî' davadan husûsan dava-yı merkūmeden zimmetlerin ibra ve ıskat eyledim dedikde... mezkûrân Hızır ve Bekir vekâleten bi'l-*

103 İBN KUDAME, IX/428, DAĞCI, Müessir Fiiller, s.153.

104 Mi'yar-ı Adalet m.33.

105 SERAHSİ, XXVI/93, DAĞCI, Müessir Fiiller, s.124.

muvâcehe mezbûr Hüseyin'i tasdik edip beraat-i zimmetlerine hüküm birle mâ vaka'a kaydolundu. Şevvâl 991."[106]

"*babam merkūm Oruc'u bi-gayr-ı vech-i şer'î karnının sol tarafından odunla darp edip ol darptan sahib-i firâş oldu diye dava ve talep edip o dahi inkâr ile cevap verip ispat etmek sadedinde iken aramızda muslihûn tavassut edip "es-sulhu seyyidü'l-ahkâm" hadisi fehvasınca husus-ı mezbûru melhem-bahâ on bir kıt'a riyâlî guruşa sulh edip* ***bedel-i sulh olan on bir kıt'a riyâlî guruşu yedinden alıp kabzedip*** *vekâletim hasebiyle zimmetini husûs-ı mezbûra müteallik cemî' de'âvî ve husûmât ve* ***erş-i cinâyetten ibrâ****-i âm ile ibrâ ve ıskat-ı tam ile ıskat eyledim dedikde vekîl-i merkūmun ikrar-ı meşrûhu mezbûr Mustafa talebiyle ketb olundu.* 9 Rebiyülevvel 1052."[107]

---

106 Üsküdar Mahkemesi 56 Numaralı Sicil, Hüküm No:447.

"*Sitti bt. Yakup ve zevci İsa b. Musa meclis-i şer'a hazır olduklarında karye-i mezbûreden Bâli b. İbrahim muvacehesinde takrîr-i kelâm edip dedi ki, çekişip beni darp edip başımıza vurdu diye dava etmiştim mezbûr Bâli inkâr ile cevap vericek hâliyâ* ***muslihûn ve mütevassıtûn*** *olup* ***es-sulhu hayrun deyişiyle amel olunup*** *üç yüz akçe melhem bahâsından verip ve ben İstanbul kilesiyle beş kile buğday verip ibra ve ıskat ettiği hususun kabzına müteallik mezbûr Bâli b. Hasan davam ve nizaım yoktur ve illâ inde'l-hükkâm mesmû' olmaya dediklerinde ve mezbûr Bâli dahi bedel-i ibra verdiğim akçeden ve buğdaydan davam ve nizaım yoktur ve illâ inde'l-hükkâm mesmû' olmaya dedikde, tarafeynden sâdır olan ikrarları bi-hasebi'ş-şer'i'ş-şerîf* ***muteber görülüp sıhhat-ı ibra mukarrer olup*** *kayd-ı sicil olundu.* Rebiülevvel 971." Üsküdar Mahkemesi 26 Numaralı Sicil, Hüküm No:357.

107 Hasköy Mahkemesi 5 Numaralı Sicil, Hüküm No:511.

Saç kesme davasında 15 kuruş mukabilinde uzlaşıldığına dair örnek vardır.[108]

> "*Süleyman, kölem Rıdvan b. Abdullah'ı sol küreği yanından ve sol kolundan bıçakla yaraladı, Rıdvan da Süleyman'ı sol kolundan, alnından ve sol budundan bıçakla yaraladı, lâkin mezbûr Rıdvan'ın yarası ağır olmakla mezbûr Süleyman'dan dava ve talep edip, aramızda muhâsemât-ı kesîr vakıa* (çok uyuşmazlık) *olup, hâlâ tavassut-ı muslihûn* (uzlaştırmacılar) *ile husûs-ı mezkûru inkârdan dört bin akçeye sulh eylediklerinde, ben de sulh-ı mezbûru kabul ve bedel-i sulh olan meblağ-ı merkūmu vekîl-i merkūm Ali Beşe yedinden alıp kabz edip, müvekkil-i mezbûr Süleyman'ın zimmetini husus-ı mezkûr davasından ibrâ-i âm ile ibra ve ıskat-ı tam ile ıskat ettim…* 22 Rebiyülahir 1027."[109]

3. Taksirle öldürmede uzlaşma

Taksirle öldürme ve yaralamada uzlaşma yapılabilir,[110] bu suçların cezası kısas olmadığı için uzlaşma bedeli en çok diyet miktarı olabilir; fazla istenemez.[111] Uzlaşma gerçekleşmişse ve fail sabıkalı değilse ayrıca tazir cezası verilmeyebilir.[112]

---

108 37 Numaralı Konya Şer'iye Sicili, No:186-3, s.328.

109 İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, Hüküm no: 243

110 Bursa mahkeme sicillerinde, bir müslüman tarafından tüfek patlaması sonucu taksirle öldürülen gayrimüslimin varisleri, karşı taraf ile dem-i diyet üzerine uzlaşmışlardır. DÖRTOK ABACI, s.115.

111 SERAHSİ, XXI/9, KASANİ, VII/250; Şeyh Bedreddin, Letaifü'l-İşarat (Editör: Hacı Yunus Apaydın) İst.2012, s.349, BİLMEN, III/99; YAYLALI, s.130; SALMAN, s.53.

112 1851 CK Birinci Fasıl m.13'e göre taksirle öldürmede failin sabıkalı ve mazanne-i sû olup olmamasına göre ayrım

4. Taksirle yaralamada uzlaşma

Taksirle ölüme sebebiyette ağır yaralı iken diyet alacağı hakkından vazgeçse, bu durum vasiyet (ölüme bağlı tasarruf) sayılır ve diyetin üçte biri ile sınırlıdır. Yani mirasçılar taksirle öldürenden diyetin üçte ikisini alabilirler.[113]

> "*Mahrûse-i Bursa'da Hisar Câmi-i Şerifi imamı Ebubekir Efendi b. Hasan Efendi mahrûse-i mezbûrede meclis-i şer'-i şerif-i enverde cerrah taifesinden Halil Çelebi bin Ahmed nam kimesne mahzarında bi'l-velâye ikrar-ı tam ve takrir-i kelâm edip oğlum hazır bi'l-meclis Mustafa nam sağiri merkûm cerrah Halil Çelebi emriyle sünnet eyledikde zekerinin haşefesinden bir miktarını kat' eyledi diye ba'de'l-berâ yedimde olan fetvâ-yı şerife mantûkunca mûceb-i şer'îsi merkûm cerrah Halil Çelebi'den bi'l-velâye dava eylemiştim. Halen aramızda musâlahaya tavassut edip dava-yı mezkûremden merkûm cerrah Halil Çelebi ile beni elli kuruş üzerine sulh eylediklerinde ben dahi bi'l-velâye sulh-ı mezbûru kabul ve bedel-i sulh olan meblağ-ı mezbûru merkûm cerrah Halil Çelebi yedinden ahz ü kabzeyledim. Fîmâ ba'd husûs-ı merkûma müteallika mezbûr cerrah Halil Çelebi ile vechen mine'l-vücûh dava ve nizaım ve husumetim kalmadı dedikde gıbbe't-tasdîki'ş-şer'î mâ-vaka'a ketb olundu.* Zilhicce

yapılmış, mazanne-i sû değil (iyi halli) ise diyetle yetinilmesi, ayrıca bir ceza hukuku yaptırımı uygulanmaması ancak; mazanne-i sû ise ilaveten tazir olarak bir sene kürek veya pranga cezası öngörülmüştür.

113 SCHACHT, s.175.

962."[114] Sulhu mahkeme tasdik edip deftere kaydetmiştir.

Uzlaşan faile ayrıca ceza verilmeyebilir.[115]

5. Çocuk düşürmede uzlaşma

Yaralama sonucu hamile kadın çocuğunu düşürse (ıskat-ı cenin) ğurre denilen tazminat ödenebileceği gibi bir bedel üzerinde uzlaşılabilir.

> *"Mezburan evimize gelip kavga ederek karım Fatma'nın canlı çocuk düşürmesine sebep oldular." diye dava ettiklerinde mezburan bil-mukabele "Bayram Bey'in karısı olan Fatma'nın bir ölü çocuğu düştü, biz sebep olduk" dediklerinde aralarında çok münazaa... ceninin canlı olduğunu mezburan inkar ettiklerinden... kat'ı niza ve fasl-ı husumet için 8.000 Osmani akçe verilip...* 1531"[116]

Bursa'da Bilecik mahallesinde oturan Zeynep bt. Hüseyin adlı kadın mahkemede Rabia bt. Mehmed adlı kadını (Rabia mahkemede vekili Salih b. Hasan aracılığıyla temsil edilmektedir), yedi gün önce evine geldiği sırada tartışırken, (Rabia'nın) yüksek sesle bağırması ve üzerine gelmesi nedeniyle korkusundan ikiz çocuklarını erken doğurduğunu ve çocukların iki saat yaşadıktan sonra öldüğünü belirterek dava etmiştir. Rabia durumu inkar etmesine rağmen, muslihûn aracılığıyla iki taraf üç kuruş üzerine uzlaşmayı kabul etmiş ve davacı Zeynep, Rabia'nın

---

114 BŞS. C 1/53 24b, bkz. ÇETİN, Bursa Şer'iye Sicilleri Işığında Osmanlılarda İlk Tıp Fakültesi Bursa Darüşşifası ve Tıbbi Faaliyetler, s.141.

115 1858 CK m.183'e göre taksirle yaralamada yedi günden iki aya kadar hapis cezası öngörülmüştür.

116 AKGÜNDÜZ ve Heyet, Şer'iye Sicilleri, II/119.

vekilinden üç kuruşu almasıyla sorun çözümlenmiştir (5 Aralık 1757).[117]

B. Had suçlarında şikayet etmeme/uzlaşma

Had suçlarında (sirkat ve kazif hariç) kovuşturmanın kamusallığı ilkesi geçerlidir. Suçtan zarar gören şikayet etmese/dava açmasa bile bu tür suçlar kamu davası şeklinde resen takip edilir.

Takibi şikayete bağlı suçlarda uzlaştırma çalışmaları suç işlenince hemen başlamalıdır. Hz. Peygamber: "*Had cezası gerektiren bir suç işlendiğinde fail ile mağdurun arasını bulun* (şikâyet hakkından feragat etmesi için mağduru ikna edin). *İş bana* (kovuşturma organlarına) *intikal ettikten sonra artık cezalandırmak vacip olur.*" buyurmuştur.[118] Dolayısıyla şikâyet hakkını kullanmadan önce mağdurun faili affetmesi, had cezası verilmesini engeller.

---

117 Bursa'da Araplar mahallesinde oturan Şerife Sabire bt. Mustafa adlı kadın mahkemede Fatma bt. İbrahim huzurunda, Fatma'nın elli beş gün önce evine gelerek büyük bir sopa ile sağ koluna vurduğunu, korkusundan dolayı erken doğurduğunu ve bebeğin olaydan yirmi saat sonra öldüğü iddiasında bulunmuştur. Fatma, suçlamaları reddetmiş, araya muslihûnun girmesiyle **15 kuruşa** uzlaşılmış, hem Fatma hem de mahkemede bulunan kocası Ali, Fatma'nın zimmetini ibra ve ıskat eylemişlerdir. 12 Mart 1758. DÖRTOK ABACI, s.113

Yine hamile bir kadın gece evlerine giren birinin hücum etmesi sebebiyle bir erkek çocuğu düşürmüş ve taraflar **yüz kuruş** üzerine uzlaşmışlardır. DÖRTOK ABACI, s.113-114.

118 Ebu Davud, *Hudud*, 6; Nesai, *Sarik*, 5; UDEH, Abdülkadir (ö.1954), et-Teşrîu'l-Cinâiyyi'l-İslâmi Mukarinen bi'l-Kanuni'l-Vad'i, Beyrut, Ty, II, No:628.

Resen kovuşturulan suçların kovuşturma organlarınca öğrenilmesi soruşturma/kovuşturmayı otomatik olarak başlatır. Basra valisi Muğire b. Şu'be'nin zina ettiği haberi Hz. Ömer'e ulaşınca kamu davası ile yargılama başlatılmıştır.[119] Hz. Osman halife iken Kufe valisi Velid b. Ukbe'nin şarap içtiği ihbar edildi, kamu davası yoluyla kovuşturuldu.[120]

Osmanlı uygulamasında şürb ve zina suçu failleri subaşı tarafından yakalanmış ve yargılanmışlardır.[121]

Fail-mağdur uzlaşması asıldır; iddia pazarlığı hoş görülmemiştir. Unsurları oluşmuş ve kovuşturma organlarına ulaşmış had suçlarında[122] affın ve buna aracılık etmenin caiz olmadığı, hırsızlık yapmış ve yargılaması devam eden mahzumlu kadının cezasının fidye karşılığı düşürülmesi veya tamamen affedilmesi konusunda Üsame b. Zeyd'in aracılık etmesi üzerine Hz. Peygamber: "*Had cezasının düşürülmesi için aracılık etmek ha! Sizden öncekileri şu davranışları mahvetmiştir, onlar asil, soylu biri hırsızlık ederse cezasız bırakırlar, zayıf ve garip biri bu suçu işleyince de hemen ceza verirlerdi. Allah'a yemin ederim ki, eğer kızım Fatma hırsızlık etmiş olsaydı, onun da elini keserdim.*"[123] buyurmuştur.

Hadisin vüruduna sebep olan bu olayda failin yakınları cezanın fidye karşılığı düşürülmesini veya affedilmesini

---

119 ATAR, s.189.

120 İbn Mace, *Hudud*, 16, Hadis No:2571.

121 AKMAN, s.26-27.

122 Hadisin bap başlığı: "Sultana ulaşmış had suçlarında aracılık etmenin keraheti babı"dır.

123 Buhari, *Hudud*, 12, *Fezail*, 18; Müslim, *Hudud*, 11; Tirmizi, *Hudud*, 6; Nesai, *Sarik*, 5-6; Ebu Davud, *Hudud*, 16; İbn Mace, *Hudud*, 6; Ahmed b. Hanbel, III/356, 395.

istemişlerdi.[124] Bu uygulama ve beyan, ceza hukuku kuralları karşısında eşitlik ilkesini, gerekçesi ile birlikte ifade etmektedir.[125]

"*Had suçları yargı organlarına ulaştıktan sonra sanığın cezasız kalması için aracılık edene Allah lanet etsin!*" diye bir hadis rivayet edilir.[126] Dolayısıyla uzlaşma, had suçlarında cezayı düşürmez. Had suçlarında faile had uygulanmaması için belirli bir mal karşılığında uzlaşılması sebepsiz zenginleşme oluşturur. Zira kamu haklarını ilgilendiren konularda uzlaşma geçersizdir, dolayısıyla bedelin iadesi gerekir.[127]

1. Hırabede uzlaşma

Hırabe suçunun had cezası affedilemez, uzlaşma yapılamaz. Bu suç yargılama ile sabit olduktan sonra topluma (kamu düzenine) karşı işlenen suç olması dolayısıyla hükmedilen cezayı devlet başkanı bile düşüremez. Mağdur taraf bir bedel üzerinde uzlaşarak şikâyetten vazgeçse bile had cezası verilir.[128]

> "*Haydut eşkıyası bir yerde toplanıp geceleyin silahla bir köyde birkaç kimsenin evlerini basıp dokuz kişiyi öldürseler halen içlerinden bazıları yakalanıp maktullerin veresesi mezburlardan bir miktar akçe diyet alıp razı olmakla had sakıt olmaz; mezburlar hadden katlolunurlar.*"[129]

---

124 AYNİ, Bedreddin, Umdetü'l-Kârî Şerhi Sahihi'l-Buhari, Mısır, 1970, XIX/257.

125 DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İst.1994, I/14.

126 Malik, Muvatta', *Hudud*, 29.

127 KÂSÂNÎ, VI/48.

128 BİLMEN, III/302, No:838.

129 Abdurrahim, Fetava, I/129.

Yakalanmadan önce teslim olma (etkin pişmanlık) yağma suçunu unsurlarına böler. Etkin pişmanlık, yağmalanan malın sahibine iadesi ve yargı organına (ve kolluğa) kendiliğinden teslim edilmesi ile gerçekleşir. Hırabe suçunun faili netice gerçekleşmiş (yağma ve öldürme suçunu işlemiş) olup, kolluk güçlerine yakalanmadan teslim olur[130] ve pişmanlık duyarsa (tazmin sorumluluğu baki kalmak üzere) hakkındaki kamu davası (idam, salb, kat' ve nefy gibi cezalar) düşer (Maide, 5/34).[131] Bu takdirde unsur olan suçlar uzlaşmaya tabi ise uzlaşma yapılması bu suçların asli cezasını düşürür.

Osmanlının eşkıyayı çoğu kere idam veya hapsetmek yerine affetmesi, devletin bunları ele geçirmekteki güçsüzlüğünden değil; eşkıyanın yakalanması için devletin masrafı ve askerin gireceği tehlikeler ile teslim olacak eşkıyanın devlete ödeyeceği nezir tutarının hesaplanması işiydi.[132]

Eşkıya ile pazarlığa oturan devlet biliyordu ki, aslında toplumdaki bu hareketlenmeler merkezden daha fazla pay alma amacını güdüyor, Batıdaki gibi sistemi yıkmayı istemiyordu. Pazarlıklar sonucu ikna edilerek devlete teslim olan ve bir eyalete vali yapılan örgüt lideri, bir süre sonra emrindeki eşkıya kuvvetlerini düzenli orduyla birlikte savaşa göndermek zorunda kalıyor, kısacası sistemle

130 Yakalanmadan önceki tövbe, suç yerini terk edip, ellerinde rehine ve eşya varsa bırakmaları, insanları güvenliğe kavuşturmaları, silahlarını bırakıp güvenlik güçlerine teslim olmaları ile olur. FUDAYLAT, Cebr Mahmud, Sukûtu'l-Ukûbât fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, Amman, 1987, III/218-219.

131 AKŞİT, s.113-114, FUDAYLAT, III/217-220.

132 SLADE, Adolphus, Kaptan Paşa (Çev: O. Öndeş) İst.1973, s.20-21.

bütünleşiyordu.[133] Böylece muhalefeti kanla bastırarak değil, sistemin bir parçası yaparak (muhalifi bünyesine alarak) etkisiz kılma siyaseti işletilmiş oluyordu.

2. Zina

a) Şikayetten feragat

Zina edenleri gören kimse onlara yabancı biri ise görene bir ar taalluk etmeyeceğinden setri evladır.[134]

Zina resen soruşturulan ve kovuşturulan suçlardandır.[135] Topluma karşı işlenen had suçları (zina ve hırabe) ile şürb suçunda kamu davası açılmış farz edilir, olayı görenin ihbarı, soruşturma ve kovuşturmanın başlatılması için yeterlidir. Bu suçlarda ihbar edenin beyanı tanıklık (hisbe şahitliği) sayılır. Ayrıca davayı kamu adına hareket eden bir memur (örneğin savcı) açabilir. Zina edenin eşi veya yakınlarının şikayetçi olması veya şikayetten vazgeçmesinin davanın görülmesine bir etkisi olmaz.[136]

b) Uzlaşma

Zinada uzlaşma geçersizdir, cezayı düşürmez. Ebu Hüreyre ile Zeyd b. Halid el-Cühenî'den nakledildiğine göre, zina eden kadının kocası ile zina eden işçinin babası Resulullah (s.a.s)'e başvurarak bu konuda Allah'ın kitabı ile hüküm vermesini istediler, işçinin babası şöyle dedi: "Oğlum bu adamın yanında işçi idi. Onun karısı ile zina etti.

---

133 ARMAĞAN, Mustafa, Osmanlı İnsanlığın Son Adası, İst.2003, s.203.

134 YAZIR, IV/3480.

135 Osmanlı uygulamasında bir zimmi kadın, kocası Apostoli'nin başka bir kadınla ilişkiye girerek kendisini aldattığını Divan-ı Hümayuna şikayet edip cezalandırılmasını istemiştir. BOA, CTA, No:6173, RA 1187/1773.

136 HALLAF, s.395.

Bana, oğlum için recm gerektiği söylendi, ben onun adına yüz koyunla bir cariye fidye verdim. Bu arada bilenlere danıştım, (oğlum bekâr olduğu için) ona yüz değnekle bir yıl sürgün cezası, bunun karısına ise recm cezası gerektiğini söylediler." Bunun üzerine, Hz. Peygamber şöyle buyurdu: Nefsim kudret elinde olan Allah'a yemin ederim ki, aranızda Allah'ın kitabı ile hükmedeceğim. Cariye ve koyunlar geri verilecek. Oğluna yüz değnekle bir yıl sürgün gerek. Ey Üneys, sen de bu adamın karısına git. Eğer zinasını itiraf ederse, onu recmet!". Üneys kadına gitmiş ve kadın suçunu itiraf etmiş, Hz. Peygamber'in emri üzerine de recmedilmiştir."[137]

Ağır cinsel saldırıda (ırza geçmede) fail-mağdur uzlaşması da cezayı düşürmez.

> "*Zeyd, Hind-i bikr-i baliğaya cebren zina edip bekaretini izale ettikten sonra Hind, Zeyd'i mucib-i zina ile muahaze etmek istedikte Zeyd, Hind ile mucib-i zinadan şu kadar akçe üzerine sulh olsa, sulh-ı mezbur sahih olmaz.*"[138]

3. Kazifte

a) Şikayetten feragat

Hayatta olana kazfedilmişse şikayet hakkı bizzat mağdura aittir; başkası bu hakkı kullanamaz. Mağdur, şikayet hakkını kullanmadan veya kullanıp da ceza infaz edilmeden ölse artık kendi usul ve füruundan hiçbiri bu dâvayı takip edemez, şikayet hakkı mirasçılara geçmez.

Mağdur, şikayet hakkını vekil aracılığıyla kullanabilir; ancak had cezasının infazı ânında bizzat hazır bulunması gerekir. Çünkü had ânında kâzifi tasdik etmesi melhuz olduğundan gıyabında had cezasının infazı ihtiyata uygun

137 Müslim, *Hudûd*, 25; Buhari, *Hudûd*, 38, 46, *Vekâlet*, 13.

138 Dürrizade, s.425.

değildir. Ebu Yusuf'a göre bu hususta vekâlet, esasen caiz değildir; davayı bizzat makzufun takip etmesi gerekir.[139]

Züfer hariç Hanefilere göre mağdur muhsan ise onun köle veya gayrimüslim oğlu da şikayet hakkını kullanabilir.[140]

Kazifte isnat, doğrudan belirli bir şahsa yöneliktir. Bu itibarla diğer şahsî haklarda olduğu gibi kazif haddi hususunda da şahsî dâva (şikayet) lâzımdır. Kazifte her ne kadar mağdurun şikayet hakkı varsa da bu haklarını kullanmamaları evlâdır. Çünkü yargılama yapılırsa çirkin bir isnat şüyu bulmuş olacaktır. Kötülüklerin yayılmaması ve tescil edilmemesi ise şer'an menduptur. Mağdur, faili affetmeyerek hakkında dâva açtığı takdirde hâkim, şikayetten vazgeçmesini tavsiye etmelidir.[141]

Şikâyetten feragat, dört mezhep hukukçularıyla Zeydiye ve İmamiyye mezhebine göre kazif davasının görülmesini ve had cezasının uygulanmasını engeller. Hanefilerden Ebu Yusuf, Şafiiler, Hanbeliler, İmamiyye ve bir rivayete göre Malikilere göre, kazif suçunda hükmün verilmesine kadar şikâyetten vazgeçme davayı düşürür. Ebu Hanife, Zahiriyye, Zeydiyye, Sevri ve Evzai'ye göre ise şikâyet hakkı kullanıldıktan sonra vazgeçme davayı düşürmez.[142]

Maliki ve Şafiilere göre kul hakkı baskın olduğu için şikâyet şartı aranır.[143] Kazif suçunun mağduru, şikâyet hakkını kullanmadan ölmüşse failin cezası düşer; ancak şikâyet hakkını kullandıktan sonra ölmüşse ceza

139 BİLMEN, III/240, No:648.

140 Şeyh Bedreddin, Letaifü'l-İşarat, s.557.

141 BİLMEN, III/238, No:643-645.

142 EBU ZEHRA, el-Ukube, No:226, FUDAYLAT, II/182.

143 KURTUBİ, XII/118.

düşmez.[144] Bu durumda İmam Malik, Şafii ve Ahmed b. Hanbel'e göre şikâyet hakkını kullandıktan sonra ölen mağdurun yerini mirasçıları alırlar. Ebu Hanife'ye göre buradaki şikâyet hakkı mali bir hak olmadığı için mirasçılara intikal etmez ve mağdurun ölümü kazif davasını düşürür.[145]

Hanefilere göre kazif suçu ile korunan hukuki yarar Allah (kamu), Şafiiler ve Hanbelilere göre ise kul (şahıs) hakkı öncelikli olmasına rağmen bütün hukukçulara göre takibi şikâyete bağlıdır. Çünkü Hanefiler bu suçun yargılama aşamasında alenileştirilmesinin kendine kazif edilen kişi bakımından mağduriyetinin artması sonucunu doğuracağından, onlar da takibi şikâyet şartına bağlamışlardır.[146] Hatta hakim huzurunda birine kazfedilip de kendisine kazfedilen kişi şikâyet hakkını kullanmamışsa, hakim faili resen cezalandıramaz.[147]

Malikiler, kamu davası açılıncaya kadar kul hakkının, dava açıldıktan sonra ise kamu hakkının ön plana geçtiğini söyler.[148] Korunan hukuki yarar ayrımı, şikâyet hakkının açılmış olan kamu davasını düşürüp düşürmemesi

144 FERRA, Kadı Ebu Ya'lâ Muhammed b. Hüseyin (ö.1065): el-Ahkâmu's-Sultaniyye, Mısır, 1987, s.284, geniş bilgi için bkz. GÜNEŞ, s.64vd.

145 UDEH, I, No:282.

146 AVVA, M. Selim, Fî Usûli'n-Nizâmi'l-Cinâiyyi'l-İslâmî, Kahire, 1983, s.211-212.

147 KURTUBİ, XII/117. Duruşmada karşılıklı hakaret edenlere, duruşma düzenini bozmaktan dolayı tazir cezası verebilir. Bkz. BİLMEN, III/313, No:859.

148 Kazif suçunun faili olan babayı, mağduru olan oğlu şikâyet etmiş, 80 sopa ceza verileceğini duyunca şikâyetinden vazgeçmiş, Ömer b. Abdülaziz bu vazgeçmenin cezayı düşüreceğini söylemiştir. Malik, Muvatta', *Hudud*, 17.

bakımından önemlidir. Hanefilere göre baştan itibaren, Malikilere göre ise şikâyet hakkını kullanıp hüküm verildikten sonra şikâyetten vazgeçme (mağdurun affı) sonuca etkili değildir.[149] Şafiilerle Hanbelilere göre suç şahıs haklarına yönelik olduğundan hükümden sonra şikâyetten vazgeçme cezanın infazını düşürür.[150]

b) Uzlaşma

Ebu Hanife'ye göre kazifte kamu hakkı, şahsi hakka galip bulunduğundan şikayet hakkını kullandıktan sonra mağdur veya yakınlarının şikayetten vazgeçmeleri davayı ve cezayı düşürmez. Malik de aynı görüştedir. Ebu Yusuf'a göre şikayetten vazgeçme gibi bedel karşılığı uzlaşma da cezayı düşürür.

Kazifte had cezasına hükmedildikten sonra uzlaşma cezayı düşürmez.[151] Bu takdirde mağdur, bir sulh bedeli almışsa bunu geri vererek faile had cezası verilmesini isteyebilir. Ancak davayı takip etmedikçe hâkim, haddi cezasına hükmedemez;[152] tazir cezası verebilir.

Şafii ve Ahmed b. Hanbel'e göre şahsi hak galip bulunduğundan infaza kadar şikayetten vazgeçme davayı ve cezayı düşürür.[153]

---

149 ŞABAN, Zekiyyüddin, İslâm Hukuk İlminin Esasları (Çev: İ. Kafi Dönmez) Ank.1996, s.290.

150 EBU ZEHRA, el-Cerime, s.103, UDEH, II/487, AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, s.186.

151 Behcetü'l-Fetava, No:856.

152 BİLMEN, III/239, No:646.

153 SAVA PAŞA, I/186-187.

4. Hırsızlıkta
a) Şikayetten vazgeçme

Hırsızlık suçunda hüküm verilinceye kadar şikâyetten vazgeçme had cezasını düşürür; hüküm verildikten sonra vazgeçmenin cezaya bir etkisi olmaz.[154] Şikâyet hakkının kullanılması veya bu hakkın devam etmesi bakımından şikâyet edenin çalınan malın maliki olması gerekir. Şikâyet eden şikâyet ettikten sonra malın hırsıza ait olduğunu iddia ettiği kimse olduğunu belirtir veya malı ona temlik ederse bu durum had cezasını düşüren bir sebep oluşturur. Hükmün verilmesinden sonraki şikâyetten vazgeçme veya malın temliki cumhura göre had cezasını düşürmez. Bazı hukukçulara göre ise infaz anına kadar olan vazgeçme veya temlik had cezasını düşürür; devletin tazir cezası verme yetkisi bakidir.[155]

---

154 EBU ZEHRA, el-Ukube, No:226.

Safvan b. Ümeyye, Mescid-i Nebi'de uyurken ridasını çalan hırsızı yakalayarak Hz. Peygambere getirdi ve elinin kesilmesine hükmedildi. Safvan: "Ben onun bu kadar ağır ceza almasını istememiştim, elbiseyi ona bağışlıyorum." dedi. Hz. Peygamber: "Şüpheli bana getirilmeden önce böyle bir bağış var mıydı?" diye sordu ve bu durumu had cezasının düşme sebebi saymadı. Ebu Davud, *Hudud*, 9; Nesai, *Sarik*, 6; İbn Mace, *Hudud*, 29; Ahmed b. Hanbel, VI/41; İBN TEYMİYE, Takıyyuddin Ahmed (ö.1327), Siyaset, (Çev: V. Akyüz) İst.1985, s.96, UDEH, II, No:612; EBU ZEHRA, el-Ukube, No:228.

Hırsız suça konu malı kovuşturma organlarının haberi olmadan sahibine iade ederse had cezası verilmez. Ebu Yusuf'a göre diğer şartları varsa iade edilmesi had cezasını düşürmez; el kesme cezası verilir. Şeyh Bedreddin, s.563.

155 EBU ZEHRA, el-Ukube, No:227.

Osmanlıda geceleyin iştirak halinde işlenen hırsızlık suçu, mağdurun şikayeti olmadan alınan ihbar işleme konularak resen kovuşturulmuştur.[156]

Bir köy halkıyla ilgili şikayetten vazgeçme örneği şöyledir:

> "*Yusuf b. Abdullah, meclis-i şer'a Bulgurlu nam karye halkını bi-isrihim ihzar edip takrîr-i dava kılıp dedi ki karye-i mezbûrede mütemekkin olduğum evânda evim delinip evimden on bir miskal altınım sirkat olundu sâriki karye-i mezbûre halkından kânun-ı padişahi üzere talep ederim dedikten sonra* ***muslihûn araya tavassut edip*** *dava-yı mezbûreden ve sirkat davasından ve sair de'âvîden mezkûrûn karye halkını ibra edip ve mezbûrûn karye halkı dahi vechen mine'l-vücûh mezkûr Yusuf'ta hakkımız ve davamız yoktur diye tarafeyn ikrarlarını tarafeyn tasdik edip sebt-i sicil olundu.* 24 Zilkade 925."[157]

b) Uzlaşma

Hırsızlık suçunu işleyen birini yakalayan, onunla bu durumu yetkililere bildirmeme karşılığında veya kendi

---

156 "*İznik'te oturan Hüseyin adlı kimsenin hanı geceleyin duvarı delinip esvap ve eşya ve nukud ve kitapları kasabada oturan* (üç kişi) *bazı kimselerle yekdil olmalarıyla sirkat ve taaddi eyledikleri* ***sikât ihbarıyla*** *istima olunmakla imdi bu makule fesad ü şekavet eden mezburlar ele getirilmek hususuna gereği gibi şer' ile tefahhus ettirilip ahz ve ala eyyi hal çaldıkları nukud ve eşya zuhura getirilip üzerlerine sübut bulan mevaddın suret-i sicillatı ve gasp ettikleri eşya ile mezburlar Asitane-i Saadetime ihzar olunmaları babında ferman...* fi evasıtı ZA 1112" BOA, 113 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm: 1.

157 Üsküdar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, Hüküm No:761.

aleyhine tanıklık edecek kimse ile şahitlikten çekilmesi karşılığında sulh yapsa geçerli olmaz; çünkü bunlar kamu hakkıdır. Ancak fail mağdur uzlaşması had cezasını düşürür.

Osmanlı uygulamasında hırsızlık uzlaşma kapsamındadır:

> "*Fatma bt. Yusuf, mahkemede Mustafa b. Musa huzurunda karısı Fatma bt. Şaban'ı: "Daha önce evimden esvabımı çaldı" diye dava edip mezbur inkar edip münazaa vaki olmuştu, şu anda iki bin akçeye sulh ve ibra ile terk-i dava ettik" dedikleri kaydolundu."*[158]

Belli bir sanıkla uzlaşma örneği ise şöyledir:

> "*Sâime bt. Abdullah nâm hâtun mahfil-i kazada yine mahrûse-i merkūmeden Fâtıma bt. Abdullah nâm hâtun mahzarında ikrar ve takrir-i meram kılıp bundan akdem evim açılıp nice esbâb ve erzakım sirkat olunup hâlâ mezbûrun yedinde bir kırmızı kemham bulup bi hasebi'ş-şer' sabit edip kendinden gayrılarını dahi istediğimde* ***müslimûn-ı mutavassitûn*** *aramızı ıslah edip bedel-i sulh bin üç yüz akçe verip ben dahi zikrolunan bedel-i sulhu alıp kabzedip sirkat davasından mezbûrenin zimmetini ibra' ve ıskat eyledim ba'de'l-yevm benden veyahut vekilimden husûs-ı mezbûra müteallik dava sâdır olursa lede'l-hükkâm istimâ' olunmaya dedikde mukırra-i mezbûrenin vech-i meşrûh üzere vaki' olan ikrarını mukarrun leha'l-merkūm vicâhen ve şifâhen tasdîk eylediği kaydolundu.*[159]

---

158 Tophane Mahkemesi 7 Numaralı Şer'iye Sicili, v.20b (1)-272, akt. DEMİR, s.120.

159 Üsküdar Mahkemesi, 84 Numaralı Sicil, Hüküm No:420.

C. Tazir Suçlarında

Tazir suçu devlete, topluma veya kişilere karşı işlenmiş olabilir. Devlete ve topluma karşı işlenen suçlardan devletin doğrudan ve toplum adına mağdur olduğunu (zarar gördüğünü) söylemeye gerek yoktur. Kişilere karşı işlenen suçlarda da hem birey o devleti oluşturan toplumun bir ferdi olması, hem de kişilere karşı işlenen suçların da kamu düzenini bozması sebebiyle dolaylı zarar gördüğünü söyleyebiliriz.

Ebu Musa şöyle der: Rasulullah, kendisine bir ihtiyacın giderilmesi için gelen biri olunca yanındakilere döner ve: "*Uzlaştırıcı olun, sevap kazanın. Allah Peygamberinin dilinden dilediğine hükmetsin* (Allah hükmünü Peygamberi diliyle beyan etsin veya peygamberinin beyanına uygun hüküm tesis etsin)."[160] Bu hadiste had suçları ile ilgili aracılık haram olmasına rağmen,[161] tazir suçları konusunda af dilemenin cevazına işaret vardır.[162]

Yalnız kamu hakkının çiğnendiği suçlarda, suçlunun ve cemiyetin maslahatı (kamu yararı) söz konusu ise, ta'zir cezasını affa yetkili sayılmıştır.[163]

---

160 Müslim, *Birr*, 145, Ebu Davud, *Edeb*, 117, Tirmizi, *İlim*, 14, Nesai, *Zekât*, 65, Ahmed b. Hanbel, IV/400, 403, 409, Tecrid, No:1984, MİRAS, XII/135.

161 DEHLEVİ, Şah Veliyyullah, Huccetullahi'l-Baliğa, Beyrut, 1992, II/440, DAVUDOĞLU, Ahmet (ö.1983) Sahih-i Müslim Tercüme ve Şerhi, İst.1977, X/593.

162 MAVERDİ, el-Ahkamu's-Sultaniye, s.388.

163 ATAR, "Af", s.396.

1. Devlete karşı tazir suçlarında (görevi kötüye kullanma)

"Sefer Ağa karye-i mezbûre zabiti iken "senin oğlun Ramazan, el-Hâc Hasan nâm kimesnenin bir re's koyununu serika etmiş" diye beni ahz ve hapsedip nâ-hak yedimden bir re's doru erkek tayımı ve bir re's doru kısrağımı ve on sekiz re's koyunumu ve bir kılıcımı ve bir velencemi ve huddâmı için dahi beş kıt'a riyâlî kuruşumu ahz u kabz eylemişti. Hâlâ zikri geçen tayı ve kısrağı ve koyunu ve kaliçeyi ve beş kıta riyâlî kuruşu müvekkil-i mezbûr Sefer Ağa'dan dava ve talep eylediğimde, ol dahi inkâr edip benim beyyinem olma[ma]kla beynimize ***muslihûn tavassut*** *edip dava-yı mezbûremden beni sulha vekil olan mezbûr Mustafa Bey ile yirmi üç buçuk riyâlî kuruşa meclis-i sulhta merkūm Mustafa Bey yedinden tamamen ahz u kabz edip husûs-ı mezbûra müteallik âmme-i davadan asîl-i mezbûr Sefer Ağa'nın zimmetini ibrâ-i âmm-ı kātı'ü'n-nizâ'la ibra ve ıskat eyledim dedikde, mukırr-ı mezbûru ikrâr-ı meşrûhunda vekîl-i mezbûr vicâhen tasdik ve şifahen tahkik edicek, mâ hüve'l-vâki' bi't-taleb ketb olundu.* 1059."[164]

2. Topluma karşı tazir suçları

Topluma yönelik tazir suçları resen kovuşturulur. Kadı veya yardımcıları bu tür suçların işlendiğini haber alınca harekete geçmek zorundadır. Müslümanlara içki satan bir zimmi ile tütün satma yasağını ihlal eden biri resen takip edilerek cezalandırılmıştır.[165]

---

164 Rumeli Sadareti Mahkemesi, 80 Numaralı Sicil, Hüküm no:67.

165 AKMAN, s.27.

3. Kişilere karşı tazir suçları

Kişilere karşı işlenen tazir suçlarında yargılama ve cezalandırma yetkisi de ülülemr ile naiplerine aittir. Çünkü böyle şahsî haklardan dolayı dâva/şikayet bulunmadıkça ta'zir cihetine gidilemez. Dâva/şikayet ise ancak resmî bir makama yapılabilir. Bununla birlikte ta'zir keyfiyetini, iki tarafın muvafakatiyle hakeme tevdi etmek de caiz görülmüştür.[166]

Kişilere karşı işlenen tazir suçlarında (örneğin basit yaralama, hakaret vb.) kişiler şikâyetçi olduysa vazgeçmedikçe devletin bu suçları affetme yetkisi yoktur. Mağdur şikâyetten feragat etmişse bu durumda devletin suçları kovuşturmaya yetkili organları başka surette suçtan haberi olsa bile cezalandırma hakkı doğmaz.[167] İmam Malik'e göre failin kişiliğine bakılır, ilk defa suç işlemişse ceza verilmez, sabıkalı ise devletin cezalandırma hakkı doğar.[168]

Mağdur şikâyet hakkını kullandıktan sonra vazgeçmişse, bu durumda ceza düşer diyenler olduğu gibi, devletin tazir cezası verme yetkisi devreye girer diyenler de vardır. Artık devlet kamu yararını gözeterek ceza vermek faydalı olacaksa ceza verir; cezalandırmaktan vazgeçmek daha faydalı olacaksa vazgeçer. Yani şikâyetten vazgeçme devletin cezalandırma hakkını sona erdirmez. Devlet kamu yararına uygun olanı yapar.[169]

Osmanlı uygulamasında karşılıklı hakarette şikayetten vazgeçmenin cezayı düşürdüğüne ve düşürmediğine dair örnekler vardır:

---

166 BİLMEN, III/324, No:903.

167 MAVERDİ, el-Ahkamu's-Sultaniyye, s.388.

168 FUDAYLAT, IV/160-161.

169 MAVERDİ, el-Ahkamu's-Sultaniyye, s.388, AMİR, s.514.

"*Üsküdar'dan Çoban Mehmed meclis-i şer'a gelip bilesine Pabuççu Yakub'u ihzar edip mezkûr beni gereği gibi sebbetti dedikde mezkûr Yakub dahi o da beni sebbetti dedikde ikisi dahi birbirini döğdüğünü inkâr edicek mezbûrân birbiriyle dövüştüğüne Karaca b. Abdullah ve Emin Ayas Bey şahadet ettiklerinden sonra ikisi de şikayetten vazgeçip cürm hükmolunup* (para cezası verilip) *deftere ketb olundu.* 920."[170]

Kişilere karşı tazir suçlarında uzlaşma caizdir, cezayı düşürür.[171]

a) Hakaret

Hakaret suçunda uzlaşma caizdir. "*Arslan b. Seyyid, meclis-i şer'de ve Nikola mahzarında dava edip mezbur bana şetm eyledi dedikte o dahi bana eyledi diye cevap verip birbirinden feragat eylediler* (şikayetten vazgeçtiler)."[172]

"*Zeyd, Hind'e şetm etmekle... şu kadar akçe üzerine sulh olup bedeli ödedikten sonra Zeyd: "sulh caiz değildir" diyerek bedeli geri alamaz.*"[173] Yani uzlaşmadan cayma olmaz.

b) Basit yağma

Yağma suçunda fail mağdur uzlaşmasının mahkeme defterine kaydedilmesi örneğini gösteren belge şöyledir:

---

170 Üsküdar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, Hüküm No: 104.

171 KASANİ, VII/65.

172 Tophane Mahkemesi 7 Numaralı Sicil, v.6b6, akt. DEMİR, Abdullah, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, İst.2010, s.215.

173 Behcetü'l-Fetava, No:2341.

"Manisa Danişmend Halil Mahallesi sakinlerinden Recep Çelebi, Mustafa Bey muvacehesinde "Mustafa Bey adamları ile gelip bezzaz dükkanımdan adedi ve vasfı malum olan nukudu ve esvap ve erzakımı gasp etti diye dava ve talep etmiştim, şimdi aramızda sulhçular aracılık edip 230 kuruşa sulh ettiklerinden ben de sulhu kabul ve sulh bedelini tamamen alıp husus-ı mezbura müteallik davadan zimmetini kat'ı niza ile ibra ve ıskat ettim..." dedi, yazıldı... 1045/1635"[174]

c) Mala zarar verme

"*Kasım Kethüda b. Mustafa'nın abd-i memlukü* (kölesi) *İnad b. Abdullah, Muhammedî'nin bir su sığırı tosununu (...) kable't-tenbîh (?) urup mecruh edip helâk ettiği* (öldürdüğü) *bi hasebi'ş-şer' zahir ve malum olup tazminine hükmolunduktan sonra muslihûn araya girip zikrolunan tosun bahası için mezbûr Muhammedî (...) olan Kasım'dan iki yüz akçe alıverip sulh olunup iki taraf uzlaştıktan sonra sıhhat-i sulha* (uzlaşmanın geçerli olduğuna) *hükmolundu.*"[175]

d) Güveni kötüye kullanma

"*Ecmain bt. Kasım, Hafsa Hâtun bt. Abdullah ile Durasan yediyle bende emanet konulup zayi' olan boğmak eclinden aramızı muslihûn-ı müslimîn iki yüz akçeye sulh eyleyip bedel-i sulh iki yüz akçe[yi] mezbûre Hafsa Hâtun yedinden alıp kabz eyledim, min ba'd davam olmaz, benden veya vekilimden husus-ı davaya müteallik dava sâdır olursa ınde'l-hukkâm istimâ' olunmaya dedikte mezbûre sâlifü'z-*

174 Akt. ULUÇAY, XVII. Asırda Saruhan'da Eşkıyalık, s.275-276.

175 Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, Hüküm No:93.

zikr Ecmain nam hâtunu vicahen tasdik eyleyip talebiyle sicil olundu tahrîren ( ).[176]

IV. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Suç işlenmesi, işlenen suçun ağırlığı oranında sosyal barışı bozar. Bozulan toplumsal barışın tekrar tesis edilmesi gerekir. Bunun için fail sorumluluğunu kabul etmeli, pişman olmalı ve mağduriyet varsa bunu gidermeye hazır olmalıdır.

Fail bunu kendisi idrak edemiyorsa ona bu konuda yardım edecek veya onu ikna edecek insanlar bu yardımı esirgememelidir.

Suç mağduru belli bir kimse ise onun mağduriyetini gidererek şikayetçi olmaması sağlanabilir.

Mağduriyetin verdiği acının sıcaklığı ile şikayetçi olmuş olsa bile zamanın teskin ettiği kinini/nefretini tamamen bertaraf etmek, soruşturma/kovuşturma evrelerinde uzlaştırmak mümkün olabilir.

Kişilere yönelik (kısas) suçlarda hüküm verilmiş olsa bile infazdan önce uzlaştırma çabaları sonuç vermişse asli ceza düşer.

Adaletli toplumun vazgeçilmez değerlerine yönelik (had) suçlarda şüyu bulmamış suçun örtülmesi evladır.

Şüyu bulmuş, soruşturma/kovuşturma organlarına ulaşmış ve toplumu derinden etkilemiş bu tür suçlarda cezalandırmaktan başka çare kalmaz. Asli cezası düşmüş olan suçlarda da toplumsal barışı teminle yükümlü olan devletin tazir cezası vermek üzere soruşturma/kovuşturma yapma yetkisi ile kamu yararı gerektiriyorsa cezalandırma görevi tartışılmaz olarak mevcuttur.

176 Üsküdar Mahkemesi 17 Numaralı Sicil, Hüküm No: 344.

Osmanlıda Şer'iye sicil defterlerine geçmiş pek çok ceza davasının uzlaşma ile sonuçlandığı görülür. Bu tür dostane çözümleri davacının meseleyi mahkemeye taşımasından –ancak ispatta aciz kalmasından- sonra mahkeme dışında yapıldığı anlaşılmaktadır.[177]

Yapılan uzlaşmanın ispat bakımından bir değeri olabilmesi için kadıya sunulması ve kayda geçirilmesi gerekmekteydi. Uzlaşmaya konu davalar arasında insan öldürme, yaralama ve hırsızlık gibi kısas ve had davaları ile hakaret, güveni kötüye kullanma, basit yağma, mala zarar verme gibi kişilere yönelik tazir suçları sayılabilir. Bu davaların genellikle uzlaştırıcıların çabasıyla (muslihun tavassutuyla) uzlaşmayla sonuçlandığı görülmektedir. Şikayetçi şüpheliden uzlaşma bedeli adı verilen bir miktar mal veya para almaya razı olur. Şikayet hakkı olan küçüğün failin cezalandırılmasından çok uzlaşma bedeli almasında daha çok yararı bulunabilir. Bu durum da uzlaşma sebebi olabilir.[178]

Suçsuz olduğunu söyleyip ithamı inkar eden şüphelinin şikayetçinin ispattan aciz kalmasına rağmen böyle bir uzlaşmanın tarafı olup bedel ödemeyi kabul etmesi şaşırtıcıdır. Gerçekten masum olduğu en azından zahiren mahkeme kararıyla ortaya çıkacak olan şüpheli acaba niçin

177 Müddei, müddeasını ispat edemediği cihetle bir mal üzerine sulh olduktan sonra davasına beyyine ikame edecek olsa artık davası ve şahitleri dinlenemez. Fakat bundan yetim hakkındaki sulh müstesnadır. Şöyle ki: Bir yetimin velisi veya vasisi yetimin bir malını, meselâ on bin kuruş alacağını bir kimseden dâva ve inkâra mukarin isbât-ı müddeadan izhar-ı acz etmekle beş bin kuruş üzerine sulh olduktan sonra veli veya vasi veya bulûğdan sonra yetim, bu alacağı beyyine ile ispat etse kabul olunarak kalan beş bin kuruş ile de hükmolunur." BİLMEN, VIII, No:70.

178 Bkz. KILINÇ, s.46.

böyle bir ödemeyi kabul etmektedir? Şüpheli ya gerçekte suçu işlemişti ve bunun (belki de yalan tanıkla) ispatlanmasından çekinmekte, ya da bir şekilde mağdurla uzlaşarak vicdanının rahatlatmak istemekteydi.[179]

179 HEYD, Uriel, Studies in Old Ottoman Criminal Law, Oxford, 1973, s.249, AKMAN, s.116-117.

KAYNAKLAR

AKMAN, Mehmet, Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması, İst.2004.

AKŞİT, M. Cevat, İslâm Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları, İst.1976.

ARMAĞAN, Mustafa, Osmanlı İnsanlığın Son Adası, İst.2003.

ATAR, Fahrettin, İslam Adliye Teşkilatı, Ank.1991.

ATAR, Fahrettin, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, İst.2017.

AVVA, M. Selim, Fî Usûli'n-Nizâmi'l-Cinâiyyi'l-İslâmî, Kahire, 1983.

AYNİ, Bedreddin, Umdetü'l-Kârî Şerhi Sahihi'l-Buhari, Mısır, 1970.

BEROJE, Sahip, Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından İslam İspat Hukuku, Ank.2007.

BİLMEN, Ö. Nasuhi (ö.1971): Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kamusu, İst.1975.

CANSEL, Erol-ÖZEL, Çağlar-YÜKSEL, Mehmet, Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kuramları, Ank.2015.

DAVUDOĞLU, Ahmet (ö.1983) Sahih-i Müslim Tercüme ve Şerhi, İst.1977.

DEHLEVİ, Şah Veliyyullah, Huccetullahi'l-Baliğa, Beyrut, 1992.

DEHLEVİ, Şah Veliyyullah, Huccetullahi'l-Baliğa, Beyrut, 1992.

DEMİR, Abdullah, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, İst.2010.

DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İst.1994.

DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İst.1994.

DÖRTOK ABACI, Zeynep, "Bir Sorun Çözme Yöntemi olarak Sulh: 18. Yüzyıl Bursa Kadı Sicillerinden Örnekler ve Düşündürdükleri" http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/19/1335/15455.pdf (E.T. 03.05.2017).

Dürrizade Mehmed Arif Efendi, Neticetü'l-Fetava, İst.1265.

EBU ZEHRA, Muhammed, el-Ukube, Kahire, Ty. No:239.

EREM-DANIŞMAN-ARTUK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ank.1997.

FERRA, Kadı Ebu Ya'lâ Muhammed b. Hüseyin (ö.1065): el-Ahkâmu's-Sultaniyye, Mısır, 1987.

FUDAYLAT, Cebr Mahmud, Sukûtu'l-Ukûbât fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, Amman, 1987.

İBN FERHUN, Burhâneddîn Ebü'l-Vefâ İbrâhîm İbnü'l-İmâm Şemseddîn Ebî Abdillah Muhammed (ö.1397): Tabsıratü'l-Hukkâm fî Usûli'l-Akdiyeti ve Menâhici'l-Ahkâm, Beyrut, 1995.

İBN KAYYİM, el-Cevziye Ebu Abdullah Şemseddin (ö.1350), et-Turuku'l-Hukmiyye, Kahire, 1977.

İBN TEYMİYE, Takıyyuddin Ahmed (ö.1327), Siyaset, (Çev: V. Akyüz) İst.1985.

İÇEL-SOKULLU-AKINCI-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MAHMUTOĞLU-ÜNVER, İçel Yaptırım Teorisi, İst.2000.

KASANİ, Alaeddin Ebubekir b. Mes'ud (ö.1191), Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi'ş-Şerai', Mısır, 1327.

KILINÇ, Ahmet, "Osmanlı Devletinde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihun: Osmanlı Arabuluculuğu" *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, C:II, İst.2016.

Konyalı Mehmed Vehbi, Büyük Kur'an Tefsiri, Üçdal Neşriyat: C:13, s.5494-5495.

KURTUBİ, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed el-Ensârî (ö.1273): el-Câmiu li-Ahkâmi'l-Kur'an, Beyrut, 1988.

MEVSILİ, Abdullah b. Mahmud (ö.1284), el-İhtiyâr fî Ta'lîli'l-Muhtâr, Beyrut, 1975.

MOLLA HÜSREV, Muhammed b. Feramuz (ö.1480), Dureru'l-Hukkâm fî Şerhi Ğureri'l-Ahkâm, İst.1978.

OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, Saliha, Şikayet Defterleri Işığında Osmanlı Hukuku ve Uygulaması, MÜSBE Yayımlanmamış Doktora Tezi, İst.2010.

SALMAN, Yüksel, İslam Ceza Hukukunda Af, SÜSBE Yayımlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2005.

SCHACHT, Joseph, İslâm Hukukuna Giriş, (Çev. M. Dağ-A. Şener), Ank.1986.

SERAHSİ, Ebubekir Muhammed b. Ahmed (ö.1090), el-Mebsût, Beyrut, 1986.

Seyyid Ömer b. İdris." Akt. BAYINDIR, Abdülaziz, İslâm Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması), İst.1986.

SLADE, Adolphus, Kaptan Paşa (Çev: O. Öndeş) İst.1973.

ŞEN, Yusuf, "İslam Hukukunda Arabuluculuk" *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2012/2, C:11, S:22, s.106.

Şeyh Bedreddin, Letaifü'l-İşarat (Editör: Hacı Yunus Apaydın) İst.2012.

ŞİŞMAN, Cengiz, "Osmanlı Milletlerinin Girift İlişkileri: 17. Yüzyıl Hasköy Şer'iye Sicillerinde Kaydedilen Bir Cinayet Öyküsü", *Osmanlı Araştırmaları XX*, İst.2000.

TAMDOĞAN, Işık, "XVIII. Yüzyılın İkinci Yarısında Üsküdar'da Sulh Anlaşmaları ve Bunların Ardındaki

Sosyal İlişkiler", in: *Uluslararası Üsküdar Sempozyumu V Bildirileri,* 1-5 Kasım 2007, C:I, s.51.

UDEH, Abdülkadir (ö.1954), et-Teşrîu'l-Cinâiyyi'l-İslâmi Mukarinen bi'l-Kanuni'l-Vad'i, Beyrut, Ty, II.

YAZIR, M. Hamdi (ö.1942), Hak Dini Kur'an Dili, İst.Ty. III/1692.

ZEYLAİ, Cemaleddîn Abdullah b. Yusuf, Nasbu'r-Râye li Ehâdîsi'l-Hidâye, Yy. 1973.

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ KARARLARININ ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN DENETLENMESİ*

Yrd. Doç. Dr. Abdulkadir YILDIZ**

THE JUDICIAL REVIEW OF THE GRAND NATIONAL ASSEMBLY'S DECISIONS BY THE CONSTITUTIONAL COURT

ÖZ

Türkiye Büyük Millet Meclisi kararları, kural olarak, herhangi bir yargısal denetime tabi değildir. Bunun sebebi, Türkiye Büyük Millet Meclisi kararlarının birey hak ve özgürlüklerine ilişkin olmaması ve yasama organı ile yürütme ve yargı organları arasındaki ilişkiyi düzenlemesidir. Doğal olarak, bu durum hukuk devleti ilkesini ihlal etmez. Bununla birlikte, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin karar olan

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 25.05.2017
Kabul Edildiği Tarih: 28.07.2017

** Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı
E-mail Adresi: akadiryildiz@konya.edu.tr
ORCID ID: 0000-0002-6262-7090

işlemlerinden kendi içtüzüğü, milletvekilliğinin düşmesi kararı vermesi durumunda bu karar ve yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararı Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabidir. Görüleceği üzere, TBMM içtüzüğü, milletvekilliğinin düşmesi ve yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararları Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin kendi iç işleyişine ve çalışma düzenine ilişkin olmasına rağmen, önemine binaen bu kararların denetimi mümkün kılınmıştır. Bu kararlar, Meclis çoğunluğunu elinde bulunduran siyasi parti veya partilerin, bu avantajı kullanarak muhalefeti ortadan kaldırma ihtimali vermesi sebebiyle önemlidir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, bu üç tür kararı denetlemektedir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin işlemin nitelemesiyle bağlı olmadığı yönünde eylemli içtüzük değişikliği içtihadı bulunmaktadır. Bu içtihat, Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisini Anayasa'da öngörülenden daha geniş yorumlaması olarak belirtilebilir.

ANAHTAR KELİMLER: *Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararları, İçtüzük, Anayasa Mahkemesi Denetimi.*

ABSTRACT

Turkish Grand National Assembly's decisions are not subject to the judicial review. This is because; Turkish Grand National Assembly decisions are not related to individual rights and freedoms and these decisions organizes the relationship between legislative body with the executive and judicial body. Naturally, this does not violate the principle of the rule of law. However, three type of Turkish Grand National Assembly decision; the Rules of Procedure of the Turkish Grand National Assembly, the decision of disqualification of the Parliament membership and the decision of annulment of the parliamentary immunity are subject to the Constitutional Court's review. Although the

decisions of the Rules of Procedure of the Turkish Grand National Assembly, disqualification of membership and annulment of parliament immunity are about the parliaments functioning and order; these decisions are still subject to the judicial review because of their importance. The importance of these decisions to prevent the major political party or parties to get advantage for eliminates the opposition in the Parliament. So the Constitutional Court reviews these three types of decision. However, the Constitutional Court has jurisprudence on not to bound for naming of the transaction. This jurisprudence is to make its authority extensive than constitutional limit.

KEY WORDS: *Parliament Decisions, the Rules of Procedure of the Parliament, the Constitutional Court's Review.*

GİRİŞ

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin (TBMM) iradesi temelde iki tür işlemle ortaya çıkar: Kanun ve karar. Kanun, Meclis'in iradesini açıklamasının en genel biçimidir; dolayısıyla, Meclis kural olarak istediği her alanda ve istediği her konuda kanunla düzenleme yapabilir[1]. TBMM kararları ise Meclisin içyapısı, çalışma düzeni veya diğer güçler ile yani yargı ve yürütme ile ilişkilerine ilişkin kararlardır[2]. TBMM kararları, birey hak ve özgürlükleriyle ilgili düzenlemeler içermemeleri ve yasamayla ilgili konuları düzenlemeleri sebebiyle, güçler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak yargısal denetimin dışındadır. Bu durum, aynı gerekçelerle hukuk devleti ilkesinden bir sapma olarak da

1 Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin, 11. Baskı, 2011, s.250.

2 Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin, 2016, s.238; Gözler, Türk Anayasa, Hukuku Dersleri, s.244.

değerlendirilemez[3]. TBMM'nin parlamento kararı olarak yapmış olduğu işlemler, kural olarak, Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi değildir. Fakat TBMM İçtüzüğü, milletvekilliğinin düşmesi kararı ve yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararı genel kuralın istisnasıdır.

Anayasa Mahkemesi (AYM) soyut normu, kuralı, uygulama safhasında belirlemekte, bunu somutlaştırmaktadır[4]. AYM'nin yorumu Anayasanın hukuk zemini içerisine ifade edileceği gibi aynı zamanda siyasi yönü olan bir faaliyettir[5]. Bu bakımdan, AYM kararları en üstün normu ortaya koyması yönüyle belirleyici olmasının yanında, tartışmaya açık olabilmektedir. AYM kararlarının tartışmaya açık olması konusu, özellikle, normun yani Anayasa hükmünün siyasi alanı daraltacak şekilde yorumlanması durumundadır. Açık ve somut olan bir normun, normun amacı ve belirginliği dışına çıkması durumunda bu kararın bağlayıcılığı açısından ne şekilde davranılması gerektiği önemli tartışma alanlarından birisini oluşturmaktadır.

Anayasa'da AYM'nin soyut norm denetiminin kapsamı ayrıntılı bir şekilde belirlenmiştir. Bu durum, hem denetim yolları hem de mahiyeti bakımından geçerlidir. Bununla birlikte, AYM, karar adı altında yapılmasına rağmen, içtüzük değişikliği mahiyetinde gördüğü işlemleri içtüzük

---

3 Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s.239; Eren, Abdurrahman, Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2014, s.322; Atar, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza, 10. Baskı, 2015, s.186.

4 Hakyemez,Yusuf Şevki, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin, 2009, s.23.

5 Arslan, Zühtü, Anayasa Teorisi, Seçkin, 1. Baskı, 2005, s.32.

düzenlemesi niteliğinde parlamento kararı veya eylemli içtüzük değişikliği olarak nitelemiş ve bu şekilde Anayasa tarafından denetimin mümkün olarak belirtilmediği TBMM kararlarını da denetleme noktasında bir içtihat oluşturmuştur[6]. Yapılan işlemin adı ile bağlı olunmadığı yönündeki bu içtihat, bir taraftan Anayasanın üstünlüğü ilkesinin doğal sonucu olarak görülebilecekken[7] diğer yandan, AYM'nin yetkisini geniş yorumlaması ve sınırlarını aşması olarak da değerlendirilebilir.

Bu çalışmada ilk olarak AYM'nin norm denetiminin kapsamı, ikinci olarak ise TBMM kararlarından yargısal denetim kapsamına girenler incelenmektedir. Bu arada, eylemli içtüzük değişikliği içtihadı çeşitli açılardan değerlendirilmektedir. Konunun incelenmesinde AYM kararlarının önemli bir yeri bulunmakla birlikte, doktrindeki görüşlerden yararlanılmıştır.

1. Anayasa Mahkemesinin Norm Denetiminin Kapsamı

Anayasa Mahkemesi'nin bazı kişileri Yüce Divan sıfatı ile yargılamak, siyasi partilerin mali denetimini yapmak, siyasi partilerin kapatılmasına karar vermek, bireysel başvuruları karara bağlamak gibi görevlerinin yanında, bazı normların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek görevi bulunmaktadır. Normların en üstteki norm olan Anayasa'ya uygunluğunun denetimi Anayasa Mahkemesi'nin üstlendiği temel görevlerden birisidir. Böylelikle yasamanın birey hak

6 Algan, Müberra, "İçtüzük Düzenlemesi Niteliğindeki Parlamento Kararlarının Hukuksal Rejimi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 63 (4), ss.687-735, 2014, s.690.

7 Bu yönde bkz. Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 16. Bası, Beta, 2016, s.264; Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 9. Bası, Beta, 2004, s.182.

ve özgürlüklerini ortadan kaldıracak ve anayasayı ihlal edecek işlemler yapmasının engellenmesi suretiyle güçler ayrılığı ilkesinin gerçekleştirilmesi sağlanacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olan normlar Anayasa'da sayılmaktadır. Bunlardan kanun, *olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi*[8] ve TBMM içtüzüğü şekil ve esas bakımından; Anayasa değişiklikleri ise yalnızca şekil bakımından denetlenir (m.148/1). Aynı maddede, şekil denetiminin kapsamı da belirtilmektedir. Buna göre kanunların şekil bakımından denetlenmesi son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenmesi ise teklif ve oylama çoğunluklarına ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı ile sınırlıdır. Anayasa'da şekil denetiminin sınırlarının açıkça verilmesi, kanunların ve Anayasa değişiklikleri sürecinde şekle ilişkin başka aykırılıklar söz konusu olsa bile AYM'nin bunları denetleme ve bunlara dayanarak değişikliği iptal etme yetkisinin bulunmadığını göstermektedir. Buna rağmen AYM, denetleme yetkisinin sınırlarını aşarsa ne olur? Bu durum, AYM'nin yorumlu ret kararı vermesi ve Anayasa

8 16 Nisan 2017 halkoylaması ile Anayasa'da yapılan değişiklik, birlikte yapılacak TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerinden sonra, Cumhurbaşkanının göreve başlamasıyla yürürlüğe girecek; böylelikle Bakanlar Kurulu ve Bakanlar Kurulu'nun kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi kalkmış olacak ve bunun yerini Cumhurbaşkanlığı kararnamesi alacaktır. Olağan dönemlerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi şekil ve esas bakımından AYM'nin denetimine tabi olacakken olağanüstü dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri aynen olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinde olduğu gibi AYM'nin denetimine tabi olmayacaktır.

değişikliklerinin esası anlamına gelecek şekilde yaptığı denetimlerde görülmektedir[9].

TBMM'nin İçtüzük dışında, karar olarak yapmış olduğu diğer işlemlerinden ise yalnızca yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve milletvekilliğinin düşmesine ilişkin kararlar AYM tarafından denetlenebilmektedir. Yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve Anayasa'nın 84. maddesinin birinci, üçüncü veya dördüncü fıkrasına göre milletvekilliğinin düşmesine karar verilen durumlarda Meclis Genel Kurulu kararı alınmasından başlayarak yedi gün içinde AYM'ye itiraz edilebilir (m.85). Burada kararın, Anayasa'ya, kanuna veya İçtüzüğe aykırılığı iddiasını ilgili milletvekili veya başka herhangi bir milletvekili ileri sürebilecektir.

AYM'nin norm denetimi, denetim yolları ve süre bakımından da farklılaşmaktadır. Anayasa'nın 148/2. maddesine göre kanunların ve Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenmesi, Cumhurbaşkanı veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılamaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez hükmünü içermektedir. Buna göre kanunların ve Anayasa değişikliklerinin Anayasa'ya aykırılığı ile ilgili olarak şekil bakımından iptal davasını sadece Cumhurbaşkanı ve TBMM üyelerinin beşte biri açabilir. Dolayısıyla *iktidar ya da ana muhalefet partisi Meclis gruplarının*[10] şekil yönünden

9 Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.444.

10 16 Nisan 2017 halkoylaması ile Anayasa'da yapılan değişiklik, birlikte yapılacak TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerinden sonra, Cumhurbaşkanının göreve başlamasıyla yürürlüğe girecek; böylelikle Anayasa'nın 150. maddesinde düzenlenen iptal davası açabilme hakkı Cumhurbaşkanına, TBMM'de en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye

iptal davası açma yetkileri yoktur. Fakat kanun hükmünde kararname ve TBMM İçtüzüğü bakımından bu sınırlama bulunmamaktadır. Yani iktidar ve ana muhalefet partisi meclis grupları kanun hükmünde kararname ve TBMM İçtüzüğüne karşı şekil bakımından iptal davası açabilirler[11]. Anayasa'nın 151. maddesine göre iptal davası, iptali istenen normun Resmi Gazete'de (R.G.) yayımlanmasından başlayarak altmış günün geçmesiyle düşer[12].

2. Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararlarının Denetlenmesi

TBMM kararlarının denetlenmesi noktasında AYM'nin yetkisi asli değil, istisnaidir. TBMM kararları, kural olarak, TBMM'nin çalışma esaslarına ve diğer güçlerle ilişkilerine ilişkindir. Bu yönüyle, güçler ayrılığı ve parlamentonun

---

tamsayısının beşte birine ait olacaktır. Buradaki iptal davası başvurusu Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ve TBMM İçtüzüğü'nün şekil ve esas bakımdan denetimi için söz konusu olmaktadır. Kanunların ve Anayasa değişikliklerinin şekil denetiminde ise 148. madde hükmü özel hüküm teşkil etmekte yani TBMM'deki en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubu kanunlar ve Anayasa değişikliklerinin şekil denetimi için AYM'ye başvuramayacaktır.

11 Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.427.

12 Dolayısıyla kanun, *kanun hükmünde kararname* ve İçtüzük'ün Anayasa'ya aykırılığı iddiası altmış gün içinde AYM'ye taşınmalıdır. Esas bakımdan denetim için tüm normlarda süre bu şekilde altmış gün olmasına rağmen, şekil bakımından denetimde kanunların ve Anayasa değişikliklerinin şekil noksanlığı sebebiyle iptali isteminde süre on gündür. Fakat kanun hükmünde kararnameler - 3.11.2019 tarihinden sonra Cumhurbaşkanlığı kararnameleri- ile İçtüzük için bu ayrım yoktur. Yani olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri (Cumhurbaşkanlığı kararnameleri) ve İçtüzük için süre hem şekil hem de esas denetiminde altmış gündür.

yöntemsel bağımsızlığı ilkelerinin doğal sonucu olarak bu kararların denetlenmemesi kuraldır. Buna karşılık, İçtüzük değişiklikleri, şekil ve esas bakımdan Anayasa'ya uygunluk yönünden AYM tarafından denetlenmektedir. İçtüzük dışında, milletvekilliğinin düşmesi ile yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin Meclis kararları AYM tarafından denetlenmektedir. Bahsedilen TBMM kararları dışında, AYM'nin Meclis'in karar adı altında yaptığı işlemleri denetlemesi mümkün değildir.

Bu başlık altında, ilk olarak, AYM'nin TBMM içtüzüğü değişikliklerine ilişkin yetkisi incelenmektedir. İkinci olarak, yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararının AYM tarafından denetlenmesi üzerinde durulmaktadır. Son olarak, AYM'nin milletvekilliğinin TBMM kararı ile düştüğü durumlardaki denetim yetkisi incelenmektedir.

2.1. Anayasa Mahkemesi'nin TBMM İçtüzüğünü Denetlemesi

TBMM İçtüzüğü, parlamentonun çalışma esaslarını düzenler. Mevcut İçtüzük 1973 kabul tarihli Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 1996 yılında önemli ölçüde tadil edilmiş halidir[13]. Meclis'teki çoğunluğu sınırlamak adına, İçtüzük değişiklikleri her ne kadar doğrudan bireyi ilgilendirmese de, Anayasa'ya uygunluk yönünden sınırlandırılmıştır[14].

---

13 İba, Şeref, "TBMM İçtüzük Değişikliklerinin Anlamı: 1996 Sonrasına Bakış", Yasama Dergisi, S.6, ss.69-90, 2007, s.72-73. Bu makalenin yazıldığı sırada, TBMM İçtüzüğünde Değişiklik Yapılmasına İlişkin İçtüzük Değişikliği Teklifi kabul edilmiş, böylelikle TBMM içtüzüğünde önemli bazı değişiklikler yapılmıştır. Bkz. "TBMM İçtüzüğünde Değişiklik Yapan Teklif, TBMM Genel Kurulunda kabul edildi", http://aa.com.tr/tr/politika/tbmm-ictuzugunde-degisiklik-yapan-teklif-tbmm-genel-kurulunda-kabul-edildi-/871023, (E.T.27.7.2017).

14 İba, s.70.

Yukarıda bahsedildiği şekilde İçtüzük, Anayasa'ya hem şekil hem de esas bakımdan uygun olmak zorundadır. TBMM İçtüzüğünün şekil ve esas bakımdan Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla iptal davası, Cumhurbaşkanı, iktidar ve ana muhalefet partisi Meclis grupları ve TBMM üye tamsayısının beşte biri oranındaki milletvekili tarafından açılabilir. İçtüzüğün şekil veya esas bakımdan Anayasa'ya aykırılığına ilişkin iddia, İçtüzüğe ilişkin değişikliğin RG'de yayımlanmasından başlayarak altmış gün içerisinde yapılmalıdır.

İçtüzüğün değiştirilme usulü İçtüzüğün 181. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre İçtüzüğün değiştirilmesi teklifi milletvekilleri tarafından yapılabilir ve bunlar hakkında kanun teklifleri hakkındaki hükümler uygulanır. İçtüzüğün değiştirilmesine ilişkin teklif ilk olarak Anayasa Komisyonu tarafından incelendikten sonra Genel Kurulda görüşülüp sonuçlandırılır. İçtüzük değişiklikleri TBMM kararı olarak Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girer. Kararda ileriye dönük başka bir yürürlük tarihi de kararlaştırılabilir.

İçtüzük olarak Resmi Gazete'de yayımlanan bir yasama işlemi Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği takdirde AYM tarafından iptal edilecektir. Bu konuda bir tereddüt olmamasına rağmen Meclis'in İçtüzük nitelemesiyle veya öngörülen usulle yapmadığı bir işlem, mahiyeti itibariyle İçtüzüğe ilişkinse ve bir İçtüzük değişikliği yapmaktaysa, acaba AYM'nin denetim yetkisinin kapsamına girmekte midir? AYM'nin bu konuda farklı yönde içtihatları bulunmaktadır.

TBMM'nin iradesi kanun ya da karar olarak ortaya çıkar. TBMM'nin iradesini kanunla ya da parlamento kararı adı altında yapması, işlem Resmi Gazete'de yayımlandıktan

sonra görülebilir bir durumdur[15]. Bu bakımdan, AYM'nin normu denetleme yetkisi Resmi Gazete'de yayımlanan işlemin adı ile sınırlı olmalıdır. Başka bir deyişle, AYM'nin bir işlemi denetlemesi, işlem ortaya çıktıktan sonra Anayasa'da denetimi öngörülen isimle gerçekleştirilmişse söz konusu olması gerekir. Bu durum, Anayasa'da a priori (önceden) denetim değil; a posteriori (sonradan) denetimin benimsenmesinden de anlaşılabilir. Yani anayasaya aykırılık itirazına yönelik norm, yürürlükteki hukukun parçası haline gelmiş olmalıdır[16]. Dolayısıyla, denetimin maddi ölçütten yola çıkarak, işlemin içeriğinin incelenmesi suretiyle gerçekleştirilememesi gerekir. Zira bu durum, AYM'yi yerindelik denetimi yapmak ve pozitif kanun koyucu olmak yönünde varlık amacıyla çelişen bir konuma getirebilir[17]. Bu durum ise yasama ve yargı ilişkisi bakımından güçler ayrılığını ortadan kaldıracak bir konum doğurur.

AYM'nin Anayasa'da belirtilmemesine rağmen kendisini yetkili görüp karar vermesi *yargısal aktivizm* olarak da değerlendirilmekte ve yargıçlar hükümeti riski oluşturması yönüyle eleştirilmektedir[18]. Bununla birlikte, AYM'nin bu konuda farklı yönde içtihatları bulunmaktadır. Örneğin, aşağıda yasama bağdaşmazlığı sebebiyle milletvekilliğinin düşmesi başlığı altında da tekrar değinilecek olan bir kararında AYM, TBMM Başkanlık Divanının, TBMM üyeliğinin düştüğüne yönelik bir tespit kararı almasını denetim yetkisinin kapsamına girmediği

15 Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.242.

16 Kaboğlu, İbrahim, Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye, İmge, 4. Baskı, 2007, s.66.

17 Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s.452.

18 Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakyemez, s.63-181.

gerekçesiyle reddetmiştir[19]. AYM kararında, bu durumun İçtüzük değişikliği mahiyetinde olması durumunda, denetlenebileceğini açıkça belirtilmektedir. Fakat Başkanlık Divanı kararı pekâlâ Başkanlık Divanının İçtüzüğe aykırı bir işlemi olarak değerlendirilerek denetimin kapsamına alınabilirdi. Zira Anayasa'nın 84. maddesinde sayılan milletvekilliğinin düşmesi durumları, mahkeme kararının Genel Kurula bildirilmesi suretiyle olmadığı takdirde, bu konudaki TBMM Genel Kurulu'nun kararıyladır. Her halükarda, AYM'nin denetimin kapsamını belirterek başvuruyu reddetmesi isabetli görülmektedir. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere, AYM'nin işlemin nitelemesiyle bağlı olması yargısal aktivizmi önleyecek bir durumdur. Buna karşılık, AYM'nin bir kararında, "A*nayasa'da açıkça belirtilenler dışında kalan yasama organı kararlarının Anayasa Mahkemesi denetimine bağlı olup olmadığının saptanmasında, kararı oluşturan yöntem kadar bunların konusu, amacı ve niteliği üzerinde de durulması, etki ve değerlerinin göz önünde tutulması gerekmektedir. Bunlar Anayasa'nın uygunluk denetimine bağlı tutulan kararlarla aynı değer ve etkide ise, denetiminin yapılması hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur. İçtüzüğün bir kuralının değiştirilmesi ya da İçtüzüğe yeni bir kural konulması niteliğinde olan TBMM kararları içtüzük kuralı sayılır*" denilmektedir[20].

AYM'nin TBMM İçtüzüğünün bir hükmünün Anayasa ile çelişmesi durumunda bunu iptal etmesi, Anayasal denetim yetkisinin kullanılmasıdır. Dolayısıyla, TBMM yeni bir içtüzük kuralı ortaya koyar ve bunun Anayasa'ya aykırı olduğuna yönelik başvuru RG'de yayımlanmasından başlayarak altmış gün içinde yapılırsa AYM, bunu

19 E. 1994/72, K. 1994/68, K.T. 20.9.1994, R.G. 19.10.1994.

20 E. 1999/14, K. 1999/6, K.T. 26.3.1999, R.G. 06.10.1999.

Anayasaya aykırı bularak iptal edebilir. Fakat burada iptal edilen İçtüzük hükmü olmaktadır. Buna karşılık, bu süre geçirildikten sonra, TBMM, İçtüzüğün Anayasaya aykırı olan bu hükmü çerçevesinde bir karar alırsa, AYM'nin bu konudaki denetimi nasıl olacaktır? AYM, 27.2.1968 tarihli kararında 1961 Anayasasından önceki İçtüzük hükümleri ile Anayasa hükümlerinin çatışması halinde, Anayasanın uygulanacağını belirterek, "İçtüzük hükmü niteliğindeki" TBMM kararını iptal etmiştir[21]. Bunun yanında başka bir kararında AYM, TBMM kararının İçtüzükte düzenlenmemiş bir alanda olması durumunda bunun "yeni bir içtüzük kuralı" niteliğinde olduğunu belirterek Anayasa'ya uygunluk bakımından denetimin kapsamında görmüştür[22]. Bu iki karardan anlaşılacağı üzere, TBMM kararı İçtüzüğe dayansın ya da dayanmasın, Anayasaya aykırı olduğu görülüyorsa AYM, bunu denetleme yetkisini kendisinde görmüştür.

22.11.2001 tarihli bir kararında ise AYM, yasama işlemine verilen adla sınırlı olmadığını belirtmesine rağmen,[23] kararın eylemli bir içtüzük kuralı ihdası olarak

---

21 E. 1967/6, K. 1968/9, K.T. 27.2.1968, R.G. 18.9.1968.

22 E. 1999/14, K. 1999/6, K.T. 26.3.1999, R.G. 06.10.1999. Bahsedilen kararın gerekçesine katılmayan Haşim Kılıç, karşıoy gerekçesinde, çoğunluk görüşünün usulde paralellik ilkesinden hareket ederek TBMM kararını iptal ettiğini, hâlbuki usulde paralellik ilkesinin Anayasal bir ilke olmadığını belirtmiştir. Anayasaya aykırı olmayan içtüzük kuralı niteliğindeki düzenlemenin iptal edilmesine bu sebeple katılmamıştır. Bkz. E. 1999/14, K. 1999/6, K.T. 26.3.1999, R.G. 06.10.1999.

23 "Bir yasama metnine verilen ad, o metnin anayasal yargı denetimine tâbi olup olamayacağı konusunda tek ve yeterli ölçüt değildir. Yasama metninin içeriğinin ve özünün de göz önünde bulundurulması zorunludur. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarında benimsendiği gibi,

değer ve etkisi üzerinde durmaksızın, İçtüzük değişikliği yönünde bir istem, teklif veya iradenin olmadığını belirterek başvuruyu reddetmiştir[24]. AYM'nin bu kararı, önceki içtihatlarıyla çelişkili görülebilecek olmasına rağmen Anayasal sınırlar bağlamında isabetlidir.

AYM kararlarından şüphesiz en tartışmalı olanlardan birisi 11. Cumhurbaşkanının seçimi sürecinde verilmiş olan karardır. 11. Cumhurbaşkanının seçimine ilişkin TBMM'nin yapmış olduğu ilk oylama, toplantı yeter sayısına ulaşılamadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Buna göre Anayasa'nın 102/1. maddesinde belirtilen karar yeter sayısı, aynı zamanda toplantı yeter sayısı olarak Anayasa'nın 96. maddesinde belirtilen başkaca hükümlerden birisi olarak düşünülmüş, dolayısıyla toplantı yeter sayısı üye tamsayısının üçte ikisi olarak değerlendirilmiş ve TBMM'nin 367 üye olmaksızın toplanması eylemli İçtüzük değişikliği olarak belirtilmiştir[25].

Bu kararında AYM, yapılan işlemin adı ile bağlı olmadığını, TBMM kararı olarak yapılan işlem Meclis'in çalışma esaslarına ilişkin olduğu durumda, bu işlemi

---

Yasama Meclisi'nce Anayasa'da öngörülenler dışındaki adlar altında ve başka yöntemler uygulanarak oluşturulan işlemlerin Anayasa Mahkemesi'nin denetimine bağlı olup olmadığı saptanırken, uygulanan yöntem kadar o metin veya belgenin içeriğinin niteliği üzerinde de durulup değer ve etkisinin belirlenmesi gerekir. Bu açıdan yapılan değerlendirme, söz konusu metin veya belgenin, Anayasa'ca denetime bağlı tutulan işlemlerle eşdeğerde ve etkinlikte olduğunu ortaya koyuyorsa, onun da denetime bağlı tutulması gerekir." Karar için bkz. E. 2001/424, K. 2001/354, K.T. 22.11.2001, R.G. 04.02.2003.

24 E. 2001/424, K. 2001/354, K.T. 22.11.2001, R.G. 04.02.2003.

25 E. 2007/45, K. 2007/54, K.T. 1.5.2007, R.G. 27.6.2007.

denetime tabi tutacağı yönündeki içtihadını yinelemiştir. Buna göre "parlamento kararları kural olarak Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulamamakta ise de, Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında belirtildiği gibi, iptali istenilen bir yasama tasarrufunun Anayasal denetime bağlı tutulabilecek nitelikte olup olmadığı saptanırken sadece, onun bu tasarrufta bulunan organ tarafından nasıl nitelendirildiğine ve hangi ismin verildiğine veya bu işlemin nasıl bir yöntem izlenerek yapıldığına bakılması yeterli olmayıp, yapılış yöntemi ve adı ne olursa olsun hukuksal niteliği, etkisi ve doğurduğu sonuçlar da gözetilmelidir. Yapılacak değerlendirme sonucunda, iptali istenilen tasarrufun, Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanına giren kanun, KHK veya TBMM İçtüzüğü ile aynı değer ve etkide bir işlem olduğu kanısına varılırsa bu işlem Anayasa Mahkemesi'nce denetlenebilir. Aksi halde, hukuksal nitelikleri, etkileri ve meydana getirdikleri sonuçlar bakımından, Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi tutulan kanun, KHK ve TBMM İçtüzüğü ile eşdeğerde bulunan ve bu nedenle de belirtilen işlemlere özgü yöntem ve isimlerle tesis edilip, hukuki varlık kazanması gereken bazı yasama tasarrufları, farklı yöntem ve isimlerle hukuk sistemine dâhil edilerek Anayasa'ya uygunluk denetiminin kapsamı dışına çıkarılabilir…[26]"

AYM'nin bu kararla siyasi alana açıkça müdahale ettiği ve anayasa yargısının meşruiyeti konusunda ciddi tereddütler ortaya çıkardığı belirtilmelidir[27]. Kararda, eylemli içtüzük değişikliği teşkil eden TBMM kararını denetleme yetkisi belirtilmesine rağmen kararın öncekilerden belirgin şekilde ayrılan bir yönü daha

26 E. 2007/45, K. 2007/54, K.T. 1.5.2007, R.G. 27.6.2007.

27 Uluşahin, Nur, "Cumhurbaşkanı Seçiminin Düşündürdükleri ya da Hukukun Siyasallaşması", Ankara Barosu Dergisi, Y.65, S.2, ss.18-30, 2007, s.19.

bulunmaktadır. Şöyle ki ortada TBMM içtüzüğü değişikliği olmadığı gibi eylemli içtüzük düzenlemesi de bulunmamaktadır. Bu sebeple en başta, bu kararın eylemli içtüzük değişikliği olarak nitelenmesi yanlıştır[28]. AYM'nin bu yorumu TBMM kararının İçtüzüğe veya Anayasa'ya uydurulması değil; AYM kararının İçtüzüğe uygun olan Meclis kararını farklı bir şekilde yorumlaması ve adeta yeni bir içtüzük kuralı tesis etmesidir. Başka bir deyişle, AYM bu kararında adeta yasama yetkisi kullanmıştır. Zira Anayasa'da ve İçtüzük'te toplantı yeter sayısı olarak özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada, esasında, AYM'nin eylemli içtüzük değişikliği içtihadında ısrar etmesi veya bu yöndeki istikrarından değil; TBMM İçtüzüğü'nü ve Anayasa'yı açıkça yanlış yorumlayarak siyasi alana müdahale etmesi söz konusudur[29]. Zaten bu karardan sonra, 5678 sayılı Anayasa değişikliği hakkındaki kanunla Anayasanın 96. maddesindeki toplantı yeter sayısı daha açık bir şekilde ortaya konulmuş[30], ayrıca, Cumhurbaşkanını halkın seçmesi usulü getirilmiştir.

Bakırcı, AYM'nin TBMM kararının Anayasa'ya uygunluğu konusundaki denetiminin anayasallık denetimi olduğunu, dolayısıyla AYM'nin denetiminin aslında TBMM kararının içtüzüğe değil; Anayasa'ya uygunluğunun saptanması olduğunu belirtmektedir[31]. Fakat bu görüşün,

---

28 Atar, s.189.

29 Özbudun, Ergun, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 62-3, ss.257-268, 2007, s.266.

30 "TBMM yapacağı seçimler de dâhil bütün işlerinde" üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır."

31 Bakırcı, Fahri, "Anayasa Mahkemesinin Eylemli İçtüzük Kuralına İlişkin İçtihat Değişikliğinin Gerekçesi Üzerine", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss.257-296, 2014, s.279.

AYM'ye yetkilerini genişletme imkânı vereceği göz ardı edilemez. Meclis'in Anayasa'ya aykırı bir kararının denetlenememesi ile AYM'nin yetki alanını Anayasa'ya rağmen genişletmesi aynı sorunlu noktaya işaret eder. Bu durum, Anayasanın üstünlüğünü korumak üzere dizayn edilen AYM'nin bu misyon adı altında Anayasal sınırlarını aşmasıdır. Dahası, parlamento kararlarının denetim dışında bırakılması, bu kararların niteliği gereği yani meclis çalışmalarına ilişkin olması ve birey hak ve özgürlüklerine yönelik bir risk içermemesindendir. Zaten kurucu iktidar, TBMM kararlarının yürütme, yargı ve temel haklar bakımından bahsedilen riski içermemesi sebebiyle yargısal denetimin dışında bırakmıştır. Dolayısıyla anayasa koyucunun iradesi dışında ve Anayasa'nın tarihi ve amaçsal yorumu dışında yapılacak bir yorum faaliyeti Anayasa'yı ihlal eder. AYM'nin Anayasa'yı ihlal etmesi ise açıkça jüristokrasi riski taşıdığından birey hak ve özgürlüğünü ihlal edecek bir noktaya gelebilir. Bu açıdan, güçler ayrılığında yargının ve AYM'nin ayrı ve üstün bir konumlandırmaya sahip olması aynı derecede sakıncalı bir durumdur.

AYM'nin bahsedilen içtihadında belirli ölçüde farklılaşma görülmektedir. 3.9.2015 tarihli kararında AYM, TBMM Başkanlığının "*Radyo ve Televizyon Üst Kurulunda boşalacak Halkların Demokratik Partisi Grubu ile Milliyetçi Hareket Partisi Grubuna düşen üyelik için yapılacak seçimde her iki partiden ikişer adayın adına birleşik oy pusulasında yer verilmesi*" işlemi ile bu işlem sonucunda TBMM Genel Kurulu tarafından İlhan Yerlikaya, Esat Çıplak ve Arif Fırtına'nın Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) üyeliğine seçilmelerine ilişkin kararın eylemli içtüzük değişikliği olduğuna yönelik başvuruyu reddetmiştir[32]. Kararda, TBMM

[32] Karar için bkz. E. 2015/71, K. 2015/79, K.T. 3.9.2015, R.G. 7.10.2015.

Başkanlığı işleminin TBMM Genel Kurulu kararı yani bir parlamento kararı mahiyetinde olmadığı bu sebeple denetim yetkisinin kapsamında yer almadığı belirtilmiştir. TBMM Genel Kurulu'nun yaptığı seçimde ise Anayasa'da ve İçtüzükte açık bir hüküm bulunmadığı belirtilmiş; bu kararın bir düzenleyici işlem veya İçtüzük değişikliği getirmemesi sebebiyle denetim yetkisi kapsamında olmadığı belirtilmiştir.

Yine, TBMM Genel Kurulu tarafından verilen disiplin cezasının kaldırılması ile disiplin cezasına konu sözlerin tutanaktan çıkarılması yönündeki talebe ilişkin kararında AYM, eylemli içtüzük değişikliği niteliğinde bir değerlendirmede bulunmamıştır[33]. AYM, disiplin cezasına ilişkin TBMM kararının iptali istemini Anayasa'nın 85. maddesinde AYM'nin denetiminin yalnızca "*Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine 84 üncü maddenin birinci, üçüncü veya dördüncü fıkralarına göre karar verilmiş olması hallerinde…*" mümkün olacağını belirterek reddetmiştir[34]. Dolayısıyla, üç birleşim için Meclis'ten geçici çıkarma cezası verilmesi kararı AYM'nin denetimine tabi olan bir parlamento kararı değildir. Bu durum, Anayasa'dan açıkça anlaşılmaktadır.

TBMM'nin disiplin cezasına konu sözlerin tutanaktan çıkarılmasına ilişkin kararının, eylemli İçtüzük değişikliği mahiyetinde olduğu gerekçesiyle yine Anayasa'nın 85. maddesi kapsamında yargısal denetime tabi olduğu iddiası da AYM tarafından reddedilmiştir. AYM, burada ilk olarak parlamento kararının cezaya konu sözlerin tutanaktan çıkarılmasına ilişkin olduğunu, dolayısıyla denetime tabi normlar arasında olmadığını belirtmiştir. İkincisi,

33 Karar için bkz. E.2017/13, K.2017/21, K.T. 9.2.2017, R.G. 28.2.2017.

34 E.2017/13, K.2017/21, K.T. 9.2.2017, R.G. 28.2.2017.

Anayasa'nın 150. maddesine göre TBMM İçtüzüğünün şekil ve esas bakımından denetimini Cumhurbaşkanı, iktidar ve ana muhalefet partisi meclis grupları ile TBMM üye tamsayısının beşte biri oranında milletvekili isteyebilir. Dolayısıyla, cezaya konu sözlerin tutanaktan çıkarılmasının iptaline yönelik istemin bunlardan birisi tarafından yapılmamış olması, eylemli içtüzük değişikliği mahiyetinde görülebilecek olsa bile başvurunun reddedilmesine gerekçe oluşturmuştur[35].

Yukarıda bahsedildiği üzere AYM'nin, adı içtüzük olmasa bile bir TBMM kararı içtüzük kuralı niteliğinde ise denetlenebilir yönünde içtihadı bulunmaktadır[36]. Buna göre TBMM kararının denetlenmesinin istisnai bir yetki olduğu belirtilmekle birlikte, karar, kanun veya içtüzük mahiyetinde ise AYM'nin denetimi kapsamına girmektedir. Bakırcı'nın görüşü bağlamında ifade edildiği üzere, TBMM'nin karar adı altında kanun veya içtüzük mahiyetinde düzenleme yaparak denetimi engelleme ihtimali bulunmaktadır. Fakat bu ihtimalin olması acaba AYM'yi yetki alanının dışına çıkarak bir anlamda yasama organının kötü niyetine engel olma yetkisi verecek midir? Bu açıdan bakıldığında, bahsedilen riskin başka bir organa yönelik meşru görülmesi söz konusu olacaktır. Bu yönüyle, AYM'nin yetki alanı sınırlarında kalması önem göstermektedir. Anayasa'nın 6. maddesinde "hiç kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz" hükmü tüm organlar dolayısıyla AYM bakımından da geçerlidir.

Bakırcı, AYM'nin "eylemli içtüzük kuralı" yorumunu terk etmesi durumunda bu sınırlamaları uygulamak

35 E.2017/13, K.2017/21, K.T. 9.2.2017, R.G. 28.2.2017.

36 Bkz. E.1992/26, K. 1992/48, K.T.17.9.1992, R.G. 29.11.1992.

zorunda olduğunu, eylemli içtüzük kuralı uygulamasına esas denetimi üzerinden ulaştığında ise bu sınırlamaların ortadan kalkacağını belirtmektedir[37]. Bu yaklaşım, AYM'nin Anayasal denetim yetkisinin sınırlarını aşmaktadır. Diğer yandan, AYM şekil denetimi adı altında esas denetimi yaparsa, Anayasa'da yer alan şekil ve esas denetimi ayrımı anlamını yitirecektir. Anayasa elbette AYM'yi de bağlayan bir metindir. AYM'nin Anayasa'ya uygunluğu sağlamak adına Anayasa'yı ihlal edebileceğini savunmak hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Maddi ölçütten yola çıkarak denetlenmesi istenen normun denetlenebilecek normların kapsamına girip girmediğinin belirlemesini hukukun üstünlüğünün ve hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak belirtmek mümkün görünmemektedir[38].

2.2. Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Kararının Denetlenmesi

Anayasa'nın 83. maddesine göre yasama dokunulmazlığı, milletvekilinin seçilmeden önce veya sonra bir suç işlediği iddiasıyla tutulmasına, tutuklanmasına, sorguya çekilmesine ve yargılanmasına engel teşkil eder. Milletvekilinin bir suç işlediği iddiasıyla tutulması, tutuklanması, sorgulanması veya yargılanması için Meclis'in kararı gerekmektedir. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanmış olmak kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar[39] ise bu hükmün dışındadır.

---

37 Bakırcı, s.284.

38 Karşı yönde, Algan, s.694.

39 Anayasa'nın 14. maddesine göre, "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Milletvekilinin dokunulmazlığından vazgeçmesi, dokunulmazlığının kaldırılmasını talep etmesi veya dokunulmazlığının kaldırılmasına rıza göstermesi önemli değildir. (İçtüzük, m.134/son). Zira yasama dokunulmazlığı kamu düzenindendir[40]. Bu bakımdan, TBMM kararı olmaksızın veya Anayasa'da belirtilen ağır cezayı gerektiren bir suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanmış olmak şartıyla Anayasa'nın 14. maddesinde belirtilen durumlar haricinde milletvekiline yasama dokunulmazlığı vasıtasıyla sağlanan güvence devam edecektir.

Yasama dokunulmazlığının kaldırılması için Anayasa ve Adalet Komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon, TBMM Başkanlığınca kendisine havale edilen, bir milletvekilinin yasama dokunulmazlığının kaldırılması hakkındaki istem üzerine bir rapor hazırlar (İçtüzük, m.131). Bu rapor, dokunulmazlığın kaldırılması yönünde ya da kovuşturmanın milletvekilliği sıfatının sona erdiği tarihe ertelenmesine yönelik olabilir. Karma Komisyon raporu kovuşturmanın ertelenmesi yönünde ise Genel Kurulda okunur ve bu rapora on gün içinde itiraz edilmezse karar kesinleşmiş olur. Komisyon raporu dokunulmazlığın kaldırılması yönünde ise veya kovuşturmanın ertelenmesi yönündeki rapora itiraz edilirse rapor Genel Kurulda

---

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir."

40 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s.210; Feyzioğlu, Metin, "Yasama Dokunulmazlığı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.42, S.1, ss.45-21, 1943, s.34.

görüşülür ve Genel Kurul karar verir. Ayrıca bir yeter sayı öngörülmediğinden dokunulmazlığın kaldırılmasında aranan yeter sayı Anayasa'nın 96. maddesi gereği toplantıya katılanların salt çoğunluğudur (İçtüzük, m.133).

Yukarıda, Meclis Genel Kurulu'nun yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararı alması halinde, bu kararın AYM'nin denetimi kapsamında olduğu belirtildi. Anayasa'nın 85. maddesine göre yasama dokunulmazlığı kaldırılan milletvekili veya başka bir milletvekili, bu yöndeki Meclis kararından itibaren yedi gün içerisinde kararın Anayasa'ya, kanuna veya İçtüzüğe aykırı olduğu iddiasıyla AYM'ye iptal başvurusunda bulunabilir. İptal isteminin on beş gün içinde kesin karara bağlanması gerekmektedir. AYM, yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararını iptal ederse dokunulmazlık yeniden kazanılmış olur[41]. TBMM'nin yasama dokunulmazlığının "kaldırılmaması" kararı almasında ise bu karar kesindir. Yani dokunulmazlığın kaldırılmaması kararına karşı AYM'ye başvurulamaz[42].

Konuyla ilgili AYM'nin çeşitli kararları bulunmaktadır. Bu bağlamda, kurulduktan hemen sonra yapılan bir başvuruyu AYM, yasama dokunulmazlığının kaldırılması yönünde bir talebi içermediği ve içerdiği kabul edilse bile dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin karar tarihinden başlayarak bir hafta içinde itiraz edilmemesini gerekçe göstererek reddetmiştir[43]. AYM'nin bu içtihadında, 1961 Anayasasının 81. maddesinde öngörülen, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına karşı Meclis'in kararından itibaren bir hafta içinde AYM'ye başvurulamaması, başvurunun reddedilmesinde belirleyici olmuştur. Hâlbuki bu durum kanaatimizce, AYM'nin yeni

41 Atar, s.220.

42 Feyzioğlu, s.37; Atar, s.220.

43 E. 1962/3, K. 1962/16, K.T. 6.9.1962, R.G. 3.10.1962.

kurulmuş olması sebebiyle başvuran milletvekiline bir kusur atfedilememesinin gereği olarak düşünülebilirdi[44]. Aynı konuda başka bir kararında AYM, süreye ilişkin farklı bir yorumda bulunmuştur. Bu da karar vermek için 1961 Anayasasının 81. maddesinde ve hâlihazırda 1982 Anayasasının 85. maddesinde de belirtilen on beş günlük sürenin dolmasının AYM'nin karar almasına engel olmadığı yönündedir. Buna göre AYM kararında, "...bu türlü işlerin en kısa bir zamanda ve süratle çözümlenmelerini gerekli kılan özel nitelikleri göz önünde tutularak konulduğu ortadadır. Bu sürenin dolmuş olması halinin Anayasa Mahkemesinin işi inceleme yetkisini ortadan kaldıracağı veya ilgilinin durumuna olumlu yahut olumsuz bir etkide bulunabileceği tasavvur dahi edilemez" denilmektedir[45].

1994 tarihli bir kararında AYM, yasama dokunulmazlıkları kaldırılan Mardin milletvekili Ahmet Türk hakkındaki TBMM kararının şekil ve esas yönden Anayasa ve İçtüzüğe aykırılığı iddiasını incelemiştir[46]. AYM adı geçen kararında, yasama dokunulmazlığının

---

44 Nitekim karara muhalif olan üyeler (Yekta Aytan, Osman Yeten, İbrahim Senil) bu duruma işaret etmektedir: "Mahkemenin yeni kurulmuş olması sebebi ile dokunulmazlığının kaldırılmasına zamanında itiraz hakkını kullanamadığı yolundaki kayıt, dilekçe sahibine bu gecikmede bir kusur atfedilemeyeceğini ve itiraz hakkının saklı bulunduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmek için konulmuştur." Karar için bkz. E. 1962/3, K. 1962/16, K.T. 6.9.1962, R.G. 3.10.1962.

45 E. 1968/58, K. 1968/53, K.T. 14.11.1968, R.G. 17.12.1968.

46 Karar için bkz. E. 1994/22, K. 1994/41, K.T. 21.3.1994, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/31147c40-f2c2-412c-be34-21cec5b024f5?excludeGerekce=False&wordsOnly=False, (E.T.26.7.2017).

kaldırılması kararının şekil olarak Anayasa'ya ve İçtüzüğe aykırılık içermediğini saptamıştır. AYM, yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararına gerekçe olan sözlerin Meclis'te sarf edilmemesi sebebiyle yasama sorumsuzluğu kapsamında değerlendirilemeyeceği, yüklenen suçlamanın ciddi olduğu ve Anayasa'nın 83. maddesinde belirtildiği üzere parti gruplarında dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin bir görüşme olmadığı ve karar alınmadığı gerekçeleriyle kararın esas bakımdan da Anayasa ve İçtüzüğe aykırı olmadığına karar vermiştir[47]. *Uslu*, isnadın ciddiliğine yönelik araştırmanın ceza mahkemesinin görev alanına girmesi sebebiyle AYM'nin bu yöndeki araştırmasının yargısal aktivizm olduğunu belirtmektedir[48]. AYM'nin denetimi, TBMM kararının Anayasa'ya, kanuna ve İçtüzüğe aykırılığının araştırılmasıyla sınırlı olmalı ve isnada yönelik ciddiyet tespitine girişilmemesi gerekmektedir. TBMM kararı, nihayet, bir yargılama değil; yasama dokunulmazlığının kaldırılarak milletvekiline ilişkin tutulma, tutuklanma, sorgulanma ve yargılanma sürecini açacaktır. Buna karşılık Feyzioğlu, AYM'nin dokunulmazlığın kaldırılmasının esas denetiminin doğal olarak isnadın ciddiyetini içermesi gerektiğini belirmektedir[49].

6718 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda değişiklik yapılmasına dair kanun, 8.6.2016 tarihinde yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Anayasa'ya geçici bir madde ekleyen bu kanunda, kabul edildiği

---

47 Aynı yöndeki kararlar için bkz. E. 1994/12, K. 1994/31, K.T. 21.3.1994; E. 1994/9, K.1994/28, KT. 21.3.1994; E. 1994/14, K. 1994/33, K.T. 21.3.1994; E. 1994/17, K. 1994/36, K.T. 21.3.1994, anayasa.gov.tr.

48 Uslu, Ferhat, Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu, Ankara, Adalet, 2014, s.250.

49 Feyzioğlu, s.38.

20.5.2016 tarihinde, "soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet başsavcılıklarından ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından, Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz" denilmektedir. Bu hükme göre Anayasa'nın 83. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki "seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclis'in kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz" hükmü Anayasa değişikliğine ilişkin bu kanun teklifinin kabul edildiği tarihte milletvekilliğine sahip olanlar hakkında uygulanmayacaktır. Böylelikle geçici madde olarak yapılan düzenleme ile Meclis Genel Kurulu'nun yasama dokunulmazlığına ilişkin hakkında suç iddiası olan milletvekillerinin dosyalarını ayrı ayrı ele alarak haklarında karar almasına gerek kalmamıştır.

Buna göre maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on beş gün içinde, "Karma Komisyon Başkanlığında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar, gereğinin yapılması amacıyla, yetkili merciine iade" edilecektir. Anayasa'ya eklenen bu geçici madde sonucunda bazı milletvekilleri ifadeye çağrılmış, kimisi tutuklanmış ve kimisi hakkında karar verilmiştir. Bir milletvekilinin, milletvekili seçilmeye engel bir suçtan dolayı hüküm giymesi durumunda, milletvekilinin milletvekilliği sıfatının sona ermesi için Genel Kurul'da ayrıca bir oylama yapılmamaktadır. Bu bakımdan, kesin hüküm giyme AYM'nin denetlediği TBMM kararları arasında değildir.

2.3. Milletvekilliğinin Düşmesi Kararının Denetlenmesi

1982 Anayasası'nın 84. maddesine göre milletvekilliğinin düşmesi istifa, kesin hüküm giyme veya kısıtlanma, milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görevi sürdürmekte ısrar etme, Meclis çalışmalarına özürsüz ve izinsiz olarak katılmama durumlarında olabilir. Kesin hüküm giyme ve kısıtlanma durumlarında, Meclis Genel Kurulu tarafından başkaca bir işleme yani oylamaya veya kabule gerek olmaksızın, kesin hükmün veya kısıtlama kararının Genel Kurul'a bildirilmesiyle milletvekilliği statüsü sona ermektedir. Örneğin, Van milletvekili Figen Yüksekdağ Şenoğlu'nun milletvekilliği kesin hüküm giyme ve bu hususta kesin mahkeme kararının Genel Kurul'a bildirilmesiyle olmuştur (m. 84/2)[50]. İstifa, milletvekilliği ile bağdaşmayan işte ısrar etme ve Meclis çalışmalarına katılmama durumlarında milletvekilliğinin düşmesi ise Genel Kurul'un bu konudaki kararına bağlıdır. Dolayısıyla AYM, milletvekilliğinin düşmesine ilişkin durumlardan TBMM'nin bir karar aldığı bu üç durumu denetleyebilir.

---

50 TBMM Tutanak, Dönem:26, Yasama Yılı:2, Birleşim:72, 21.2.2017, https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem26/yil2/ham/b07201h.htm, (E.T.27.7.2017). Meclis'te okunan tezkere şöyledir: "Van Milletvekili Figen Yüksekdağ Şenoğlu'nun, terör örgütü propagandası yapmak suçundan cezalandırılmasına ilişkin Adana (Kapatılan) 7. Ağır Ceza Mahkemesinin 27/11/2013 tarihli ve E: 2012/178 ve K: 2013/211 sayılı kararının, Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 22/09/2016 tarihli ve E: 2015/8449 K: 2016/4723 sayılı kararı ile onanması nedeniyle; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 84'üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca milletvekilliğinin düşürülmesine dair Adalet Bakanlığından alınan ilgi yazı sureti ve eki dosya ilişikte gönderilmiştir."

1982 Anayasası'nın ilk halinde, partisinden istifa ederek bir başka partiye giren veya seçim hükümetleri hariç Bakanlar Kurulu'nda görev alan milletvekilinin milletvekilliğinin TBMM *üye tamsayısının salt çoğunluğu*[51] ile düşürülebileceği öngörülmekteydi (m. 84/1). 1995 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile eleştirilen ve çok da demokratik bulunmayan bu hüküm kaldırılmıştır[52]. 1982 Anayasası'nın ilk halindeki bu düzenleme, 1961 Anayasası dönemindeki istikrarsız hükümetlere tepki olarak öngörülmüştü. Zira 1961 Anayasası döneminde partisinden istifa ederek hükümet değişikliğine sebep olan milletvekilleri bulunmaktaydı[53]. 2017 Anayasa değişikliği ile parlamenter sistemin son bulmuş olması, bu bağlamdaki istikrarsızlık riskini bütünüyle sonlandırmıştır diyebiliriz.

1982 Anayasası'nın ilk şeklinde 84. madde, kapatma davasının açıldığı tarihte partiye üye olan tüm milletvekillerinin milletvekilliğinin düşeceği şeklinde antidemokratik bir düzenleme içermekteydi. Bu hüküm, 1995 yılında 4121 sayılı Anayasa değişikliği hakkındaki kanunla, beyan ve eylemleriyle kapatmaya sebep olan milletvekilinin kapatma kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla milletvekilliği sıfatının sonra ermesi şeklinde yeniden düzenlendi. Bu durum, AYM'nin milletvekilinin partisinin kapatılmasına sebep olduğunu tespit etmesi suretiyle söz konusu olmaktaydı. Milletvekilliğinin düşmesi, genel olarak bu şekilde söz

---

51 1995 yılındaki Anayasa değişiklikleri ile Anayasa'nın mevcut 84. maddesine göre Meclis'in bir milletvekilinin vekilliğinin düşmesi kararı alabilmesi için aranan çoğunluk, devamsızlık durumu dışında basit çoğunluktur. Meclis, devamsızlık sebebiyle vekilliğin düşmesine ise üye tamsayısının salt çoğunluğu ile karar verebilir.

52 Onar, s.395.

53 Onar, s.393.

konusu olmaktaydı. Milletvekilliğinin bu şekilde düştüğü durumda, TBMM Genel Kurulu ayrıca bir karar almamaktaydı. Bu yönüyle AYM'nin denetleyeceği bir karar da yoktu. Örneğin AYM, Refah Partisi'nin kapatılmasına beyan ve eylemleriyle sebep oldukları belirtilen[54] milletvekillerinin milletvekilliklerinin Anayasa'nın 84. maddesinin son fıkrası hükmü gereğince, gerekçeli kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte sona ermesine karar vermiştir[55]. Aynı şekilde, Fazilet Partisi'nin kapatılmasına beyan ve eylemleriyle sebep olan[56] milletvekillerinin milletvekilliklerinin düşmesine karar verilmiştir[57]. Yine Demokratik Toplum Partisi'nin kapatılmasına sebep olan milletvekillerinin[58] milletvekillikleri, Anayasa'nın mülga 84. maddesinin son fıkrası uyarınca gerekçeli kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte sonra ermiştir[59]. Son olarak,

54 Konya milletvekili Necmettin Erbakan, Kocaeli milletvekili Şevket Kazan, Ankara milletvekili Ahmet Tekdal, Rize milletvekili Şevki Yılmaz, Ankara milletvekili Hasan Hüseyin Ceylan ve Şanlıurfa milletvekili İ. Halil Çelik.

55 E. 1997/1, K. 1998/1, K.T. 16.1.1998, R.G. 22.2.1998.

56 İstanbul milletvekili Nazlı Ilıcak ve Tokat milletvekili Bekir Sobacı.

57 E. 1999/2, K. 2001/2, K.T. 22.6.2001, R.G. 5.1.2002.

58 Mardin milletvekili Ahmet Türk ve Diyarbakır milletvekili Aysel Tuğluk.

59 Mardin milletvekili Ahmet Türk ve Diyarbakır milletvekili Aysel Tuğluk, 2010 Anayasa değişiklikleri ile 84. maddenin son fıkrasının ilga edilmesi sonrasında, kendi seçildikleri yasama döneminin devam etmesi gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne yargılamanın yenilenmesi talebiyle başvuruda bulunmuş ve milletvekilliği sıfatlarının yeniden tecelli ettiğinin kabulünü istemişlerdir. Anayasa Mahkemesi bu başvuruyu reddetmiştir. Karar için bkz. E. 2011/1, K. 2011/2, K.T. 17.3.2011, R.G. 9.7.2011.

2010 yılındaki 5982 sayılı Kanun, bu hükmü bütünüyle ilga etmiştir. Böylelikle, partisi kapatılan milletvekilleri veya partisinin kapatılmasına sebep olan milletvekillerinin üyeliğinin bu sebeple düşmesi hâlihazırda söz konusu olmamaktadır.

Şu halde mevcut düzenlemede, Anayasa'nın 84. maddesine göre milletvekilliğinin düşmesine Meclis'in karar vermesi milletvekilliğinden istifa, milletvekilliği ile bağdaşmayan bir görevi sürdürmekte ısrar etmek ve devamsızlık durumlarında söz konusu olabilir. Dolayısıyla AYM'nin, TBMM kararları içerisinde milletvekilliğinin düşmesine ilişkin denetleyebileceği kararlar da bu üç durumdadır.

Anayasa'da "İstifa eden bir milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesi, istifanın geçerli olduğu TBMM Başkanlık Divanınca tespit edildikten sonra TBMM Genel Kurulunca kararlaştırılır" denilmektedir[60]. İçtüzüğün 136. maddesi, "TBMM üyeliğinden istifa eden milletvekilinin istifa yazısının gerçekliği Başkanlık Divanınca yedi gün içinde incelenip tespit edildikten sonra üyeliğin düşmesine Genel Kurulca görüşmesiz karar verileceğini" belirtmektedir. Ayrıca bir yeter sayı belirtilmediğinden buradaki kabul yeter sayısı basit çoğunluktur. İçtüzükte belirtilen istifa yazısının gerçekliğinin tespit edilmesi, milletvekilinin kendi iradesiyle mi yoksa dışarıdan herhangi bir etki ile mi istifa etmek durumunda olduğunun açıklığa kavuşturulması anlamını içermektedir. Örneğin, Ağrı Milletvekili Cemal Kaya'nın istifası, 26.4.2005 tarihinde TBMM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir.

60 Onar, istifanın tek taraflı bir işlem olması gerekliliğine rağmen, buna Meclis'in kararı ile sonuç bağlanmasının makul olmadığını belirtmektedir. Bkz. Onar, s.409 vd.

Anayasa'nın 85. maddesine göre TBMM'nin milletvekilinin istifasına ilişkin kararı AYM tarafından denetlenebilir. AYM'nin denetimi istifanın kabul edilmesine yönelik karar bakımından olabilecektir. *Onar,* Anayasa'nın 85. maddesinde AYM'ye milletvekilliğinin düşmesi durumunda başvurulabileceği belirtildiğinden, düşme kararı verilmeyen durumda başvurulamayacağını belirtmektedir[61].

Anayasa'nın 84. maddesinin üçüncü fıkrası, "82. maddeye göre milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar eden milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine, yetkili komisyonun bu durumu tespit eden raporu üzerine Genel Kurul gizli oyla karar verir" hükmünü içermektedir. Anayasa'nın 82. maddesinde yasama bağdaşmazlıkları da denilen üyelikle bağdaşmayan işler sayılmaktadır:

"Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinde ve bunlara bağlı kuruluşlarda; Devletin veya diğer kamu tüzelkişilerinin doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak katıldığı teşebbüs ve ortaklıklarda; özel gelir kaynakları ve özel imkânları kanunla sağlanmış kamu yararına çalışan derneklerin ve Devletten yardım sağlayan ve vergi muafiyeti olan vakıfların, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev alamazlar, vekili olamazlar, herhangi bir taahhüt işini doğrudan veya dolaylı olarak kabul edemezler, temsilcilik ve hakemlik yapamazlar.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, yürütme organının teklif, inha, atama veya onamasına bağlı resmî veya özel herhangi bir işle görevlendirilemezler. Bir üyenin

61 Onar, s.465.

belli konuda ve altı ayı aşmamak üzere Bakanlar Kurulunca verilecek geçici bir görevi kabul etmesi, Meclisin kararına bağlıdır."

Bu maddenin ikinci fıkrasının son cümlesi 16.4.2017 tarihli halkoylaması ile kabul edilen 6771 sayılı Anayasa değişikliği hakkındaki kanunla ilga edilmiştir. Hükmün ilgasının yürürlüğe gireceği tarih ise, birlikte yapılan TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerinden sonra Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihtir. Bu değişikliğin hükümet sistemine ilişkin değişikliğin doğal sonucu olduğunu belirtmek gerekir.

Onar, isabetli olarak, yasama bağdaşmazlığının, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları açısından öngörülmesinin makul olmadığını belirtmektedir[62]. Belli durumlar açısından, aslında, milletvekilinin devlet ve kamu kurumlarında da görev alması makul karşılanabilir. Örneğin, milletvekili seçilen kişinin kariyeri olan alanda devlet üniversitesinde ders verebilmesi gerekir.

İçtüzüğün 137. maddesine göre milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görevi sürdürmekte ısrar eden milletvekilinin durumu, ilk olarak, Başkanlık Divanı tarafından incelenir. Bu incelemeden elde edilen sonuç, Başkanlık Divanı kararı olarak Anayasa ve Adalet Komisyonlarından kurulu Karma Komisyona gönderilir ve Karma Komisyon bir rapor hazırlar. Bu rapor Genel Kurul'da görüşülür ve gizli oyla karara bağlanır.

Milletvekilliğiyle bağdaşmayan görevler Anayasa'da sayılıyor olmasına rağmen, bu görevi sürdürmekte ısrar edilmesi ne şekilde değerlendirilebilir? 1982 Anayasası'nın ilk halinde, milletvekilliğinin düşmesi için milletvekilliği ile bağdaşmayan bir görevde ısrar edilmesi değil; bu görevin

62 Onar, s.441.

kabul edilmesi yeterliydi. *Onar*'ın da belirttiği gibi bir görevin kabul edilmesi ile bunda ısrar edilmesi aynı değildir[63]. Bu bakımdan, görevde ısrar etmenin milletvekilliğinin düşmesi sebebi olması daha isabetli bir düzenlemedir. Aksi takdirde, milletvekili seçildikten sonra yasama bağdaşmazlığına ilişkin bir görevin kabul edilmesi, geriye giderek milletvekilliğinin düşürülmesi sonucunu doğurabilirdi. Bununla birlikte, bir görevde ısrar edilmesinin ne şekilde anlaşılacağı tartışılabilir. Milletvekilinin milletvekilliği ile bağdaşmayan görevi hangi süreyle devam ettirmesi ısrar etme olarak anlaşılacaktır? Bu konuda, Anayasa, Kanun ve İçtüzük'te bir açıklık olmadığından milletvekilliğiyle bağdaşmayan görevde kalınan sürenin ısrar olarak nitelemesini ilk olarak, Karma Komisyon yapacaktır. Bundan sonraki nihai nitelemeyi ve sonucu belirleyecek olan ise Genel Kurul'dur[64]. Anayasanın 82. maddesinin son fıkrası doğrultusunda kabul edilen Milletvekilliğiyle bağdaşmayan işler hakkındaki 3069 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre TBMM üyesi seçilmeden önce milletvekilliyle bağdaşmayan bir iş üstlenen milletvekili, milletvekili seçildikten sonra mevcut durumunu altı ay içinde kanunla uygun hale getirecektir. Bu düzenlemeye aykırı hareket edilmesi, milletvekilliğiyle bağdaşmayan görevde ısrar edilmesi olarak değerlendirilebilir.

Anayasa'da, milletvekilliği ile bağdaşmayan bir görevde ısrar eden milletvekilinin milletvekilliğinin düşürülmesine Genel Kurul'un gizli oyla karar vereceği belirtilmektedir (m. 84/3). 1995 yılında 4121 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, milletvekilliğine ilişkin tüm düşme sebeplerinde üye tamsayısının salt çoğunluğu aranmaktaydı. Söz konusu değişiklikle sadece devamsızlık

63 Onar, s.445.

64 Onar, s.447.

sebebiyle milletvekilliğinin düşmesi kararı için üye tamsayısının salt çoğunluğu gerekmektedir. Ayrıca, 3069 sayılı Kanunun 7. maddesinin 2. fıkrasında yasama bağdaşmazlığı sebebiyle milletvekilliğinin düşmesi için üye tamsayısının salt çoğunluğunun aranacağı ifade edilmektedir. Bununla birlikte, 4121 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte üye tamsayısının salt çoğunluğuna yer verilmemesi, Anayasa'nın karar için basit çoğunluk aradığını göstermektedir.

AYM'nin yasama bağdaşmazlığına ilişkin bir kararı, 27.3.1994 tarihinde yapılan yerel seçimlerden sonra Ankara Büyükşehir Belediye Başkanı seçilen Ankara milletvekili İ. Melih Gökçek'in durumuna ilişkindir. TBMM Başkanlık Divanı, milletvekillerinin mahallî idareler seçimlerinde adaylıklarını koyabilmek ya da aday gösterilebilmek için görevlerinden istifa zorunluluğu getirmeyen, seçildikleri yeni görevleri kabulleri için de bu doğrultuda salt tercih haklarını kullanmalarını yeterli sayan 2972 sayılı Kanunun 3959 sayılı Kanunla değişik 17. maddesini gerekçe göstererek, Ankara milletvekili Melih Gökçek'in milletvekilliğinin kendisinin tercihi ile düştüğüne karar vermiş; ayrıca Genel Kurul'un bir karar almasına gerek olmadığını belirtmiştir[65]. Bu karara katılmayan ve ayrışık oy kullanan Tunceli milletvekili Kamer Genç, AYM'ye Başkanlık Divanı kararının iptali için başvurmuştur. AYM ise "üyeliğin düştüğüne ilişkin kararların incelenmesi bu konuda bir TBMM Genel Kurulu kararının varlığına bağlıdır... Başkanlık Divanı'nın İ. Melih Gökçek'in Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinin kendiliğinden düştüğüne ilişkin kararını Genel Kurul kararı saymak da olanaksızdır. Divan kararının kabulü yönünde TBMM Genel Kurul kararı olmadıkça yapılan başvuru dinlenemez" diyerek, ortada

65 TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:19, C.65, Yasama Yılı:4, ss.313-316, s.314.

AYM'nin denetimine tabi bir TBMM kararının bulunmadığını belirtmiş ve başvuruyu reddetmiştir[66]. Daha sonraki tarihli kararında da AYM, TBMM'nin RTÜK üyelerinin seçimi sürecinde Başkanlık Divanının aldığı karar ile Genel Kurul kararı arasında ayrım yapmakta ve Başkanlık Divanı kararının denetimin kapsamına girmediğini belirtmektedir[67].

Anayasa'nın 84. maddesinin son fıkrasına göre "Meclis çalışmalarına özürsüz veya izinsiz olarak bir ay içerisinde toplam beş birleşim günü katılmayan milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine, durumun Meclis Başkanlık Divanınca tespit edilmesi üzerine, Genel Kurulca üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyuyla karar verilebilir." Birleşim, Genel Kurul'un belli bir günde açılan toplantısıdır. Bu bakımdan, bir ay içinde toplam beş birleşim günü katılmayan milletvekilinin Meclis'te bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle devamsızlık, herhangi bir günde Meclis'te toplanılması ve milletvekilinin bu toplantıya katılmaması suretiyle söz konusu olacak; bunun bir ay içerisinde beş birleşim günü tekrarlanması halinde milletvekilliğinin düşmesi süreci işletilebilecektir.

TBMM tarafından devamsızlık nedeni ilk defa Van milletvekili Tuğba Hezer Öztürk ve Şırnak milletvekili Faysal Sarıyıldız'ın milletvekilliklerinin düşmesine ilişkin bir karar verilmiştir[68]. Buna göre her iki milletvekili için devamsızlık

66 E. 1994/72, K. 1994/68, K.T. 20.9.1994, R.G. 19.10.1994.

67 E. 2015/71, K. 2015/79, K.T. 3.9.2015, R.G.7.10.2015.

68 TBMM Tutanak, Dönem:26, Yasama Yılı:2, Birleşim:120, Oturum:2, 27.7.2017 https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem26/yil2/ham/b12001h.htm, (E.T.27.7.2017). Bu makalenin yazıldığı sırada, yurtdışında olan bu milletvekillerinin üç ay içinde yurda dönmedikleri takdirde vatandaşlıktan çıkarılmaları kararı alındı. Meclis'te devamsızlık sebebiyle üyelikten düşme kararı

sebebiyle milletvekilliklerinin düşmesi gerektiği yönünde rapor hazırlayan Karma Komisyonun raporu üye tamsayısının salt çoğunluğunun üzerinde bir sayı ile kabul edilmiştir. Bu konuda henüz bir Anayasa Mahkemesi kararı ise bulunmamaktadır.

Burada şu durum akla gelmektedir. Acaba milletvekilinin örneğin tutuklu bulunmak gibi ciddi bir mazeret sebebiyle Meclis'e gelemediği bir durumda, Meclis Genel Kurulu devamsızlık sebebiyle milletvekilliğini düşürebilir mi? TBMM İçtüzüğü'nün 151. maddesine göre "Genel Kurulda veya komisyonlarda yapılan yoklama veya açık oylamalarda özürsüz veya izinsiz olarak bulunmayan milletvekili o birleşimde yok sayılır.

Başkan yazıyla başvuran bir milletvekiline on günü aşmamak üzere izin verebilir.

Daha uzun süreli izinler için, Başkanlık Divanının sunuşlar arasında yer alacak teklifi üzerine, Genel Kurul, görüşmesiz ve işaretle oylama suretiyle karar verir" denilmektedir. Buna göre yok sayılma, Genel Kurul'da veya komisyonlarda bulunmamaktır. Ayrıca, iznin on günü aşmaması durumunda Meclis Başkanı, daha fazla bir süre için ise Meclis Genel Kurulu tarafından izin verilecektir. Şu halde, özür durumunu da yorumlamak gerekmektedir.

---

alınmadan önce vatandaşlıktan çıkarılma kararı alınsaydı, bu milletvekilleri milletvekili seçilme yeterliliklerini yitireceklerdi. Bununla birlikte Gözler, milletvekilinin Türk vatandaşı olmasını seçilme yeterliliği kapsamında değerlendirmektedir. Dolayısıyla, seçildikten sonra vatandaşlığın yitirilmesi halinde milletvekilliğinin kendiliğinden sona ermeyeceğini belirtmektedir. Aynı şekilde bu konuda Yüksek Seçim Kurulu veya TBMM'nin de bir karar alamayacağını savunmaktadır. Bkz. Gözler, Kemal, "Vatandaşlık ve Milletvekilliği, Liberal Düşünce, C.4, S.16, ss.90-91, 1999, s.91.

Özür sağlık, bir görevin yerine getirilmesi, kanuni yükümlülük gibi herhangi bir durum olabilir. Özrün takdirini Anayasa ve Adalet Komisyonlarından kurulu Karma Komisyon yapacak ve daha sonra bu konudaki raporunu Genel Kurula havale edecektir. Nihai kararı Genel Kurul verecektir. Üyeliğin düşmesi kararında yeter sayı, istifa ve milletvekilliği ile bağdaşmayan durumlardaki yeter sayıdan farklıdır. Buna göre devamsızlık sebebiyle üyeliğin düşmesinde yeter sayı, TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğudur. Eğer Karma Komisyon milletvekilinin özrü bulunmaksızın bir ay içinde beş birleşim devamsızlık yaptığı yönünde bir rapor hazırlar ve bu rapor Genel Kurul'da üye tamsayısının salt çoğunluğu ile kabul edilirse anılan milletvekilinin milletvekilliği sıfatı düşmüş olacaktır (İçtüzük m.138).

Milletvekilinin izni ve özrü olmaksızın devamsızlık yapmasına rağmen Meclis herhangi bir karar almazsa milletvekilliği sıfatı kendiliğinden düşmeyeceğine göre milletvekilliği devam edecektir. Devamsızlık sebebiyle milletvekilliğinin düşmesi için aranan çoğunluğun üye tamsayısının salt çoğunluğu olması, milletvekili için bir güvence teşkil etmektedir. Ayrıca, devamsızlığa rağmen Meclis Genel Kurulu bu devamsızlığı meşru görüyorsa üyenin vekilliğini düşürmeyebilecektir[69]. Bununla birlikte, TBMM İçtüzüğü'nün devamsızlık müeyyidesini düzenleyen 153. maddesine göre bir yasama yılı içinde izinsiz veya özürsüz olarak toplam kırk beş birleşimden fazla yok sayılan milletvekilinin yolluklarının üç aylığı kesilir.

Devamsızlıkla ilgili son olarak, göreve başlamayan milletvekilinin durumuna değinilebilir. Milletvekilinin göreve başlayabilmesi için Anayasa'nın 81. maddesine göre ant içmesi gerekmektedir. Ant içmeyen milletvekili göreve

69 Onar, s.452.

başlamamış sayılacaktır. Bu bakımdan, bir milletvekili ant içmediği takdirde göreve başlamamış sayılacak ve bu durum bir ay içinde beş birleşim devam ettiği takdirde, bu milletvekilinin milletvekilliği düşürülebilecektir[70].

Anayasa'nın 85. maddesine göre, Meclis Genel Kurulu'nun milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine ilişkin karar almasından itibaren yedi gün içinde ilgili milletvekili veya başka bir milletvekili AYM'ye iptal başvurusunda bulunabilecektir. Bu başvuru alınan kararın Anayasa'ya, kanuna veya İçtüzüğe aykırılığına ilişkin olacaktır. AYM, on beş gün içinde karar verecektir. Eğer AYM'nin kararı, TBMM kararının iptali yönünde olursa, milletvekili yeniden milletvekilliğini kazanmış olacaktır[71].

SONUÇ

TBMM kararları kural olarak, yargısal denetime tabi değildir. Bununla birlikte, yasama faaliyetinin sağlıklı olarak yerine getirilebilmesi ve özellikle Meclis'teki çoğunluk partisinin muhalefeti ortadan kaldırmasını engellemek açısından TBMM İçtüzüğü, yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararı ve milletvekilliğinin Meclis kararı ile düşmesi halleri Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabidir.

TBMM'nin yasama yetkisini Anayasal sınırları içerisinde kullanması gerekliliği, aynı şekilde AYM'nin de yargısal denetimini Anayasal sınırları içerisinde kullanması bakımından geçerlidir. AYM'nin denetim yetkisini Anayasada belirtilen normların ve denetim yollarının ötesinde yorumlaması, yargısal aktivizm olarak değerlendirilmektedir. Bunun sonucu ise yargının siyasallaşması ve yargıçlar hükümeti olarak belirtilebilir. Bu bakımdan, AYM'nin denetim yetkisini Anayasal sınırları içerisinde kullanması son derece önemlidir. Bu bağlamda,

70 Onar, s.454.

71 Atar, s.220; Onar, s.463.

TBMM İçtüzüğü, AYM'nin denetimine tabi normlar arasında yer almaktadır. AYM'nin bu denetimi hem şekil hem de esas bakımdandır. AYM, TBMM İçtüzüğü dışında milletvekilliğinin Genel Kurul kararıyla düştüğü durumlar ile yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin Genel Kurul kararlarını denetleyebilir. Buna karşılık, AYM'nin Resmi Gazete'de İçtüzük olarak yayınlanmamasına rağmen, İçtüzük mahiyetinde gördüğü TBMM kararlarını denetleyebileceği yönünde içtihadı bulunmaktadır. Bu içtihadı, AYM'nin yetkisini Anayasal sınırlardan daha geniş olarak yorumlaması olarak belirtebiliriz. Bu bakımdan, AYM'nin işlemin nitelemesiyle bağlı olması gerektiği ifade edilebilir. Böylelikle AYM'nin hem Anayasal sınırlar içerisinde kalması hem de kurucu iktidarın parlamento kararlarını denetim dışında bırakarak parlamentonun yöntemsel bağımsızlığının sağlanması amacının gerçekleşeceği söylenebilir.

AYM yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve milletvekilliğinin düşmesine yönelik Meclis kararlarına ilişkin çeşitli kararlar vermiştir. Yasama dokunulmazlığının kaldırılması konusunda, AYM, isnadın niteliği ve ciddiliği bağlamında bir değerlendirme yaparak karar vermektedir. Milletvekilliğinin Genel Kurul kararıyla düştüğü yani istifa, yasama bağdaşmazlığı ve devamsızlık durumlarında ise AYM denetimini, Genel Kurul kararının Anayasaya ve İçtüzüğe uygunluğu noktalarında yapmaktadır.

KAYNAKLAR

ALGAN, Müberra, "İçtüzük Düzenlemesi Niteliğindeki Parlamento Kararlarının Hukuksal Rejimi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 63 (4), ss.687-735, 2014.

ARSLAN, Zühtü, **Anayasa Teorisi**, Seçkin, 1. Baskı, 2005.

ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza, 10. Baskı, 2015.

BAKIRCI, Fahri, "Anayasa Mahkemesinin Eylemli İçtüzük Kuralına İlişkin İçtihat Değişikliğinin Gerekçesi Üzerine", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, ss.257-296, 2014.

EREN, Abdurrahman, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2014.

FEYZİOĞLU, Metin, "Yasama Dokunulmazlığı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.42, S.1, ss.45-21, 1943.

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin, 11. Baskı, 2011.

GÖZLER, Kemal, "Vatandaşlık ve Milletvekilliği", **Liberal Düşünce**, C.4, S.16, ss.90-91, 1999.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Yetkin, 2009.

İBA, Şeref, "TBMM İçtüzük Değişikliklerinin Anlamı: 1996 Sonrasına Bakış", **Yasama Dergisi**, S.6, ss.69-90, 2007.

KABOĞLU, İbrahim, **Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye**, İmge, 4. Baskı, 2007.

Kararlar Bilgi Bankası, anayasa.gov.tr.

ONAR, Erdal, "1982 Anayasası'nda Milletvekilliğinin Düşmesi", **Anayasa Yargısı Dergisi**, ss.387-465, 1997.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin, 16. Baskı, 2016.

ÖZBUDUN, Ergun "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi** 62–3, ss.257-268, 2007.

Resmi Gazete, http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx.

TANÖR, Bülent ve **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta, 16. Bası, 2016

"TBMM İçtüzüğünde Değişiklik Yapan Teklif, TBMM Genel Kurulunda kabul edildi", http://aa.com.tr/tr/politika/tbmm-ictuzugunde-degisiklik-yapan-teklif-tbmm-genel-kurulunda-kabul-edildi-/871023, (E.T.27.7.2017).

Türkiye Büyük Millet Meclisi, tbmm.gov.tr, Genel Kurul Tutanakları

TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 9. Bası, Beta, 2004

TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:19, C.65.

ULUŞAHİN, Nur, "Cumhurbaşkanı Seçiminin Düşündürdükleri ya da Hukukun Siyasallaşması", **Ankara Barosu Dergisi**, Y.65, S.2, ss.18-30, 2007.

USLU, Ferhat, **Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu,** Ankara, Adalet, 2014.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **Anayasa Hukukunun Temel Metinleri**, Beta, 7. Baskı, 2011.

MAHKEME KARARLARI

AYM, E. 1962/3, K. 1962/16, K.T. 6.9.1962, R.G. 3.10.1962.

AYM, E. 1967/6, K. 1968/9, K.T. 27.2.1968, R.G. 18.9.1968.

AYM, E. 1968/58, K. 1968/53, K.T. 14.11.1968, R.G. 17.12.1968.

AYM, E.1992/26, K. 1992/48, K.T.17.9.1992, R.G. 29.11.1992.

AYM, E. 1994/9, K.1994/28, KT. 21.3.1994, anayasa.gov.tr.

AYM, E. 1994/12, K. 1994/31, K.T. 21.3.1994, anayasa.gov.tr.

AYM, E. 1994/14, K. 1994/33, K.T. 21.3.1994, anayasa.gov.tr.

AYM, E. 1994/17, K. 1994/36, K.T. 21.3.1994, anayasa.gov.tr.

AYM, E. 1994/22, K. 1994/41, K.T. 21.3.1994, anayasa.gov.tr.

AYM, E. 1994/72, K. 1994/68, K.T. 20.9.1994, R.G. 19.10.1994.

AYM, E. 1997/1, K. 1998/1, K.T. 16.1.1998, R.G. 22.2.1998.

AYM, E. 1999/14, K. 1999/6, K.T. 26.3.1999, R.G. 06.10.1999.

AYM, E. 1999/2, K. 2001/2, K.T. 22.6.2001, R.G. 5.1.2002.

AYM, E. 2001/424, K. 2001/354, K.T. 22.11.2001, R.G. 04.02.2003.

AYM, E. 2007/45, K. 2007/54, K.T. 1.5.2007, R.G. 27.6.2007.

AYM, E. 2011/1, K. 2011/2, K.T. 17.3.2011, R.G. 9.7.2011.

AYM, E. 2015/71, K. 2015/79, K.T. 3.9.2015, R.G. 7.10.2015.

AYM, E.2017/13, K.2017/21, K.T. 9.2.2017, R.G. 28.2.2017.

OLAĞANÜSTÜ HÂL KHK DÜZENLEMELERİ SONRASINDA OLUŞAN GÖRSEL - İŞİTSEL İDARÎ YAPTIRIMLAR HUKUKÎ REJİMİ*

Dr. Abdulvahap DARENDELİ**

JUDICIAL REGIME ON AUDIOVISUAL ADMINISTRATIVE SANCTIONS DEVELOPED AFTER DECREE LAWS OF STATE OF EMERGENCY

ÖZ

İdari hukuku ve iletişim hukukun ilgi alanlarının kesiştiği konuların başında düzenleyici kurumlarının etkin ve yaygın idari yaptırım yetkileri ve uygulamaları gelmektedir. Görsel-işitsel medyanın kamuoyu üzerinde doğrudan kayda değer bir etki doğurabilme vasfı göz ardı edilmeyecek bir gerçekliktir.

Radyo ve televizyon yayın hizmetlerinin bu farklı doğası ve temel insan hakları alanında işlevsel olması, bu alan

---

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 20.07.2017
Kabul Edildiği Tarih: 04.08.2017

** Hâkim
E-mail Adresi: vahapdarendeli2013@gmail.com
ORCID ID: 0000-0002-0554-6200

ilişkin sınırlamaları yükümlülükleri ve beraberinde yaptırımları getirmektedir. Söz konusu yükümlülük ve sınırlamalar çocukların televizyonun etkilerinden korunmasında, toplumum değerlerinin korunmasına kadar geniş bir yelpaze arz etmektedir. Bu yükümlülük ve sınırlandırmalara uyulmaması etkin çabuk ve caydırıcı idari cezaları zorunlu kılmakta, bu zorunluluk Olağanüstü hal dönemlerinde özellikle daha fazla hissedilmektedir.

Ülkemizde 15 Temmuz sonrası oluşan OHAL koşullarında çıkarılan birçok OHAL KHK'si sadece olağanüstü hallere değil olağan döneme de ait beklentileri ve ihtiyaçları genel hukuki rejimi bozmadan karşılama amacı gütmektedir. Bu amaçlar doğrultusunda önemli hükümler barındıran OHAL KHK düzenlemelerinin getirdiği değişiklik, sınırlama ve yenilikler bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Konu incelenirken AİHS ve AİHM içtihatları ile anayasa ve yargı kararları evrensel idari yaptırım norm ve standartları gözetilerek ortaya konulmaya gayret edilecektir.

ANAHTAR KELİMELER: *Görsel İşitsel Medya Hizmetleri, İfade Özgürlüğü, İdari Yaptırım, Olağanüstü Hal, Ohal KHK'leri.*

ABSTRACT

One of the main crosscutting issues of administrative law and communication law is the efficient and extensive warrant and practices of regulatory authorities. The impact of audiovisual media on effecting public opinion directly and significantly is an unignorable reality.

This particular nature of radio and television broadcasting sevices and its functionality on fundamental rights bring along some restrictions, liabilities and sanctions on this issue. These liabilities and restrictions comprise a wide range of areas such as protection of children from negative effects of television and protection of social values.

Disobeying to these liabilities and restrictions require effective, rapid and deterrent administrative penalties and this requirement especially increases in state of emergency situations.

Most of the decree laws enacted after the declared state of emergency due to 15 July aim to address the needs and expectations of both state of emergencies and ordinary days without damaging the usual judicial regime. In line with these aims, the subject of this study is the changes, restrictions and introductions arising from decree laws of state of emergencies. The issue will be discussed in line with European Convention on Human Rights, decisions of European Court of Human Rights, costitutional and judicial decisions, universal administrative sanctions, norms and standarts.

KEY WORDS: *Audio-Visual Media Services, Freedom Of Expression, Administrative Sanction, State Of Emergency, Emergency Decrees.*

GİRİŞ

Türkiye'de 1994 yılında 3984 Sayılı Yasa ile kurulan Radyo ve Televizyon Yayın Hizmetleri (görsel - işitsel yayın hizmetleri) Hukukî Rejimi 4756 Sayılı Yasa değişiklikleri sonrası 2011 tarihli 6112 Sayılı Yasa ile tamamen değiştirilerek yeni bir hukukî rejime kavuşmuştur.

6112 Sayılı Yasa'nın yürürlüğünden OHAL ilanı tarihine kadar önemli bir değişikliğe ve Anayasa Mahkemesi iptaline konu olmayan yeni hukukî rejimin özellikle idarî yaptırım uygulamaları Türk kamuoyunda, görsel - işitsel sektörde, izleyici ve dinleyiciler arasında eleştiri, şikâyet ve tepkilere çokça konu olmuştur.

Özellikle popüler diziler ve ticarî iletişime ilişkin ihlâller ve cezalardan sonra, seçim dönemlerinde siyasî

ifade özgürlüğünü sınırlandıracak boyutlarda YSK'nın kesin yaptırım kararlarına tanık olunmuştur.

Görsel - işitsel medya hizmetlerinin ifade özgürlüğü boyutuyla da doğasından gelen düzenleme zorlukları bu konudaki yasama faaliyetinin sonuçlandırılmasını OHAL sürecine kadar taşımıştır.

Yasa koyucular ve medya siyasası belirleyicileri açısından seri ve etkin düzenleme aracı olan OHAL kararnameleri bu konuda yukarıda yer alan düzenleme zorluklarını aşmayı ve yeni ilke, yükümlülük ve ihlâller ve bunlara ilişkin etkin yaptırımlar getirmeyi olanaklı kılmıştır.

Bu anlamda görsel - işitsel medya hizmet sağlayıcıları başlığını taşıyan hükümlerin yer aldığı 690 - 687 ve 680 sayılı KHK'ler idarî yaptırımlar ve ihlâller ile ilgili önemli hükümler getirmiştir. Tümü TBMM'ye sunulan söz konusu düzenlemeler ile 6112 Sayılı Yasada getirilen yeni medya rejimindeki değişiklik, yenilik ve bunların hukukî rejimi bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Temelde iki bölümden oluştuğu görülebilen bu çalışmada, görsel - işitsel medya özgürlüğü genel idarî yaptırımlar ile 6112 Sayılı Kanun'un getirdiği yeni rejim genel hatları ile incelendikten sonra OHAL kavramı yönetim usulleri, KHK düzenlemeleri ve hukukî rejimini madde ve genel gerekçeler yanında doktrindeki değerlendirmeler doğrultusunda ortaya koymak bu çalışmanın amacı olacaktır.

Bütün bu konular irdelenirken AİHS ve AİHM içtihatları ile Anayasa Mahkemesi ve idarî yargı kararlarından, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tavsiye kararlarından, evrensel idarî yaptırım standartlarına ilişkin düzenlemelerden azami istifade etme gayreti içinde olunmuştur.

I. GÖRSEL-İŞİTSEL MEDYA VE İFADE ÖZĞÜRLÜĞÜ

A. GÖRSEL-İŞİTSEL MEDYA HİZMETİ KAVRAMI

Görsel İşitsel medya hizmetlerini düzenleyen 6112 sayılı "Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, Anayasamızın yanında uluslararası düzenlemeleri de esas alarak hazırlanmış bulunmaktadır. Bu konuda, en temel mevzuat ise Avrupa Konseyi'nin "Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi" ve "Avrupa Birliği Görsel İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi"dir.

Avrupa Parlamentosu ve AB Konseyi'nin 3 Ekim 1989 tarih ve 89/552/EEC sayılı Üye Devletlerin görsel-işitsel medya hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin **Yönergesi'nin** birinci maddesinde "(a) **"görsel-işitsel medya hizmetleri":** - medya hizmet sağlayıcısının editoryal sorumluluğu altında olan ve temel amacı kamunun genelini bilgilendirmek, eğlendirmek ve eğitmek için 2002/21/EC sayılı Yönergenin 2(a) maddesinin anlamı çerçevesinde elektronik iletişim şebekeleri yoluyla program sağlamak olan bir hizmet anlamına gelmektedir" **şeklinde tanımlanmaktadır.**[1]

Diğer taraftan **Yönerge** görsel-işitsel iletim mecralarındaki IP TV, Mobil TV, Web TV gibi yayın mecralarını da medya hizmet sağlayıcıları kapsamına alarak, yayıncı kavramını **medya hizmet sağlayıcısı** kavramı olarak düzenlemiş bulunmaktadır.

1993 tarihli 93/21876 sayılı Avrupa Konseyi **"Sınır Tanımayan Televizyon Sözleşmesi"**[2] madde 1'de ise; "Bu

---

1 15.4.2010 TR L 95/1 Sayılı Avrupa Birliği Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi (https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/74780?AspxAutoDetectCookieSupport=1)

2 "Avrupa Konseyi Sınır Tanımayan Sözleşmesi" 07.09.1992 tarihinde Türkiye tarafından imzalanmış ve 04.11.1993 tarih ve 3915 Sayılı Kanun ile TBMM'ce uygun görülerek yasalaşmıştır.

Sözleşme iletilen yayınlarda yer alan program hizmetleriyle ilgilidir. Amaç, Taraflar arasında **televizyon program hizmetlerinin** sınır ötesi iletimi ve yeniden iletimini kolaylaştırmaktır." denildikten sonra 2. maddenin d bendinde; "**Program Hizmeti**" belirli alanlarda belirli bir yayıncı tarafından sağlanan ve tek bir hizmet içindeki tüm unsurları ifade eder" **şeklinde tanımlanmaktadır.**

B. RADYO VE TELEVİZYON YAYIN HİZMETİ KAVRAMI

Ülkemizde **yayın hizmetleri kavramı** 03.03.2011 tarih ve 27863 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6112 sayılı **"Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunu"nun adında ve metninde** kullanılmıştır. Oysa uluslararası yayıncılık düzenlemelerinde bu kavram yerine yukarda yer aldığı üzere "görsel-işitsel medya hizmeti" kavramı kullanılmaktadır. 6112 Sayılı Kanunun bu temel tercihi nedeninin izah edildiği söz konusu kanunun genel gerekçesinde; "bu hususun Anayasal bir zorunluluktan kaynaklandığı, bu nedenle uluslararası literatürde özellikle Avrupa Birliği görsel-işitsel medya düzenlemelerinde temel oluşturan "görsel-işitsel medya hizmeti" kavramı yerine 1982 Anayasası'nın 133. maddesinde yer alan "radyo ve televizyon faaliyetlerini" karşılayacak şekilde "radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti" kavramının Anayasa'daki hükümler ve terminolojiye uygun olarak belirlendiği" ifade edilmektedir.

6112 Sayılı Kanunun amaç başlıklı 1., kapsam başlıklı 2. maddesinde yer alan **"yayın hizmeti" kavramı** 3. maddede; "medya hizmet sağlayıcının editoryal sorumluluğu altında ve temel amacı kamuoyunu bilgilendirmek, eğlendirmek veya eğitmek üzere elektronik iletişim şebekeleri yoluyla program sunmak olan, bireysel iletişim hariç olmak üzere, **televizyon yayın hizmeti**,

isteğe bağlı yayın hizmeti ve ticari iletişim ile **radyo yayın hizmeti**" şeklinde **tanımlanmaktadır**.

Diğer taraftan 6112 Sayılı Kanun, Yönerge'ye uygun olarak yayıncı kuruluş yerine **medya hizmet sağlayıcı** kavramını kabul etmiş ve 2'nci maddesinde; "**medya hizmet sağlayıcısı**; radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti içeriğinin seçiminde editoryal sorumluluğu bulunan ve bu hizmetin düzenlenme ve yayınlanma biçimine karar veren tüzel kişiyi ifade eder" **şeklinde tanımlamaktadır**.

Görüldüğü üzere 6112 Sayılı Kanun başlığı Uluslararası literatür ile aynı terminolojiyi kullanmasa da içerik olarak aynı kavramlara yer vermiş ve tüm düzenlemelerini temel dayanağı olan Avrupa Birliği Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi'ne bağlı olarak şekillendirmiş bulunmaktadır[3].

C. GÖRSEL-İŞİTSEL MEDYA HİZMETİ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İLİŞKİSİ

Radyo ve Televizyon yayınlarının sahip olduğu medya özgürlüğü ifade özgürlüğünün en önemli unsurlarından birisidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin onuncu maddesinin birinci paragrafında **ifade özgürlüğü** "Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir" düzenlemesi yer almaktadır.

İfade özgürlüğü ile birlikte kullanılan basın özgürlüğü de üç unsura dayanmaktadır;

1. Bilgi ve fikir alma özgürlüğü
2. Kanaat sahibi olma özgürlüğü

---

3 GÜRSOY, Yusuf," Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler."Radyo Televizyon Meslek Birliği (RATEM) Yayın Dizisi, İstanbul, 2011, s. 14.

3. Bilgi ve fikir açıklama özgürlüğü

Bunların yanı sıra ifade ve medya özgürlüğünden söz edebilmek için "bireyin farklı fikir ve düşüncelere özgür bir şekilde ulaşması, bu fikirler arasında tercih yapabilmesi (kanaat sahibi olması) ve tercih ettiği düşünce ve kanaati başkalarıyla paylaşma özgürlüğünün mevcut olması gerekmektedir".[4]

İfade ve medya özgürlüğünün var olduğunu gösteren ilk şart haber fikir ve bilgilerin araştırılması, elde edilmesi ve serbestçe öğrenilmesidir. Haber, fikir ve bilgiler ifade özgürlüğünün ham maddesini oluşturur. Sözleşme'nin 10. maddesinde ifade özgürlüğünün resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestisini de kapsadığı belirtilerek bu temel şarta işaret edilmiştir. Sözleşme'de haber alma ve vermenin ülke sınırları söz konusu olmaksızın geçerli olacağı öngörülmekte, böylece hakkın kapsamı genişletilerek uluslararası bir boyut kazandırılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlarda, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temellerinden biri olduğunu belirttikten sonra, basın organlarına tanınması gereken güvencelerin özel bir öneme sahip bulunduğunu vurgulamaktadır.

Medya özgürlüğü, bir yönüyle halkı ilgilendiren haber ve görüşleri iletme özgürlüğüdür. Diğer yönüyle ise bu özgürlük halkın bu bilgi ve görüşleri alma hakkıdır. Basın özgürlüğü söz konusu olduğunda ulusal makamlara tanınan takdir yetkisi demokratik bir toplum gerekleri dikkate alınarak sınırlandırılır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin basın özgürlüğü konusundaki bu görüşleri,

[4] Türkiye'de İfade ve Medya Özgürlüğü Projesi, 8.Yuvarlak Masa Toplantısı İçin Hazırlanmış Olan Kitapçık, s.2.

öncelikle **yazılı basın için geliştirilmiş olmakla birlikte, şüphesiz görsel ve işitsel basın için de geçerlidir.**[5]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğünün yalnızca bilgi ve düşüncelerin konusunu ve içeriğini değil, aynı zamanda **iletilme biçimini** de güvence altına aldığını defalarca vurgulamıştır. Bu anlamda, AİHS 10. maddesinin koruduğu "ifade" yazılı yada sözel kelimelerle sınırlı olmayıp, bir fikir ifade etmeyi ya da bir bilgi sunmayı amaçlayan resimleri, **görüntüleri ya da işitsel yayınları kapsar.**

Diğer taraftan 7 Aralık 2000 tarihinde Fransa'da imzalanıp Avrupa Birliği Anayasası olarak kabul edilen "**Temel Haklar Şartı**"nın 11'inci maddesinin 2'nci fıkrasında "Medyanın Özgürlüğüne ve çoğulculuğuna saygı gösterir" ifadesi ile doğrudan **Medya Özgürlüğü kavramı ilk defa ifade özgürlüğünden bağımsız olarak ele alınmaktadır.**

Söz konusu kavram Radyo ve Televizyon alanında değişik ülkelerde ve kaynaklarda **"broadcasting freedom", "electronic media", "broadcasting media", "audiovisual rights" ve radyo televizyon özgürlüğü**[6] gibi isimler de verilmektedir.

D. GÖRSEL-İŞİTSEL MEDYA HİZMETİ HUKUKÎ REJİMİ

Görsel işitsel Medya Hizmetlerinin tabi olduğu hukuksal rejim gerek ülkemizin gerekse diğer çağdaş

---

5 DOĞRU, Osman – NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Arabuluculuk ve Önemli Kararlar, 2.Cilt, Pozitif Matbaa, Ankara, 2013, s.207

6 UZELTÜRK, Sultan, "Birleşik Krallık'ta Görsel ve İşitsel İletişim Özgürlüğünün Kurumsal Sınırı: Bağımsız televizyon komisyonu (ITC)" İnsan Hakları Yıllığı (Dr. Muzaffer SENCER'e Armağan) TODAİE C:17-18, Ankara 1995-1996 s.205

ülkelerde tartışmalara konu olmaya devam etmektedir. Bu tartışmalardan ortaya çıkan geleneksel, yaygın yaklaşım ve uygulamaya göre; basın ve görsel-işitsel medyanın farklılığını değerlendirirken her ikisi arasına kesin bir çizgi koymakta ve bunların farklı düzenleme ve denetleme kategorileri içerisinde yer aldığını kabul etmektedir.

1- Görsel-İşitsel Medya Alanındaki Tüm Düzenlemeler Medyada Çoğulcuk, Tarafsızlık, Kültürel Ve Dilsel Çeşitlilik, Çıkar Hedeflerine Bağlı Olarak Geliştirilmek Zorundadır (Görsel İşitsel Politikalar Farklıdır)

2- Görsel-İşitsel Yayın Faaliyetinin İzne (Ruhsata) Tabi Olması Kuraldır

3- **Görsel-İşitsel Medya Alanında İdare (Üst Kurullar) Etkin ve Yaygın İdarî Yaptırım Uygulama Yetkisine Sahiptir**[7]

Bu genel çerçeve içerisinde, **radyo ve televizyon yayın hizmetleri iletişim özgürlüğünün sınırlı örgütlü ve gözetimli olduğu** ifade edilir. Böylece,"ilke olarak bastırıcı rejime tabi olan basın özgürlüğünün aksine, burada **önleyici rejim**[8] geçerlidir."diğer bir değişle, radyo ve televizyon yayın hizmetleri alanı idarenin düzenleme, denetleme, izin ve yaptırım uygulama yetkilerinin egemen olduğu bir alandır. Oysa basın alanında yayımcı, ceza hukuku ve medeni hukukun getirdiği sınırlar içinde, idareden izin almaksızın yayınlarını istediği gibi biçimlendirebilir. Burada görsel işitsel medya hizmetlerinin kategorik olarak farklı **hukuksal rejimlere** tabi kılınmış

7 KUTAY, Pars - Aslı ÖZÇERİ, Avrupa Birliği'nde Medya Hukuku ve Uygulamaları, 2006, s.18

8 CANORUÇ, M.Şenay, "Türk Anayasa Hukukunda "Görsel-İşitsel İletişim Özgürlüğü'nün Niteliği", Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi www.esosder.org ISSN:1304-0278 Güz-2007 C.6 S.22 (329-361)

olduğunu söylemekte herhangi bir yanlışlık görülmeyecektir.[9]

Bu anlamda Türkiye'de, radyo ve televizyon yayıncılığı, AİHS'in 10. maddesinin 1. Fıkrasının son cümlesine uygun olarak öncelikle bir **izin sistemine (rejimine)** tabidir. 13.4.1994 tarih ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun ile daha önce devlete ait tekel niteliğindeki yayıncılık yerine çok sesli özel radyo ve televizyonculuğu yasal çerçeveye bağlanmıştır. 3984 Sayılı Yasayla getirilen bu izin sistemi, 6112 Sayılı Yasa ve OHAL Kararnameleri değişiklik ve ekleri sonrasında oluşan sistem ile yayıncılık yapacak kuruluşların yayının teknik yönden düzenlenmesine hem de yapılacak yayınların bu Yasada öngörülen çerçevede yapılmasını sağlamaya yönelik düzenlemeler ve yaptırımlar içermektedir[10].

II. GÖRSEL-İŞİTSEL MEDYA İDARÎ YAPTIRIMLARI

Görsel İşitsel medya hizmetlerini düzenleyen Avrupa Birliği Yönergesi ve Avrupa Konseyinin sözleşmesi idarî yaptırımlarla ilgili doğrudan bir hüküm barındırmamakla birlikte "çocukların ve gençlerin fiziki, zihinsel ve ahlaki gelişimine zarar verecek programın onların izleyebileceği saatlere yerleştirmesi" ve "nefret uyandıran", "insan onurunu ihalelerini içeren", "kamu sağlığını bozan", "ırk, cinsiyet, din ve milliyet ayrımcılığı yapan" yayınların yapılmaması gerektiğine dair sorumluluklar belirlemiştir.

Ancak Avrupa Konseyinin **idarî yaptırımlarla ilgili 91 sayılı tavsiye kararında**; Üye Devletlerce uygulanacak idarî yaptırımları ve bunların karara bağlanabileceği koşulları belirleyen çok önemli ilkeler bulunmaktadır. Söz konusu

---

9 YILMAZ, hâlit, "İdarenin görsel-işitsel iletişim alanındaki işlevi", Ankara 2006;imaj yayınları s.35.

10 Görsel-işitsel izin sistemi bu alanda yaptırımlardan sonra en önemli ve güncel konuyu oluşturmakta olup, ayrı bir çalışmayı ve değerlendirmeyi gerektirmektedir.

tavsiye kararında idarî yaptırımların hızla artmasına kişilerin korunması bakımından bunları bir ilkeler bütünlüğüne tabi kılmak suretiyle sınırlandırma getirilmesi amaçlanmış, **uygulama alanı** başlığı altında da idarî yaptırımların hangi işlemlere uygulanıp hangi işlemlere uygulanmayacağı açıkça gösterilmiştir.

Bir başka deyişle idarî ceza ve idarî tedbir sınıflandırılması doğrultusunda çok önemli tespitler yapılmıştır. Bu tavsiye kararında; uygulanabilir kurallara aykırı bir davranıştan dolayı kişileri, bir para cezasının ya da parasal veya parasal olmayan nitelikte cezalandırıcı her türlü diğer tedbirin söz konusu olduğu **bir cezaya maruz bırakan idarî işlemler idarî yaptırım olarak adlandırılır.**

Diğer taraftan Avrupa'da olduğu gibi Ülkemizde de üst kurulların bir piyasa denetleme ve düzenleme aracı olarak yer alması idarî yaptırımlarının da ayrıntılı olarak düzenlenmesini gerekli kılmıştır.[11] Bu anlamda Türk pozitif hukukunda görsel-işitsel alana ait müstakil idarî yaptırım düzenlemeleri (olağan ve olağanüstü hâllerde) yer almakta, söz konusu idarî yaptırımlar düzenlemesi, uygulaması ve hukukî rejimi çalışmamızın esas konusunu oluşturmaktadır.Ancak ana konumuza geçmeden önce burada genel idarî yaptırımlar ve hukukî rejim kavramları üzerinde durmak zorunluluğu bulunmaktadır.

A. İDARÎ YAPTIRIM VE MÜEYYİDE KAVRAMI

İdarî yaptırım, "yasaların açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle uyguladığı müeyyidelerdir". Bu tanım Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından da benimsenmiş ve kararlarında sıklıkla kullanılmıştır. İdarî

11 KURT, Hayrettin, "İdarî Yaptırımlara Karşı Güvenceler" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XIII, Y.2014, Sayı.1, Sayfa: 136.

yaptırımlara dair genel hükümler ihtiva eden 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ise "idarî yaptırım" kavramını doğrudan tanımlama cihetine gitmemiş, "kabahat" kavramını tanımlayarak (md. 2) dolaylı yoldan idarî yaptırımın ne olduğunu ortaya koymaya çalışmıştır. Maddeye göre idarî yaptırım, kabahatlere karşı öngörülmüş bir karşılıktır.

İdarî yaptırımlar çeşitli şekillerde tezahür etmektedir. En çok başvurulan çeşidi idarî para cezaları olmakla birlikte, idarî yaptırımların disiplin yaptırımları, mülkiyetin kamuya geçirilmesi, lisans / ruhsat iptali, teminat mektubunun irat kaydedilmesi, lisansın askıya alınması, yayının durdurulması vs. gibi birçok çeşidi bulunmaktadır[12].

İdarî yaptırımlar ile cezaî müeyyideler arasında amaç, yaptırıma yetkili organ, usul, hukukî sonuç ve hukukî nitelik yönlerinden farklar vardır. Öncelikle, suç işleyenlere karşı cezaya hükmetme yetkisi sadece hâkimlik sıfatı, bağımsızlığı ve teminatı olan makamlara yani mahkemelere aittir[13]. Buna karşılık **idarî yaptırımlar ise bu vasıflara sahip olmayan makamlara ve kurumlara yani idareye aittir.** Tatbik edilmesi idarî makamlara bırakılan bu yaptırımlar kazaî değil idarîdir ve hukukî niteliği itibariyle birer "idarî işlem"dir. Bu işlemler caydırıcılık ve cezalandırıcılık özelliklerine sahip oldukları için diğer idarî işlemlerden farklıdır[14].

---

12 EKİNCİ, Murat, Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdarî Yaptırımlar, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017/3, s. 22.

13 Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara, 2016, Adalet Yayınevi, s. 57.

14 ERDİNÇ, Burcu, "İdarî Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması", Ankara Barosu Dergisi, Ankara, 2012, S: 2, s. 242.

Görsel-işitsel yayıncılık alanında yasaklar ve yükümlülüklerin yerine getirilip, getirilmediğini takip etme görevi bulunan idarenin (üst kurulların) bir takım idarî yaptırımları uygulama yetkisine sahip kılınması zorunluluk olarak görülmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin görsel-işitsel iletişim sektöründeki düzenleyici ve denetleyici otoritelerin bağımsızlığı ve işlevine ilişkin tavsiye kararında, yayımcıların yükümlülüklerini yerine getirmemeleri hâlinde düzenleyici ve denetleyici otoritelerin, yasayla belirlenen sınırlar içinde yayımcıya karşı yaptırım uygulayabileceği belirtilmiştir.

B. İDARÎ YAPTIRIMLARIN SINIFLANDIRILMASI

Türk pozitif hukukunda 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun **Yaptırım türleri** başlıklı 16. maddesinde idarî yaptırımlar **idarî para cezası** ve **idarî tedbirler** olarak düzenlenmiştir. Kabahatler Kanunu'nun yapmış olduğu bu tasnif çeşitli yönleriyle eksik görülmekte bu nedenle haklı olarak İdarî Yaptırımlar için gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında çeşitli sınıflandırmalar yapıldığı görülmektedir. Zira idarî yaptırımların sınıflandırmaya tabi tutulması, bunların **hukukî rejimlerinin belirliliği ve öngörülebilirliği yönünden** büyük önem arz etmektedir. Çalışmamızın kapsamı yönünden, nitelik ve nicelik yönünden iki ayrı kriterden oluşan bu sınıflandırmada en doğru sınıflandırmanın öncelikle **idarî cezaların idarî tedbirlerden** ayrıştırılması akabinde de idarî cezaları kendi içinde "**Regülatif Cezalar, Kabahat Cezaları ve Disiplin Cezaları**" olmak üzere üçe ayırmaktır**.**

İdarî Tedbirlerin ise, Geçici Engelleme (mevzuat ihlâli nedeniyle bir işyerinin geçici kapatılması veya mühürlenmesi, bir meslek veya sanatın geçici tatili, belli bir faaliyetin geçici yasaklanması veya askıya alınması, ulaşım aracının seyrüseferden veya trafikten alıkonulması), İdarî İznin Geri Alınması (idarî izin, ruhsat veya **lisansın başlangıçtaki koşullarının sonradan kaybedilmesi veya**

bu koşulların hiç sağlanamadığının sonradan anlaşılması nedeniyle geri alınması), Eşyaya Geçici El Koyma gibi türleri bulunmaktadır.

Regülatif cezalar ile kabahat cezalarını ayırmada nitelik yönünden ve nicelik yönünden iki ayrı kriter kullanılabilir. Nitelik Yönünden Ayırma Kriterine göre, kabahat cezaları, genel kamu düzeninin, yani asayiş (genel güvenlik), genel sağlık ve genel toplumsal huzuru (dirlik ve esenlik) koruma amaçlı olarak, genel kolluk mevzuatını ihlâl edenlere verilen cezaları ifade etmektedir. Regülatif cezalar ise, genel kamu düzeni yerine, spesifik bir alandaki veya sektördeki düzeni (örneğin ekonomik düzeni) korumaya veya ekonomik regülasyonu sağlamaya yönelik olarak verilen cezaları ifade eder.

Regülatif cezaların tipik örnekleri ise regülasyon kurumları ve bağımsız idarî otoritelerce (SPK, RK, EPDK, BTK, BDDK, **RTÜK**, TAPDK…) kendi görev alanları uyarınca sektörel aktörlere verilen idarî para cezaları ve lisans iptali gibi cezalardır.[15]

İdarî yaptırımlar arasında benzer bir sınıflandırmada AİHM tarafından yapılmaktadır. Mahkeme yerleşik içtihadında, idarî tedbir niteliğinde gördüğü idarî yaptırımları AİHS açısından "ceza" kapsamında görmediğinden, bunlar için Sözleşmenin adil yargılanma hakkına ilişkin hükümlerin uygulamamaktadır. Tıpkı Avrupa İnsan Hakları Hukukunda olduğu gibi, pozitif hukukta son zamanlarda yargı yerlerinin de bu yönde ayrım yaptığı, gerek **Danıştay**[16] gerek **Anayasa Mahkemesi**[17] kararlarında idarî ceza-tedbir olarak temel sınıflandırmaya

---

15 ULUSOY, Ali.D, a.g.eser s47-48

16 D.İDDK'nun 12.09.2012 tarih ve E:2007/285, 12.09.2012 tarih ve E:2007/1425

17 AYM'nin 14.01.2010 tarih ve K:2010/2

tabi tutulması, **idarî yaptırımların hukukî rejimlerinin belirliliği ve öngörülebilirliği yönünden son derece isabetli görülmektedir**.[18]

C. İDARÎ YAPTIRIMLARIN HUKUKSAL NİTELİĞİ

İdarî yaptırımların hukuksal niteliği günümüze değin tartışma konusu olagelmiştir. Tartışma, bu yaptırımların ceza yaptırımı niteliği taşıyıp taşımadığı noktasında odaklanmaktadır. Burada çözülmek istenilen sorun, idarî yaptırımların adli bir ceza olup olmadığı, nitelikleri açısından hangi noktalardan farklılıklar arz ettiğidir. Ceza yaptırımlarında aranan özelliklerin idarî yaptırımlarda da geçerli ve hatta olmazsa olmaz şartlardan olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Burada bir yaptırımın idarî ya da yargısal bir yaptırım olmasındaki ayırım üzerinde dikkatle durmaya çalışılmasının nedeni şudur: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**, iç hukukta idarî yaptırım olarak adlandırılsa da, yapacağı incele üzerine, ceza yaptırımı yanının ağır bastığı kararına vardığı bazı para yaptırımları için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil ya da dürüst yargılanmayı içeren 6'ncı maddesini devreye sokmaktadır. Bir yaptırımı ceza yaptırımı olarak adlandırdığımızda, savunma hakkı adil, tarafsız ve bağımsız bir hakim önünde itiraz etme hakkı tanınması AİHS m.6, suç ve cezada yasallık ilkesine özen gösterilmesi AİHS 7, cezaların geriye yürümemesi kuralları AİHS 7 mutlaka geçerli olmalıdır. Ayrıca, "ne bis in idem" ve bunun dolaylı sonucu olan orantılılık ilkesine uymalıdır. **Nitelik sorunu bu nedenle önem taşımaktadır**.

İdarî yaptırımların kişi hak ve özgürlüklerini ilgilendirmesi, bireylere belirli yükler getirmesi, katı biçim koşullarına tabi olmaları gibi yönleriyle Ceza Hukukundan etkilenmeleri, doğrudan alınmaları ya da esinlenmeleri de doğal karşılanmalıdır. Ancak, nitelikleri açısından farklı

[18] ULUSOY, Ali. a.g.eser sayfa 16

olan idarî yaptırımlar kendilerine özgü bir gelişme göstermişlerdir.

Ancak idarî yaptırımların hukuksal nitelikleri ortaya konulurken Ceza Hukuku ilkelerine başvurarak idarî yaptırımın niteliklerinin ve ceza yaptırımlarından farklılıklarının açıkça ortaya konması gerekmektedir.

İdarî işlem niteliğinde olan idarî yaptırımların doktrinde adli işlemlerden farklılığını ortaya koyan özelliklerinin;

-İdarî bir işlem biçiminde doğarlar

-İdarî işlemler arasında cezalandırıcı ve caydırıcı olmaları noktasında farklılaşırlar

-İdarî yaptırımlar belirli bir şahsa ve tüzel kişiye yöneliktirler

-Uygulanmalarında yargısal usuller değil, idare hukukuna özgü usuller geçerlidir

-İdarenin, korumakla yükümlü olduğu kamu düzeni ve güvenini, kamu sağlığını ve ulusal servetleri, gereği gibi koruyabilmesinin aracıdırlar[19]

-İdarece uygulandıkları, uygulanırken idare hukuku usulleri ve genel hukuk ilkeleri esas alındığından; ayrıca idarî düzeni korumayı ve sağlamayı amaçladıklarından cezai değil idarî nitelik taşırlar[20].

İdarî yaptırımların şekli olarak hukukî işlem, maddi olarak ise yaptırım olduğu söylenmelidir. Bunlara ilişkin usulî kurallar da esnek ve birbirinden farklı yaptırımların hukukî mekanizmaları karışık bir niteliği sahiptir.

---

19 ASLAN, M.Yasin, "İdarî Yaptırımlar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 85, 2009, s.181.

20 ERDİNÇ, Burcu, "İdarî Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması" Ankara Barosu Dergisi, 2012/2, s.263.

D. CEZA HUKUKU İLKELERİ VE İDARÎ YAPTIRIMLAR GÜVENCELERİ

İdare yaptırım uygularken hem "davacı" hem "savcı" hem "hükmü veren" hem de "hükmü icra eden" konumundadır. İşte bu nedenle temel ceza hukuku ilkelerinin (kanunilik, şahsilik, ölçülülük, geriye yürümezlik, mükerrer cezalandırma yasağı, savunma hakkı) idarî yaptırımlar açısından da uygulanıp uygulanmayacağı hususu büyük önem taşımaktadır. Özellikle idarî tedbirlerde değilse de, idarî cezalarda ceza hukukunun çekirdek diyebileceğimiz en temel ilke ve kurallarının uygulanması artık evrensel bir genel hukuk ilkesi olarak kabul edilmektedir[21].

Bu ilkeler sayesinde vatandaş ile idare arasında "silahların eşitliği" sağlanmış olur. Nitekim; muhatapları üzerinde ağır bir etki doğurması kaydıyla; idarî ceza niteliğinde gördüğü yaptırımlara prensipte AİHS'nin 6. ve 13. maddelerinde öngörülen adil yargılanma hakkına dair kuralları uygulamaktadır.

Ancak İdarî cezalara ceza genel hukukunun tüm ilke ve kurallarının değil, bireyler açısından maksimum derecede güvence getirdiği varsayılan ve artık hukukun genel ilkesi seviyesinde kabul edilen "çekirdek" ceza hukuku güvenceleri uygulanmaktadır. Diğer yandan, idarî cezalara da uygulanan "çekirdek" ceza hukuku ilkelerinin idare hukukundaki uygulamasının ceza hukukundaki uygulamalarına göre daha "esnek" olduğunu da belirtmek gerekir.

İdarî yaptırım kararları, idarî işlem niteliği taşımaları nedeniyle idarî işlemlerin sahip oldukları özellikleri bünyesinde barındırmaktadırlar. Bu nedenle idarî yaptırım uygulayan idarî makam, yetki, konu, şekil, amaç ve sebep yönünden idare hukukunca getirilen ilke ve kurallara

21 ULUSOY, Ali, a.g.e., s. 48.

uygun hâle getirmek zorundadır. **Bu durum hakkında idarî yaptırım uygulanan kişi ve kuruluşlar açısından önemli bir güvence oluşturmaktadır**. Bu nedenle idarî yaptırımlarla ilgili düzenlemeler, idare hukukunun usul ve esasına uygun açık normlar içermek zorundadır.

Ancak idare hukukunun içtihadî niteliği, idarî mevzuatın dağınıklığı nedeniyle Türk hukukunda idarî yaptırımların tam anlamıyla bir güvenceye sahip olduğunu söylemek zordur.[22]

Buna karşın idarî yaptırımlar konulu 91 sayılı Avrupa Konseyi tavsiye kararında idarî yaptırımların ayrı bir düzenlemeye tabi olması ve bunların bir ilkeler bütününe tabi kılınmak suretiyle sınır getirilmesinin idarî bir yaptırıma maruz bırakan idarî işlemlerin ek güvencelerle donatılması gerektiğini vurgulamaktadır[23].

---

22 KURT, Hayrettin, a.g.e., s. 131

23 Avrupa Konseyi 91 sayılı Tavsiye Kararı'nda ek güvence sayılacak, idarî yaptırıma ilişkin ilkeler yer almaktadır. **Söz konusu ilkeler:** "İlke 2: 1-İşlendiği zaman uygulanabilir kurallara aykırı bir davranış teşkil etmeyen bir fiilden dolayı hiçbir idarî yaptırıma karar verilemez. Fiilin işlendiği esnada daha hafif bir yaptırım uygulanabilir ise, sonradan getirilen daha ağır yaptırıma karar verilemez. 2-Fiilden sonra daha az cezalandırıcı nitelikteki düzenlemelerin yürürlüğe girmesi, idarî makamın hakkında bir yaptırım kararı almayı düşündüğü kişinin lehinedir. İlke 3: 1-Hiç kimse aynı fiilden dolayı aynı hukuk kuralı ya da aynı toplumsal yararı koruyan hukuk kuralları temeline dayalı olarak idarî bir yaptırıma iki defa tabi tutulamaz. 2-Aynı fiil farklı toplumsal yararlan koruyan hukuk kurallarına dayanılarak birden fazla idarî makam tarafından takibata yol açtığı takdirde, bu makamlardan her biri aynı fiilden dolayı daha önce karara bağlanmış her yaptırımı gözönünde bulundurur. İlke 4: 1-Uygulanabilir normlara aykırı davranışlara yönelik idarî makamların soruşturması makul süreler içerisinde zamanaşımına uğrar. 2-İdarî bir makam idarî yaptırım

IV. GÖRSEL-İŞİTSEL MEDYA HİZMETLERİ, İDARÎ YAPTIRIMLARI VE HUKUKÎ REJİMİ

Temel idarî yaptırım düzenlemesi sayılabilecek **6112 Sayılı Kanun'un 32'nci maddesi** 11 fıkra hâlinde idarî yaptırımların türü, miktarı, süresi ve usulüne ilişkin hükümler içermektedir. Ayrıca yaptırıma konu yükümlülük, ilke ve ihlâl düzenlemeleri **6112 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinde 20 bentten oluşan birinci fıkra** dışında üç fıkra ile ticari iletişime ilişkin 9, 10, 11, 12, 13 maddelerinden oluşmaktadır. **Tüm bu temel yasal idarî yaptırım ve ihlâl düzenlemeleri ile buna ilişkin ikincil düzenlemeler 6112 Sayılı Kanun'un görsel-işitsel idarî yaptırımlar rejimini şekillendirmektedir**[24].

A-İDARÎ YAPTIRIMLAR DÜZENLEMELERİ

1. 6112 SAYILI KANUN'UN İDARÎ YAPTIRMA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİ

MADDE 32 - (1) Bu Kanunun 8'inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (d), (g), (n), (s) ve (ş) bentlerindeki yayın hizmeti ilkelerine aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara, ihlâlin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlâlin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki **brüt ticari iletişim gelirinin yüzde**

usulüne başladığı takdirde, işin koşullarını dikkate alarak makul bir çabuklukla hareket etmelidir. İlke 7: İspat yükü idarî makama düşer. İlke 8: Bir yaptırıma maruz bırakan idarî işlem kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yasallık denetimine tabi tutulur." **şeklindedir**. Tavsiye kararı gayri resmi çevirisi için bkz.: KARABULUT, Zeynel: Kabahatler Hukuku, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 375-378.

[24] SAYGIN, Engin, Türkiye ve İngiltere'de Radyo ve Televizyon Yayıncılığı Alanındaki Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar ve Bu Kurumlara Verilen Yeni Bir Görev: Medya Okuryazarlığının Geliştirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Temmuz 2016, Sayı: 27, Yıl: 7, s. 416.

ikisinden beşine kadar idarî para cezası verilir. Ayrıca,idarî tedbir olarak,ihlâle konu programın yayınının beş keze kadar durdurulmasına,isteğe bağlı yayın hizmetlerinde ihlâle bağlı programın katalogdan çıkarılmasına karar verilir.İhlalin mahiyeti göz önünde bulundurularak, bu fıkra hükümlerine göre **idarî para cezası ile birlikte idarî tedbire karar verilebileceği gibi, sadece idarî para cezasına veya tedbire de karar verilebilir.**

(2) 8'inci maddenin birinci fıkrasının diğer bentleri ile ikinci ve üçüncü fıkralarında ve bu Kanunun diğer maddelerinde belirlenen ilke, yükümlülük veya yasaklara aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcıları uyarılır. Uyarının ilgili kuruluşa tebliğinden sonra ihlâlin tekrarı hâlinde medya hizmet sağlayıcıya ihlâlin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlâlin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki **brüt ticari iletişim gelirinin yüzde birinden üçüne kadar idarî para cezası verilir**[25]**.**

Yukarıda yer aldığı gibi 32'nci maddenin birinci ve ikinci fıkraları idarî yaptırım türünü, süresini belirleyen hükümler olup, 32'nci maddenin diğer fıkralarından beşinci fıkrası tekerrür sonucu uygulanacak idarî yaptırımları düzenlemekte, altıncı ve yedinci fıkraları ise lisans iptali idarî yaptırımını düzenleyen hükümlerdir. **Maddenin söz konusu fıkraları dışındaki düzenlemeleri ise idarî**

25 6112 Sayılı Kanun'un ilk hâlinde yer alan bu düzenleme daha sonra OHAL kararnameleriyle önemli ölçüde değişikliğe ve ilavelere konu olmuş bulunmaktadır, bu nedenle konunun anlaşılması doğrultusunda ilgili 32.maddenin sadece madde metnini vermekle yetineceğiz. Zira çalışmamızın ikinci bölümünde yoğunlaşacağımız 32'nci maddenin değişikliğini ve sonrasında oluşan hükümlerini ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

yaptırımın yetkisini, yöntemini, tebliğini, yargı yerini ve tahsilini öngören hükümler olarak nitelendirilebilir.

32'nci madde dışında 6112 Sayılı Kanunun 19'uncu maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan maktu para cezası, 26'ncı maddesinin sekizinci fıkrasında yer alan maktu para cezası, 42'nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan lisans iptaline ilişkin hükümler ile istisnai olarak kimi Yönetmelik hükümlerinde de idarî yaptırımlar ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır.

Örneğin RTÜK tarafından çıkarılan bir Yönetmelikte idarî yaptırım türü, miktarına ait hükümler bulunmaktadır[26].

2. 6112 SAYILI KANUN'UN İDARÎ İHLAL, İLKE VE YÜKÜMLÜLÜKLERE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİ

MADDE 8 - (1) Medya hizmet sağlayıcılar yayın hizmetlerini kamusal sorumluluk anlayışı içinde bu fıkrada yer alan ilkelere uygun olarak sunarlar.

Söz konusu yayın ilkeleri yirmi adet olup OHAL KHK'leri ile yeni yayın ilkeleri eklenmek suretiyle varlığını sürdürmektedir. Bunlardan önemlileri; 6112 Sayılı Kanun'un adı geçen **8'inci maddesinin birinci fıkrası** Olağanüstü hâl KHK'leri ile değişiklikten önce yirmi adet yayın hizmeti barındırmaktaydı. Söz konusu yayın ilkelerine OHAL kararnameleri ile ilaveler ve değişiklikler yapılmıştır, ancak büyük ölçüde temel ilkeler varlığını sürdürmektedir. Söz konusu **yayın ilkelerini** şöylece özetleyebiliriz:

- *Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bağımsızlığı, bölünmezliğinin korunması,*
- *Hukukun üstünlüğü, adalet ve tarafsızlığın korunması,*
- *Toplumun temel değerlerinin korunması,*

26 17.10.2012 tarih ve 28444 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "İzlenme ve Dinlenme Oran ve Ölçümlerinin Yapılmasına ve Denetlenmesine İlişkin Yönetmelik", madde 15.

- *Çocukların gençlerin ve kadınların korunması,*
- *Çevrenin ve hayvanların korunması,*
- *Masuniyet Karinesi esas alınmış, haberlerde tarafsızlığın korunması.*

Sekizinci maddenin 1.fıkrası dışında da 6112 Sayılı Kanunun 8, 9, 10, 11, 12, 13. maddelerinde de önemli yayın ilke, ihlâl ve yükümlülük hükümleri düzenlenmektedir. Bu düzenlemeler ticari iletişim, reklamlar,program destekleme,tele alışveriş,ürün yerleştirme ve siyasî reklam başlıklarını taşımaktadır. **Ayrıca 9. madde ticarî iletişime ilişkin önemli ilkeleri hüküm altına almaktadır.**

MADDE 9 - Ticari iletişim 8'inci maddede belirlenen esas ve ilkeler saklı kalmak kaydıyla;

a) Adalet, hakkaniyet ve dürüstlük ilkelerine uygun olmak,

b) Cinsiyet, ırk, renk veya etnik köken, tabiiyet, din, felsefi inanç veya siyasî düşünce, özürlülük, yaş ve herhangi bir ayrımcılığı içermemek veya teşvik etmemek,

c) Yanıltıcı olmamak ve tüketicinin çıkarlarına zarar vermemek,

ç) Çocukların fiziksel, zihinsel veya ahlakî gelişimine zarar vermemek,

d) Kadınların istismarına yönelik olmamak,

e) Sağlık, çevre ve güvenliği zarar verecek davranışa teşvik etmemek zorundadır.

Çalışmamızın önceki bölümlerinde vurgulandığı gibi, idarî yaptırımlar konusunda yönetmelik ile düzenleme yapılmazken özellikle regülatif alanlarda yönetmelik ile de yaptırıma konu ihlâl, ilke ve yükümlülüklerde düzenleme yapma olanağı bulunmaktadır. Bu doğrultuda görsel-işitsel alana ait yönetmeliklerde ihlâl, yükümlülük ve ilkelere ilişkin çok sayıda hüküm bulunmaktadır.

3. 5326 SAYILI KABAHATLER KANUNUNUN GENEL İDARİ YAPTIRIMA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİ

Türk pozitif hukukunda 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu özellikle genel hükümler açısından idarî ihlâller ile bunlara uygulanacak idarî yaptırımlar için **genel bir kanun** olma amacıyla çıkarılmış bulunmaktadır. Nitekim adı geçen kanunun "**genel kanun niteliği**" başlıklı üçüncü maddesinde; Kabahatler Kanunu'nun idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması hâlinde uygulanacağı; diğer genel hükümlerinin ise, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu nedenle Kabahatler Kanunun genel kanun olma niteliği gereği Kabahatler Kanunun kabahatlere ilişkin "genel hükümleri" 6112 Sayılı Kanunda düzenlenen idarî para cezaları tedbirler ve yaptırım gerektiren bütün fiiller hakkında da uygulanacaktır.

Kabahatler Kanunu, genel kanun niteliğinden dolayı, kanunilik ilkesi (m. 4), zaman bakımından uygulama (m. 5), yer bakımından uygulama (m. 6), kabahatin ihmali davranışla işlenmesi (m. 7), organ veya temsilcinin davranışından dolayı sorumluluk (m.8), kast veya taksir (m. 9), hata (m. 10), sorumluluk (m. II), hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler (m. 12), teşebbüs (m. 13), iştirak (m. 14), içtima (m. 15), idarî yaptırımlarla ilgili kurallar (m. 16-17-18-19), soruşturma zamanaşımı (m. 20), yerine getirme zamanaşımı (m. 21) ve tekerrür (m. 22) başlıklı maddeleriyle diğer kanunlarda yer alan kabahatler bakımından da geçerli olmak üzere çıkarılmıştır.

V. OLAĞANÜSTÜ HÂL KARARNAMELERİ VE GÖRSEL İŞİTSEL İDARÎ YAPTIRIMLAR

A. OLAĞANÜSTÜ HÂL KAVRAMI ve OHAL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİ

1. OLAĞANÜSTÜ HÂL KAVRAMI

Olağanüstü hâl; belli sebeplerle ilan olunan geçici olarak temel hak ve hürriyetlerin kısmen veya tamamen durdurulmasına veya vatandaşlar için para, mal çalışma yükümlülükleri getirilmesine imkân veren olağanüstü yönetim usulleridir[27].

1982 Anayasası'nın aralarında bulunduğu bir çok demokratik ülke anayasalarında "**Olağanüstü Yönetim Usulleri**", fevkalade hâl rejimleri veya "**Olağanüstü hâl Rejimleri**" adı altında normal hukuk düzeninden ayrı olarak bir takım yönetim usulleri kabul edilmiştir. Ancak bu gelişmenin Olağanüstü Yönetim Usullerinin hukuk dışı ve hukuk üstü bir yönetim şekli olduğu sonucuna götürmeyecek bir kabul tarzı olduğu unutulmamalıdır.

Buna rağmen hukuk düzeni tarafından kabul edilen böyle bir rejimin mahiyetinin ne olduğu konusunda doktrinde fikir birliği sağlanmış değildir[28]. Ancak temel hakların sınırlanması özelliği göz önünde bulundurularak "**olağanüstü yönetim usullerini, bazı hürriyetleri kısıcı veya kısıtlayıcı ve ortadan kaldırıcı tedbirlerin alındığı ve uygulandığı olağanüstü zamanlarda, bu zamanın devamı süresine bağlı olmak üzere, anayasa ile kabul**

---

27 GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuk Dersleri, Bursa 2000, s. 810-828.

28 DARENDELİ, A. Vahap, "1982 Anayasası'na Göre OHAL Kararnamelerinin Hukukî Rejimi", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1992, s. 1.

edilen ve özel kanunlarla düzenlenen rejim" olarak tanımlamak mümkündür[29].

2935 sayılı Olağanüstü hâl Kanununun 1. maddesinde olağanüstü tanımlanmamakla birlikte **olağanüstü durumlar**;

a) **"Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım**,

b) **Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması**" olarak belirlenmiş bulunmaktadır.

2. OLAĞANÜSTÜ HÂL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİ

1982 Anayasası, olağan dönemlerde çıkarılacak KHK'lerin dışında ikinci bir tür KHK daha öngörmüştür. Bu tür kararnameler de birer KHK olmakla birlikte hukukî rejimleri olağan dönem KHK'lerinden oldukça farklıdır.

Olağan dönem KHK'lerinde, **KHK çıkarma yetkisi** Bakanlar Kuruluna aittir (m.91/1). Olağanüstü hâl KHK'lerinde ise, bu yetki, normal Bakanlar Kuruluna değil, "**Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'na aittir** (m.121/3).

Olağan dönem KHK'leri için TBMM tarafında çıkarılacak bir yetki kanununa ihtiyaç vardır (m.91/1-2). Oysa olağanüstü hâl KHK'leri için böyle bir yetki kanununa gerek yoktur. Zira olağan KHK'lerin yetki kanununa dayanması zorunluluğunu getiren 91'nci madde, 5'nci fıkrasında açıkça bu zorunluluğu olağanüstü hâl KHK'leri için kaldırmaktadır.

---

29 KUBALI, H. N., Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasî Rejimler, İ.Ü.H.F. Yayını, No: 35, İstanbul, 1971, s. 188.

Anayasamız, olağan dönemlerde KHK çıkarma yetkisini konu unsuru bakımından sınırlandırmıştır. Buna karşılık, **olağanüstü KHK'lerinde Anayasamızın öngördüğü bir konu sınırlaması yoktur**.

Dolayısıyla olağanüstü hâl KHK'leriyle temel haklar, kişi hakları, siyasî haklar ve ödevler de düzenlenebilir. Kaldı ki Anayasamızın 15'inci maddesi de, aynı doğrultu da, olağanüstü hâllerde "temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen durdurulabileceği" öngörülmektedir.

Bu nedenle, **olağanüstü hâl KHK'lerinde insan haklarını sınırlayan düzenlemeler ve bazı temel kanunlarda değişiklik yapan düzenlemeleri görmek mümkün gözükmektedir.**

3. OLAĞAÜSTÜ HÂL KARARNAMELERİNİN DENETİMİ

Olağan dönem KHK'leri Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi iken OHAL KHK'leri üzerinde herhangi bir yargısal denetim yoktur. Zira 1982 Anayasası'nın 148'inci maddesinin son cümlesinde; "**Ancak olağanüstü hâllerde ve savaş hâllerinde çıkarılan KHK'lerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine dava açılamaz**" hükmü yer almaktadır. Olağanüstü hâl KHK'leri üzerindeki tek denetim TBMM'nin denetimine tabidir. Bu kararnameler Resmi Gazetede yayınlandıkları gün TBMM onayına sunulurlar. TBMM bunları çok kısa bir sürede onaylarsa bunlar kanun hâline dönüşürler. Kanun hâline dönüşen olağanüstü hâl KHK'lerinin ise Anayasa Mahkemesi tarafından denetimi yapılabileceği kabul edilmektedir.[30]

Bu nedenle OHAL KHK'lerinin bir an önce TBMM tarafından görüşülmesi, olası Anayasa'ya aykırılıkların

[30] GÖZLER, Kemal, Kanun Hükmünde Kararnameler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa, 2005, s. 312-320.

öncelikle TBMM tarafından veya sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi arzu edilen bir durumdur. TBMM tarafından onaylanan 667, 668, 669, 671, 674 sayılı KHK'ler sırasıyla 6749, 6755, 6756, 6757, 6758 Sayılı Kanunlar olarak yayınlanmışlar, 670, 672, 673, 675 sayılı KHK'ler ve devamı KHK'ler ise Kanunlaşmayı beklemektedir[31].

4. OHAL DÖNEMİNDE GEÇERLİ OLAN GÜVENCELER

a) Hukukî Güvenceler

OHAL ilanı ile Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nde (MSHUS) güvence altına alınmış belirli hakların askıya alınması (**derogation**) mümkün olmaktadır. "**Askıya alma**" ile olağan dönemde izin verilenin ötesine geçilerek hakların daha fazla sınırlanabilmesi ve hatta kullanılmasının durdurulması mümkün olabilmektedir. Devletlere tanınan bu olanağın kötüye kullanılmaması için beraberinde bazı güvencelerin tanınması zorunlu hâle gelmektedir. Bu güvenceler Anayasa'nın 15., AİHS'nin 15. MSHUS'nin 4. maddelerinde yer almaktadır ve bu maddelerde "**uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlâl edilmemesi**", "**ölçülülük**" ve "**sınırlanamaz haklar**" biçiminde üç güvenceye verilmiştir.

İlk güvence olan "**milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler**" ifadesi, Anayasa Mahkemesi tarafından milletlerarası hukukun genel ilkeleri ve Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülükleri de kapsayacak biçimde yorumlanmaktadır.[32]

---

31 Bkz. http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0836.pdf

32 Anayasa Mahkemesi, 1990/25 E.,1991/1 K.,10.01.1991;1991/6 E., 1991/20 K.,03.07.1991.

Ölçülülük ilkesi kapsamında ise, olağan dönemlerde Anayasa'nın, AİHS'nin ya da MSHUS'nin ihlâline yol açabilecek tedbirlerin mevcut olağanüstü hâl ile orantılı olup olmadığı inceleme konusu olmaktadır. Hem OHAL ilanı bakımından, hem de OHAL ilanı sonucunda başvurulan tedbirlerin "**durumun gerektirdiği ölçüde**" olması beklenmektedir.[33]

AİHS ve MSHUS dışında kısmi olağanüstü hâl düzenlemelerine, Avrupa Konseyi'nin Bakanlar Komitesi ve Parlamenter Meclisi kararlarında rehber ilkeler şeklinde rastlamak da mümkün gözükmektedir. Bunlardan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince 7. Avrupa Bakanlar Konferansı'nda kabul edilen "**Kriz zamanlarında ifade ve haber alma özgürlüğü ile ilgili**" 1 No'lu karar önemli bir düzenleme olarak gözükmektedir[34].

Diğer taraftan, **Avrupa Konseyi idarî yaptırımlar konulu 91 Sayılı Tavsiye Kararı**nın dolaylı olarak olağanüstü hâllere ilişkin sayılabilecek düzenlemesinde ise;

"Bu ilkelerin yerine getirilmesinde, iyi ve etkili bir idarenin gereklerinin ve önemli kamu yararlarının dikkate alınması uygundur. **Bu gerekler özel hâllerde** veya kamu idaresinin özel alanlarında bu ilkelerden birinin veya birçoğunun değiştirilmesini **(veya ortadan kaldırılmasını) zorunlu kıldığı takdirde,** yine de bu tavsiye kararının genel amaçlarına uygun olarak hakkaniyete azami saygının güvence altına alınmasına çaba gösterilmesi uygun düşer**." ifadeleri yer almaktadır**[35].

---

33 İnsan Hakları Komitesi, 29 No'lu Genel Yorum, para. 4-5.

34 GÜNGÖR FIRAT, Didem, Kriz Dönemlerinde Televizyon Yayıncılığı, RTÜK Uzmanlık Tezi, Ankara 2011, s. 121, 122.

35 KARABULUT, Zeynel, "Avrupa Konseyi İdarî Yaptırımlar Konulu 91 sayılı Tavsiye Kararı", a.g.e., s. 375-376.

b) Ceza Hukuku Güvenceleri

Bu ilkelerden kanunsuz suç olmaz ve kanunsuz ceza olmaz şeklinde iki farklı yansıması bulunan **kanunilik ilkesi** ceza hukuku anlamında mutlak uygulanırken; idarî yaptırımlarda, kural olarak sadece kanunsuz ceza olmaz ilkesi mutlak uygulanmakta, kabahatler açısından ise kanunun belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin idaresin düzenleyici işlemleri doldurabileceği kabul edilmektedir. **Ancak yine de yaptırımın türü, süresi ve miktarının her hâlükarda kanunla belirlenmesi gerekmektedir**.

Bir hak ve hürriyeti sınırlandırmada başvurulan aracın; amacı gerçekleştirmeye elverişli, amaç için gerekli (zorunlu) ve amaçla orantılı (mütenasip) olması anlamına gelen ölçülülük ilkesi özellikle idarî para cezalarının maktu ya da nispi olup olmamaları noktasında önem taşımaktadır. Kabahat para cezası miktarlarının düşüklüğü sebebiyle, bu cezalarda maktu oranların belirlenmesi **ölçülülük ilkesine** aykırılık teşkil etmezken; regülatif para cezası miktarlarının çok yüksek olması ve failin ekonomik durumunun derinden etkileyebilmesi sebebiyle, bu cezalarda maktu oranların belirlenmesi (nispî şekilde düzenlenmemesi) ölçülülük ilkesine aykırıdır[36].

Suç ve cezaların geçmişe yürümemesi ilkesi açısından Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulanmaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanacaktır. **Dolayısıyla idarî yaptırımlar açısından da "suç ve cezaların geçmişe yürümemesi" ve "lehe hükmün geçmişe yürümesi"** ilkeleri geçerlidir.

Suç işleyen bir failin aynı fiilinden dolayı birden fazla yargılanamaması ve/veya cezalandırılmaması anlamına gelen "**non bis in idem**" ilkesinin, aynı fiil ile hem bir suç hem de idarî ihlâl işlenmesi durumunda uygulanmaması gerekir. Ancak **"bir fiil hem kabahat hem de suç olarak**

36 EKİNCİ, Murat, a.g.e., Sayfa-37

tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir" hükmünü öngören Kabahatler Kanunu md. 15/3 maddesi hükmü yürürlükte bulunmakta ve regülatif kurumların özel yasalarında da, buna benzer hükümler varlığını sürdürmektedir[37].

Örneğin ceza hukukunun **"kast" ve "taksire" ilişkin** kuralları idarî cezalarda geçerli değildir. Zira aksine açık bir yasal düzenleme bulunmadığı sürece idarî ceza verilebilmesi için muhatabının kasıtlı olması gerekmez. Kastın olmaması alt ve üst sınır belirlenerek idareye takdir yetkisi bırakılan idarî cezalarda - idarenin takdir yetkisi çerçevesinde - sadece cezayı hafifletici faktör, yani cezanın alt sınırdan veya alt sınıra daha yakın şekilde verilmesi nedeni olabilir. **Ama cezanın hiç verilmemesi için geçerli bir faktör olamaz.**

VI. OLAĞANÜSTÜ HÂL GÖRSEL İŞİTSEL İDARÎ YAPTIRIMLARI DÜZENLEMELERİ VE HUKUKÎ REJİMİ

Yukarıda vurgulandığı üzere OHAL kararnamesi ile temel insan hakları ve hürriyetlerini sınırlayan düzenlemeleri getirebileceği gibi bazı kanunlarla değişiklik yapan düzenlemeler de getirilebilmektedir. Bu doğrultuda 16/07/2016 tarihinde ilan edilen olağanüstü hâl döneminde çıkarılan OHAL Kararnamelerinde görsel-işitsel idarî yaptırımlar alanında 6112 Sayılı Kanunda değişiklik yapan düzenlemeler hem de bazı medya hizmet sağlayıcılarının kapatılmasında olduğu gibi temel hakları

---

37 Örneğin, 6112 Sayılı Kanun'un 32/3 maddesinde; "Yükümlülük veya yasak ihlâlinin suç oluşturması hâlinde, bu suç nedeniyle ilgililer hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılması şartına bağlı olmaksızın, bu madde hükümlerine göre idarî para cezası veya idarî tedbir kararı verilir" hükmü yer almaktadır.

sınırlayan veya durduran düzenlemeler yapılmış bulunmaktadır.

Biz bu çalışmamızda ağırlıklı olarak idarî yaptırım içeren kanun değişiklikleri getiren olağanüstü hâl kararnamelerinin görsel-işitsel alana ait hükümlerini ve bu hükümler sonucu oluşan görsel-işitsel medya rejimini ayrıntılı olarak incelediğimizi burada vurgulamak isteriz. Bu nedenle çalışmamızın genel sistematiğine uygun olarak öncelikle söz konusu OHAL kararnamelerinin medya hizmet sağlayıcılarına ilişkin bölümünde yer alan düzenlemeleri, gerekçelerini ve getirdiği yenilikleri sırasıyla aktarmaya çalışacağız.

A. OHAL İDARÎ YAPTIRIM DÜZENLEMELERİ

Anayasanın 121'inci maddesi ile 2935 sayılı Olağanüstü hâl Kanununun 4 üncü maddesi gereğince **Cumhurbaşkanı Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan OHAL Kararnamelerinde "medya hizmet sağlayıcıları ile ilgili önemli idarî yaptırım düzenlemeleri getirilmiş bulunmaktadır**". Söz konusu kararnamelerden özellikle 690, 687 ve 680 sayılı OHAL Kararnameleriyle getirilen düzenlemeleri ve rejimlerini kapsam ve önem dereceleri göz önünde tutularak ayrı bir bölümde incelemeyi gerekli görmekteyiz.

Ancak bu düzenlemelerden 6112 Sayılı Kanunda bağımsız olarak yer alan **''Olağanüstü Dönemlerde Yayınlar''**başlıklı 7. maddesi ve 680 sayılı KHK ile ek 4. fıkra öncelikle incelenecektir.

1. 680 SAYILI OHAL KHK'NİN 6112 SAYILI KANUNUN 7. MADDESİ EK FIKRA VE 8. MADDESİ BİRİNCİ FIKRASI DÜZENLEMESİ [38]

Olağanüstü dönemlerde yayınlar

[38] Konunun anlaşılması için, 6112 Sayılı Kanun'un 7. maddesi, 1, 2 ve 3. fıkraları metni buraya olduğu gibi alınmıştır.

MADDE 7 - (1) Savaşlar, terör amaçlı saldırılar, doğal afetler ve benzeri olağanüstü durumların ortaya çıkardığı kriz zamanlarında da ifade ve haber alma özgürlüğü esas olup, yayın hizmetleri önceden denetlenemez ve yargı kararları saklı kalmak kaydıyla durdurulamaz. Ancak, milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hâllerde yahut kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlarda, Başbakan veya görevlendireceği bakan **geçici yayın yasağı getirebilir**.

(2) Medya hizmet sağlayıcı, Cumhurbaşkanının veya Hükümetin; milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel sağlığın ve genel ahlakın gerekleriyle ilgili bildirilerini, bildirinin ulaştığı gün saat 23:30'a kadar yayınlamakla yükümlüdür.

(3) Birinci ve ikinci fıkralar uyarınca alınacak kararlar aleyhine açılacak iptal davaları doğrudan Danıştay'da açılır. Danıştay bu davalara öncelikle bakar ve karara bağlar, yürütmeyi durdurma talepleri hakkında kırk sekiz saat içerisinde karar verir.

(4) **(Ek fıkra: 02.01.2017 680 S.KHK/Madde 17)** Bu madde ile 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu uyarınca getirilen yayın yasak ve kısıtlamalarına aykırı olarak yayın yapılması hâlinde, Üst Kurul tarafından medya hizmet sağlayıcı kuruluşun programlarının yayını bir gün durdurulur ve bu hâlde **32'nci maddenin dördüncü fıkrası**[39] **uygulanır.** Bir yıl içinde; aykırılığın tekrarı hâlinde

[39] 32nci maddenin 4ncü fıkrası (680 sayılı KHK ile değişik)Program durdurma hâlinde, 6112 Sayılı Kanun'un 32'nci maddesinin dördüncü fıkrasının "…Üst Kurulca temin edilen eğitim, kültür, trafik, kadın ve çocuk hakları, gençlerin fiziksel ve ahlaki gelişimi, uyuşturucu ve zararlı alışkanlıklarla mücadele, Türk dilinin güzel kullanımı, çevre eğitimi, engelli sorunları, sağlık ve benzeri kamuya yararlı konularda programlar yayınlanır. Yükümlülük veya yasağa aykırılık dolayısıyla idarî tedbir olarak programın yayınının

medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayınlarının beş güne kadar, ikinci kez tekrar edilmesi hâlinde on beş güne kadar durdurulmasına, üçüncü kez tekrar edilmesi hâlinde ise yayın lisansının iptaline karar verilir.

Madde 8- (1) d (ikinci cümle) **"Terör eylemini faillerini ve mağdurlarını terörün amaçlarına hizmet eder şekilde sunamaz." (680 sayılı KHK madde 18)**

6112 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin ikinci cümlesinde yer alan yukarıdaki hüküm, aynı fıkrada (t) bendi olarak yeniden düzenlenmiştir[40]**.**

2. 690 SAYILI OHAL KHK'NİN 6112 SAYILI KANUNUN 32 VE 8'İNCİ MADDELERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİ

a) İdarî Yaptırıma İlişkin Düzenlemeler (6112 Sayılı Kanunun 32. Maddesinde Değişiklik Yapan Düzenlemeler)

MADDE 61 - 6112 Sayılı Kanunun 32'nci maddesinin;

a) Birinci fıkrasında yer alan "(a), (b), (d), (g), (n), (s), (ş) ve (t) bentlerindeki yayın hizmeti ilkelerine" ibaresi "(a), (b), (d), (f), (g), (ğ), (h), (n), (ö), (s), (ş) ve (t) bentlerindeki yayın hizmeti ilkelerine ve aynı maddenin dördüncü fıkrasına" şeklinde değiştirilmiştir.

---

durdurulması kararının verilmesi hâlinde, yaptırım uygulanmasına sebebiyet veren fiilin işlenmesinden dolayı sorumluluğu olan programın yapımcısı veya varsa sunucusu, yayının durdurulduğu süre zarfında, aynı veya farklı medya hizmet sağlayıcı kuruluşta hiçbir ad altında başka bir program yapamaz veya sunamaz" hükmü uygulanacaktır.

40 **Madde gerekçesinde;** "söz konusu düzenleme sayesinde mevcut hüküm iki ayrı bende ayrılmak suretiyle, doğrudan terörü öven ve teşvik eden yayınlar ile terör olaylarına ilişkin kamuoyunu bilgilendirme faaliyeti kapsamında yapılan yayınların farklı müeyyidelere tabi olması amaçlanmıştır." denilmektedir.

b) İkinci fıkrasının birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve ikinci cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır.

8'inci maddenin birinci fıkrasının diğer bentleri ile ikinci ve üçüncü fıkralarında ve bu Kanunun diğer maddelerinde belirlenen ilke, yükümlülük veya yasaklara aykırı yayın yapan ve/veya bu Kanun hükümleri kapsamında Üst Kurul tarafından belirlenen yükümlülüklerini yerine getirmeyen medya hizmet sağlayıcıya ihlâlin ağırlığı, yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlâlin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde birinden yüzde üçüne kadar idarî para cezası verilir.

c) Beşinci fıkrasında yer alan ilkelere ibaresi ilkelerle dördüncü fıkrasına şeklinde değiştirilmiş ve aynı fıkraya aşağıdaki cümleler eklenmiştir.

8'inci maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentleri dışındaki bentlerini, aynı maddenin ikinci fıkrasını ve bu Kanunun yayın hizmetlerinde ticari iletişimi düzenleyen hükümlerinden herhangi birini yaptırım kararının tebliğinden itibaren bir yıl içinde yirmiden fazla ihlâl eden medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayını beş güne kadar durdurulur. Bir yıl içinde aynı ihlâlin tekrarı hâlinde, medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayınının beş günden on güne kadar durdurulmasına; ihlâlin ikinci tekrarı hâlinde ise yayın lisansının iptaline karar verilir. Programlarının yayını veya yayınları süreli durdurulan medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yaptırım kararının tebliğine rağmen kararın gereklerine aykırı olarak yayınlarına devam etmesi hâlinde yayın lisansının iptaline karar verilir.

ç) Altıncı fıkrasının birinci cümlesine kaybedilmesi ibaresinden sonra gelmek üzere ile 6'ncı maddenin beşinci fıkrasında düzenlenen yükümlülüğün yerine getirilmemesi ibaresi eklenmiştir.

d) Sekizinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

Üst Kurul; ihlâlin ağırlığı, haksız ekonomik kazancın ve tekrarın varlığı ile son beş yılda uygulanan idarî yaptırımlar gözetilmek suretiyle ikinci fıkrada belirtilen her bir ihlâl için bir defaya mahsus olmak üzere, idarî para cezası uygulamak yerine medya hizmet sağlayıcı kuruluşu uyarabilir[41].

[41] Madde gerekçeleri

MADDE 61- Madde ile; 6112 Sayılı Kanunun RTÜK tarafından uygulanacak yaptırımlara ilişkin 32nci maddesinde bazı değişiklikler yapılmaktadır. Bu kapsamda;

a)Toplumun milli ve manevi değerlerine, genel ahlaka ve ailenin korunması ilkesine aykırı, alkol, tütün ürünleri ve uyuşturucu gibi bağımlılık yapıcı madde kullanımı ile kumar oynamayı özendirici, çocuklara, güçsüzlere ve engellilere karşı istismar içeren ve bunlara şiddeti teşvik eden, bilgi iletişim araçları yoluyla yarışma veya lotarya içeren, dinleyici ve seyircilere ikramiye verilen veya ikramiye verilmesine aracılık edilen türden yayınlar için uygulanmakta olan idarî para cezasına ilişkin düzenleme yapılmaktadır.

b) Radyo ve Televizyon üst Kurulu tarafından medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara yönelik olarak belirlenen yükümlülüklerini yerine getirmeyen medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara da yaptırım uygulanmasına imkân sağlanmaktadır.

c) 6112 Sayılı Kanunun 8'inci maddesine eklenmesi öngörülen hükme aykırılık yaptırıma bağlanmakta, ayrıca özel olarak lisans iptali yaptırımına tabi bulunan 8'inci maddenin (a), (b) ve (d) bentleri dışındaki bentlerin, ikinci fıkrasının ve yayın hizmetlerinde ticarî iletişimi düzenleyen hükümlerin herhangi birinin bir yıl içinde yirmiden fazla ihlâli hâlinde medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayınlarının durdurulması, ihlâlin tekrarının devamı hâlinde ise, yayın lisansının iptaline imkân sağlanmaktadır. Ayrıca, programlarının yayını veya yayınları süreli durdurulan medya hizmet sağlayıcı kuruluşun, bu konudaki yaptırım kararlarının gereklerine uymaksızın yayın yapmaya devam etmeleri hâlinde yayın

b) İhlal, İlke ve Yükümlülüklere İlişkin Düzenlemeler

MADDE 60 - 6112 Sayılı Kanunun 8'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan koruyucu sembol kullanılmadan ibaresi koruyucu sembol kullanılsa dahi şeklinde değiştirilmiş ve aynı maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

(4) Radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde, arkadaş bulma amacıyla kişilerin tanıştırıldığı ve/veya buluşturulduğu türden programlara, takviye edici gıdalar ve benzeri destekleyici ürünler de dahil olmak üzere herhangi bir ürünün ilgili mevzuatına aykırı olarak sağlık beyanıyla satışına, pazarlanmasına ve/veya reklamına, sohbet, arkadaşlık ve eş bulma hatlarının ve hizmetlerinin tanıtımına yer verilemez. Katma değerli elektronik haberleşme hizmet numaraları, yerel aranır numaralar, benzeri özel içerikli hizmetlere ilişkin numaralar ile özel ücrete tabi diğer sabit ve mobil numaralar kullanılmak suretiyle, izleyici ve dinleyicileri yanıltıcı ve/veya haksız kazanca neden olacak şekilde yarışma, çekiliş, lotarya ve benzeri adlar altında ödül ve ikramiye taahhüt edilemez ve bu yöntemle ürün tanıtımı, satışı ve pazarlaması yapılamaz[42].

---

lisansının iptaline karar verileceği hususu düzenlenmekte ve getirilen yaptırımların caydırıcılığı sağlanmaktadır.

ç) 6112 Sayılı Kanunun 6'ncı maddesine eklenmesi öngörülen hükme aykırılık yaptırıma bağlanmaktadır.

d) Kanunda aranan koşulların gerçekleşmesi hâlinde ve gerektiğinde uyarı yaptırımının kullanılabilmesine imkân sağlanmaktadır.

e) Sadece uyarı kararlarının değil, idarî para cezası da dahil olmak üzere tüm idarî yaptırım kararlarının medya hizmet sağlayıcı kuruluşun kayıtlı elektronik posta adresine tebliğine imkân sağlanmaktadır.

42 **Madde gerekçesi şu şekildedir:**

3-687 Sayılı OHAL KHK'nin 298 Sayılı Kanunun 149-a maddesi ile ilgili düzenlemesi

687 sayılı KHK seçim zamanlarında Yüksek Seçim Kurulu tarafından uygulanan 298 Sayılı Kanunun 149/a maddesini tamamen yürürlükten kaldırmaktadır. Buna göre söz konusu düzenleme aşağıdaki şekildedir.

MADDE 10- 26/04/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 149/A maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.[43]

MADDE 60- Madde ile, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlaki gelişimine zarar verebilecek türde içerik taşıyan programların koruyucu sembol olsa dahi yayınlanamaması hükme bağlanmaktadır.

Madde ile ayrıca, radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde; arkadaş bulma amacıyla kişilerin tanıştırıldığı ve/veya buluşturulduğu türden programlara, sağlık beyanıyla takviye edici gıdalar ve benzeri destekleyici ürünler de dahil olmak üzere herhangi bir ürünün ilgili mevzuatına aykırı olarak satışı, pazarlanması ve/veya reklamı, sohbet arkadaşlık ve eş bulma hatları ve hizmetleri ile telefon numaraları verilmek suretiyle izleyici ve dinleyicileri yanıltıcı, ara kazan, bul kazan ve benzeri türden yarışma, çekiliş, lotarya ve benzeri adlar altında ödül ve ikramiye taahhüdünü içeren yayınlara yer verilemeyeceği ve bu yöntemle ürün tanıtımı, satışı ve pazarlamasının yapılamayacağı açıkça düzenlenmektedir.

43 Yürürlükten kaldırılan metin *"Özel Radyo ve Televizyon Yayınlarına İlişkin Suçlar Madde 149/A – (28/12/1993 tarihli ve 3959 Sayılı Kanunun hükmüdür.) Bu kanunun 55/A maddesine ve Yüksek Seçim Kurulunca belirlenen esaslara aykırı olarak ülke genelinde yayın yapan özel radyo ve televizyon kuruluşlarının yayınlarının beş günden onbeş güne kadar durdurulmasına Yüksek Seçim Kurulunca, yerel yayın yapan özel radyo ve televizyon kuruluşlarının yayınlarının üç günden yedi güne kadar durdurulmasına ilçe seçim kurulunca karar verilir. Bu kararlar ilgili en yüksek mülki amirlerce derhal yerine getirilir. Birinci fıkra hükmüne aykırı hareket eden özel*

Ancak aynı konuyu düzenleyen 6112 Sayılı Kanunun ihlâline ilişkin 8. Maddesi 1. Fıkrası k bendinde yer alan " siyasî partiler ve demokratik gruplarla ilgili tek yönlü veya taraf tutar nitelikte olamaz." hükmü yürürlüğünü sürdürmektedir.

B. OHAL KARARNAMELERİNİN GETİRDİĞİ DEĞİŞİKLİKLER VE YENİLİKLER

Yukarıda madde metinleri ve gerekçeleri verilen KHK'ler ile 6112 Sayılı Kanun'da idarî yaptırımlara ilişkin önemli değişiklik ve yenilikler getirilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, söz konusu değişiklik ve yenilikleri etraflıca incelemekte yarar görmekteyiz.

a) İdarî Yaptırıma İlişkin Değişiklik ve Yenilikler

İdarî yaptırım uygulamasında uyarı yaptırımı (tedbir niteliğindeki) önkoşul olmaktan çıkarılarak ihlâlin ağırlığına göre **uyarı şartı aranmaksızın para cezası, program durdurma, yayın durdurma gibi** idarî yaptırımlar birlikte veya ayrı ayrı **uygulanması** imkânı getirilmiş bulunmaktadır.

6112 Sayılı Kanunda bir eksiklik olarak görülen,medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara yönelik olarak üst kurul tarafından belirlenen yükümlülüklerini yerine getirmeyen yayıncı ve kuruluşlara yaptırım uygulanması imkânı sağlanmış bulunmaktadır.

5326 sayılı Kabahatler Kanununda düzenlenen ve görsel-işitsel medya alanında da geçerliliğini sürdüren **tekerrür müessesesine** (6112 Sayılı Kanun'da sınırlı olarak sadece Kanunun 8'inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b)

---

radyo ve televizyon kuruluşlarının sorumluları bir milyar liradan beş milyar liraya kadar,yerel yayın yapan özel radyo ve televizyon kuruluşlarının sorumluları on milyon liradan yüz milyon liraya kadar ağır para cezasıyla ilgili mahkemesince cezalandırılır.Tekerrürü hâlinde bu cezalar üç misli olarak uygulanır." hükmüne yer vermekte idi.

ve (d) bentleri için uygulanmakta iken) OHAL değişikliği ile 8'nci maddenin birinci fıkrasının tüm bentleri ile ikinci fıkrasının veya yayın hizmetlerinde ticari iletişimi düzenleyen hükümlerinin herhangi birinin, bir yıl içinde yirmiden fazla ihlâli hâlinde de uygulama imkânı getirtilmektedir.

Programlarının yayını veya yayınları süreli durdurulan medya hizmet sağlayıcı kuruluşların bu konudaki yaptırım kararlarının gereklerine uymaksızın yayın yapmaya devam etmeleri hâlinde haklarında yayın lisansının iptaline karar verileceği düzenlenmektedir.

Mülga 3984 Sayılı Kanun'da ve yazılı medyada önemli bir yaptırıma tabi olan ancak 6112 Sayılı Kanun'un ilk hâlinde sadece uyarı ön koşuluna bağlı bir yaptırım uygulanan cevap ve düzelteme hakkına ilişkin yargı kararlarının yayınlanmaması yeniden yaptırıma kavuşturulmakta idarî para cezası, tekerrürü hâlinde yayın durdurma gibi ciddi yaptırımlara konu olması imkânı getirilmektedir[44].

Yayınların olağanüstü hâllerde önceden durdurulmasına ilişkin olarak 6112 Sayılı Kanun'un 7'nci maddesinde yer alan yayın yasağı düzenlemesine konu yaptırım uygulamasında yayın ilkelerine ilişkin maddeler yorumlanmak suretiyle işlem yapılmakta sonuç itibariyle sadece para cezası yoluyla yaptırım belirlenmektedir. 680

---

[44] 5187 sayılı Basın Kanunu 18. madde: **Düzeltme ve cevabın yayımlanmaması hâlinde uygulanacak cezai düzenlemektedir.**

MADDE 18 - Düzeltme ve cevabın yayımlanmasına ilişkin kesinleşmiş hakim kararlarına uymayan sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili onmilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar adli para cezasıyla cezalandırılır. Adli para cezası, bölgesel süreli yayınlarda yirmimilyar liradan, yaygın süreli yayınlarda ellimilyar liradan az olamaz.

sayılı OHAL kararnamesiyle getirilen değişiklikle yorum suretiyle yaptırım tayini yanlışlığından vazgeçilerek AİHS ve Anayasaya uygun olarak idarenin düzenleyici işlemiyle (Kanunla) bir yaptırım öngörülmektedir.

b) İhlale İlişkin Yenilikler ve Düzenlemeler

6112 Sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının 2.nci cümlesi (t) bendi olarak yeniden düzenlenerek böylece doğrudan terörü öven ve teşvik eden yayınlar ile terör yayınlarına ilişkin kamu oyunu bilgilendirme faaliyeti kapsamında yapılan yayınların farklı yaptırımlara tabi olması amaçlanmaktadır. Böylece özensiz yapılmış bir terör haberi içeren yayın hizmeti ile bizatihi terörün ve terör örgütlerinin propagandasını yapan **yayın hizmetinin ayrıştırılması suretiyle yeni bir ihlâl maddesi belirlenmektedir.**

6112 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkrayla (4), "radyo televizyon yayın hizmetlerinde; arkadaş bulma amacıyla kişilerin tanıştırıldığı ve/veya buluşturulduğu türden programlarda, sağlık beyanıyla takviye edici gıdalar ve benzeri destekleyici ürünler de dahil olmak üzere herhangi bir ürünün ilgili mevzuatına aykırı olarak sağlık beyanıyla satışı, pazarlanması ve/veya reklamı yasaklanmak" suretiyle **yeni bir ihlâl türü belirlenmektedir**.

Ayrıca aynı değişiklikle "adı geçen programlarda sohbet, arkadaşlık ve eş bulma hatları ve hizmetleri ile telefon numaraları verilmek suretiyle izleyici ve dinleyicileri yanıltıcı, ara kazan, bul kazan ve benzeri türden yarışma, çekiliş, lotarya ve benzeri adlar altında ödül ve ikramiye taahhüdünü içeren yayınlara yer verilemeyeceği ve bu yöntemle ürün tanıtımı, satışı ve pazarlamasının yayımlanmayacağı", hüküm altına alınmak suretiyle, **dolaylı olarak ticarî iletişim ve gizli reklam yapılmasının önlenmesi amacıyla açık bir düzenleme getirilmektedir.**

c) İdarî Yaptırım Usulüne İlişkin Yenilik ve Düzenlemeler

İdarî yaptırımın sistematiği ile ilgili olarak daha önceki Kanunda sadece uyarı yaptırımı için getirilen elektronik tebligat imkânı idarî para cezası da dahil olmak üzere tüm idarî yaptırım kararlarının medya hizmet sağlayıcı kuruluşun kayıtlı elektronik posta adresine tebliğine imkân sağlanmaktadır.

6112 Sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde yapılan değişiklikle; "Türkiye'ye ait uydular üzerinden Türkçe olarak Türkiye'ye yönelik yayın yapan veya yayın dili Türkçe olmamakla birlikte Türkiye'ye yönelik ticari iletişim yayınlarına yer veren yayın kuruluşları, bu maddenin diğer fıkralarına bakılmaksızın Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altında kabul edilir" **denilmek suretiyle, yaptırımın muhatabı olan medya hizmet sağlayıcı kavramının kapsamı genişletilerek yurtdışından yapılan yayınlar nedeniyle de idarî yaptırım uygulanması imkânı getirilmektedir**.

6112 Sayılı Kanun'un ilk hâllerinde 8'inci maddesinin birinci fıkrasının sadece (a) ve (b) bentleri ile ilgili ilkelerin ihlâli hâlinde yayın durdurma ve yayın lisansı iptaline karar verilirken, 6112 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin beşinci fıkrası değiştirilerek (a), (b) ve (d) bentlerindeki ilkeler ile ayrıca dördüncü fıkrasındaki ilkelere de aykırılık hâlinde yayın durdurma ve lisansın iptali kararları verilme imkânı getirilmektedir.

6112 Sayılı Kanun sistematiğinde genel ihlâllere uygulanacak yaptırımlar açısından temel bir ayırım getirilmeyen **ticari iletişim ihlâlleri için de daha ağır yaptırımlar olan program durdurma, yayın durdurma ve lisans iptali yaptırımları da getirilmektedir.**

Siyasî ifade özgürlüğü sınırlaması sayılabilecek 298 Sayılı Kanunun 140-a maddesi yürürlükten kaldırılarak **özel radyo ve televizyonların daha özgürce siyasî reklam**

ve siyasî ifade ile ilgili yayın yapma olanakları arttırılmaktadır. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında kamu yayıncılığı için geçerli olan seçimlerde adaylara eşit fırsatlar sunulması siyasî tartışma özgürlüğüne sınırlamalar getirebilmesini mazur gösterebilecek bir ihtilaf olarak yorumlanmaktadır[45].

C. OHAL KHK DEĞİŞİKLİKLERİ SONUCU OLUŞAN HUKUKÎ REJİM

6112 Sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin ikinci fıkrasında yer alan; "**Üst Kurul tarafından bu hükümlerin uygulanmasına yönelik düzenleyici işlemler müdahale sayılmaz**" hükmü, 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan "**yayın hizmetlerinin içeriğine ve yayınlanmasına önceden müdahale edilemez**" hükmü, 1'inci maddesinde yer alan "**ifade ve haber alma özgürlüğünün sağlanması**" hükmü ile 7'nci maddesinde yer alan "**olağanüstü durumların ortaya çıkardığı kriz zamanlarında da ifade ve haber alma özgürlüğü esas olup, yayın hizmetleri önceden denetlenemez ve yargı kararları saklı kalmak kaydıyla durdurulamaz**" hükmü buna bağlı Kanun'un tüm maddelerinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda oluşan **görsel-işitsel hukukî rejimde olağanüstü hâl KHK düzenlemeleri ile temel anlamda bir değişiklik getirilmemektedir.**

Buna karşın OHAL KHK düzenlemeleri ile idarî yaptırımlara ilişkin olarak 6112 Sayılı Kanun hükümlerine nazaran daha ağır yaptırımları içeren hükümler getirilmekte (daha önce ticarî iletişimin yüzde birinden, üçüne kadar olan idarî para cezası miktarı kimi ihlâller için yüzde ikisinden beşine çıkarılmakta) ve bunun sonucu olarak

---

45 HARRIS, D.J. - M. O'BOYLE - E.P. BATES - C.M. BUCKLEY, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Oxford University Press, 2009, Avrupa Konseyi, 2013 (Türkçe Birinci Baskı), s. 469.

program durdurma idarî tedbire de başvurma olanağı ayrıca getirilmek suretiyle, **idarî yaptırım rejiminin tedbirden cezaya doğru bir sistem değişikliğine uğradığı söylenebilir.**

Burada değişiklikle getirilen söz konusu **idarî para cezası tutarlarının çok yüksek olmasının** demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayacağı, **yayın durdurma ve lisans iptali cezalarının** haber alma özgürlüğü yönünden ağır sonuçlara yol açacağı endişeleri gerek 3984 sayılı mülga RTÜK Kanunu'nda ve gerekse 6112 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği günlerde de yapılmış, **bugün itibariyle de gündeme getirilmesi muhtemel olan değerlendirmeler olarak karşımızda durmaktadır.**

Ancak söz konusu eleştiri ve itirazlar Anayasa Mahkemesi önüne iptal istemiyle götürülmüş, **Anayasa Mahkemesi'nde söz konusu itirazlarla ilgili olarak** ve 3984 sayılı Mülga Kanun'un hukukî rejimine ilişkin değerlendirmesi sonucunda; "Üst Kurula tanınan bu yetkinin eylemlerin ağırlığına göre idarî yaptırımların kişiselleştirilmesi amacını taşıdığı için ve idarî yargı yolu denetimi olanaklı olduğu için demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık görülmemiştir. **"Bu yaptırım idarî bir yaptırımdır, suç ve ceza arasındaki adil bir dengeyi gözeten hukuk devleti ilkesiyle ilgili hüküm bakımından bir aykırılık bulunmamıştır**" şeklinde karar verilmiştir[46].

İhlâl, ilke ve yükümlülüklere ilişkin olarak **"söz konusu maddelerde yer alan kavramların soyut ve içeriği belirgin olmayan kişisel anlayış ve takdire göre değişen nitelikler taşıyabileceği, bu belirsizliğin yayın hizmetlerinin doğru ve yansız olarak yerine**

[46] Anayasa Mahkemesi'nin 21.08.2004 tarih, 2002/100 E., 2004/109 K. sayılı kararıyla verilmiştir. R.G.: 04.08.2006, S. 26249.

getirilmesini engelleyeceği yönündeki itirazların da 3984 ve 6112 Sayılı Kanun döneminde olduğu gibi sürdürülmesi kuvvetle muhtemel gözükmektedir.

Buna ilişkin olarak verilen Anayasa Mahkemesi kararlarında ise ihlâle konu yayın ilkeleriyle bu ilkelerde yer alan kavramlara zaman içinde öğreti ve yargı kararlarıyla içerik ve anlam kazandırılacağı bu nedenle Anayasa'nın hukuk devleti ilkesine aykırılığından söz edilemeyeceği" sonucuna ulaşılmış bulunmaktadır[47].

Diğer taraftan, idarî yaptırımların **hukukî rejimini belirleyen yaptırımlara** konu ihlâlleri bunlarla orantılı yaptırımların düzenlenmesi bir zorunluluk olarak belirlenirken, yaptırım yerine **teşvik getirmek çok rastlanılan düzenleme şekli değildir**. OHAL kararnameleriyle, burada önemli bir yenilik getirilerek, **aile ve çocuk dostu yapım ve dizileri teşvik etmek** de Üst Kurul'un görevleri arasına eklenmektedir.

SONUÇ

Görsel İşitsel Medya Hizmetlerinin 6112 Sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 2011 tarihinde itibaren bugüne kadar süren altı yıllık uygulama sonucunda bazı eksikliklerinin ve aksayan taraflarının olması kaçınılmazdır.

Ayrıca 15 Temmuz sonrası ülkemizde oluşan olağanüstü hâl koşullarının her alanda olduğu gibi görsel işitsel alanda da toplumun beklentilerine ve uyarılarına çözüm getirmesi de yine bir gereklilik olarak önümüzde durmaktadır.

Söz konusu temel sebepler doğrultusunda OHAL sürecinde çıkarılan KHK'lerle yapılan düzenlemelerin bu anlamda ihtiyaçlara cevap vermek eksikleri gidermek ve aynı zamanda medya sektörünün de rekabet edebilir ve

---

47 Anayasa Mahkemesi'nin 13.03.2013 tarih, 2011/44 E., 2012/99 K. sayılı kararı.

sürdürülebilir dinamik yapısının da korunması medya siyasası açısından önemli görülmektedir.

Bu anlamda medya hizmet sağlayıcıları ile ilgili getirilen kimi idarî yaptırımların öncelikle Türkiye Cumhuriyeti Devletinin varlığının ve bağımsızlığının korunması terör olaylarının önlenmesi gibi ulusal hedefleri yanında; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yorumlarında yer alan orantılılık, ölçülülük, geçmişe yürümezlilik ve şahsîlik gibi uluslararası hukuk güvencelerinin de taşıması, hukuk devletinin gereği olarak görülmektedir.

Bu güvencelerin kapsamı belirlenirken, Türkiye'nin de taraf olduğu AİHS, MSHUS ve Anayasanın 15. maddesi bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Hatta bu tür bir değerlendirmede, yalnızca normlar değil, bu normların yorumlandığı uluslararası insan hakları koruma mekanizmalarının çeşitli şekillerde ortaya koyduğu hüküm, yorum ve görüşlerde dikkate alınmalıdır.

Zira görsel işitsel medya hizmetlerine ilişkin idarî yaptırımlar sırf idarî olma niteliği nedeniyle hafife alınmayacak kadar önemlidir. Çünkü bu yaptırımlar ile yaptırıma konu ihlâl uygulamalarının ifade özgürlüğü ve ifadelerin içeriği üzerinde doğrudan sansür gibi değerlendirilecek ciddi etkiler doğurduğuna kuşku bulunmamaktadır.

Bu bağlamda idarî yaptırımların siyasal ve yargısal denetimi gerçekleştirilirken AİHS öngördüğü AİHM geliştirdiği kriterler bağlamında ihlâl edilip edilmediği irdelenmesi gerekmekte ve buna göre kararlar vermesi beklenmektedir.

Ancak idarî yaptırım kararı almak ve uygulamak konumunda bulunan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu ile bu süreçte yer alan tüm uygulayıcı makam, organ ve medyaya hizmet sağlayıcılarından yargı kararlarında ortaya konan evrensel ve yerel hukukî ölçütleri içselleştirerek özellikle

yargı yollarına gidilmeden önce hayata geçirmeleri daha önemli gözükmektedir.

Olağanüstü hâl döneminde geçerli olan ve TBMM'de yasalaştırılması sonrasında Anayasa yargısı süreçlerinde yargı kararlarıyla oluşturulacak olan evrensel standartlara sahip bir idarî yaptırım rejimi ülkedeki tüm bireylerin, toplumun ve sektörün en önemli güvencesi olamaya devam edecektir.

KAYNAKLAR

ASLAN, M. Yasin, "İdari Yaptırımlar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 85, 2009, s.181.

CANORUÇ, M. Şenay, "Türk Anayasa Hukukunda "Görsel-İşitsel İletişim Özgürlüğü'nün Niteliği", Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi www.esosder.org ISSN:1304-0278 Güz-2007 C.6 S.22 (329-361)

DARENDELİ, A. Vahap, "1982 Anayasası'na Göre OHAL Kararnamelerinin Hukuki Rejimi", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1992, s. 1.

DOĞRU, Osman – NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Arabuluculuk ve Önemli Kararlar, 2.Cilt, Pozitif Matbaa, Ankara, 2013, s.207

EKİNCİ, Murat, Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017/3, s. 22.

ERDİNÇ, Burcu, "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması" Ankara Barosu Dergisi, 2012/2, s.263.

ERDİNÇ, Burcu, "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması", Ankara Barosu Dergisi, Ankara, 2012, S: 2, s. 242.

GÖZLER, Kemal, Kanun Hükmünde Kararnameler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa, 2005, s. 312-320.

GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuk Dersleri, Bursa 2000, s. 810-828.

GÜNGÖR, Fırat, Didem, Kriz Dönemlerinde Televizyon Yayıncılığı, RTÜK Uzmanlık Tezi, Ankara 2011, s. 121, 122.

GÜRSOY, Yusuf," Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun,Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler."Radyo Televizyon Meslek Birliği (RATEM) Yayın Dizisi, İstanbul, 2011, s. 14.

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara, 2016, Adalet Yayınevi, s. 57.

HARRIS, D.J. - M. O'BOYLE - E.P. BATES - C.M. BUCKLEY, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Oxford University Press, 2009, Avrupa Konseyi, 2013 (Türkçe Birinci Baskı), s. 469.

KARABULUT, Zeynel, "Avrupa Konseyi İdari Yaptırımlar Konulu 91 sayılı Tavsiye Kararı", a.g.e., s. 375-376.

KARABULUT, Zeynel: Kabahatler Hukuku, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 375-378.

KUBALI, H. N., Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, İ.Ü.H.F. Yayını, No: 35, İstanbul, 1971, s. 188.

KURT, Hayrettin, "İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XIII, Y.2014, Sayı.1, Sayfa: 136.

KUTAY, Pars - Aslı ÖZÇERİ, Avrupa Birliği'nde Medya Hukuku ve Uygulamaları, 2006, s.18

SAYGIN, Engin, Türkiye ve İngiltere'de Radyo ve Televizyon Yayıncılığı Alanındaki Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar ve Bu Kurumlara Verilen Yeni Bir Görev: Medya Okuryazarlığının Geliştirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Temmuz 2016, Sayı: 27, Yıl: 7, s. 416.

SUNAY, Zuhal Aysun, AİHM ve Danıştay kararları Işığında Radyo ve Televizyon Yayınlarının Önceden Durdurulması Suretiyle İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması, AndHD, 2015, C.1, S. 2, s. 95.

UZELTÜRK, Sultan, "Birleşik Krallık'ta Görsel ve İşitsel İletişim Özgürlüğünün Kurumsal Sınırı: Bağımsız televizyon komisyonu (ITC)" İnsan Hakları Yıllığı (Dr. Muzaffer SENCER'e Armağan) TODAİE C:17-18, Ankara 1995-1996 s.205

YILMAZ, Halit, "İdarenin görsel-işitsel iletişim alanındaki işlevi", Ankara 2006;imaj yayınları s.35.

Türkiye'de İfade ve Medya Özgürlüğü Projesi, 8.Yuvarlak Masa Toplantısı İçin Hazırlanmış Olan Kitapçık, s.2.

YARGI KARARLARI

Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2010 tarih ve K:2010/2 sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin10.01.1991 tarih, 1990/25 E.,1991/1 K. sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 03.07.1991 tarih, 1991/6 E., 1991/20 K. sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 21.08.2004 tarih, 2002/100 E., 2004/109 K. sayılı kararı, R.G.: 04.08.2006, S. 26249.

Anayasa Mahkemesi'nin 13.03.2013 tarih, 2011/44 E., 2012/99 K. sayılı kararı.

Danıştay İDDK'nun 12.09.2012 tarih ve E:2007/285, 12.09.2012 tarih ve E:2007/1425 sayılı kararları.

İNTERNET KAYNAKLARI

- 15.4.2010 TR L 95/1 Sayılı Avrupa Birliği Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi (https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/74780?AspxAutoDetectCookieSupport=1)

- http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0836.pdf

TUNUS'UN DEMOKRATİK DÖNÜŞÜMÜ VE ANAYASA YAPIM SÜRECİ*

Arş. Gör. Murat AÇIL**

DEMOCRATIC TRANSITION OF TUNISIA AND CONSTITUTION MAKING PROCESS

ÖZ

Arap Baharı olarak adlandırılan halk hareketleri, Tunus, Mısır, Libya, Fas, Suriye ve Yemen başta olmak üzere, az ya da çok, tüm Arap ülkelerini etkilemiştir. Tunus, Mısır ve Libya'da otoriter rejimler son bulmuş; Ürdün, Kuveyt ve Yemen'de hükümetler yenilenmiş; Suriye ise kanlı bir iç

---

* Bu makale, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırlanan "*Tunus'un Demokratik Dönüşümü ve 2014 Tunus Anayasası*" isimli seminer çalışmasından yararlanılarak yazılmıştır.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.04.2017

Kabul Edildiği Tarih: 15.07.2017

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: murat_acil_@hotmail.com

ORCID ID: 0000-0002-0333-3121

savaşa sürüklenmiştir. Tunus, Arap Baharı'ndan etkilenen ülkeler arasında demokratik dönüşümünü başarıyla gerçekleştirmiş ve bu başarısını yeni bir anayasayla taçlandırmış yegâne ülkedir.

Bu makalede Tunus'un anayasal geçmişi, otoriter yönetim dönemi, devrim hareketlerinin başlaması, geçiş döneminde karşılaşılan sorunlar ve anayasa yapım sürecinin dinamikleri incelenmiştir.

ANAHTAR KELİMELER: *Tunus, Arap Baharı, Anayasa Yapımı, 2014 Tunus Anayasası, Kanunu'd Devle.*

ABSTRACT

Civil commotions which are called "The Arab Spring" have affected all Arab countries, more or less, especially Tunisia, Egypt, Libya, Morocco, Syria, and Yemen. Authoritarian regimes have come to the conclusion in Tunisia, Egypt and Libya; governments have been renewed in Jordan, Kuwait, and Yemen; Syria has been dragged to a civil war. Tunisia is only country which has completed her democratic transition successfully and has crowned her achievement with a new constitution.

In this article, the constitutional history of Tunisia, the authoritarian period of government, the beginning of the revolutionary movements, the problems encountered in the transition period and the dynamics of the constitution making process have been examined.

KEY WORDS: *Tunisia, Arab Spring, Constitution Making, 2014 Tunisia Constitution, Kanunu'd Devle.*

I) GİRİŞ

Arap ülkelerinin büyük bir kısmı; Osmanlı İmparatorluğu hâkimiyetindeki dönem, manda ve sömürge dönemi ve otoriter dönem olmak üzere üç temel tarihi aşamayı tecrübe etmiştir. 17 Aralık 2010 tarihinde bireysel bir protesto eylemi ile başlayıp kısa sürede tüm Tunus'a,

oradan da birçok Arap ülkesine yayılan isyan hareketlerini yeni ve demokratik bir dönemin kapısını aralama çabası olarak nitelendirmek mümkündür. Onlarca yıl baskıcı rejimlerin egemenliği altında yaşayan Arap halkları, mevcut düzenden duyduğu rahatsızlığı ve milli egemenliğe dayalı yeni bir siyasal düzen özlemini bu isyan hareketleri vasıtasıyla açığa vurmuştur. Fakat iyimser tahminlerin aksine, bir müddet sonra Libya ve Suriye'de istikrarsızlaşma, Mısır da ise otoriter rejimin, kısa bir aranın ardından bir diğeriyle yenilenmesi olgusuyla karşılaşılmıştır. Halk hareketlerinin kapsamlı bir demokratik dönüşümle sonuçlandığı tek ülke Tunus olmuştur.

Bu makalede Tunus'un anayasal geçmişi, otoriter yönetim dönemi, devrim hareketlerinin başlaması, geçiş döneminde karşılaşılan sorunlar ve anayasa yapım sürecinin dinamikleri incelenmiştir.

II) TUNUS ANAYASA TARİHİNİN GENEL HATLARI

A) Bağımsızlık Öncesi Dönem

İspanyol egemenliği altındaki Tunus'a Osmanlı İmparatorluğu'nun ilk askeri müdahalesi, 1534 yılında Barbaros Hayreddin Paşa tarafından gerçekleştirilmiştir. Yaklaşık kırk yıl sonra ise Tunus, bütünüyle bir Osmanlı eyaleti halini almıştır[1]. Başlangıçta merkezi idareye tamamıyla bağlı bir şekilde yönetilen Tunus, Osmanlı idari mekanizmasının zaafa uğramasıyla özerk bir yönetime kavuşmuş; İstanbul ile bağlantısı, savaş sırasında donanmaya katılmak ve iki-üç yılda bir padişaha hediyeler

1 Hitti, Philip Khuri, **Siyasi ve Kültürel İslam Tarihi**, Tuğ, Salih (Çeviren), İstanbul, 2011, s. 975.

sunmaktan ibaret hale gelmiştir[2]. Bu nispi serbesti sayesinde, Osmanlı İmparatorluğu'ndan bağımsız bir biçimde ıslahat hareketleri gerçekleştirilebilmiştir.

Liderliğini Ebu Diyaf ve Hayreddin Paşa'nın üstlendiği Tunuslu ıslahatçılar[3], İslami esaslara uygun sınırlı bir iktidarın özlemini duyuyordu. Bu ıslahatçı düşünce hareketlerine, başta İngiltere ve Fransa olmak üzere, Avrupa ülkelerinin baskıları da eklenince Muhammed Bey, 9 Eylül 1857 tarihinde "*Ahdü'l Emân*" isimli belgeyi ilan etmek zorunda kaldı. Tanzimat ve Islahat Fermanlarının etkisini taşıyan bu belge; din, ırk ve millet ayrımı yapmaksızın tüm ülke sakinlerinin güvenliğini garanti altına alıyor; vergiler bakımından herkesin kanun önünde eşit olduğunu beyan ediyor; ticaret ve çalışma hürriyetini tanıyordu[4]. Ayrıca mülkiyet, kanun önünde eşitlik, kanunsuz suç ve ceza olamayacağı ve kimseye yargısız ceza verilemeyeceği gibi temel hak ve hürriyetlere de yer verilmişti[5]. Fakat bu belgenin ilanı ile Avrupa devletlerinin amacı Tunus'ta yerleşmiş tüccar ve vatandaşlarının ayrıcalıklarını devam ettirmekten ibaretti[6].

---

2 Toprak, Seydi Vakkas, "Osmanlı Yönetiminde Kuzey Afrika: Garp Ocakları", **Türkiyat Mecmuası**, C. 22/Bahar, Y. 2012, s. 226.

3 Ceylan, Ayhan, "Tunuslu Islâhatçılar Ve Yeni Osmanlılar Hareketinde Anayasacılık", **EÜHFD**, C. XIV, S. 1-2, Y. 2010, s. 34-35.

4 Tuğ, Salih, **İslam Ülkelerinde Anayasa Hareketleri**, İstanbul, 1969, s. 153.

5 Ceylan, Ayhan, "İslam-Osmanlı Coğrafyasında Modern İlk Anayasa: Kanunu'd-Devle (1861 Tunus Anayasası)", **38. Icanas Uluslararası Asya ve Afrika Çalışmaları Kongresi**, Uluslararası İlişkiler, C. 1, Ankara, 2011, s. 369.

6 Nitekim belgenin ortaya çıkışına sebep olan olaylar zinciri de bu kanaati desteklemektedir: Bir Yahudi sürücü kullandığı at

"*Ahdü'l Emân*"da yer alan temel hak ve hürriyetlerin teminat altına alınabilmesi amacıyla 1861 yılında, İslam dünyasının modern anlamdaki ilk anayasası olma niteliği de taşıyan, "*Kanunu'd Devle*" kabul edilmiştir. Bu anayasanın yürürlüğe konulmasında Fransız ve İngiliz konsoloslarının baskılarının[7] yanı sıra Tunus Beyi Muhammed Sadık'ın Osmanlı hâkimiyetinden sıyrılma isteği de etkili olmuştur. Nitekim anayasada "bey" yerine "melik", "eyalet" yerine "ülke" tabirlerinin tercih edilmesi[8], bu bağımsızlık isteğinin açık bazı göstergeleridir.

Bu anayasa ile amaçlanan husus, üstün bir hukuk metni oluşturup tüm hukuk düzenini ona uygun olarak tanzim etmekten ziyade, Bey'in mutlak iradesini, yeni oluşturulan anayasal organlar aracılığıyla sınırlandırmaktı.

On üç bölümden oluşan anayasada yasama, yürütme ve yargı organları ile temel hak ve ödevler düzenlenmiştir. Organik anlamda kuvvetler ayrılığına yer veren 1861 Anayasası, parlamenter sistemin birçok unsurunu bünyesinde barındırmıştır. Anayasaya göre yürütme organı; devlet başkanı olan Melik ve bakanlıklardan oluşan

---

arabasıyla Müslüman bir çocuğa çarparak ölümüne sebep olur. Sarhoş olan sürücü bununla da yetinmeyip Bey'e ve İslam dinine lanetler okur. Mahkeme tarafından ölüm cezasına çarptırılır. İngiliz ve Fransız Konsoloslarının cezanın affı veya teciline ilişkin istekleri kabul görmeyerek ceza infaz edilir. İngiliz ve Fransızların öfkesine sebep olan bu gelişme üzerine, Tunus'ta bulunan yabancıların ticari ve hukuki menfaatlerini teminata kavuşturmak üzere bir Fransız donanması Tunus'a gelir. Bu baskı sonucunda Ahdü'l Emân ilan edilmek zorunda kalınır (Amor, Abdelfettah, "1861 Tunus Anayasası Üzerine", Çağlayan, Ramazan (Çeviren), **EÜHFD**, C. X, S. 3-4, Y. 2006, s. 573; Ceylan (2011), s. 370).

7 Öyle ki, 1861 Anayasası, konsolosların anayasası olarak adlandırılacaktır (Amor, s. 582).

8 Ceylan (2011), s. 370.

iki başlı bir yapı arz etmektedir[9]. Her ne kadar bir kurul organ olarak hükümete yer verilmemiş olsa da başbakan, diğer bakanlıklar üzerindeki denetim ve gözetim yetkisi sayesinde yürütme organının esas yetkili makamı haline gelmiştir. Melik ise orduya başkomutanlık etmek, bakanlar ve bazı yüksek görevlileri atamak, af yetkisini kullanmak gibi yetkilerle donatılmıştır[10].

"Meclis-i Ekber" olarak adlandırılan yasama organı altmış üyeden oluşmaktadır. Üyelerin yirmisi doğrudan Melik tarafından atama yoluyla, kırkı ise Melik'in uygun bulması üzerine Meclis tarafından hazırlanan, ülkenin ayanlarının yer aldığı bir listeden kura usulüyle belirleniyordu[11].

Meclis üyelerinin seçim usulü itibariyle demokratik bir sistemin benimsendiği söylenemez. Buna rağmen yasama organı aşırı derecede güçlendirilmiştir. Yasama organına kanun yapma ve bakanların denetlenmesine ek olarak icrai ve yargısal bazı vazifeler de tevdi edilmiştir. Meclis içinden çıkan "*Olağan Hizmet Komitesi*"nin anayasada düzenlenen temel hakları korumak, vatandaşlar arasındaki eşitliği sağlamak ve kamu harcamalarını denetlemek gibi bazı yetkileri bulunmaktadır[12]. Meclis ayrıca idare mahkemesi sıfatıyla memurlara yönelik şikâyetleri karara bağlamak ve ağır ceza davalarında verilen kararların hukukî denetimini gerçekleştirmek gibi yargısal yetkilere de sahiptir[13].

---

9 Ceylan (2011), s. 380.

10 Amor, s. 591.

11 Ceylan (2011), s. 379; Amor, s. 586.

12 Brown, Nathan J, **Constitutions in a Nonconstitutional World: Arab Basic Laws And the Prospects for Accountable Government**, New York, 2002, s. 17.

13 Amor, s. 590; Ceylan (2011), s. 383.

Yasama organının önemli bir vazifesi de Melik'in siyasi sorumluluğu mekanizmasını işletmektir. Bilindiği gibi parlamenter sistemlerde devlet başkanlarının siyasi sorumluluğu yoluna gidebilmek mümkün değildir. Devlet başkanı cumhuriyetlerde görev süresi boyunca, monarşilerde ise ölene kadar makamında kalır. Parlamentonun devlet başkanını görevden alma yetkisi bulunmamaktadır. Fakat 1861 Anayasası'na göre; herhangi bir şahsın, Melik'in kasten bir kanunu ihlal ettiği iddiası üzerine toplanan Meclis-i Ekber, Melik'in hal'ine karar verebilmektedir[14].

1861 Anayasası, yargı alanında hâkimlerin bağımsızlığı ve hâkimlerin azledilemezliği gibi temel prensipleri belirtmiş, ayrıca yargı mekanizmasının hangi mahkemelerden teşekkül edeceği ve bu mahkemeler arasındaki ilişkiyi düzenlemiştir. Buna göre; askerî uyuşmazlıklara "*Meclisü'l-Askerî*", ticarî uyuşmazlıklara "*Meclisü't-Ticaret*", bunun dışında kalan uyuşmazlıklara ise "*Meclisü'l Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l Örfiye*" bakacaktır. "*Meclisü't-Ticaret*" ve "*Meclisü'l Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l Örfiye*"nin kararlarına karşı bir itiraz olduğunda ise bu itirazı "*Meclisü't Tahkik*" karara bağlayacaktır[15]. Yukarıda belirtildiği gibi "*Meclisü'l Ekber*"in idare mahkemesi ve temyiz mahkemesi fonksiyonu da bulunmaktadır.

Anayasanın on ikinci bölümünde Tunusluların temel hak ve ödevleri düzenlenmiş, "*Ahdü'l Eman*"da yer alan hak ve hürriyetler güvence altına alınmıştır. Sosyal ve siyasi haklara yer verilmeyen anayasada kişisel hak ve hürriyetler ise sınırlı bir biçimde düzenlenmiştir. Buna göre tüm Tunuslular; kanun önünde eşitlik, mülkiyet, kişi güvenliği ve dokunulmazlığı, yargısal güvenceler, vatandaşlık hakkı, meslek seçimi ve ticaret yapabilme, seyahat yapabilme gibi

14 Amor, s. 588-599; Ceylan (2011), s. 384.

15 Ceylan (2011), s. 382, 383.

bazı hak ve hürriyetlere sahiptir[16]. Fakat basın ve örgütlenme hürriyeti koruma altına alınmamıştır. Anayasanın bir sonraki bölümünde Tunus'a dost devletlerin reayasının da aynı hak ve hürriyetlere sahip olduğu belirtilmiştir[17].

1861 Anayasası sadece üç yıl uygulanabilmiş; baş vergisinin iki katına çıkarılması sebebiyle patlak veren isyanın ardından 1864 yılında anayasa askıya alınmıştır[18]. Şüphesiz bu anayasa, demokrasi ve anayasacılık prensiplerine uygun bir anayasa değildir. Buna rağmen, en azından şekli açıdan kuvvetler ayrılığı prensibine yer vermesi ve İslam dünyasında modern anlamdaki ilk anayasa olması açısından önem arz etmektedir. Ayrıca Bey'in mutlak iktidarının sınırlandırılabileceğini göstermiş ve bağımsızlık hareketlerinde bir temel noktası teşkil etmiştir[19].

Tunus üzerindeki tesirini gün geçtikçe artıran Fransa, egemenliği altındaki Cezayir sınırına Tunuslu bir kabilenin saldırıda bulunduğunu iddia ederek 1881 yılında ülkeyi işgal etmiştir[20]. İşgalin akabinde, 1881 Bardo ve 1883 Mersa Anlaşmaları ile Fransız Protektora idaresi kurulmuş; Osmanlı İmparatorluğu da 1889 yılında Tunus üzerindeki egemenlik haklarından tamamıyla feragat ettiğini ilan etmiştir[21]. 75 yıllık "geçici[22]" Fransız idaresi boyunca,

16 Brown, s. 17-18; Ceylan(2011), s. 385.

17 Brown, s. 18.

18 Amor, s. 593-594.

19 Tunus'un bağımsızlığını kazanmasında öncü rolü oynayan "El Hâdıra" ve "Düstûr" hareketlerinde anayasal bir yönetim isteği ön plandadır. Nitekim "Düstûr" kelimesi, anayasa anlamına gelmektedir (Tuğ, s. 155-158).

20 Okumuş, Fatih, **İslami Hareketin İktidar Deneyimi: Tunus ve Mısır**, İstanbul, 2015, s. 20.

21 Tuğ, s. 155.

görünüşte Tunus'un devlet başkanı "Bey" olsa da, gerçekte Fransa burayı kendi tayin ettiği bir general vasıtasıyla yönetmiştir[23].

İşgalin hemen ardından Tunus Anayasası'nı tekrar yürürlüğe sokmak amacıyla örgütlenen el-Hâdıra hareketini Genç Tunus Partisi ve Düstûr Partisi takip etmişlerdir. Bu hareketlerin ortak amacı, genel seçimler ile belirlenen tam yetkili bir yasama meclisi ile kuvvetler ayrılığına dayanan bir hükümet sistemi oluşturmaktır. Bu taleplerini bir siyasi konferans vasıtasıyla dile getiren Düstûr Partisi 1933 yılında kapatılmıştır[24]. Habib Burgiba tarafından, benzer esaslara dayalı bir parti programı ile kurulan Neo Düstûr Partisi de aynı akıbeti paylaşmış, ayrıca parti üyeleri de tutuklanmıştır[25].

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından bağımsızlık hareketleri yoğunlaşmıştır. 1955 yılında imzalanan anlaşma ile Fransa, Tunus'un özerk bir yönetime sahip olacağını

---

22 Bardo Anlaşması'nın 2.maddesine göre "Hükümet mahalliyenin asayişin muhafazasında tekeffül edebilecek bir hale geldiği, Fransız ve Tunus askerî elemanları tarafından müştereken tasdik edildiği gün bu işgale nihayet verilecektir." (Anlaşmanın Türkçe çevirisi için bkz. Kartaç, Kemal, **Tunus Faciası Nasıl Başladı Nasıl Devam Ediyor**, İstanbul, 1954, s. 12-13).

23 Okumuş, s. 21. Tunus'un kurucu devlet başkanı Burgiba, Fransız idaresini şu sözlerle tanımlıyor: "*Tunus'ta bulunan ecnebiler hiç vergi vermezler, her şey yerlilere yükletilir. Mahkemelerde yerlilere hiçbir hak tanınmaz, mektepler hep Fransızlara mahsustur. Hastanelere bile yerli kabul olunmaz. Fransızlar yerlileri soyup ellerinden mal ve mülklerini alıp memleketi Fransızlarla doldurmaya uğraşmaktadırlar.*" (23 Ağustos 1946 tarihinde Tunus Milleti Milli Kongresi'nde Burgiba'nın açılış konuşmasından aktaran, Kartaç, s. 8).

24 Tuğ, s. 160.

25 Tuğ, s. 160.

kabul etmiştir. 20 Mart 1956 tarihinde Bardo Anlaşması'nın iptal edilmesiyle Tunus'taki Fransız yönetimi tamamıyla son bulmuştur.

B) Otoriter Dönem

1) Burgiba Dönemi

Tunus, bağımsızlığın kazanılmasının hemen ardından Kurucu Meclis seçimlerine gitmiştir. Doksan sandalyeli Meclis'te Burgiba'nın Neo Düstûr Partisi üçte ikilik bir çoğunluk elde ederek iktidarı ele geçirmiş[26]; Burgiba, bağımsız Tunus'un ilk Başbakanı olarak atanmıştır. Yeni anayasayı hazırlamanın yanı sıra yasama gücünü kullanma yetkisine de sahip olan Kurucu Meclis, 1957 yılında monarşiyi ilga edip yerine cumhuriyet rejimini getirmiştir[27]. Aynı tarihte, otuz yıl boyunca görevinde kalacak olan Burgiba, Cumhurbaşkanı seçilmiştir.

1959 yılında yeni Tunus Anayasası yürürlüğe girmiştir. 10 bölüm ve 78 maddeden oluşan anayasanın birinci maddesine göre Tunus; özgür, bağımsız ve egemen bir devlettir. Dini İslam, dili Arapça ve hükümet şekli cumhuriyettir.

1959 Anayasası ile "Temsilciler Meclisi" ve "Danışma Meclisi" olmak üzere iki meclisli bir yasama organı teşekkül ettirilmiştir[28]. Yürütme organı ise Cumhurbaşkanı ve

---

26 Ayhan, Veysel, "Tunus İsyanı: Arapların Devrim Ateşini Yakması", **Ortadoğu Etütleri**, C. 3, S. 2, Ocak 2012, s. 62.

27 Tuğ, s. 163.

28 Ayrıca, anayasanın demokratik bir niteliğe sahip olduğunu göstermek amacıyla "Devlet Konseyi", "Ekonomik Ve Sosyal Konsey" gibi bir takım kurumlar oluşturulmuşsa da bu kurumların önemli bir fonksiyonu olduğunu iddia etmek mümkün değildir (Yüksel, Başak Akar/Bingöl, Yılmaz, "The Arab Spring in Tunisia: A Liberal Demokratic Transition?", **Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 12, S. 47, Güz 2013, s. 318).

Bakanlar Kurulu olmak üzere çift başlı bir yapı arz etmektedir. Fakat bu çift başlı yapı sadece görünüştedir. Zira Başbakan ve hükümetin Cumhurbaşkanı'ndan bağımsız bir politika icra edebilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan 1959 Anayasası'nın hükümet sistemi itibariyle, tıpkı birçok otoriter rejimlerde görüldüğü gibi, süper başkanlık sistemini[29] benimsediği söylenebilir.

Cumhurbaşkanı beş yıllığına doğrudan halk tarafından seçilir. İlk oylamada hiçbir aday salt çoğunluğu sağlayamazsa ikinci oylamaya en çok oy alan iki aday katılır ve daha fazla oy alan aday Cumhurbaşkanı seçilir (m.39.f.3). Cumhurbaşkanı İslam dinine mensup olmalıdır (m.38). Göreviyle ilgili eylem ve işlemler dolayısıyla sorumsuzdur; görev süresi sona erdikten sonra dahi yargılanamaz (m. 41.f.2).

Anayasanın başlangıç kısmında milli egemenliğe ve kuvvetler ayrılığına dayanan demokratik bir rejim inşa edildiği iddia edilse de, Cumhurbaşkanı'na yasama ve

29 Süper başkanlık sisteminde (Teziç, bu hükümet sistemini otoriter yarı başkanlık olarak adlandırmaktadır.) yürütme organı, genel oyla seçilen bir başkan ile yasamanın güvenine dayanan Bakanlar Kurulu'ndan oluşmaktadır. Bu hükümet sistemi yürütme organının iki başlılığı ve başkanın genel oyla seçilmesi bakımlarından yarı başkanlık sistemine benzerlik gösterse de bu sistemde hükümetin başkandan bağımsız bir politika izlemesi mümkün değildir. Hükümet, başkanın yanında işlemsel değil, işlevsel bir organdır (Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2014, s. 525). Bu hükümet sisteminde yürütme organının çift başlı bir görünüm arz etmesinin temel amacı rejimin otoriter karakterine bir perde olmasıdır. Nitekim 1959 Anayasası'nın 37. maddesinde yürütme gücünün Başbakan başkanlığındaki Bakanlar Kurulu'nun *yardımıyla*, Başkan tarafından kullanılacağı açıkça belirtilmiştir.

yürütme alanında tanınan yetkiler dikkate alındığında[30] gerçekte bir tek adam rejiminin söz konusu olduğu kolaylıkla anlaşılabilir. Bu sebeple 1959 Anayasası'nın ne kuvvetlerin sert ayrılığına dayanan bir başkanlık sistemi, ne de yasama ile yürütme organlarının karşılıklı etkileşim araçlarına sahip olduğu bir parlamenter rejimi benimsediği iddia edilebilir.

1959 Anayasası'nın devlet gücünü Cumhurbaşkanı'nın şahsında tek bir merkezde toplandığı söylenebilir. Zira hükümetin hem Meclis'e hem de Cumhurbaşkanı'na karşı sorumlu tutulması sebebiyle bağımsız bir politika icra edebilmesi mümkün değildir. Keza kanun ve anayasa değişikliği teklif etmek, Danışma Meclisi'nin bir kısım üyelerini atamak, güçleştirici veto ve kanun tasarılarını referanduma sunmak gibi yasama alanına ilişkin önemli yetkiler, Cumhurbaşkanı'nın yasama fonksiyonunu da etkilemesine imkân tanımıştır.

Burgiba, anayasal yetkileri ve hâkim olduğu siyasi partisi sayesinde, çok kısa bir süre içerisinde otoriter rejimini inşa edebilmiştir[31]. Kendisiyle yapılan bir söyleşide

30 Cumhurbaşkanı; hükümeti ve bakanları atamak ve azletmek, kabineye başkanlık etmek, düzenleyici işlemleri hazırlamak, devletin genel politikasını belirlemek ve yürütmek, olağanüstü hal tedbirlerine başvurmak gibi yürütme alanına ilişkin yetkilerinin yanı sıra Danışma Meclisi'nin bazı üyelerini atamak, kanun teklifinde bulunmak, Danışma Meclisi ve Temsilciler Meclisi'nin yetkilendirmesi ile özel bir amaç ve sınırlı bir süre için kararname çıkarmak, ulusal öneme sahip kanun tasarılarını referanduma sunmak, kanunları veto etmek ve anayasa değişikliği teklifinde bulunmak gibi yasama alanına ilişkin çok önemli yetkilerle donatılmıştır.

31 Linz, Burgiba'nın kişisel liderliğindeki Tunus'u, bağımsızlık sonrası mobilize edici otoriter rejimler arasında saymakta ve bağımsızlık mücadelesinde doğmuş en istikrarlı sivil tek parti

sistem değişikliğiyle ilgili bir soru üzerine "*Ne sistemi, sistem benim*[32]" cevabıyla bu durumu açığa vurmaktan da çekinmemiştir. Nitekim bu otoriter kimlik doğrultusunda, önce Komünist Parti yasaklanmış; ardından Neo Düstûr Partisi, bir bildiri ile tek parti sistemini benimsediğini beyan etmiştir[33]. Bu noktadan itibaren parti-devlet bütünleşmesi gerçekleşmiş ve parti tüm devlet organlarında temsil edilmeye başlanmıştır[34].

Mustafa Kemal Atatürk'e beslediği büyük hayranlığıyla tanınan Burgiba, toplumsal alanda benzer bir modernleşme çabasının içerisine girmiştir. Henüz 1959 Anayasası dahi ilan edilmeden kabul edilen Medeni Kanun ile kadın erkek eşitliği sağlanmaya çalışılmıştır[35]. Fakat Burgiba bu modernleşme hareketini temel hak ve hürriyetler perspektifi içerisinde gerçekleştirmemiştir. Laikçi politikalarını dinin toplumsal alan üzerindeki etkisini silmek[36] ve toplumu

sistemine sahip olduğunu belirtmektedir. Bkz. Linz, Juan J., **Totaliter Ve Otoriter Rejimler**, Özbudun, Ergun (Çeviren), Ankara, 2008, s. 206.

32 Okumuş, s. 23.

33 Ayhan, s. 63.

34 Ayhan, s. 63.

35 1956 yılında kabul edilen Medeni Kanun ile çok eşlilik yasaklanmış, kadına da boşanma hakkı verilmiştir. (Horchani, Ferhat, "Güçlü Ve Zayıf Yönleriyle 27 Ocak 2014 Tarihli Yeni Tunus Anayasası", Duymaz, Erkan (Çeviren), **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 6, Y. 2014, s. 14).

36 Burgiba'nın oruçla ilgili görüşleri bu açıdan güzel bir örnektir. Burgiba, oruç tutmanın insanın tüm verimliliğini düşürdüğünü, bunun hiçbir gerekçesi olamayacağını, dinle ilgili tüm konuların niyetle ilgili olduğunu, dinin, bireyin yaşamıyla bağdaşmaz duruma geldiğinde değiştirilmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir. Burgiba'ya göre rejimin misyonu kötü gelenekleri yok etmek ve gelişime kendilerini adamaktır (Erdem, Ruhat Gülşah, **Tunus'ta İslamcı**

seküler bir yapı içerisinde dönüştürmek amacı üzerine bina etmiştir. Bunun için de dini kurumları devletin kontrolüne ve ulemayı da bürokrasi çarkının içine almıştır[37]. Bu yüzden İslamcı kesimlerin geniş muhalefeti ile karşılaşmıştır.

Parti içindeki liberal muhalefetin 70'li yıllarda ağırlığını artırması[38] karşısında Burgiba, iktidarını garanti altına alacak yeni bir yöntem benimsemiştir. 27 Aralık 1974 tarihinde yapılan anayasa değişikliği ile Habib Burgiba, ömür boyu Cumhurbaşkanı ilan edilmiştir[39]. Fakat gittikçe otoriterleşen yönetim, toplumsal ve siyasal kesimlerdeki muhalefetin daha da keskinleşmesine sebep olmuş; partinin eski üyelerinden liberallere, İslamcılardan komünistlere, sendikalardan öğrenci birliklerine ve gelir eşitsizliğinden yakınan halk kesimlerine kadar genişleyen muhalefet[40] çeşitli biçimlerde hoşnutsuzluğunu ortaya koymaya devam etmiştir.

1978 yılında Tunus Genel İşçi Sendikaları Birliği'nin (UGTT) çağrısıyla, bağımsızlık sonrası dönemde ilk kez bir genel grev düzenlenmiştir. Güvenlik güçlerinin halka ateş açması neticesinde 200 kişinin ölümü ve 1000 kişinin yaralanmasıyla sonuçlanan müdahale, halkın yönetime olan güvenini daha da fazla sarsmıştır[41]. Güçlenen

---

Hareketlerin Yükselişi: El Nahda Örneği, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014, s. 33). Ayrıca Burgiba, laikliğe aykırı olduğu gerekçesiyle televizyonlarda ezan yayınlanmasını yasaklamıştır (Ayhan, s. 24).

37 Okumuş, s. 24.

38 Ayhan, s. 65.

39 Okumuş, s. 24.

40 Ayhan, s. 65.

41 Erdem, s. 26.

muhalefetin önüne geçmek amacıyla 1980 yılında tekrar çok partili siyasi hayata geçildiği ilan edilmiştir. Fakat bu durumun bir aldatmacadan ibaret olduğu kısa sürede anlaşılmıştır. Önce, geniş bir toplumsal desteğe sahip olan İslami Uyanış Hareketi (1989 yılında Nahda ismini alacaktır) gayrimeşru ilan edilerek lideri Raşid El Gannuşi ve bazı üyeleri tutuklanmış, ardından 1981 yılında yapılan seçimlerde hiçbir partinin %5'lik barajı aşmasına izin verilmeyerek tüm sandalyeleri Sosyalist Düstûr Partisi ve UGTT'nin oluşturduğu milli cephenin kazanması sağlanmıştır[42]. 1986 seçimlerini, güvenilirliği olmadığı gerekçesiyle tüm muhalefet partileri boykot etmiş; 15 bağımsız aday ise seçimden bir gün önce çekildiklerini ilan etmişlerdir[43].

2) Bin Ali Dönemi

1980'lerin sonlarında Burgiba'nın güvenini kazanmayı başaran Zeynel Abidin Bin Ali, Başbakan olarak atanmıştır. Bu durumu fırsat bilen Bin Ali, ülkede patlamaya hazır çatışmaların varlığı ve Burgiba'nın artık seksen yaşlarında olmasından dolayı ülkeyi yönetemediği iddialarıyla, yedi doktorun Burgiba için verdiği "devleti yönetemez" raporuna dayanarak 1987 yılında Burgiba'yı kansız bir saray darbesi ile görevinden almıştır[44]. Bin Ali, iktidara gelir gelmez demokratik açılımların yapılacağını, serbest ve adil seçimlerin düzenleneceğini vaat etmiştir. Ayrıca Burgiba döneminde halkın tepkisini çeken bazı laikçi uygulamalardan da vazgeçilmiştir.

Bin Ali, iktidarının ilk yıllarında, demokrasiye geçileceği yönündeki olumlu havayı teyit eder nitelikte icraatlarda da bulunmuştur. Burgiba döneminde

42 Okumuş, s. 25.

43 http://www.ipu.org/parline-e/reports/arc/TUNISIA_1986_E.PDF, E.T. 21.08.15.

44 Erdem, s. 36.

tutuklanan siyasiler serbest bırakılmış, yeni siyasi partiler kanunu kabul edilerek dini, etnik veya dilsel temele dayanmamak şartıyla yeni siyasi partilerin kurulmasına imkân tanınmıştır[45]. 1989 yılında hem Cumhurbaşkanlığı hem de genel seçimler gerçekleştirilmiştir. Tunus tarihinin ilk kez nispi bir serbestî içerisinde yapılan bu seçimlerinde Bin Ali, rakipsiz katıldığı Cumhurbaşkanlığı seçimini kazanmış; genel seçimlerde ise bağımsız olarak katılan El Nahda Partisi oyların %14'ünü almasına rağmen ülkede uygulanan basit çoğunluk sistemi sebebiyle Meclis'te temsil edilememiş; tüm sandalyeleri Sosyalist Düstûr Partisi kazanmıştır[46].

Ancak bu iyimser hava çok geçmeden ortadan kaybolmuştur. Zaman ilerledikçe iktidarı kendi elinde merkezileştirmeye çalışan Bin Ali, devlet imkânlarını kullanarak muhalefeti ve medyayı yoğun bir baskı altında tutmaya başlamıştır[47]. Özellikle İslamcı El Nahda Partisi'nin halk nezdinde karşılık bulması Bin Ali'yi tedirgin etmiş, bu sebeple birçok parti üyesi tutuklanmış, partinin lideri Raşid el Gannuşi ise sürgün edilmiştir. Bu kırılma noktasının ardından okullarda İslami kıyafetin yasaklanması, Nahda'ya sempati duyan kişilerin işten çıkartılması, okullardaki dini müfredatın değiştirilmesi gibi Burgiba dönemindeki politikaların devamı niteliğindeki gelişmeler yaşanmıştır[48].

Baskıcı yönetim politikaları, sadece İslami kesimle sınırlı kalmamıştır. Rejim, sol eğilimli partileri de kendisine

---

45 Ayhan, s. 70.

46 Seçimlerin ayrıntılı sonuçları için bkz. http://www.ipu.org/parline-e/reports/arc/2321_89.htm, E.T. 21.08.15.

47 Koçak, Konur Alp, "Yasemin Devrimi'nden Arap Baharına Tunus", **Yasama Dergisi**, S. 22, Y. 2012 (Eylül, Ekim, Kasım, Aralık), s. 38.

48 Erdem, s. 70.

bir tehdit olarak algılamıştır. Tunus Komünist İşçi Partisi, Sol Sosyalist Parti, Cumhuriyetçi Kongre Partisi ve Yeşil Tunus Partisi[49] Bin Ali döneminde kapatılan partilerden bazılarıdır. Tüm bu baskı politikalarına rağmen düzenli olarak seçimler yapılmaya devam edilmiştir. 1994 ve 1999 yıllarında yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde Bin Ali, açık ara farkla Cumhurbaşkanı seçilmiştir. 2002 yılında yapılan anayasa değişikliği referandumu ile üç dönem kuralının kaldırılması ve 70 olan yaş sınırının 75'e çıkarılması, Bin Ali'nin tekrar seçilebilmesinin önünü açmıştır. 2004 seçimlerinde % 94, 2009 seçimlerinde ise % 89 oy oranı ile seçimleri kazanan Bin Ali, üst üste beşinci kez Cumhurbaşkanı seçilmiştir. Keza bu dönemde Bin Ali'nin partisi de genel seçimlerde benzer bir başarıyı yakalamıştır. Fakat bu seçimler, demokratik ilkelere uygun bir ortamda gerçekleştirilmemiştir. Öyle ki 2004 Cumhurbaşkanlığı seçimlerindeki adaylardan biri, oyunu Bin Ali'ye verdiğini itiraf etmiştir[50].

2000'li yıllardan itibaren, ekonomik şartların da ağırlaşması ile birlikte, toplumsal muhalefet büyük güç kazanmıştır. Rüşvet, adam kayırma, yolsuzluk, işsizlik, gelir eşitsizliği ve baskı politikaları, Bin Ali'nin toplumsal meşruiyetini yitirmesine sebep olmuştur. Esasında Bin Ali döneminde yakalanan büyüme oranları tatmin edici düzeydedir. Fakat refahın tabana yayılması noktasında aynı başarı sağlanamamış, ekonomik büyüme bir grup siyasal elitin zenginleşmesine hizmet etmiştir. Bin Ali ve ailesinin toplam servetinin 12 milyar dolara ulaştığı[51] göz önüne

49 Tanrıverdi O., "Nebahat, Yaklaşan Seçimler Öncesi Tunus'ta Siyasal Denklemler", **Ortadoğu Analiz**, C. 3, S. 34, Ekim 2011, s. 57-58.

50 El Gannuşi, Raşid, **İslam Devletinde Kamusal Özgürlükler**, Tunç, Osman (Çeviren), İstanbul, s. 104; Ayhan, s.74.

51 Koçak, s. 33.

alındığında yolsuzluğun hangi boyutlara ulaştığı kolaylıkla anlaşılabilir.

Bin Ali rejiminin meşruiyetini yitirmesinin en büyük sebebi, bir türlü engel olunamayan yüksek işsizlik sorunudur. İsyanın patlak verdiği 2010 yılında toplam işsizlik oranı %13, yükseköğrenim görmüş yeni mezunlar arasında ise % 61,7'dir[52].

Ekonomik sebeplere bağlı olarak toplumsal huzursuzluğun 14 Ocak Devriminden[53] önceki son dışavurumu, 2008 Gafsa ayaklanmasıdır. Bir maden işletmesinin işe alım sınavında kayırmacılık, rüşvet ve iktidara bağımlılığın sınav sonuçlarında etkili olduğu anlaşılınca, diplomalı işsizlerin başını çektiği bir grup, protesto eylemleri düzenlemiştir. Kısa sürede birçok kesimin katılımıyla genişleyen isyan, ulusal bir boyut kazanamadığı için güvenlik güçlerinin müdahalesi ve bazı isyancıların tutuklanması sonucu bastırılabilmiştir[54]. Fakat bu ayaklanma iki yıl sonra rejimin devrilmesini sağlayacak halk hareketlerine temel teşkil edecektir.

---

52 Koçak, s. 31.

53 Batılı yazarlar, 18 Aralık 2010 tarihinde başlayıp 14 Ocak 2011 tarihinde son bulan halk hareketlerini "Yasemin Devrimi" olarak adlandırmışlardır. Biz bu adlandırmayı, Tunus halkının gerçekleştirdikleri karşısında fazla naif bulduğumuz için, Bin Ali'nin ülkeyi terk ediş tarihinden mülhem "14 Ocak Devrimi" tabirini kullanmayı tercih ediyoruz.

54 Gafsa ayaklanması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Amroussia, Ammar, "Gafsa Maden Havzasında Halk İsyanı: İlk Değerlendirme", **Arap Dünyasında Ayaklanma: Nedenler, Olasılıklar, Sonuçlar** içinde, Ed. Mustafa Yalçıner, İstanbul, 2011, s. 92-109.

III) 14 OCAK DEVRİMİ VE SONRASINDA YAŞANAN GELİŞMELER

A) 14 Ocak Devrimi

Tunus'un az gelişmiş güney şehirlerinden Sidi Bouzid'te seyyar satıcılık yapan Muhammed Buazizi, lisansı olmadığı gerekçesiyle arabasına el konulması ve yetkililer tarafından dövülüp hakaret edilmesi üzerine kendisini yakmıştır. Olayın ardından gelişen küçük çaplı protestolar, gelişmelerin sosyal medya aracılığıyla paylaşılması üzerine kısa sürede ulusal bir isyan hareketine dönüşmüştür. Polisin müdahalesi ile göstericilerin 239'u ölmüş, 1400'ü ise yaralanmıştır[55]. Fakat ordunun göstericilere müdahale etmeyi reddetmesi üzerine[56] Bin Ali 14 Ocak 2011 tarihinde ülkeyi terk etmek zorunda kalmıştır. Böylece 54 yıllık otoriter rejim, bir aydan daha az süren halk ayaklanmaları neticesinde son bulmuştur[57].

Devrimin ardından, eski rejimle bağlantılı güçler 1959 Anayasası'nın öngördüğü sistem doğrultusunda bir çözüm bulunmasının gerektiği görüşünü ileri

---

55 Baccouche, Neji, "Demokrasiye Geçişin 3 Komisyonu", **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 1, S. 2, Y. 2012, s. 118.

56 Tunus'ta Burgiba döneminden bu yana güçlü bir polis ve istihbarat teşkilatı oluşturulmasına rağmen ordu, rejimi tehdit edebileceği endişesiyle bilerek zayıf bırakılmıştır. Ayrıca ordu Tunus tarihinin hiçbir döneminde siyasi bir aktör olarak rol oynamamıştır (Yaşar, Nebahat, "Uzlaşarak Başarmak: Tunus'ta Yeni Anayasa", **Ortadoğu Analiz**, C. 6, S. 61, Mart-Nisan 2014, s. 71; Koçak, s.39). Mısır örneği dikkate alındığında demokratikleşme açısından bu durumun önemi kolaylıkla anlaşılabilir.

57 Halk hareketlerinin başlaması ve yayılması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tumay, Murat, **Demokratik Anayasa Yapımı Dinamikleri: Tunus Anayasası Örneği**, Ankara, 2015, s. 93-102.

sürmüşlerdir[58]. Buna bağlı olarak Bin Ali kabinesinin Başbakanı olan Muhammed Gannuşi, Cumhurbaşkanlığı makamının geçici olarak boşalması durumunda yerine Başbakan'ın vekâlet edeceğini öngören anayasa hükmü (m.56.f.1) uyarınca ülkenin geçici Cumhurbaşkanı olduğunu ilan etmiştir. Fakat bir müddet sonra Anayasa Konseyi, Bin Ali'nin geçici değil sürekli olarak görev yapamaz duruma düştüğüne ve bu sebeple anayasanın 57. maddesi uyarınca Meclis Başkanı Fuad Mebuza'nın geçici Cumhurbaşkanlığı görevini yürütmesi gerektiğine karar vermiştir[59].

Mebuza tarafından hükümeti kurma görevi eski Başbakan Muhammed Gannuşi'ye verilmiş, fakat bakanlar arasında eski rejimle bağlantılı isimlerin bulunmasının halkın tepkisini çekmesi üzerine hükümet 27 Ocak 2011 tarihinde istifa etmiştir. Gannuşi, Demokratik Anayasal Birlik Partisi'nden hiçbir bakanın yer almadığı yeni bir hükümet listesi açıklamasına rağmen protestolar devam etmiş ve Gannuşi tekrar istifa etmek zorunda kalmıştır[60]. Geçici Cumhurbaşkanı Mebuza, hükümeti kurma görevini bu kez Es Sibsi'ye vermiştir. Eski kabinelerde görev almamış isimlerden teknokrat bir kabine oluşturan Sibsi, eski rejimin teminatı olarak görülen siyasi polis ve Devlet Güvenlik Kurumu'nun lağvedildiğini duyurmuştur[61].

---

58 Yargıç, Sinem, "Constitution Making After Jasmine Revolution: The Case of Tunisia", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, S. 101-102, Ocak-Şubat 2013, s. 69.

59 Köybaşı, Serkan, "Yeni Tunus Anayasası'nın Yazım Süreci Ve Sürecin Sonuca Yansıması", **Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan**, C. 2, İstanbul, 2014, s. 2301; Yargıç, s. 69-70.

60 Ayhan, s.78.

61 Ulutaş, Ufuk/Torlak, Furkan, "Devrimden Demokrasiye Tunus'un Seçimi", **Seta,** Kasım 2011, s. 7.

Böylece eski rejim temsilcilerinin, yeni siyasi düzenin inşasında rol oynamasına halkın izin vermeyeceği, henüz geçiş sürecinin başlangıcında anlaşılmıştır.

Devrimin hemen ardından ortada anayasal bir boşluk bulunduğu kabul edilip yeni siyasal aktörlerin anayasaya bağlı kalmaksızın geçiş sürecini yönetecekleri kabul edilememiştir. Zira devrimi sadece tek bir siyasi veya toplumsal grup değil tüm millet birlikte gerçekleştirmiştir. Buna bağlı olarak bir liderlik olgusu da belirmediği için süreç 1959 Anayasası'nın öngördüğü usuller çerçevesinde gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Fakat kısa bir süre sonra mevcut anayasanın demokratik bir geçişe imkân tanıyacak esneklikten yoksun olduğu anlaşılacaktır.

1959 Anayasası'nın 57. maddesine göre geçici Cumhurbaşkanı'nın görevi, ülkeyi asgari 45, azami 60 gün içinde seçime götürmekten ibarettir. Aynı maddede geçici Cumhurbaşkanı'nın referanduma başvurma, hükümeti görevden alma, Temsilciler Meclisi'ni feshetme ve 46. maddede belirtilen istisnai tedbirleri alması yasaklanmaktadır. Bu tarihten itibaren Mebuza'nın ikileme düşmesi kaçınılmaz olmuştur. Ya 1959 Anayasası'nın öngördüğü şekilde 60 gün içinde ülkeyi seçime götürecek; ya da anayasal bir boşluk durumunun vuku bulduğunu kabul ederek anayasaya bağlı kalmaksızın yeni bir yol haritası çizecektir. Birinci ihtimalin tercih edilmesi durumunda, 60 gün içerisinde yasaklı partilerin örgütlenmesi ve demokratik ilkelere uygun yeni bir seçim mevzuatının hazırlanması gibi demokrasiye geçiş sürecinin hayatî unsurlarının tamamlanması mümkün olmadığından dolayı, eski siyasal rejimin devam etmesi tehlikesi ile karşı karşıya kalınacaktır. Bu ikilemin aşılmasında yasama organının bir düzenlemesi oldukça faydalı olmuştur.

7 Şubatta Temsilciler Meclisi, 9 Şubatta ise Danışma Meclisi, geçici Cumhurbaşkanı'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi veren bir kanunu kabul

etmişlerdir[62]. Geçici Cumhurbaşkanı, bu yetkisine dayanarak ilk iş olarak, anayasada açıkça yasaklanmış olmasına rağmen, Temsilciler Meclisi, Danışma Meclisi, Anayasa Konseyi ve Ekonomik ve Sosyal Konsey'i feshetmiştir[63]. Yasama alanında ortaya çıkan boşluk, 18 Şubat 2011 tarih ve 6 sayılı kanun hükmünde kararname ile kurulan "*Devrim Hedeflerinin, Siyasi Reformların ve Demokratik Geçişin Sağlanmasından Sorumlu Yüksek Makam*" ile doldurulmaya çalışılmıştır[64]. 23 Mart 2011 tarih ve 14 sayılı *Kamu Erklerinin Geçici Olarak Düzenlenmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname*[65] ile birlikte 1959

---

62 Ben Achour'a göre Meclis'in geçici Cumhurbaşkanı'na kanun hükmünde çıkarma yetkisini tanıması politik bir harakiri idi. Bu kurumlar yasama yetkisini devrederek kendi idam fermanını imzalamışlardır (Yargıç, s. 71).

63 Ben Achour, Yadh, "Tunus'ta Demokratik Geçiş", Yünlüel, Reha (Çeviren), **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 1, S. 2, Y. 2012, s. 19.

64 Başkanlığını Yad Ben Achour'un yaptığı ve bu sebeple kamuoyunda Ben Achour kurulu olarak adlandırılan yüksek makamın amacı, siyasi teşkilata ilişkin yasal metinleri incelemek ve demokratik sürece ilişkin devrim hedeflerini hayata geçirmek için reformlar önermektir. Bu kurul gerçek bir karar alma gücünden yoksun olsa da Tunus'taki demokratik geçişin geleceği üzerinde halkı rahatlatarak katkıda bulunmuşlardır (Gaddes, Chawki, "Tunus'ta Anayasal Ve Demokratik Geçiş Üzerine Düşünce Ve Değerlendirmeler", Yünlüel, Reha (Çeviren), **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 1, S. 2, Y. 2012, s. 236). Geçiş döneminde oluşturulan diğer kurumlar ve bu kurumların amaçları için bkz. Tumay, s. 100-118.

65 Kararnamenin İngilizce çevirisi için bkz. http://www.lcil.cam.ac.uk /sites/default/files/LCIL/documents/arabspring/Tunisia_13_Decree_Law_No2011_14.pdf, E.T. 23.08.15.

Anayasası'nın geçerliliğini yitirdiği hususuna resmiyet kazandırılmıştır.

14 sayılı kanun hükmünde kararnameyle geçici Cumhurbaşkanı'na geçiş sürecini yönlendirebilmesini sağlayacak çok geniş yetkiler verilmiştir. Yasama fonksiyonunun Bakanlar Kurulu ile yapılan müzakerenin ardından geçici Cumhurbaşkanı tarafından hazırlanacak kanun hükmünde kararnameler aracılığıyla yerine getirileceği düzenlenmiştir (m. 4). Ayrıca çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin uygulanmasını gözetmek ve gerekiyorsa düzenleyici işlem yapmak da geçici Cumhurbaşkanı'nın görevleri arasında sayılmıştır (m.7).

Geçici Cumhurbaşkanı'na yürütme alanında verilen yetkiler dikkate alındığına, onun bu alanda da esas yetkili makam olduğu anlaşılmaktadır. Silahlı kuvvetlerin yüksek komutası, af ilanı, uluslararası anlaşmaların onaylanması, savaş ilanı ve barış anlaşması imzalanması, Başbakan ile Başbakanın önerisi üzerine diğer bakanların atanması ve Bakanlar Kurulu'na başkanlık etmek bu yetkilerden bazılarıdır. (m.9) Başbakan ise Bakanlar Kurulu'nun uyumunu gözetme ve idare ile polis gücünün kullanımı konularında yetkilendirilmiştir. Yargı alanında ise Anayasa Konseyi'nin lağvedilmesi dışında esaslı bir değişikliğe gidilmemiştir.

Geçici kamu otoritelerinin genel, serbest, doğrudan ve gizli oy usulüne uygun olarak seçilecek Kurucu Meclis teşekkül edene kadar görev yapacağı öngörülmüştür (m.1). Ayrıca geçici Cumhurbaşkanı'nın yeni anayasa yürürlüğe girene kadar ne Kurucu Meclis ne de diğer herhangi bir seçimde; başbakan ve diğer hükümet üyelerinin ise yalnız Kurucu Meclis seçimlerinde aday olmayacağı öngörülerek sahip oldukları olağanüstü yetkiler sebebiyle halkta uyanması muhtemel tepkilerin de önüne geçilmeye çalışılmıştır (m.11,15).

Bu gelişmelerin ardından Kurucu Meclis seçimini gerçekleştirmek için gerekli hukuki altyapının oluşturulmasına çaba harcanmıştır. Yüksek Makamın önerileri üzerine geçici Cumhurbaşkanı'nın yayımladığı kanun hükmünde kararnamelerle seçimlerin sorunsuz bir biçimde gerçekleştirilmesini sağlamakla görevli Bağımsız Yüksek Seçim Kurulu oluşturulmuş ve yeni seçim kanunu kabul edilmiştir[66]. Seçim için ilk olarak 24 Temmuz tarihi belirlenmiş olsa da bu tarihe kadar geniş katılımlı bir seçim için gerekli altyapının tamamlanamayacağı öngörülerek seçimler 23 Ekim'e ertelenmiştir[67].

Seçim için gerekli altyapı hazırlıkları gerçekleştirilirken bir yandan da eski rejimin destekçisi olan kişi ve kurumları tasfiye etmeye yönelik adımlar atılmıştır. İçişleri Bakanlığı'nın 6 Şubat tarihli bir kararı ile Demokratik Anayasal Birlik Partisi'nin faaliyetleri askıya alınmıştır. Ardından açılan bir dava üzerine Tunus Asliye Hukuk Mahkemesi 9 Mart 2011 tarihinde Demokratik Anayasal Birlik Partisi'nin kapatılmasına ve mallarının hazineye intikal etmesine karar vermiştir[68]. Partinin devamı niteliğindeki oluşumların seçimlere katılımını engellemek amacıyla 1089 sayılı kararname ile partinin üst düzey yöneticileri, Bin Ali hükümetlerinde yer alanlar kişiler ve 2014 Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde Bin Ali'nin aday

66 Yargıç, s. 76.

67 The Carter Center, **National Constituent Assembly Elections in Tunisia**, Final Report October 23, 2011, s. 85. https://www.cartercenter.org /resources/pdfs/news/peace_publications/election_reports/tunisia-final Oct2011.pdf, E.T. 24.08.15.

68 Gaddes, s. 248.

olması için dilekçe veren kişilerin Kurucu Meclis seçimlerinde aday olmaları yasaklanmıştır[69].

Seçimlere hazırlık alanında atılan önemli bir adım da, çoğulcu bir sistemin vazgeçilmez unsurları olan örgütlenme ve basın özgürlüğünün teminat altına alınmasıdır. 87 ve 88 sayılı kanun hükmünde kararnameler ile siyasi partiler ve derneklerin örgütlenmesindeki antidemokratik sınırlamalar kaldırılmıştır. Fakat cinsiyet, bölge, din ve mezhebe dayalı olarak ayrımcılık ve şiddeti teşvik eden partilerin kurulmasına izin verilmemiştir. Derneklerin kurulması izin sistemine bağlanmışken[70] gösteri ve toplantı yürüyüşü düzenlemeleri, kamuoyu yoklamaları yapmaları veya bilgi paylaşımında bulunmalarına müsaade edilmiştir. Ayrıca derneklerin kapatılmaları için hâkim güvencesi getirilmiştir. Nitekim bu görece serbest hava neticesinde, Bin Ali'nin ülkeyi terk etmesinin ardından geçen bir yılda 1000 yeni dernek ve 110 yeni siyasi parti kurulmuştur[71].

Basın alanında atılan adımlarla Bin Ali dönemindeki sansür ve baskı ortadan kaldırılmıştır. Devrimin hemen akabinde Enformasyon Bakanlığı lağvedilmiş; ardından hazırlanan 41, 115 ve 116 sayılı kanun hükmünde kararnameler ile basın kuruluşları ve mensuplarının

69 Middle East and North Africa International Foundation for Electoral Systems, **Elections in Tunisia: The 23 October Constituent Assembly: Frequently Asked Questions**, s. 3, http://www.addc.org.au/documents /resources/20111017-tunisia_faqs_october_2011_191.pdf, E.T. 24.08.15.

70 O dönem için ülkedeki olağanüstü hal durumunu ve geçiş döneminin kendine has zorluklarını dikkate aldığımızda bu durumu yadırgamamak gerekir. Nitekim 2014 Anayasası'nın 35. maddesinde siyasi parti ve dernek kurma hakları teminat altına alınmıştır.

71 Köybaşı, s. 2305.

baskıdan uzak bir şekilde serbestçe görevlerini yapabilmeleri için gerekli teminatlar sağlanmıştır[72].

B) Kurucu Meclis Seçimleri

Devrim Hedeflerinin, Siyasi Reformların ve Demokratik Geçişin Sağlanmasından Sorumlu Yüksek Makam'ın hazırladığı seçim kanununda seçim sistemi olarak nispi temsilin en büyük artık usulü benimsenmiştir. Bu sistemin geçiş sürecine en büyük katkısı, herhangi bir partinin tek başına anayasayı yapabilecek çoğunluğa ulaşmasını engellemesidir. Çok küçük partilerin dahi Kurucu Meclis'te temsiline imkân tanınması ile Kurucu Meclis'in çalışması ve yeni anayasanın yazım sürecine karşılıklı uzlaşı ve diyalog ortamının hâkim olması amaçlanmıştır. Ayrıca kadınlar ve gençlerin de Kurucu Meclis'te temsil edilebilmesi için gerekli tedbirler öngörülmüştür. Buna göre; partiler hazırladıkları listelerde eşit sayıda kadın ve erkek adaya yer vermek zorundadırlar. Kadınların listede son sıralara konulmasını engellemek için kadın ve erkek adaylara listede birbirini takip eder şekilde yer verilmesi şartı öngörülmüştür[73]. Listenin birinci sırasında bir erkek adaya yer verilmişse ikinci sırayı bir kadın adayın alması zorunludur. Ayrıca listelerdeki adayların en az birisinin 30 yaş altında olması

---

72 Söz konusu kanun hükmünde kararnameler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ben Letaief, Mustapha, **Rule of Law Quick ScanTunisia: Prospects and Challenges**, 2012, http://www.hiil.org/data/sitemanagement/media/Quick Scan_Tunisia_051212_GK_digitaal.pdf, E.T. 24.08.15.

73 Fakat bu yöntemin kadın ile erkek adayların eşit temsili sonucunu doğurmadığını belirtmekte fayda var. Çünkü seçim listelerinin %93'ünde erkek adaylar ilk sırada yer almış; buna bağlı olarak bir parti herhangi bir seçim bölgesinden tek aday çıkardığında, bu genellikle erkek aday olmuştur. Nitekim üye tamsayısının % 27'sine tekabül eden 59 kadın aday milletvekili seçilebilmiştir (The Carter Center(2011), s. 20).

zorunlu tutularak gençlerin de Kurucu Meclis'te temsili sağlanmaya çalışılmıştır[74].

Yurtdışında ikamet eden Tunusluların temsili için Fransa'dan 10, İtalya'dan 3, Almanya'dan 1, Kuzey Amerika ile diğer Avrupa ülkelerinden 2 ve Arap ülkelerinden 2; toplamda ise 18 milletvekilinin yurtdışı seçmene tahsisi kararlaştırılmıştır[75].

Seçimlerin güvenilirliği bakımından alınan en büyük önlemlerden biri de, eski rejim döneminde İçişleri Bakanlığı'na ait olan seçimlerin yönetimi görevinin yeni kurulan Bağımsız Yüksek Seçim Kurulu'na verilmiş olmasıdır. Ayrıca eski rejim döneminde seçim uyuşmazlıklarının çözümü için etkili bir yargısal başvuru yolu öngörülmemişken yeni seçim kanunu ile Danıştay'ın aday gösterme, seçim kampanyası ve seçim sonuçlarına ilişkin itirazları yargısal usullere uygun olarak karara bağlaması öngörülmüştür[76]. Bu açıdan, idarenin seçimlerin yönetimi ve denetimi sürecinden tamamıyla dışlandığı Latin Amerika, diğer adıyla Bağımsız Seçim Kurulu, modelinin[77] benimsendiği söylenebilir.

Seçimlerin şeffaflığını sağlamaya ve güvenilirliğini artırmaya yönelik atılan bir diğer adım ulusal ve uluslararası gözlemcilerin seçimleri takip etmesine izin verilmesidir. Aralarında ABD, Türkiye, Fransa, Katar, Almanya, Mısır ve İsviçre gibi ülkeler ile Avrupa Birliği, Arap

---

74 Ayhan, s. 80.

75 Ulusal Kurucu Meclis seçimlerinin hukukî altyapısı için ayrıca bkz. Mccurdy, Daphne, "A Guide to the Tunisian Elections", **Project on Middle East Democracy (POMED)**, Ekim 2011.

76 Ben Letaief, s. 27-28.

77 Söz konusu modelle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gönenç, Levent, **Türkiye'de Seçim Uyuşmazlıkları Ve Çözüm Yolları**, Ankara, 2008, s. 37-39.

Ligi, Afrika Birliği, Carter Merkezi ve AGİT Parlamenter Asamblesi gibi kuruluşların temsilcilerinin de yer aldığı yaklaşık 600 uluslararası ve 6000 ulusal gözlemci, tüm seçim bölgelerinde her türlü gözlemi yapmışlardır[78].

Bağımsızlıktan bu yana tam bir serbestî içerisinde gerçekleştirilen ilk seçim olma niteliği taşıyan Kurucu Meclis seçimi sonuçlarına göre 19 parti Kurucu Meclis'te temsil şansı bulmuştur. Bin Ali döneminde faaliyet gösteren Sosyalist Demokratlar Hareketi, Halkın Birliği Partisi, Birlikçi Demokrasi Birliği, Sosyal Liberal Parti, İlerlemeci Yeşiller Partisi ve Yenilenme Hareketi gibi partiler halk tarafından desteklenmemiş; Tunus halkı otoriter yönetimle işbirliği yapan aktörleri cezalandırmıştır[79]. El Nahda ve Cumhuriyetçi Kongre Partisi gibi devrim öncesinde yasaklı konumda bulunan partiler ise büyük bir başarı elde etmişlerdir[80]. Birinci sıradaki Nahda hareketi %37.4 oy oranı ile sandalyelerin %41'ini, ikinci sıradaki Cumhuriyetçi Kongre Partisi ise %8.71 oy oranı ile sandalyelerin %13.36'sını kazanmıştır. Bu sonuçlar, yeni anayasanın geniş bir yelpazeye yayılan yeni aktörler tarafından uzlaşıyla yapılmasına imkân tanımıştır.

C) Yeni Tunus Anayasası'nın Hazırlanması

14 Ocak Devriminin ardından oluşturulan kamu makamlarından hiçbirisinin demokratik meşruluğu bulunmamaktaydı[81]. Bu sebeple, serbest bir seçimin gerçekleştirilebileceği en erken tarihte yeni anayasayı yapmak üzere temsili niteliğe sahip ve olağanüstü yetkilerle donatılmış kurucu bir meclisin teşekkül ettirilmesi devrimin

78 Ayhan, s. 81.

79 Ayhan, s. 83.

80 Özellikle El Nahda'nın bu başarısı, Burgiba ve Bin Ali dönemlerinde uygulanan tepeden inmeci laikçi politikaların başarılı olmadığının en büyük göstergesidir.

81 Gaddes, s. 234.

ruhuna en uygun çözümdü. Nitekim Kamu Erklerinin Geçici Olarak Düzenlenmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesinde de Kurucu Meclis'in çalışmaya başlamasıyla geçici Cumhurbaşkanı ve geçici hükümetin görevinin son bulacağı açıkça belirtilmişti.

Seçimden sonra hiçbir parti tek başına hükümeti kuracak çoğunluğu sağlayamadığı için koalisyon çalışmaları başlamıştır. Seçimlerden açık ara farkla birinci parti olarak çıkan El Nahda'nın yürüttüğü çalışmalar neticesinde; Cumhuriyetçi Kongre Partisi ve Ettakatol'un katılımıyla geniş tabanlı bir hükümet oluşturulabilmiştir. Yapılan koalisyon anlaşmasında El Nahda'nın genel sekreteri Hammadi Cibali'nin Başbakanlığa; Cumhuriyetçi Kongre Partisi'nin lideri Marzuki'nin Cumhurbaşkanlığına, Ettakatol'un lideri Mustafa Bin Cafer'in ise Kurucu Meclis Başkanlığına getirilmesi konusunda uzlaşma sağlanmıştır. 12 Aralık 2011 tarihinde Kurucu Meclis'te gerçekleşen oylama sonucu Marzuki Cumhurbaşkanı seçilmiş; ardından Hammadi Cibali'yi kabineyi kurmakla görevlendirmiştir. 20 Aralık 2011 tarihinde ise El Nahda'lı üyelerin çoğunlukta olduğu kabine listesi Cumhurbaşkanı'na sunulmuştur[82].

Seçimlerin ardından toplanan Kurucu Meclis, yeni anayasanın hangi esaslara göre yapılacağını belirlemek ve yeni anayasanın yapılmasına kadar geçen sürede devlet mekanizmasının işleyişini belirlemek için Kamu Erklerinin Geçici Olarak Düzenlenmesine İlişkin Kanun'u kabul etmiştir. Ayrıca bu Meclis yeni bir anayasa yapmanın yanı sıra yasama fonksiyonunu da yerine getireceği için yeni bir içtüzük hazırlanmıştır.

Yeni anayasanın her bir bölümünün, partilerin meclisteki vekil sayısı nispetinde temsil edileceği 22'şer üyeden oluşan 6 farklı komisyon tarafından hazırlanması

82 Koçak, s. 45.

öngörülmüştür[83]. Bu komisyonların dışında, nihai metnin hazırlanabilmesi amacıyla, Ulusal Kurucu Meclis Başkanı ve iki yardımcısı, Anayasa Genel Raportörü ile iki yardımcı raportör, komisyon başkanları ile başkan yardımcıları ve raportörlerinden oluşan bir İşbirliği ve Redaksiyon Komisyonu oluşturulmuştur[84].

Komisyonların hazırlayacağı metinler İşbirliği ve Redaksiyon Komisyonu'nda gözden geçirilecek; ardından Genel Kurul'a kabul için sunulacaktır. Anayasanın kabulü için üç aşamalı bir usul öngörülmüştür. Buna göre, ilk aşamada maddeler ayrı ayrı okunacak ve mutlak çoğunlukla kabul edilebilecektir. İkinci aşamada metnin tamamı okunup üye tam sayısının üçte ikisinin oyuyla kabul edilmiş olacaktır. Eğer bu aşamada üçte ikilik çoğunluk sağlanamazsa, bir ay içinde yeni bir oturum yapılacak ve tekrar aynı çoğunluk aranacaktır. Bu oturumda da yeterli çoğunluk sağlanamadığı takdirde üçüncü aşamaya geçilecek ve anayasa metni halkoyuna sunulacaktır[85].

13 Şubat 2012 tarihinde başlayan komisyon çalışmalarında en fazla eleştiri alan husus, çalışmaların gerekli şeffaflıktan uzak bir biçiminde yürütülmesine ilişkin olmuştur. İçtüzük hükümlerine göre, komisyon

---

83 Komisyon isimleri şöyledir: a) Anayasanın Başlangıç ve Temel İlkeleri ile Değiştirilmesi Komisyonu, b) Haklar ve Özgürlükler Komisyonu, c) Yasama ve Yürütme Erkleriyle Aralarındaki İlişki Komisyonu, d) Adli, İdari, Mali ve Anayasal Yargı Komisyonu, e) Anayasal Makamlar Komisyonu, f) Bölgesel ve Yerel Kamu Yönetimleri Komisyonu (Gaddes, s. 241-242, dipnot 36).

84 Gaddes, s. 242.

85 Moussa, Fadhel, "Tunus Ulusal Kurucu Meclisi'nce Anayasa'nın Kaleme Alınması", Yünlüel, Reha (Çeviren), **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 1, S. 2, Y. 2012, s. 73.

raportörlerinin raporlarının Meclis sitesinde yayınlanması gerekirken bu hususa riayet edilmemiştir. Bunun üzerine milletvekilleri inisiyatif alarak söz konusu raporları internet vasıtasıyla halka duyurmuşlardır[86]. Artan kamu baskısı sebebiyle tutanaklar ve komisyon raporları Meclis sitesine konulmuştur[87]. Birçok sivil toplum organizasyonunun komisyon çalışmalarına katılma talepleri cevapsız bırakılmıştır[88].

13 Şubat 2012 tarihinde başlayan komisyon çalışmaları kapsamında, yerel ve uluslararası uzmanlar, hükümet ve sivil toplum temsilcileri ile akademisyenlerin de katkısıyla birçok oturum gerçekleştirilmiştir. Fakat komisyonlar arasında yeterli koordinasyon sağlanamadığı için çalışmalar yavaş ilerlemiştir. 14 Ağustos 2012 tarihinde halka duyurulan ilk anayasa taslağı; sivil toplum örgütleri, muhalefet partileri, anayasa hukukçuları ve uluslararası aktörler tarafından şiddetli eleştirilere maruz kalmıştır[89]. Esasında yargının bağımsızlığı, demokratik ilkeler, sosyal adalet, basın özgürlüğü ve hukukun üstünlüğü gibi konularda iktidar ile muhalefet uzlaşma zemini

86 Gaddes, s. 247.

87 Gaddes, s. 247.

88 The Carter Center, **Encourages Increased Transparency and Public Participation in Tunisia's Constitution Drafting Process; Calls for Progress Toward Establishment of Independent Election Management Body**, 11 Mayıs 2012, s. 4. http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/pr/tunisia-statement-051112-en.pdf, E.T. 26.08.15.

89 The Carter Center, **The Constitution-Making Process in Tunisia: Final Report**, 2014, s. 34-35. http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/peace_publications/democracy/tunisia-constitution-making-process.pdf, E.T. 26.08.15.

bulmuşlardır. Hem bu taslakta hem de sonra hazırlanan diğer üç taslakta temel uyuşmazlık noktaları kadının konumu ve din-devlet ilişkileri olarak belirmiştir. Özellikle ilk taslağın kadın ile erkek arasındaki ilişkiyi düzenleyen 28.maddesinde "eşitlik" yerine "tamamlayıcılık[90]" ifadesine yer verilmesi büyük tepkilere sebep olmuştur.

Bir yandan anayasa çalışmaları devam ederken, diğer yandan siyasi alanda meydana gelen krizler hükümeti zor bir duruma sokmuştur. Özellikle El Nahda'nın, İslam'ı hukukun kaynakları arasında zikreden bir teklifi reddetmesi üzerine, Selefi muhalefet iktidar karşıtı kitlesel gösterilere başvurmuştur[91]. Selefiler'in ülkede alkol satışının yasaklanması gibi talepleri ile şeriata uygun alternatif bir adalet sistemi kurma çabaları seküler kesimleri tedirgin etmiştir. El Nahda bu aşırı taleplerin kendisiyle alakası olmadığı noktasında kamuoyunu ikna etmeye çabalamıştır. Ayrıca Amerikan Büyükelçiliği'ne saldırı ve sol görüşlü siyasetçiler Şükrü Belayid ile Muhammed Brahmi'ye düzenlenen suikastlar iktidarı iyice yıpratmıştır.

Şükrü Belayid'in öldürülmesinin ardından tırmanan siyasi gerilimi düşürmek için teknokrat bir hükümet kurma girişiminde bulunan Tunus Başbakanı Hammadi Cibali

---

90 İslami terminolojide tamamlayıcılık ifadesi; kadın ve erkeğin kendilerine Allah tarafından bağışlanan toplumsal işlevleri yerine getirmek üzere ayrı tabiatlara sahip varlıklar olarak yaratıldığını ve ancak bir araya geldiklerinde tamam olduklarını ifade etmek için eşitlik ilkesine alternatif olarak kullanılmaktadır. Bkz. Toker, İhsan, "Eşitlik ve Adalet Kavramları Çerçevesinde Müslüman Kadınlarda Toplumsal Cinsiyet Örüntüleri", **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y. 2009, C.1, S.1, s. 154-155.

91 Koçak, s. 46-47.

başarılı olamayınca istifa etmiştir[92]. Bu suikastların ardından muhalif milletvekilleri anayasa yazım komisyonundan çekilmişler ve Ulusal Kurucu Meclisi boykot etmişlerdir. Fakat ülkenin en büyük sendikal örgütü olan UGTT başta olmak üzere önemli sivil toplum örgütlerinin yapıcı rolü sayesinde tıkanan süreç tekrar açılmıştır[93].

Bu süreçte halkın tepkisini çeken bir diğer husus da anayasa çalışmalarının gerekli süratle yürütülememesi olmuştur. Henüz Kurucu Meclis seçimleri yapılmadan önce, 12 siyasi partinin katkısıyla hazırlanan "*Geçiş Dönemi Bildirisi*"nde, Kurucu Meclisin teşekkül etmesinden itibaren bir yıl içerisinde yeni anayasanın hazırlanacağı taahhüt edilmiştir[94]. Bu taahhüde riayet edilmemesi üzerine Tunus halkı, ilk demokratik seçimlerin birinci yıl dönümünde yeni anayasanın kabul edilmemiş olmasını Meclis önünde düzenlenen gösterilerle protesto etmiştir[95]. Bu tepkiler, halkın ve sivil toplum kuruluşlarının sürece daha fazla dâhil edilmesiyle çözülmeye çalışılmıştır.

SONUÇ

Yeni Tunus Anayasası'nın en belirgin özelliği, uzlaşmacı bir zihniyetin ürünü olmasıdır. Kurucu Meclis

---

92 http://tr.euronews.com/2013/02/19/tunus-basbakani-cibali-istifa-etti/, E.T. 27.08.15.

93 Yaşar (2014), s. 71. Tıkanan sürecin aşılmasında büyük katkıları sebebiyle dört önemli sivil toplum örgütü olan Tunus Genel İşçi Sendikası, Tunus Sanayi, Ticaret ve El Sanatları Konfederasyonu, İnsan Hakları Birliği ve Barolar Birliği'nden oluşan Tunus Ulusal Diyalog Dörtlüsü'ne 2015 yılı Nobel Barış Ödülü verilmiştir.

94 Gaddes, s. 263; Ben Achour, s. 23. Kurucu Meclis, Kamu Erklerinin Geçici Olarak Düzenlenmesine İlişkin Kanun'da böyle bir zaman sınırlaması koymayı uygun görmemiştir.

95 Koçak, s. 47.

seçimlerinde nispi temsilin en büyük artık usulünün benimsenmesi, anayasanın kabulü için meclis üye tamsayısının üçte ikisinin kabul oyunun gerekmesi gibi hususlar tarafları uzlaşmaya sevk etmeyi hedeflemekteydi. Üçlü hükümet, Meclis'in % 60'ına sahip olmasına rağmen yeni anayasanın kabulü için diğer partilerin desteğine ihtiyaç duymaktaydı. Fakat hükümet ile muhalefet arasında zaman zaman güven krizleri de yaşanmış; muhalefet, hükümeti çoğunlukçu politikalar izlemekle suçlamıştır. Halkın ve sivil toplum örgütlerinin aracılığı ile bu krizler aşılabilmiştir. Hiyerarşik anayasa yapım yöntemlerinin aksine, halk hiçbir zaman süreci takip etmeyi bırakmamış, sürece her daim sahip çıkmıştır. Nihayetinde; Kurucu Meclis çalışmalarının başlamasının ardından üç yıl geçmeden, 26 Ocak 2014 tarihinde yapılan oylama sonucunda Tunus'un yeni anayasası 4 çekimser ve 12 ret oyuna karşılık 200 kabul oyu alarak onaylanmıştır. Böylece Tunus, demokratik geçiş sürecini, uzlaşı ortamının sağladığı güçle tamamlayabilmiştir.

KAYNAKLAR

Amor, Abdelfettah, "1861 Tunus Anayasası Üzerine", Çağlayan, Ramazan (Çeviren), **EÜHFD**, C. X, S. 3-4, Y. 2006, s.573-594.

Amroussia, Ammar, "Gafsa Maden Havzasında Halk İsyanı: İlk Değerlendirme", **Arap Dünyasında Ayaklanma: Nedenler, Olasılıklar, Sonuçlar** içinde, Ed. Mustafa Yalçıner, İstanbul, 2011.

Ayhan, Veysel, "Tunus İsyanı: Arapların Devrim Ateşini Yakması", **Ortadoğu Etütleri**, C. 3, S. 2, Ocak 2012, s. 59-93.

Baccouche, Neji, "Demokrasiye Geçişin 3 Komisyonu", Yünlüel, Reha (Çeviren), **Anayasa Hukuku Dergisi**, , C. 1, S. 2, Y. 2012, s. 113-119.

Ben Achour, Yadh, "Tunus'ta Demokratik Geçiş", Yünlüel, Reha (Çeviren), **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 1, S. 2, Y. 2012, s. 17-25.

Ben Letaief, Mustapha, **Rule of Law Quick ScanTunisia: Prospects and Challenges**, 2012, http://www.hiil.org/data/sitemanagement/media/QuickScan_Tunisia_051212_GK_digitaal.pdf, E.T. 24.08.15.

Brown, Nathan J, **Constitutions in a Nonconstitutional World: Arab Basic Laws And the Prospects for Accountable Government**, New York, 2002.

Ceylan, Ayhan, "İslam-Osmanlı Coğrafyasında Modern İlk Anayasa: Kanunu'd-Devle (1861 Tunus Anayasası)", **38. Icanas Uluslararası Asya ve Afrika Çalışmaları Kongresi**, Uluslararası İlişkiler, C. 1, Ankara, 2011, s. 367-392.

Ceylan, Ayhan, "Tunuslu Islâhatçılar Ve Yeni Osmanlılar Hareketinde Anayasacılık", **EÜHFD**, C. XIV, S. 1-2, Y. 2010, s. 29-45.

El Gannuşi, Raşid, **İslam Devletinde Kamusal Özgürlükler**, Tunç, Osman (Çeviren), İstanbul, Tarihsiz.

Erdem, Ruhat Gülşah, **Tunus'ta İslamcı Hareketlerin Yükselişi: El Nahda Örneği**, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014.

Gaddes, Chawki, "Tunus'ta Anayasal Ve Demokratik Geçiş Üzerine Düşünce Ve Değerlendirmeler", Yünlüel, Reha (Çeviren), **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 1, S. 2, Y. 2012, s. 231-268.

Gönenç, Levent, **Türkiye'de Seçim Uyuşmazlıkları Ve Çözüm Yolları**, Ankara, 2008.

Hitti, Philip Khuri, **Siyasi ve Kültürel İslam Tarihi**, Tuğ, Salih (Çeviren), İstanbul, 2011.

Horchani, Ferhat, "Güçlü Ve Zayıf Yönleriyle 27 Ocak 2014 Tarihli Yeni Tunus Anayasası", Duymaz, Erkan (Çeviren), **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 6, Y. 2014, s. 11-22.

Kartaç, Kemal, **Tunus Faciası Nasıl Başladı Nasıl Devam Ediyor**, İstanbul, 1954.

Koçak, Konur Alp, "Yasemin Devrimi'nden Arap Baharına Tunus", **Yasama Dergisi**, S. 22, Y. 2012 (Eylül, Ekim, Kasım, Aralık), s. 22-61.

Köybaşı, Serkan, "Yeni Tunus Anayasası'nın Yazım Süreci Ve Sürecin Sonuca Yansıması", **Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan**, C. 2, İstanbul, 2014.

Linz, Juan J., **Totaliter Ve Otoriter Rejimler**, Özbudun, Ergun (Çeviren), Ankara, 2008.

Mccurdy, Daphne, "A Guide to the Tunisian Elections", **Project on Middle East Democracy (POMED)**, Ekim 2011.

Middle East and North Africa International Foundation for Electoral Systems, **Elections in Tunisia: The 23 October Constituent Assembly: Frequently Asked Questions**, http://www.addc.org.au/documents /resources/20111017-tunisia_faqs_october_2011_191.pdf, E.T. 24.08.15.

Moussa, Fadhel, "Tunus Ulusal Kurucu Meclisi'nce Anayasa'nın Kaleme Alınması", Yünlüel, Reha (Çeviren), **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 1, S. 2, Y. 2012, s. 69-76.

Okumuş, Fatih, **İslami Hareketin İktidar Deneyimi: Tunus ve Mısır**, İstanbul, 2015.

Tanrıverdi O., "Nebahat, Yaklaşan Seçimler Öncesi Tunus'ta Siyasal Denklemler", **Ortadoğu Analiz**, C. 3, S. 34, Ekim 2011.

Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2014.

The Carter Center, **Encourages Increased Transparency and Public Participation in Tunisia's Constitution Drafting Process; Calls for Progress Toward Establishment of Independent Election Management Body**, 11 Mayıs 2012, http://www.cartercenter.org

/resources/pdfs/news/pr/tunisia-statement-051112-en.pdf, E.T. 26.08.15.

The Carter Center, **National Constituent Assembly Elections in Tunisia**, Final Report October 23, 2011, https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/peace_publications/election_reports/tunisia-final Oct2011.pdf, E.T. 24.08.15.

The Carter Center, **The Constitution-Making Process in Tunisia: Final Report**, 2014, http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/peace publications/democracy/tunisia-constitution-making-process.pdf, E.T. 26.08.15.

Toker, İhsan, "Eşitlik ve Adalet Kavramları Çerçevesinde Müslüman Kadınlarda Toplumsal Cinsiyet Örüntüleri", **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y. 2009, C.1, S.1, s. 142-165.

Toprak, Seydi Vakkas, "Osmanlı Yönetiminde Kuzey Afrika: Garp Ocakları", **Türkiyat Mecmuası**, C. 22/Bahar, Y. 2012 s. 223-237.

Tuğ, Salih, **İslam Ülkelerinde Anayasa Hareketleri**, İstanbul, 1969.

Tumay, Murat, **Demokratik Anayasa Yapımı Dinamikleri: Tunus Anayasası Örneği**, Ankara, 2015

Ulutaş, Ufuk/Torlak, Furkan, "Devrimden Demokrasiye Tunus'un Seçimi", **Seta,** Kasım 2011.

Yargıç, Sinem, "Constitution Making After Jasmine Revolution: The Case of Tunisia", **Bahçeşehir Üniversitesi**

Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 101-102, Ocak-Şubat 2013, s. 67-87.

Yaşar, Nebahat, "Uzlaşarak Başarmak: Tunus'ta Yeni Anayasa", **Ortadoğu Analiz**, C. 6, S. 61, Mart-Nisan 2014.

Yüksel, Başak Akar/Bingöl, Yılmaz, "The Arab Spring in Tunisia: A Liberal Demokratic Transition?", **Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 12, S. 47, Güz 2013, s. 310-327.

KAMU İCRA HUKUKUNDA İHTİYATİ HACİZ SEBEPLERİ VE İHTİYATİ HACİZ KARŞISINDA AMME BORÇLUSUNUN HUKUKİ DURUMU*

Arş. Gör. Ahmet Emrah GEÇER**

THE GROUNDS OF PRECAUTIONARY ATTACHMENT AND THE LEGAL STATUS OF PUBLIC DEBTOR AGAINST PRECAUTIONARY ATTACHMENT IN PUBLIC ENFORCEMENT LAW

ÖZ

Bu çalışmamızda, ilk olarak ihtiyati haciz kurumunun hukuki niteliği hakkında genel bilgi verilecektir. Müteakiben, doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığı altında ihtiyati haciz sebepleri irdelenecektir. Son olarak, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun çerçevesinde

---

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 02.01.2017
Kabul Edildiği Tarih: 13.06.2017

** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi
E-mail Adresi: ahmetemrah1985@hotmail.com
ORCID ID: 0000-0002-8784-6871

ihtiyati haciz müessesenin muhatabı olan amme borçlularının hukuki durumu ele alınacaktır.

ANAHTAR KELİMELER: *Amme Alacakları, Koruma Önlemleri, İhtiyati Haciz Müessesesi, İhtiyati Haciz Sebepleri, Amme Borçlusu Kavramı.*

ABSTRACT

In this study, first and foremost, we mention generally legal characteristics of precautionary attachment. Subsequently, the grounds for precautionary attachment are analyzed in the light of opinions in doctrine and judicial decisions. Finally, the legal status of public debtors in the concept of precautionary attachment is scrutinized in accordance with the Act on Procedure of Collection of Public Receivables No 6183.

KEY WORDS: *Public Receivables, Measures of Conservation, the Concept of Precautionary Attachment, the Grounds for Precautionary Attachment, the Notion of Public Debtor.*

1. Giriş

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, kamu icra hukuku[1] hükümlerine göre cebren tahsil edilmesi gereken amme alacağının[2] ileride herhangi bir

---

1 Amme alacaklarının cebren tahsiline ilişkin hükümler doktrinde "vergi icra hukuku", kamu gelirlerinin tahsil hukuku", "kamu alacaklarının takip ve tahsil hukuku" gibi çeşitli şekillerde ifade edilmektedir. Biz de, "kamu icra hukuku" şeklinde ifade etmeyi tercih ediyoruz. KARAKOÇ, Yusuf, **Kamu Alacaklarının Tahsili: Kamu İcra Hukuku**, Vergi Sorunları Dergisi, Yıl: 2001, s. 122.

2 Amme alacağı, devlet, il özel idareleri ve belediyelerin alacaklı taraf olduğu ve kamu hukukundan doğan alacaktır.

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.1, 2017, s.205-235.

şekilde tahsilinin olanaksızlaşması ihtimaline karşı hazinenin gelecekteki durumunu garanti altına almak amacıyla birtakım koruma önlemleri öngörmektedir.[3] Kanunun öngördüğü bu koruma önlemlerinden biri de, belli şartlar altında amme alacaklısı idarenin mahalli en büyük memurunun kararı ile amme borçlusunun malvarlığı üzerine ihtiyati haciz uygulanmasıdır.[4] İdari işlem ile tesis

---

AATUHK'nun 1. maddesine göre amme alacakları, dört ana kategoriye ayrılmıştır: 1) Asıl amme alacakları (vergi, resim, harç, vergi cezaları, gümrük vergileri ve cezaları, para cezaları) 2)Fer'i amme alacakları (gecikme faizi, gecikme zammı ve diğer fer'i alacaklar) 3)Devlet, il özel idareleri ve belediyelerin sözleşmeden, haksız fiilden ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan kamu hizmeti uygulamasından kaynaklanan alacaklar 4) Bu üç alacak türünün takip masrafları.

3 ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 165-166.

4 Kamu alacaklısının mahalli en büyük memuru ihtiyati haciz kararı almaya yetkilidir. 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 33. maddesinde, diğer mevzuatta "mahallin en büyük memuru"na yapılan atfın "vergi dairesi başkanı"na , vergi dairesi başkanlığı bulunmayan yerlerde "vergi dairesi müdürü"ne yapılmış sayılacağı öngörülmüştür. KARAKOÇ, Yusuf, **Genel Vergi Hukuku**, 6. Bası, Yetkin, Ankara, 2012, s. 621-622; Oktar, S. Ateş, **Vergi Hukuku**, 10. Bası, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 308; ŞENYÜZ, Doğan/YÜCE, Mehmet/ GERÇEK, Adnan, **Vergi Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Ekin, Bursa, 2014, s.317; Danıştay 9.D. 2007/4659E. 2009/321K. 29.1.2009 *"…6183 sayılı Kanunun 13. maddesinde ihtiyati haciz kararını alacak makam olarak ifade edilen mahallin en büyük memurun ilgisine göre vergi dairesi başkanı veya vergi dairesi başkanlığı bulunmayan yerlerde vergi dairesi müdürü olduğu sonucuna*

edilen ihtiyati haciz, amme borçlusu bakımından ağır sonuçlar doğurmaktadır. Zira, amme borçlusunun ihtiyati haciz uygulanan malları üzerindeki tasarruf yetkisi ortadan kalkmaktadır. Sonuç olarak ihtiyati haciz müessesesinin muhatabı olan amme borçlusu, ciddi mali kayıplara uğramakta ve eğer ticaret ile uğraşıyorsa ticari itibarını önemli derecede kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır.[5] Bu sebeplerden ötürü olacak ki, Kanun, ihtiyati haciz sebeplerini sınırlı sayıda –numerus clausus- öngörmüştür. Diğer yandan, Kanun, "amme borçlusu" deyiminin kapsamını geniş tutmuş, asıl amme borçlusunun yanında belli kişileri de ihtiyati haciz müessesesinin muhatabı olarak belirlemiştir. Bu bağlamda, Kanunun öngördüğü ihtiyati haciz müessesesinin muhatabı olacak kişiler aleyhine hangi hallerde, ne şekilde ve ne zaman ihtiyati haciz kararı alınabileceğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Özellikle olası bir amme alacağının ileride tahsilini sağlamak amacıyla ihtiyati haciz müessesesi aracılığıyla asıl amme borçlusu dışındaki kişilerin mülkiyet haklarının geçici de olsa sınırlandırılmasının hukuki boyutunun tartışılması gerekmektedir.

Bu çalışmamızda, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Hakkında Kanununda öngörülen ihtiyati haciz sebepleri ve ihtiyati haciz karşısında amme borçlusunun hukuki durumu incelenecektir. Bu noktada, ihtiyati haciz kararının muhatabının kim olduğu sorusu cevaplandırılmaya çalışılacak ve amme borçlularının malvarlıklarına hangi sebeplerle, ne şekilde ve ne zaman

---

ulaşılmaktadır…" 10.8.2016 tarihinde www.kazanci.com adresinden alınmıştır.

5 SERİM, Nilgün, **6183 Sayılı Kanunda Amme Alacaklarının Korunması**, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2007, s.54 aktaran GERÇEK, Adnan, **Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku**, 3. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa, 2013, s. 156.

ihtiyati haciz uygulanabileceği hususları irdelenecektir. Ancak öncesinde, konunun daha iyi anlaşılabilmesini sağlamak amacıyla ihtiyati haciz müessesesinin hukuki niteliği tartışılacaktır.

2. İhtiyati Haciz Müessesesinin Hukuki Niteliği

İlk olarak ifade etmek gerekir ki, kamu icra hukukundaki ihtiyati haciz müessesesi ile genel icra hukukunda öngörülen ihtiyati haciz müessesi arasında bazı önemli farklılıklar mevcuttur.[6] Genel icra hukukunda ihtiyati haciz, ancak bir mahkeme kararının olması şartıyla ve icra daireleri kanalıyla uygulanabilmekte olduğu halde, kamu icra hukukunda ihtiyati haciz, bir idari işleme dayanarak ve idarenin re'sen harekete geçme yetkisi çerçevesinde uygulanabilmektedir.[7] Bu durum, amme borçlusunun mülkiyet hakkının idari işlemle sınırlandırılabilmesi sonucunu doğurmaktadır.[8] Ayrıca, genel icra hukukunda kural olarak vadesi gelmiş alacaklar ve özel şartların varlığı halinde vadesi gelmemiş alacaklar için ihtiyati haciz kararı almak mümkün iken kamu icra hukukunda amme alacağının tahakkuk etmesine dahi gerek yoktur.[9] İlaveten, genel icra hukukunda 2004 sayılı

---

6 Genel icra hukukunda ihtiyati haciz müessesesi hakkında bilgi için bkz. KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, **İcra İflas Hukuku**, 28. Bası, Yetkin, Ankara, 2014, s. 436-447.

7 DÖNMEZ, Recai, **Vergi İcra Hukukunda İhtiyati Haciz**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 1998, s. 13; KARAKOÇ **,** Genel Vergi Hukuku, 2012, s. 620.

8 YILMAZ, Serdar, **Kamu Alacaklarının Tahsili Hukukunda İhtiyati Haciz Müessesesi ve İhtiyati Hacze Karşı Açılan Davalarda İdari Yargı Yerlerince Verilen Kararların Uygulanması**, AÜHFD, Yıl: 2012, Cilt: 61(4), s. 1447.

9 TANRIKULU, Abdurrahim, **Kamu Alacaklarının Korunması ile İlgili İki Önemli Kurum; İhtiyati Haciz-İhtiyati**

İcra İflas Kanununun 261. ve 264. maddelerindeki süreler içinde gerekli işlemlerin yapılmaması halinde ihtiyati haciz kararı ve uygulanan ihtiyati haciz kendiliğinden hükümsüz hale gelir.[10] Buna karşılık kamu icra hukukundaki ihtiyati haciz için böyle bir durum söz konusu değildir.[11] Genel icra hukukunda alacak bir ilama ya da ilam niteliğinde bir belgeye dayanmıyorsa ihtiyati haciz kararı verilirken alacaklıdan teminat alınması zorunludur.[12] Diğer yandan, Kanun, amme alacağının tahsilini güvence altına almak amacıyla ihtiyati haciz kararı alınmasını teminat gösterme şartına bağlamamıştır.

Kamu icra hukukunda, ihtiyati haciz, amme alacağının tahsil güvenliğini sağlamak amacıyla amme borçlusuna ait mal, alacak ve haklara kesin haciz şartlarının tamamlanmasını beklemeye gerek kalmaksızın geçici olarak el konulmasına imkan veren bir müessesedir.[13] İhtiyati haciz, ihtiyati tahakkuk yapılmış olma koşulu ile henüz tahakkuk etmemiş olan veya henüz vadesi gelmemiş

Tahakkuk, Vergi Sorunları Dergisi, Yıl: 1983, Sayı 11, s. 48-49. Burada amme alacaklarının tahsilinde üstün kamu yararı olması sebebiyle amme alacaklarına, diğer alacaklar karşısında ayrıcalık verildiği söylenebilir. BİLİCİ, Nurettin, **Vergi Hukuku**, 36. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015, s. 130.

10 PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflas Hukuku**, 10. Bası, Yetkin, Ankara, 2012. İhtiyati haciz kararı için bkz. s. 510; uygulanan ihtiyati haciz için bkz. s. 518-520.

11 BAYRAKLI, Hasan Hüseyin, **Vergi İcra Hukuku**, Celepler Matbaacılık, Afyon, 2009, s. 44-45.

12 KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s. 438.

13 GÜMÜŞ, Erhan, **Vadesinde Ödenmeyen Vergi Borçları İle İlgili Olarak Vergi İdaresinin Uygulamaları**, Vergi Sorunları, 2005, Sayı 201, s.137.

bulunan ya da vadesi geldiği halde ödeme emri tebliğ edilmemiş olan amme alacaklarının tahsil güvenliğini sağlamak üzere tatbik edilmektedir.[14] İlaveten, ödeme emri tebliğ olduktan sonra fakat 7 günlük sürenin sona ermesinden önce henüz kesin haciz kurumuna başvurma aşamasına gelinmemiş olduğundan ötürü ihtiyati haciz kararı alınıp uygulanabilir.[15] İhtiyati haciz, geçici bir önlemdir ve kesin hacizden farklı olarak haczedilen malın paraya çevrilmesi sonucunu doğurmamaktadır.[16]

Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 13. maddesinde hangi sebepler gereğince ihtiyati haciz yoluna başvurulması gerektiği sınırlı sayıda -numerus clausus- sayılmıştır. İhtiyati haciz, sebebe bağlı idari işlemdir.[17] Kanunun öngördüğü sınırlı sebepler dışında ilgili amme alacağı için ihtiyati haciz müessesesine başvurulması hukuka aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca, ilgili idari merci,

---

14 KANETİ, Selim, **Vergi Hukuku**, Filiz Kitabevi, 2. Bası, İstanbul, 1989, s. 432; ÖZBALCI, Yılmaz, **Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları**, Oluş Yayınevi, Ankara, 2008, s. 202-203.

15 CANDAN, Turgut, **Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun**, 3. Bası, Mali Akademi Yay., Ankara, 2013, s. 98.

16 Danıştay 4.D. 2004/1483E. 2004/2632K. 28.12.2004 *"...Kesin haciz kararı alınabilmesi için alacağın tahakkuk etmiş ve ödeme emri ile istenilmiş olması gerekmektedir..."* 10.8.2016 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

17 ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt III, Akgün Yayınevi, İstanbul, 1966, s. 1655.

ihtiyati haciz sebeplerinin gerçekleşmesi durumunda, ihtiyati haciz işlemini tesis etmek zorundadır.[18]

Kamu icra hukuku kuralları çerçevesinde ihtiyati haciz müessesesinin hukuki niteliğinin icra takip işlemi değil bir koruma önlemi olduğu ve amme alacağını teminat altına almayı sağladığı doktrinde ağırlıklı olarak ileri sürülmektedir.[19] Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 16. maddesinde, amme borçlusunun Kanunun 10. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen menkul mallar hariç teminat göstermesi durumunda ihtiyati haczin kaldırılmasının[20] ve 14. maddesinde de ihtiyaten haciz olunan malların değerleri depo edilmek ya da amme alacaklısı idarenin kabul edeceği bir kişi

---

18 ÖZBALCI, Yılmaz, **Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları**, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 166 aktaran **Gerçek,** a.g.e. s.148.

19 Candan, a.g.e., s. 98 İhtiyati haciz müessesesinin koruma önlemi olduğu genel icra hukukunda da kabul edilmektedir**.** PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s. 497; KARSLI, Abdurrahim, **İcra ve İflas Hukuku**, 2014, 3. Bası, Alternatif, İstanbul, s. 554-555; MUŞUL, Timuçin, **İcra ve İflas Hukuku**, 5. Bası, Adalet, Ankara, 2013, s. 1102 ; KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s. 442; ÖNEN, Ergun, **İhtiyati Haczin Kaldırılması Davası**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:1980, Cilt:37(1-4), s. 251. Diğer yandan, doktrinde, ihtiyati haczin aynı zamanda bir icra takip muamelesi olduğu da ileri sürülmektedir. POSTACIOĞLU, İlhan, **İcra Hukukunun Esasları**, İÜHF Yayını no: 412, İstanbul, 1973, s.709 aktaran **GERÇEK,** a.g.e. s.148.

20 Danıştay 3.D. 1990/1987E. 1991/1566K. 10.4.1991, 10.8.2016 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

müteselsil kefil gösterilmek şartıyla bırakılmasının öngörülmesi bu görüşü destekler niteliktedir.[21]

Diğer yandan, ihtiyati haciz müessesesinin teminattan şöyle bir farklılığı vardır. Teminatta kamu alacağını güvence altında tutacak malvarlıkları amme borçlusunun iradesi tarafından belirlenmektedir. Dolayısıyla, amme borçlusu, teminatı, hem kendi malvarlığından hem de üçüncü bir kişinin malvarlığından gösterebilme imkanına sahiptir. İhtiyati haciz müessesinde ise, ilgili kamu alacağı ile sınırlı haczedilecek malvarlığını belirleme yetkisi idarenin takdirine bırakılmıştır.[22] Bu yönü ile amme alacağı sebebiyle başvurulan ihtiyati haciz müessesesinin cebri teminat niteliği taşıdığı ifade edilmektedir.[23]

3. İhtiyati Haciz Sebepleri

6183 sayılı Kanunun 13. maddesinde ihtiyati haciz sebepleri sınırlı sayıda öngörülmüştür. Bu sebeplerden birinin vücut bulması halinde, kural olarak idare ilgili amme borçlusu aleyhine ihtiyati haciz sürecini başlatmak zorundadır. Ayrıca, idare, 6183 sayılı Kanunun 17/2-3 fıkralarında belirtilen sebeplerden biri gereğince ihtiyati tahakkuk kararı almış ise aynı Kanunun 18. maddesinin 3. fıkrası hükmü gereğince ihtiyati haciz kararı alması mecburidir.[24] Buna karşılık, idarenin kanunda sayılmayan

---

21 KIZILOT, Şükrü/ŞENYÜZ, Doğan/TAŞ, Metin/DÖNMEZ, **Vergi Hukuku**, 3. Bası, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2008, s. 208 aktaran KARAKOÇ, **Genel Vergi Hukuku**, s. 620.

22 GERÇEK, a.g.e., s.149.

23 DÖNMEZ, a.g.e., s.15; AY, Hakan/BARAN, Tülay, **Kamu Alacaklarının Korunma Yöntemleri ve Bir Değerlendirme**, Sosyo Ekonomi, Yıl:2014, Cilt 21, Sayı 21, s. 51.

24 Ancak şunu belirtmek gerekir ki, ihtiyati tahakkuk sadece vergi ve resim alacakları için uygulanabilen bir koruma önlemi iken ihtiyati haciz tüm amme alacakları için uygulanabilen bir koruma önlemidir. Hangi vergi ve resimler

bir sebep ile ihtiyati haciz kararı alması hukuken mümkün değildir. Diğer yandan, ihtiyati haciz sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda ihtilaf çıkması durumunda karara esas sebebin var olduğu konusunda ispat yükü idareye düşmektedir.[25]

3.1. Teminat İstenilmesini Gerektiren Hallerin Bulunması

Kanunda öngörülen ilk ihtiyati haciz sebebi, 6183 sayılı Kanunun 9. maddesi gereğince teminat istenilmesini gerektiren hallerin bulunmasıdır.[26] Kanunun "teminat isteme" başlıklı 9. maddesinin 1. fıkrasında, 213 sayılı Vergi Usul Kanunun 344. maddesi uyarınca vergi ziyaı cezası kesilmesini gerektiren haller ile 359. maddesinde sayılan hallere temas eden bir amme alacağının salınması için gerekli muamelelere başlanmış olduğu takdirde vergi incelemesine yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplamalara göre belirtilen miktar üzerinden vergi idaresi tarafından teminat isteneceği öngörülmüştür. Fıkradaki şartların gerçekleşmesi halinde, vergi idaresinin ilgili amme borçlusundan teminat istemesi icap etmektedir. Bununla birlikte idare, amme borçlusundan teminat isteme yerine Kanunun 13. maddesinin birinci bendi gereğince amme

için ihtiyati tahakkuk uygulanabileceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tahsilat Genel Tebliğ Seri: A No:1 (R.G. 26568 - 30.6.2007).

25 CANDAN, Açıklamalı AATUHK, s. 99.

26 Burada düzenlenen teminat hükmü vergi hukukundaki teminat müessesinden farklıdır. Ayrıntı için bkz. COŞKUN KARADAĞ, Neslihan, **Vergi Alacağının Güvence Altına Alınmasında Teminat, İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuka İlişkin Özellikli Durumlar**, Maliye Dergisi, Yıl:2012, Sayı 162, s. 240.

borçlusu aleyhine ihtiyati haciz kararı alıp tatbik edebilir.[27] Özetle, Kanunun 9. maddesinin birinci fıkrasındaki durumlar vaki olduğunda, vergi idaresi, amme alacağını koruma yöntemlerinden teminat isteme ya da ihtiyati haciz yollarından birini seçmek zorundadır.[28] Ancak, vergi incelemesi tamamlanıp tarhiyat yapıldıktan sonra bu sebebe dayanarak ihtiyati haciz kararı alınamaz.[29] Ayrıca, kanaatimize göre vergi idaresinin ilgili kişinin defter ve belgelerini incelemeye ibrazı için ilgiliye süre tanıdığı durumda bu süre dolmadan önce amme borçlusunun malvarlığı üzerine ihtiyati haciz uygulaması hukuka uygun olmayacaktır.[30]

Diğer yandan, 6183 sayılı Kanunun 9. maddesinin 2. fıkrasında, Türkiye'de ikametgahı bulunmayan amme borçlusunun durumu amme alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu gösteriyorsa idarenin teminat isteyebileceği

---

27 Danıştay 3.D. 1994/5163E. 1995/1331K. 20.4.1995, 10.8.2016 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

28 Danıştay 4.D. 1990/3150E. 1991/1229K. 4.4.1991, 10.8.2016 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Bayraklı, teminat istenmesi gerekirken ihtiyati hacze gidilmesinin hakkaniyete uygun olmayacağını ifade etmektedir. BAYRAKLI, a.g.e., s. 45.

29 Danıştay 4.D. 2008/60E. 2009/1580K. 30.3.2009, Danıştay 9.D. 2008/12E. 2009/2782 23.6.2009, Danıştay 9.D. 2008/669E. 2009/2781K. 23.6.2009 19.8.2016 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

30 Bu görüşte Danıştay kararı: Danıştay 9.D. 2002/358E. 2004/5373K. 4.11.2004 10.8.2016 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

belirtilmiştir.[31] Bu fıkraya göre teminat istenebilmesi için ilk olarak amme borçlusunun Türkiye'de ikametgahının olmaması gerekir. İkinci şart ise, amme borçlusunun durumunun ilgili amme alacağının tahsilini tehlikeye düşürmesi icap etmelidir. Örneğin, dar mükellef bir şirketin Türkiye'de mevcut tek işyerini tasfiyeye sokması bu duruma örnek gösterilebilir. Zira, idarenin, bu işyerinin faaliyetini sonlandırmasından sonra ilgili amme alacağını tahsil etmesi mümkün olmayabilir. Kanun, bu hükmün değerlendirilmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanımıştır. İdare, burada teminat istenilmesinin gerekli olduğu görüşüne varır ise 6183 sayılı Kanunun 9. maddesi gereğince teminat isteme yoluna gidebileceği gibi 6183 sayılı Kanunun 13. maddesinin 1. bendi gereğince amme borçlusunun mal varlığına ihtiyati haciz tatbik edebilir.[32]

Teminat istenmesini gerektiren koşullar gerçekleştiğinde, ilgili amme borçlusunun hangi borcu için ihtiyati haczin tatbik edileceği meselesi ortaya çıkmaktadır. Bize göre, vergi ziyaı cezası kesilmesini gerektiren haller ile vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin hallerde sadece ilgili işlem ile sınırlı olacak şekilde ihtiyati haciz kararı alınmalıdır. Diğer türlü kabul, bu hükme dayanarak amme borçlusunun kesinleşmemiş diğer amme borçları için de ihtiyati haciz kararı alınması sonucunu doğuracaktır.[33]

---

31 Bu hüküm birinci fıkradaki gibi sadece vergi ile vergiye bağlı alacaklar ve vergi cezaları için değil AATUHK'nın kapsamında olan tüm amme alacakları için öngörülmüştür.

32 Ayrıca belirtmek gerekir ki, Kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasındaki hükümler sadece 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu kapsamındaki amme alacakları için geçerli iken 2. fıkrası tüm amme alacakları için geçerlidir.

33 ÇELİK, Binnur, **Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 2000, s. 68.

Henüz şüphe aşamasında olan somutlaşmamış bir vergi ziyaı kabahati veya vergi kaçakçılığı suçu sebebiyle amme borçlusunun mülkiyet hakkına bu derecede ağır müdahalede bulunulmasını ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu düşünüyoruz. Diğer yandan, Türkiye'de ikametgahı bulunmayan amme borçlusu bakımından ise, idare, işin doğası gereği amme borçlusunun tüm amme borçlarına karşılık teminat isteyebileceği gibi ihtiyati haciz de uygulayabilecektir.

Ancak, daha önceden tamamı için teminat alınmış amme alacağı için amme borçlusunun malvarlığına ihtiyati haciz uygulanamaz.[34] İdare tarafından amme borçlusuna teminat göstermesi için süre verildiği durumda, bu süre dolmadan ilgilinin mal varlığına ihtiyati haciz tatbik edilmesi hukuka uygun olmayacaktır.[35] İlaveten, ihtiyati haciz kararı uygulandıktan sonra Kanunun öngördüğü

---

34 Danıştay 3.D. 1992/2918E. 1993/3136K. 10.11.1993, 10.8.2016 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. ; ÖZBALCI, Yılmaz, **Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları**, Oluş Yay., Ankara, 2008, s. 179.

35 Kanaatimizce, burada idare, seçimini teminattan yana yaptığı için artık Kanunun 13/1 bendine dayanarak ihtiyati haciz kararı alması hukuken mümkün değildir. İdare, verdiği sürenin sonunda teminat gösteremeyen amme borçlusunun malvarlığına Kanunun 13/4 bendi gereğince ihtiyati haciz uygulamak zorundadır. Aksi görüş için bkz. ÜNLÜ, Cengiz, **Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun**, Seçkin, Ankara, 1995, s.156 aktaran GERÇEK, a.g.e., s. 137.

şekilde[36] teminat gösterilmesi durumunda ihtiyati haciz kararının derhal kaldırılması gerekmektedir.[37]

3.2. Borçlunun Belli Bir İkametgahının Olmaması

Kanun, borçlunun Türkiye içinde veya dışında belli bir ikametgahının olmaması halinde, ihtiyati haczin derhal uygulanmasını emretmektedir. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanunda, ikametgah teriminin anlamı konusunda açıklama yapılmamıştır. Türk Medeni Kanununun 19. maddesi, gerçek kişiler bakımından ikametgah (yerleşim yeri) kavramını, bir kimsenin sürekli kalma niyeti ile oturduğu yer olarak tanımlamıştır.[38] Ancak, mali hukuktaki ikametgah kavramının medeni hukukta kabul edilen ikametgah müessesinden daha kapsamlı olduğu ifade edilmektedir.[39] Mali ikametgahın geniş

---

36 AATUHK'nın 10. maddesinde nelerin teminat olarak gösterilebileceği öngörülmüştür.

37 KARAKOÇ, Yusuf, **Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar**, Yetkin, Ankara, 2000, s. 83.

38 İkametgah, kişinin bir yere bağlılığını ifade eden bir kavramdır**.** OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku**, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s.120.

39 BAYRAKLI, Hasan Hüseyin, **Türk ve Alman Hukukunda Vergi İkametgahı**, Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF yayını, 1994, s. 3-8 aktaran GERÇEK, a.g.e., s. 151. Mali ikametgah kavramı şu şekilde tanımlanabilir: kanuni düzenleme ile belirlenmek kaydıyla vergi mükellefinin veya sorumlusunun oturduğu yer, işyeri merkezi veya işlerini yürüttüğü yerdir. TUNCER, Selahattin, **Vergi Hukuku Açısından Medeni İkametgah ve Mali İkametgah, Maliye Araştırma Konferansları Dergisi Prof. Dr. M. Orhan Dikmen'e Armağan**, 1989, sayı: 33, s. 62; ARIKAN, Zeynep, **Türk Vergi**

tutulmasındaki amaç, üstün kamu yararına hizmet eden amme alacaklarının tahsilinin bir an önce yapılmasını sağlamaktır. Örneğin, borçlu medeni hukuk anlamında ikametgaha sahip olmasa bile bulunduğu adresini alacaklı idareye bildirmiş ise idare artık bu sebebe dayanarak borçlunun mallarına ihtiyati haciz uygulaması hukuki olmayacaktır.[40] Ayrıca, borçlunun alacaklı idareye ikametgahını bildirmediği durumlarda, ilgili idare, borçlunun ikametgahını kendi imkanlarıyla tespit edebiliyorsa bu sebebe dayanarak borçlu aleyhine ihtiyati haciz kararı alması hukuken isabetli değildir.

Diğer yandan, Türk Medeni Kanununun 51. maddesinde ise tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerin yönetildiği yer olarak belirtilmiştir. Tüzel kişilerin ikametgahının olmaması gibi bir durum hukuken söz konusu olmadığından ötürü bu sebebe dayanılarak tüzel kişiler aleyhine ihtiyati haciz kararı alınması, gerçek kişilere nazaran daha zordur. Burada, eğer tüzel kişi Türkiye'de kurulmuşsa, idare, bu tüzel kişinin ikametgahı kolayca tespit edebilir. Dolayısıyla, bu hüküm temel alınarak ilgili tüzel kişinin malvarlığına ihtiyati haciz tatbik edilmesi hukuken isabetli olmayacaktır. Buna karşılık, yabancı

Hukukunda Mali İkametgah, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2007, s. 11..

40 Madde metninde geçen borçlunun belli bir ikametgahının olmaması, hiç ikametgahının olmaması anlamına gelmemektedir. Bu metinden anlaşılması gereken borçlunun kötü niyetli olarak vergi alacağının tahsilini zorlaştırmak amacıyla bulunduğu yeri sık sık değiştirmesi durumudur. DÖNMEZ, Recai, a.g.e., s. 31-32; Uluslararası mali ikametgah kavramı için bkz. MILLER, Angharad/OATS, Lynne, **Principles of International Taxation**, 3. Bası, Bloomsbury Professional, Sussex, Birleşik Krallık, 2012, s. 23.

ülkede kurulu bir tüzel kişinin ikametgahının bulunması kolay değildir. Bu sebeple, yabancı ülke merkezli olup idareye ikametgahlarını bildirmeyen tüzel kişilere, bu madde hükmüne dayanılarak ihtiyati haciz uygulanması yerinde olacaktır.

3.3. Borçlunun Kaçması, Mallarını Kaçırması ve Hileli Yollara Sapma İhtimalinin Bulunması

Diğer bir ihtiyati haciz sebebi, borçlunun kaçması, mallarını kaçırması ve hileli yollara sapması ihtimalinin bulunmasıdır. Doktrinde, borçlunun kaçması, bulunmasını güç ya da olanaksız kılacak şekilde adresini değiştirmesi şeklinde yorumlanmıştır.[41] Eğer borçlu yeni adresini ilgili idareye bildirmeden eski adresini terk etmiş ve bu durum, idare tarafından yapılan adres yoklamaları veya tebligat işlemleri sonucu belirlenmişse, borçlunun kaçtığı kabul edilmektedir.[42] Bu belirleme sonucunda, idare, amme borçlusu aleyhine ihtiyati haciz kararı almak zorundadır. Bununla birlikte, amme borçlusunun, ikamet ettiği yeri idareye bildirmesi halinde ihtiyati haciz kararının kaldırılması gerekmektedir.[43] Zira, burada önceden var olan ihtiyati haciz sebebi ortadan kalkmıştır. Ancak, Türkiye'de kurulmuş tüzel kişilerin ikametgahı mevzuat icabı belirli olduğu için kaçma eylemini gerçekleştirmeleri mümkün değildir. Bu sebeple, tüzel kişinin kaçtığı gerekçesiyle tatbik edilen ihtiyati haciz hukuka uygun olmayacaktır.[44]

---

41 CANDAN, Açıklamalı AATUHK, s. 102.

42 CANDAN, Açıklamalı AATUHK, s. 102.

43 ŞİMŞEK, Edip, **Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun Şerhi**, 2. Bası, Alfa Yayın, İstanbul, 1996, s. 106.

44 Danıştay 7.D. 2001/1520E. 2004/778K. 30.3.2004, 10.8.2016 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

Diğer yandan, bu maddeye göre ihtiyati haciz kararı uygulanması için borçlunun mallarını kaçıracağının ya da hileli yollara sapacağının kesin şekilde ispatlanmasına lüzum yoktur.[45] Örneğin, şirkete ait hesaplarından şirket sahiplerinin veya kanuni temsilcilerinin akrabalarına veya diğer ortak olduğu şirketlere hiç bir neden yok iken yapılan para transferleri malların kaçırılması ya da hileli yolların kullanıldığı olgularının gerçekleştiğini gösterebilir.[46] Diğer bir örnek olarak, ticaret ile uğraşan birinin ticari faaliyetinin sürdürülmesinde olmazsa olmaz makina ve teçhizatlarını çok düşük bir bedelle elden çıkarması durumu verilebilir. İdare, amme borçlusunun mallarını kaçırdığı ya da hileli yollara saptığı konusunda makul şüpheye sahip olduğu anda borçlunun mal varlığına ihtiyati haciz uygulamak zorundadır.

3.4. Borçlunun Teminat veya Kefil Göstememiş Olması veya Gösterilen Kefilin İdare Tarafından Kabul Edilmemesi

Amme borçlusundan teminat göstermesi istenildiği durumda ilgilinin idare tarafından verilen süre içerisinde teminat veya kefil göstememesi ya da gösterdiği kefilin idare tarafından kabul edilmemesi bir başka ihtiyati haciz sebebi olarak düzenlenmiştir. Daha önce açıkladığımız gibi esas olarak teminat istenilmesini gerektiren durumların varlığı halinde ihtiyati haciz kararı alınabilmesi için başkaca bir koşula gerek yoktur. Ancak, idare, takdir yetkisini kullanarak teminat istenilmesini gerektiren bir durumda, ihtiyati haciz kararı alınması yerine muhatabın belli bir süre içerisinde teminat göstermesini talep edebilir.[47] Bu

45 BAYRAKLI, a.g.e., s. 46.

46 Danıştay VDDK 2007/271E. 2007/508K. 28.12.2007, 10.8.2016 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

47 GERÇEK, a.g.e., s. 152.

durumda, ilgili idarenin bu süre dolmadan muhatap hakkında ihtiyati haciz kararı alması hukuki olmayacaktır.[48] İdare, belirlenen sürenin hitamında teminat veya kefalet gösterilmemiş yahut gösterilen kefil amme idaresi tarafından muteber görülmemişse derhal ihtiyati haciz kararı almak zorundadır.

3.5. Borçlunun Mal Bildiriminde Bulunmaması veya Eksik Mal Bildiriminde Bulunması

Kanun, amme borçlusunun süresinde mal bildiriminde bulunmaması ya da eksik mal beyanında bulunması hallerinde ilgili idarenin amme borçlusunun mallarına ihtiyati haciz uygulaması gerektiğini belirtmiştir. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 55. maddesinde, amme borçlusunun borcunu vadesinde ödememesi durumunda 7 gün içinde bu borcunu ödemesini veya mal bildiriminde bulunmasını içeren ödeme emrinin tebliğ edilmesi hükmü düzenlemektedir. Amme borçlusu, usulüne uygun şekilde yapılmış ödeme emrine süresi içerisinde mal bildiriminde bulunmaması veya bildirmiş olduğu malların amme alacağını karşılamaya yeterli olmaması halinde, ilgili idare, amme borçlusunun henüz tahakkuk etmemiş veya tahakkuk etmiş olmasına rağmen ödeme süresi dolmamış diğer amme borçları için ihtiyati haciz kararı almak zorundadır.[49] Burada altı çizilmesi gereken husus ödeme emrine konu olan amme alacağı için ihtiyati haciz kararı alınmasının mümkün olmamasıdır.[50] Zira, idare, ödeme emrinin konusu olan amme alacağı için kesin haciz yoluna başvurabilecektir.

---

48 BAYRAKLI, a.g.e., s. 103.

49 GERÇEK, a.g.e., s. 152.

50 CANDAN, Açıklamalı AATUHK, s. 104.

3.6. Borçlu Aleyhine Para Cezası Gerektiren Bir Fiil Nedeniyle Kamu Davası Açılması

Amme borçlusunun para cezası gerektiren bir fiili dolayısıyla kamu davası açılması durumunda, idare, borçlunun mallarına ihtiyati haciz uygulaması gerekmektedir. Burada ihtiyati haciz, amme borçlusunun mevcut tüm amme borçlarını güvence altına almak için değil sadece kamu davası sonucu hüküm altına alınma ihtimali bulunan para cezasını güvence altına almak için tatbik edilecektir.[51] Madde metninden anlaşılacağı üzere, ihtiyati haciz kararının alınabilmesi için kamu davasının açılması yeterlidir; davanın sonuçlanmasına lüzum yoktur.[52] Açılan kamu davası amme borçlusu aleyhine kesinleştikten sonra tatbik edilen ihtiyati haciz kesin hazce dönüşecektir. Bununla birlikte, bu madde hükmüne göre, henüz kamu davası açılmamış fakat cumhuriyet savcılığı tarafından soruşturma başlatılmış olması halinde ihtiyati haciz kararı alınması mümkün değildir.[53] Kanun koyucu, burada para cezasının muhatabını bir dereceye kadar koruma gereği duymuştur. Zira, kamu davasının açılması ile failin üzerine atılı isnat soruşturma aşamasına nazaran daha somut hale gelmektedir.

---

51 Danıştay 10.D. 1989/1239E. 1989/765K. 10.4.1989; Danıştay 7.D. 2002/2942E. 2003/4993K. 9.12.2003; Danıştay 7.D. 2004/1782E. 2005/2380K. 11.10.2005, 10.8.2016 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

52 Danıştay 7.D. 1994/2479E. 1996/883K. 12.3.1996, 10.8.2016 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

53 Danıştay 7.D. 2004/1765E. 2006/840K. 15.3.2006, 10.8.2016 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

3.7. Borçlunun İptal Davasına Konu Olabilecek Hükümsüz Tasarruflarının Olması

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanunun 27., 29., ve 30. maddelerindeki şartların varlığı halinde, iptali talep edilen işlem ve tasarrufun konusunu oluşturan mallar üzerine, ancak bu mallar elden çıkarılmışsa elden çıkaranın diğer malları üzerine[54] ihtiyati haczin tatbik edilmesi zorunludur. Diğer ihtiyati haciz sebeplerinden farklı olarak burada kesinleşmiş bir amme alacağı mevcuttur. Ancak, asıl amme borçlusunun geçmişteki işlem ve tasarrufları dolayısıyla mal varlığını başka kişilere intikal ettirdiği için kesinleşmiş amme alacağı bu amme borçlusundan tahsil edilememektedir. Burada, kanun koyucu asıl amme borçlusu tarafından yapılan bu işlem ve tasarruflar iptal edilene kadar, iptale konu olan malların korunması maksadıyla ihtiyati haciz konulması gerektiğini düzenlemiştir.[55] İdarenin AATUHK'nın 27., 29. ve 30. maddelerinde yer alan koşulların gerçekleştiğini tespit ettiği anda, ilk olarak ihtiyati haczi tatbik edip müteakiben iptal davası açabileceği doktrinde ileri sürülmektedir. [56] Madde hükmünün lafzı da bu yöndedir. Ancak hukukun özü gereği, idare, hali hazırda halen üçüncü kişinin mülkü olan mallar üzerine ihtiyati haciz koyduktan sonra ivedi şekilde iptal davasını ikame etmesi gerekir. Aksi halde, ihtiyati haciz yolu ile üçüncü kişinin mülkiyetine yapılan bu müdahale hukuk sınırlarının ötesine geçebilir.

---

54 Burada önem arz eden husus, iptale konu olan malların elden çıkarılması halinde elden çıkarana uygulanacak ihtiyati haczin iptal konusu malların bedeli ile sınırlı olarak uygulanması zorunluluğudur.

55 ÖZBALCI, Yılmaz, **Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları**, Oluş Yay., Ankara, 2008, s. 166.

56 GERÇEK, a.g.e., s. 153-154.

Diğer yandan, 6183 sayılı Kanunun 26. maddesi gereğince iptal davası açma hakkı 5 yıllık hak düşürücü süreye tabi kılınmıştır. Bu 5 yıllık süre tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren başlamaktadır. Dolayısı ile idare, bu hak düşürücü süre içinde iptal davasını açmalıdır. Bu süre, iptal davası açılmadan sona ererse idarenin artık ilgili kişinin malvarlığına bu sebebe dayanarak ihtiyati haciz tatbik etmesi mümkün değildir. Ayrıca, bu hak düşürücü süre içerisinde ihtiyati haciz uygulanmasına rağmen iptal davası açılmamışsa sürenin sonunda ihtiyati haczin kendiliğinden kalkması gerektiğini düşünüyoruz.

4. İhtiyati Haciz Kararının Muhatabı: Amme Borçlusunun Hukuki Durumu

İhtiyati haciz kararının muhatabı, amme borçlusudur. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 3. maddesi hükmü gereğince amme borçlusu terimi: a) amme alacağını ödemek zorunda olan gerçek veya tüzel kişileri, b) bunların kanuni temsilcilerini, c) bunların mirasçılarını, d) vergi mükelleflerini, e) vergi sorumlusunu, f) kefili, g) yabancı şahıs ve kurumların temsilcilerini ifade etmektedir. Görüldüğü üzere, amme borçlusu, vergiyi doğuran olayın şahsında gerçekleştiği asıl amme borçlusunun yanında birtakım kişileri de kapsar şekilde düzenlenmiştir.

Diğer yandan, 6183 sayılı Kanun, ihtiyati haczin muhatabı olacak amme borçluları arasında herhangi bir sıralama yapmamıştır. Mevcut uygulamaya göre, idare, ilgili amme alacağının asıl amme borçlusu bakımından kesinleşip kesinleşmediğine[57] ve asıl amme borçlusundan

[57] Danıştay 7.D. 2000/8134E. 2003/5143K. 18.12.2003, 10.8.2016 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

tahsil edilememiş veya tahsil edilemeyeceğinin[58] anlaşılması durumlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmaksızın Kanunda ihtiyati haciz sebeplerinden birinin gerçekleştiğini tespit ettiği takdirde, amme alacağını ödemek zorunda olan gerçek veya tüzel kişilerin, bunların kanuni temsilcilerinin, mirasçılarının ve vergi mükelleflerinin, vergi sorumlularının, kefilin, yabancı şahıs ve kurumların temsilcileri aleyhine ihtiyati haciz kararı almak ve bu kişilerin malvarlıklarına ihtiyati haciz tatbik etmek zorundadır.[59] Örneğin, amme borçlusunun kanuni temsilcisi olan kişi aleyhine ihtiyati haciz kararı alınabilmesi için Vergi Usul Kanununun 10. maddesindeki şartların sağlanması gerekli değildir.

Ancak, asıl amme borçlusu bakımından kesinleşmemiş bir borç için asıl amme borçlusu dışındaki kişilerin mal varlıklarına ihtiyati haciz uygulanması mülkiyet hakkının aşırı sınırlandırılmasına yol açabilir. Kamu icra hukukunda, ihtiyati haciz, ileride kesinleşme ihtimali olan amme alacağının tahsilini garanti altına almak için oluşturulmuş bir koruma tedbiridir. Koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için ön şartlarından biri koruma tedbiri ile işin önemi arasında orantı bulunmasıdır. Bununla birlikte, asıl amme borçlusu yanında asıl amme borçlusunun kanuni temsilcisi, ortağı, kefili gibi birçok kişinin doğrudan ve herhangi bir sıralama yapılmaksızın ihtiyati haciz hükümlerine tabi olması, ihtiyati haciz müessesesinin orantısız şekilde uygulanmasına neden olabilir. Bu bağlamda, AATUHK'nın amme borçlusunun kapsamını

58 "Tahsil Edilemeyen Amme Alacağı" ve "Tahsil Edilemeyeceği Anlaşılan Amme Alacağı" kavramlarına bkz. AATUHK'nın 3. maddesinin 7-8. fıkraları.

59 Danıştay 3.D. 2008/1135 2010/1035 5.4.2010; Danıştay 4.D. 2002/1086 2002/3906 17.12.2002; Danıştay 4.D. 2008/3635E. 2011/7432K. 13.10.2011, 29.8.2016 tarihinde www.legalbank.net adresinden erişilmiştir.

düzenleyen hükmünün ihtiyati haciz bakımından daraltılması ve amme borçluları arasında sıralama yapılması, ihtiyati haciz müessesesinin daha etkin ve orantılı uygulanmasına katkısı olacaktır.

Doktrinde ihtiyati haczin sebebe bağlı[60] subjektif bir idari işlem olduğu ifade edilmektedir.[61] Bunun anlamı, Kanunda öngörülen ihtiyati haciz uygulanmasını gerektiren sebeplerden en az birinin her bir amme borçlusunun şahsında gerçekleşmesi ve gerçekleşen bu ihtiyati haciz sebebine dayanılarak ilgili amme borçlusunun malvarlığına ihtiyati haciz uygulanmasına yönelik karar alınmasıdır. Örneğin, şirket ortaklarından birinin belli bir ikametgahının bulunmaması durumunda, AATUHK'nın 13/2 bendi gereğince sadece bu ortak aleyhine ihtiyati haciz kararı alınabilecektir. Danıştay'ın müstakar uygulamasında da, ihtiyati haciz kararının her amme borçlusu için ayrı ayrı alınması gerektiği belirtilmektedir.[62] Zira, her amme

60 İdare bir hukuk kuralı gereğince belli şartlarda belli bir işlemde bulunmaya zorunlu ise yetkisi bağlıdır. Bu durumda idarenin belli olaylarda yapacağı işlemin sebebi ve konusu kanun tarafından gösterilmiştir ve idarenin de bir tercih hakkı yoktur. KIRATLI, Metin, **Danıştay'ın İdarenin Takdir Yetkisini Denetlemesi ve Bağlaması**, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Yıl: 1967, Sayı 6, s.31 aktaran ÜSTÜN, Süleyman, **Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.16-17.

61 ÜSTÜN, Süleyman, **Kamu alacaklarının Korunması Bakımından İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuk Kavramları**, Vergi Sorunları, Yıl: 2004, Sayı 187, s.155.

62 Danıştay 7.D. 2000/6450E. 2001/574K. 13.2.2002, Danıştay 7.D. 2000/6450E. 2001/574K. 13.2.2002, Danıştay 3.D. 2005/216E. 2005/2080K. 5.10.2005, 10.8.2016 tarihinde www.legalbank.net adresinden erişilmiştir.

borçlusu hakkında uygulanacak ihtiyati haciz, öncekinden farklı ve yeni unsurları içeren bir idari işlemdir.[63]

Diğer yandan, asıl amme borçlusu hakkında verilmiş olan ihtiyati haciz kararının kaldırılması durumunda asıl amme borçlusu dışındaki kişiler adına uygulanan ihtiyati haczin de yasal dayanağı kalmadığından ötürü kaldırılması gerekmektedir.[64] Bir başka önemli nokta, ihtiyati haciz kararının dayanağını oluşturan tarhiyatın yargı kararıyla iptal edilmesi halinde, bu ihtiyati haciz kararının da ortadan kaldırılması zorunluluğudur.[65] Burada, ihtiyati haciz kararının asıl amme borçlusu ya da diğer amme borçlularının şahsında olmasının önemi yoktur çünkü ihtiyati haczin dayanağı olan tarhiyat mahkeme tarafından iptal edilmiştir.

İhtiyati haciz kararının muhatabı, ihtiyati haczin uygulanmasından, gıyapta yapılan ihtiyati hacizlerde ise

---

63 Danıştay 3.D. 1988/234E. 1988/1381K. 4.5.1988, 10.8.2016 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

64 Danıştay 4.D. 2005/836E. 2006/1453K. 28.6.2006, 10.8.2016 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

65 Danıştay VDDGK 2002/360E. 2002/418K. 29.11.2002 *"İhtiyati haciz ve teminat isteminin dayanağı olan tarhiyatlara karşı açılan davanın İzmir 2. Vergi Mahkemesinin 14.06.2001 günlü ve E: 2000/66, K; 2001/712 sayılı kararıyla kaldırılmış bulunması ve bu karara karşı yapılan temyiz isteminin de Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 208.11.2002 günlü ve E: 2001/5733, K: 2002/4931 sayılı kararıyla reddedilmiş olması karşısında, bu davanın konusunu oluşturan işlemlerin de iptali gereklidir. Zira teminat isteme ve ihtiyati haciz işlemleri, yargı yerince kaldırılmış bir tarhiyatın güvence altında tutulması amacını taşımaktadır. Mahkemece verilen karar bu nedenlerle hukuka aykırı bulunmamıştır."* 10.8.2016 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

haciz işleminin tebliğinden itibaren 7 gün içinde görevli ve yetkili idari yargı merciinde dava açabilir. Muhatap, bu davada, ilgili ihtiyati haciz sebebinin gerçekleşmediğini ileri sürebilir. Diğer yandan, idari yargı merci işin esasına giremez. Örneğin, ihtiyati haczin dayanağı olan tarhiyatın hukuki olup olmadığını inceleyemez. Ayrıca, ihtiyati haciz idari işlem olduğu için yetki, şekil, konu, sebep ve amaç unsurları bakımından hukuki denetime tabidir.[66] İhtiyati haciz işlemine karşı dava yoluna gidilmesi kendiliğinden yürütmenin durdurulması sonucunu doğurmamaktadır. Yürütmenin durdurulması, muhatabın yürütmenin durdurulması isteminde bulunması, idari yargı merciinin bu istemi uygun görmesi ve muhatabın, idari yargı merciinin kararında gösterdiği teminatı yatırması şartlarının yerine getirilmesine bağlıdır. İdari yargı merciinin yürütmenin durdurulması reddettiği durumda, muhatap 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27/7 fıkrası gereğince red kararının kendisine tebliğinden itibaren 7 gün içinde itiraz edebilir. İtiraz üzerine verilen karar kesindir.

5. Sonuç

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, gelecekte doğması ihtimal amme alacağının tahsilini garanti altına almak amacıyla bazı koruma önlemleri öngörmüştür. Kanunun düzenlediği bu koruma önlemlerinden biri de, kanunda öngörülen belli şartların varlığı halinde amme borçlusunun malvarlığı üzerine ihtiyati haciz tesis edilmesidir. İhtiyati haciz sebepleri kanunda sınırlı sayıda sayılmıştır. Bu sebepler dışında ihtiyati haciz tatbik edilmesi hukuken söz konusu değildir.

66 CANDAN, Açıklamalı AATUHK, s. 115.

Mevcut uygulamaya göre, amme borçlusunun malvarlığına ihtiyati haciz tatbik edilmesi için amme alacağının kesinleşmesine lüzum yoktur. Ayrıca, asıl amme borçlusu dışına kanunda öngörülen diğer amme borçlularının malvarlıkları üzerine ihtiyati haciz uygulanabilmesi ilgili amme alacağının tamamen veya kısmen asıl amme borçlusundan tahsil edilememiş olması ya da tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması durumlarından birinin gerçekleşmesi şartına bağlı değildir. Ancak, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi asıl amme borçlusu şahsında ileride kesinleşmesi muhtemel bir borçtan ötürü asıl amme borçlusu dışındaki kişilerin mal varlıklarına ihtiyati haciz tatbik edilmesi mülkiyet hakkının ölçüsüz şekilde sınırlandırılmasına neden olabilir. Bu sebeple, AATUHK'nın amme borçlusunun kapsamını düzenleyen metninin ihtiyati haciz bakımından daraltılması ve amme borçluları arasında sıralama öngörmesi, ihtiyati haciz müessesesinin daha etkin ve orantılı uygulanmasına katkısı olacağı düşünmekteyiz.

Diğer yandan, ihtiyati haczin uygulanabilmesi, kanunda belirtilen ihtiyati haciz sebeplerinden birinin her bir amme borçlusunun şahsında gerçekleşmesi şartına bağlıdır. Örneğin, limited şirket şahsında gerçekleşen bir ihtiyati haciz sebebine dayanılarak şirketin kanuni temsilcisi ya da ortağı aleyhine ihtiyati haciz uygulanması mümkün değildir. İlaveten, ihtiyati haciz sübjektif bir idari işlem olduğu için her bir amme borçlusu için ayrı ayrı tesis edilmesi gereklidir.

İdare, ihtiyati haciz kararı alma aşamasında ilgili amme borçlularının kim olduğunu tespit etmek zorundadır. Bu aşamada, asıl amme borçlusunun kim olduğu açık şekilde ortadadır. Ancak, idare, kanunda asıl amme borçlusu ile birlikte amme borçlusu sayılan kişilerin tespitinde özel hukuk hükümlerinden yararlanması gerekmektedir. İdare, bu kişilerin amme borçlusu sıfatını

haiz olduğunu tespit ettikten sonra yukarıda ayrıntılı açıkladığımız ihtiyati haciz sebeplerinden birinin bu belirlenen kişilerin şahsında gerçekleştiği kanaatine varırsa bu kişilerin mal varlığına ilgili amme alacağı nispetinde ihtiyati haciz uygulamak ile mükelleftir.

KAYNAKLAR

ARIKAN, Zeynep, **Türk Vergi Hukukunda Mali İkametgah**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2007.

AY, Hakan/BARAN, Tülay, **Kamu Alacaklarının Korunma Yöntemleri ve Bir Değerlendirme**, Sosyo Ekonomi, Yıl:2014, Cilt 21, Sayı 21.

BAYRAKLI, Hasan Hüseyin, **Türk ve Alman Hukukunda Vergi İkametgahı**, Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF yayını, Afyon, 1994.

BAYRAKLI, Hasan Hüseyin, **Vergi İcra Hukuku**, Celepler Matbaacılık, Afyon, 2009.

BİLİCİ, Nurettin, **Vergi Hukuku**, 36. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015.

CANDAN, Turgut, **Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun**, 3. Bası, Mali Akademi Yay., Ankara, 2013.

COŞKUN KARADAĞ, Neslihan, **Vergi Alacağının Güvence Altına Alınmasında Teminat, İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuka İlişkin Özellikli Durumlar**, Maliye Dergisi, Yıl:2012, Sayı 162, s. 238-255.

ÇELİK, Binnur, **Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 2000.

DÖNMEZ, Recai, **Vergi İcra Hukukunda İhtiyati Haciz**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 1998.

GERÇEK, Adnan, **Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku**, 3. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa, 2013.

GÜMÜŞ, Erhan, **Vadesinde Ödenmeyen Vergi Borçları İle İlgili Olarak Vergi İdaresinin Uygulamaları**, Vergi Sorunları, Yıl:2005, Sayı 201.

KANETİ, Selim, **Vergi Hukuku**, Filiz Kitabevi, 2. Bası, İstanbul, 1989.

KARAKOÇ, Yusuf, **Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar**, Yetkin, Ankara, 2000.

KARAKOÇ Yusuf, **Kamu Alacaklarının Tahsili: Kamu İcra Hukuku**, Vergi Sorunları Dergisi, Yıl:2001.

KARAKOÇ, Yusuf, **Genel Vergi Hukuku**, 6. Bası, Yetkin, Ankara, 2012.

KARSLI, Abdurrahim, **İcra ve İflas Hukuku**, 2014, 3. Bası, Alternatif, İstanbul, 2014.

KIZILOT, Şükrü/ŞENYÜZ, Doğan/TAŞ, Metin/DÖNMEZ, Recai, **Vergi Hukuku**, 3. Bası, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2008.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, **İcra İflas Hukuku**, 28. Bası, Yetkin, Ankara, 2014.

MILLER, Angharad/OATS, Lynne, **Principles of International Taxation**, 3. Bası, Bloomsbury Professional, Sussex, Birleşik Krallık, 2012.

MUŞUL, Timuçin, **İcra ve İflas Hukuku**, 5. Bası, Adalet, Ankara, 2013.

OĞUZMAN, M. Kemal /SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku**, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt III, Akgün Yayınevi, İstanbul, 1966.

ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

ÖNEN, Ergun, **İhtiyati Haczin Kaldırılması Davası**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:1980, 37(1-4), s. 251-279.

ÖZBALCI, Yılmaz, **Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları**, Oluş Yayınevi, Ankara, 2008.

ÖZBALCI, Yılmaz, **Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları**, Oluş Yayıncılık, İstanbul, 2003.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflas Hukuku**, 10. Bası, Yetkin, Ankara, 2012.

POSTACIOĞLU, İlhan, **İcra Hukukunun Esasları**, İÜHF Yayını No:412, İstanbul, 1973.

SERİM, Nilgün, **6183 Sayılı Kanunda Amme Alacaklarının Korunması**, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2007.

ŞENYÜZ, Doğan/YÜCE, Mehmet/GERÇEK, Adnan, **Vergi Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Ekin, Bursa, 2014.

ŞİMŞEK, Edip, **Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun Şerhi**, 2. Bası, Alfa Yayım, İstanbul, 1996.

TANRIKULU, Abdurrahim, **Kamu Alacaklarının Korunması ile İlgili İki Önemli Kurum: İhtiyati Haciz-İhtiyati Tahakkuk**, Vergi Sorunları Dergisi, Yıl:1983, Sayı 11.

TUNCER, Selahattin, **Vergi Hukuku Açısından Medeni İkametgah ve Mali İkametgah**, Maliye Araştırma Konferansları Dergisi Prof. Dr. M. Orhan Dikmen'e Armağan, Sayı 33, 1989.

ÜNLÜ, Cengiz, **Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun**, Seçkin, Ankara, 1995.

ÜSTÜN, Süleyman, **Kamu alacaklarının Korunması Bakımından İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuk Kavramları**, Vergi Sorunları, Yıl:2004, Sayı 187.

ÜSTÜN, Süleyman, **Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

YILMAZ, Serdar, **Kamu Alacaklarının Tahsili Hukukunda İhtiyati Haciz Müessesesi ve İhtiyati Hacze**

Karşı Açılan Davalarda İdari Yargı Yerlerince Verilen Kararların Uygulanması, AÜHFD, Yıl:2012, Cilt:61(4), s. 1437-1503.

Makaleler

Özel Hukuk

GÜVEN SORUMLULUĞU VE "CULPA IN CONTRAHENDO"*

Yrd. Doç. Dr. Yasemin DURAK**

TRUST RESPONSIBILITY AND "CULPA IN CONTRAHENDO"

ÖZ

Güven sorumluluğu, dürüstlük kuralına dayanan davranış yükümlerinin ihlalinden kaynaklanmaktadır. Burada ne sözleşme ne de haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilen olaylarda, güven sağlayan kişilerin dürüstlük kuralına aykırı şekilde bu güveni boşa çıkarması durumunda, hâkimin hukuk yaratması sonucunda oluşmuş bir sorumluluk söz konusudur.

Bu sorumluluk culpa in contrahendodan doğan sorumluluğu da kapsayan bir üst kavramdır. Bu nedenle

---

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 02.07.2017

Kabul Edildiği Tarih: 10.07.2017

** Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: yaseminerol80@gmail.com

ORCID ID: 0000-0001-5301-7947

güven sorumluluğu, culpa in contrahendodan doğan sorumlulukta olduğu gibi ne sözleşme sorumluğu, ne de haksız fiil sorumluluğudur. Burada her ikisi arasında yer alan üçüncü bir sorumluluk kategorisi söz konusu olmaktadır.

Güven sorumluluğu, culpa in contrahendodan doğan sorumlulukla birlikte, sözleşmenin devamında, sözleşme sonrası koruma yükümlerinin ihlalinden kaynaklanan sorumlulukları da kapsamaktadır.

ANAHTAR KELİMELER: *Güven Sorumluluğu, Culpa in Contrahendo, Koruma Yükümü, Bilgi Verme Yükümlülüğü, Görüşme Yardımcılarının Sorumluluğu.*

ABSTRACT

Trust responsibility stems from the breach of the obligations of behaviour which base on the rule of honesty. A responsibility which formed as a result of the creation of law of the judge is in question in the events which are characterized as neither contract nor tort liability, in case of the frustrating this trust in way contrary to the rule of honesty of persons who provide trust here.

This responsibility is a top concept which also includes responsibility arising from culpa in contrahendo. Therefore trust responsibility is neither the responsibility of the contract nor tort liability like in responsibility arising from culpa in contrahendo. The category of a third responsibility which locates between both is on the carpet here.

Trust responsibility also covers responsibility which arise from violation of protection obligations after contract, in the continuation of the contract, along with responsibility arise from culpa in contrahendo.

KEY WORDS: *Trust Responsibility, Culpa in Contrahendo, Protection Obligation, the Obligation to Provide Information, the Responsibility of the Assistant of Interview.*

GİRİŞ

Güven sorumluluğu kaynağını Alman Hukukundan alan bir kurumdur. Bununla birlikte İsviçre ve Türk Hukukunda da uygulama alanı bulmaktadır. Ancak Türk Hukukunda güven sorumluluğu kavramsal olarak yeni yerini almaya başlamıştır. Güven sorumluluğu sadece Borçlar Hukukunda değil aynı zamanda Ticaret Hukukunda da özellikle bankalar da uygulama alanı bulmaktadır.

Güven sorumluluğu ile ilgili yeni düşünceler ileri sürülmeye başlanmış özellikle güven sorumluluğunun culpa in contrahendo kavramı ile iç içe bulunduğu ileri sürülmüştür. Doktrinde güven sorumluluğunun culpa in contrahendodan doğan sorumluluk kavramına göre bir üst kavram olduğu ifade edilmektedir. Hatta bazen bu hukuki kavramın aynı anlamda kullanıldığı da belirtilmektedir. Bir başka ifadeyle culpa in contrahendo sorumluluğu aynı zamanda bir güven sorumluluğudur. Bu sorumluluk türünü sözleşme öncesi görüşmelerden doğan bir sorumluluk türü olarak da ele almak mümkündür.

Culpa in contrahendo sorumluluğu İsviçre Hukukunda Alman Hukukuna göre daha önce yerini almış hukuki bir kurum olduğu için İsviçre Hukukunda bu sorumluluk türü hızla ilerleme kaydetmiştir. Türk Hukukunda ise bilimsel literatürlerde bu kavram yavaş yavaş yerini almaya başlamıştır.

I. GENEL OLARAK

Bir kişinin davranışlarıyla, başkalarında yarattığı haklı beklentiler nedeniyle bu kişiler arasında güvene dayalı bir ilişki oluşmuştur. Kendine özgü bir sorumluluk olan güven sorumluluğu, bu güven ilişkisinden kaynaklanmaktadır ve

herhangi bir sözleşme ilişkisinin varlığını gerektirmediği için taraf iradesinden bağımsız yasal bir sorumluluk sebebidir[1].

Güven sorumluluğunun pozitif hukuktaki dayanağı Türk – İsviçre Hukuku açısından Medeni Kanun'un 2. maddesi olan dürüst davranma ilkesidir[2]. Medeni Kanun'un 2. maddesinde, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kuralına uygun davranmak mecburiyetini getiren kanun koyucu, açık bir şekilde doğruluk ve güven kurallarına atıf yapmıştır. Yapılan bir tanıma göre, doğruluk ve güven kuralları "orta zekâlı, normal, makul kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının ihtiyaçlarına cevap veren ve herkesçe benimsenen kurallar bütünüdür."[3] Bu kuralların amacı, kişilerin gerek haklarını kullanırken, gerekse borçlarını ifa ederken, gerekse tüm diğer ilişkilerinde dürüst, namuslu, makul ve davranışlarının sonuçlarını öngörebilen orta zekâlı kimselerin benzer durumlardaki davranışını sergilemesini sağlamaktır[4].

---

1 **Canaris, Claus – Wilhelm,** Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, JZ, 1965, s. 479.

2 **Gürpınar, Damla,** Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir 2006, s. 214.

3 **Edis, Seyfullah,** Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği, Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 449; **Edis, Seyfullah,** Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Baskı, Ankara 1997, s. 291.

4 **Edis,** Medeni, s. 291.

Doğruluk ve güven kuralları, ayrıca kanunun yorumlanmasında, tamamlanmasında, irade beyanlarının yorumunda, bu nedenle de hukuki işlemlerin kurulmasında ve yorumlanmasında, sözleşmelerin yeni şartlara uyarlanmasında, tamamlanmasında ve değiştirilmesinde de önemli işlevi olan doğruluk ve güven kuralları, sözleşme görüşmeleri esnasında meydana gelen culpa in contrahendo sorumluluğunun da temelini oluşturmaktadır[5].

Gerek sözleşme öncesinde gerek sözleşme sırasında görülen, gerekse sözleşmeden sonra devam eden ve sözleşmenin geçerliliğinden de bağımsız olarak var olan ve bu yüzden de edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisinden kaynaklanan koruma yükümlerinin temelinde de taraflar arasında kurulan güven bağının zedelenmemesi esastır[6].

Sözleşme öncesi görüşmeler esnasında taraflar arasındaki güven ilişkisinden kaynaklandığı kabul edilen culpa in contrahendo sorumluluğu gibi, sözleşmenin olumlu ihlali hallerinde de, sözleşme taraflarının, birbirlerinin ifa dışındaki çıkarlarının da diğer tarafça gözetileceğine olan güveni, dürüstlük kuralı nedeniyle korunmaktadır[7].

Bir sözleşmenin tarafı olmadığı halde, taraflardan birine olan yakınlığından dolayı, sözleşmenin koruma alanına girdiği kabul edilen kişinin de karşı tarafa olan güveninin korunması gerektiği kabul edilmektedir[8]. Bu

5 Geniş bilgi için bkz. **Edis,** Medeni, s. 308 vd.

6 **Canaris,** JZ, 1965, s. 479. Geniş bilgi için bkz. **Yalman, Süleyman,** Türk – İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006; **Gezder, Ümit,** Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009.

7 **Edis,** s. 314 vd.; **Canaris,** JZ, 1965, s. 476.

8 **Canaris,** JZ, 1965, s. 477.

kurumlar, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkileri üst kavramının altında ele alınmaktadır[9].

Culpa in contrahendo sorumluluğunun varlığı için, sözleşmenin kurulup kurulmamasının ya da geçerli olup olmamasının da bir önemi yoktur[10]. Aynı durum sözleşmenin olumlu ihlali halleri için de söz konusudur[11].

Bütün bu hukuki kurumların temelinde dürüstlük kuralı gereği korunması gereken ve bu yüzden yasal bir yükümlülük olarak da ortaya çıkan, kendine özgü bir sorumluluk vardır. Güven sorumluluğu edim yükümünden bağımsız yasal bir borç ilişkisine dayanır. Sorumluluğun doğması için zarar verenle zarar gören arasında asli edim yükümünün doğumunu sağlayacak bir sözleşme ilişkisinin kurulmuş olması gerekmez. Taraflardan birinin kendi davranışlarıyla diğer tarafta güven oluşturmasıyla, bu ikisi arasında var olan güven ilişkisinin zarar görmüş olmasından dolayı dürüstlük kuralı gereği bir sorumluluk meydana gelmektedir[12].

Bir kusur sorumluluğu olan güven sorumluluğunun temelinde koruma yükümlülüklerinin ihlali bulunmaktadır. Güven sorumluluğunun haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu arasında yer alan üçüncü bir sorumluluk türü olduğu

---

9 **Canaris,** JZ, 1965, s. 475 vd.; **Serozan, Rona,** "Culpa İn Contrahendo", "Akdin Müsbet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD, 1968, Sayı: 3, s. 109 vd; **Atamer, Yeşim M.,** Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, YD, 1996, Cilt: 22, Sayı: 1 – 2, s. 126.

10 **Canaris,** JZ, 1965, s. 476; **Serozan,** MHAD, 1968, s. 111; **Ayan, Mehmet,** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 10. Baskı, Konya 2015, s. 142.

11 **Canaris,** JZ, 1965, s. 476; **Serozan,** MHAD, 1968, s. 113.

12 **Gürpınar,** s. 217.

belirtilmiştir[13]. Bu görüşe göre gerek sorumluluğun koşulları gerekse sorumluluğun kapsamına giren zararlar ve tabi olacağı hükümler bakımından hem haksız fiil sorumluluğundan hem de sözleşme sorumluluğundan ayrılır[14].

II. GÜVEN SORUMLULUĞU KAVRAMI, TANIMI VE ÇEŞİTLERİ

Hukuki bir sonucun meydana gelmesinde güvenin asıl rol oynadığı her sorumluluk, güven sorumluluğudur[15]. Güven sorumluluğunun gerçekleşmesi için güven ve sorumluk unsurlarının yer alması gerekmektedir.

Güven sorumluluğu, bir başka kişinin güvendiği veya haklı olarak güvenebileceği bir güven olgusu yaratan kişinin, bu durumdan sorumlu olmasını ifade etmektedir[16]. Yapılan bir başka tanıma göre ise "güven sorumluluğu, dürüstlük kuralına dayanan davranış yükümlerinin ihlalinden kaynaklanan bir sorumluluktur."[17]

Bu sorumluluk türünde bazı esaslar ele alınarak çeşitli ayrımlar yapılmıştır. Güven sorumluluğu hukuki sonuçları açısından, hukuki görünüşe güven[18] ve fiili görünüşe güven

---

13 **Kırca, Çiğdem,** Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, s. 111.

14 **Gürpınar,** s. 217.

15 **Canaris, Claus – Wilhelm,** Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, München 1971, s. 1 – 2; **Kostkiewicz, Jolanta Kren,** Vertrauenshaftung im schweizerischen IPR, ZBJV, 2001, s. 162.

16 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 439 vd.

17 **Gürpınar,** s. 218.

18 Ticaret Hukukunda hukuki görünüşe güven ve culpa in contrahendo ile ilişkisi hakkında geniş bilgi için bkz. **Ülgen, Hüseyin,** Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi, İstanbul 2005. Geniş bilgi için bkz. **Kalkan-**

olarak ikiye ayrılır. Hukuki görünüşe güvende, güvenen kişi, güvendiği duruma uygun hale getirilir[19]. Bu durumda bir ifa talebi söz konusudur. Fiili görünüşe güven ise, güvenen kişi güvenmeseydi, uğramayacak olduğu zararlarının tazminini ifade etmektedir[20]. Burada güvenin boşa çıkması sebebiyle meydana gelen zararların tazmini söz konusudur[21].

Güven sorumluluğu, açıklamadan doğan sorumluluk ve dar anlamda güven sorumluluğu olarak da ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda güven sorumluluğu, zarar görenin hukuki işlem alanında hayat, sağlık ve mülkiyete ilişkin hukuki değerlerini diğerinin etkisine açması ve güvenmesi nedeniyle söz konusu olmaktadır[22]. Açıklamadan sorumluluk ise, kişinin yanlış açıklamalarda bulunmasından dolayı güven sorumluluğunu ifade etmektedir[23].

Bir görüşe göre ise güven sorumluluğu; hukuki görünüm sorumluluğu, hukuk etiğinin zorunlulukları gereğince güven sorumluluğu, bilgi vermeden doğan

---

Oğuztürk, Burcu, Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 49 vd.

19 **Walter, Hans Peter,** Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, ZSR, 2001, s. 83; **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 5; **Kostkiewicz,** ZBJV, 2001, s. 162.

20 **Walter,** ZSR, 2001, s. 83; **Kostkiewicz,** ZBJV, 2001, s. 162; **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 5; **Akyol, Şener,** Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 2006, s. 54.

21 **Kırca,** s. 136.

22 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 540.

23 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 532; **Loser – Krogh, Peter,** Kritische Überlegungen zur Reform des Haftpflichtrechts, Haftung aus Treue und Glauben, Verursachung und Verjährung, ZSR, 2003/II, s. 137.

sorumluluk[24] ve son olarak da emanet sorumluluğu olarak dörde ayrılmaktadır[25].

III. GÜVEN SORUMLULUĞUNUN AÇIKLANMASI

Bu görüş Alman Hukukunda özellikle Canaris tarafından savunulmuştur. İsviçre Hukukunda üçüncü kişinin culpa in contrahendodan sorumluluğu anlamında güven sorumluluğu Federal Mahkeme[26] tarafından benimsenmiş ve doktrinde de kabul görmüştür[27].

Bu görüş bütünsel kanuni borç ilişkisini hâkimin hukuk yaratması olarak kabul etmektedir. Bu görüşe göre, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede "yazılı olmayan kuralların geliştirilmesi" söz konusudur[28]. Yazılı olmayan kuralların geliştirilmesi, makul ve mantıklı sözleşme taraflarının, dürüstlük kuralına uygun olarak beklenenler esas alınarak yapılır. Makul ve dürüst bir kişiden, sözleşme yaptığı kişiyle zıt menfaatlere sahip bir kişiye karşı özenli

---

24 Bilgi vermeden doğan sorumluluk Serozan tarafından da güven sorumluluğu olarak değerlendirilmektedir. bkz. **Serozan, Rona,** Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, İÜHFM, 2000, Cilt: 58, Sayı: 1 – 2, s. 245; Aynı görüş için bkz. **Baygın, Cem,** Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, AÜEHFD,2000, Cilt: 1 – 4, Sayı: 1 – 2, s. 361.

25 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 526 vd.

26 **Tarman, Zeynep Derya,** Die Gutachterhaftung gegenüber dem Dritten im deutschen und schweizerischen Recht**,** Dissertation, Konstanz, 2007, s. 111.

27 **Walter,** ZSR, 2001, s. 79; **Walter, Hans Peter,** Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV, 1996, s. 292; İsviçre doktrini güven sorumluluğu hakkında bilimsel çalışmalarına devam etmektedir. bkz. **Tarman,** s. 112.

28 **Canaris, Claus – Wilhelm,** Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei "Gegenläufigkeit" der Interessen, JZ, 1995, s. 444. Ayrıca bkz. **Kalkan-Oğuztürk,** s. 127 vd.

davranması beklenemez. Alacaklı ile üçüncü kişinin menfaatlerinin zıt olması durumunda, bilgi veren ile kendisiyle bilgi verme konusunda sözleşme yapan kişi arasındaki sözleşme değil, bilgi soran ile üçüncü kişinin kurduğu sözleşme esas alınmalıdır. Söz konusu sözleşme, üçüncü kişinin bilgi verenin verdiği bilgiye dayanarak bilgi soran ile kurduğu sözleşmedir. Bilgi soran, bilgi verenin vermiş olduğu bilgileri sözleşme görüşmelerinde kullanmakta ve bu durum sözleşmenin kurulmasında önemli bir rol oynamaktadır. Bu nedenle üçüncü kişinin korunması değil; bilgi verenin sorumluluğu söz konusudur. Üçüncü kişinin sözleşme görüşmelerindeki sorumluluğun temeli ise, güven yaratılması ve yaratılan bu güvenin esas alınmasıdır. Burada fiili hâkimiyetten kaynaklanan güven sorumluluğu söz konusudur[29].

Güven sorumluluğu, ne sözleşme ne de haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilen olaylarda, güven sağlayan kişilerin dürüstlük kuralına aykırı şekilde bu güveni boşa çıkarması durumunda, hâkimin MK. m. 2'yi esas alarak hukuk yaratması sonucunda oluşmuş bir sorumluluktur. Güven sorumluluğu (ex lege) kanuni sorumluluktur[30]. Buradaki adalet düşüncesi, üçüncü kişinin güveni, sanki üçüncü kişinin bilgi verenle sözleşme yapan kişi gibi, alacaklıyla benzer konumda olmasından değil, sözleşmeyi bilgi verenin verdiği bilgiye göre kurduğu ve bilgi verenin de bilerek veya en azından öngörülebilecek şekilde bilgi soranın menfaatine davrandığı, başka bir ifadeyle bağımsız bir görüşme yardımcısı gibi hareket ettiği için korunmaktadır[31].

---

29 **Canaris,** JZ, 1995, s. 444 – 445.

30 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 429; **Akyol, Şener,** Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007, s. 32.

31 **Kırca,** s. 114.

Alman Federal Mahkemesi, temsilcilerin veya bağımsız görüşme yardımcılarının sorumluluğunu, kendilerine karşı güven yaratmış olmaları dolayısıyla culpa in contrahendodan sorumluluk olarak kabul etmiştir. Culpa in contrahendodan sorumluluğun temelinin ise, sözleşmenin kurulmasında etki ederek güven sağlayan kişilerin bundan sorumlu olması, bir başka ifadeyle güven sorumluluğu çerçevesinde sorumlu olmalarıdır. Bu durum Alman doktrini ve içtihatları tarafından kabul görmektedir[32].

İsviçre Hukukunda Walter de, vekâlet veren ile üçüncü kişinin menfaatlerinin zıt olduğu durumlarda, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye başvurulamayacağını kabul etmektedir[33]. Bu görüşe göre buradaki sorumluluk culpa in contrahendodan doğan sorumluluktur[34].

Bilgi veren, vekâlet verenin yanında yer almaktadır ve yanlış bilgiler vererek, üçüncü kişinin sözleşme kurmasında etkili olmaktadır. Üçüncü kişinin hilesi durumunda, onun sorumluluğu culpa in contrahendodan doğan sorumluluktur. Bilgi verenlerin sorumluluğunda ise, bir başkasının iradesinin oluşumuna, yaratılan güvenin boşa çıkması söz konusudur. Hukuki işlem alanında bilgi vermeden dolayı sorumluluğun, benzer şekilde culpa in contrahendodan doğan sorumluluğa tabi tutulması uygundur. Bunu yaparken, görüşme sorumluluğunu gerçek görüşenler ile sınırlandırmamak, kusurlu olarak görüşmeler "katılan" veya "birlikte yapanları" da kapsama almak gerekmektedir. Üçüncü kişinin sözleşme görüşmelerinden sorumluluğun temeli ise, güven sağlamaktır[35].

---

32 Bu konuda bkz. **Kırca,** s. 114 ve dn. 597, 598.

33 **Walter,** ZBJV, 1996, s. 291; **Walter,** ZSR, 2001, s. 79.

34 **Walter,** ZBJV, 1996, s. 292; **Walter,** ZSR, 2001, s. 88.

35 **Walter,** ZBJV, 1996, s. 292.

Bucher'e göre, bilirkişi raporları, işletme veya ortaklık denetimine ilişkin bilgiler, vekâlet veren tarafından üçüncü kişiye verildiği ve bunların üçüncü kişinin tasarruflarında etkili olarak zarara sebep olduğu durumlarda sorumluluk, culpa in contrahendodan doğan sorumluluktur[36]. Sorumluluğun varlığı ve kapsamı, verilen bilginin üçüncü kişide hangi ölçüde haklı güven uyandırdığına göre belirlenir[37]. Bununla birlikte, burada culpa in contrahendodan sorumluluk yerine güven sorumluluğu ifadesini kullanmak daha doğru olmaktadır. Çünkü yanlış bilgi veren esas alındığından, bilgi verenlerin sorumluluğunu culpa in contrahendon doğan sorumluluk olarak nitelendirmek, sorumluluğun bilgi verenin yanlış bilgisi ve kusuru ile gerçekleşeceğine dair yanlış bir fikre sebep olabilir. Oysa bilgi verenleri sorumluluğu için yanlış bilgi verme gerekli, fakat yeterli olmayan bir şarttır. Bilgi verenlerin sorumluluğu, bilgi verenin vermiş olduğu bilgilerin, kişilerin davranışlarını etkileyip etkilemeyeceğini öngörebilmesi durumunda gerçekleşir[38]. Bu görüş güven sorumluluğunun ve culpa in contrahendo sorumluluğunun bire bir örtüşmediğini ifade etmektedir.

IV. GÜVEN SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI

Güven sorumluluğunun unsurları güven sağlama, hukuki işlem alanında bulunma, öngörülebilirlik ve son olarak da özel bağlantı olarak sayılabilir. Canaris'e göre de güven sorumluluğunun unsurları güven konusunun varlığı, bu güvenin korunmaya layık olması, bu güvene dayanılarak alınmış bir önlem ve sorumluluğun isnat edilebilir olmasıdır. Bu unsurlar tespit edilirken güvenen kişi ve

36 **Bucher, Eugen,** Was man aus einem Fall von "Putativ – Vertrauenshaftung" lernen kann, recht 2001, s. 79.

37 **Bucher,** recht 2001, s. 79.

38 **Bucher,** recht 2001, s. 79.

güvenilen kişi esas alınmıştır. Duyulan güvenin korunmaya layık olması ve bu güvene duyulan önem nedeniyle alınmış olan önlemin varlığı güvenen kişiyi ilgilendirirken, sorumluluğun ileri sürülebilir olması güvenilen kişiyi ilgilendirmektedir[39].

Güvenin olumlu ve olumsuz korunması şeklinde de bir ayrım yapılabilir. Güvenin olumlu korunması, duyulan güvene uygun olan sonucun talep edilebilmesi olanağının doğması iken; güvenin olumsuz korunması ise duyulan güvenin sarsılması ile uğranılan zararın tazmin edilmesidir[40]. Örneğin hatalı bilgi verilmesi nedeniyle uğranılan zararın güven sorumluluğuna dayalı olarak tazmini halinde, güvenin olumsuz korunması söz konusu olacaktır. Zira aldığı hatalı bilgiye dayanarak verdiği karar neticesinde zarar gören kişinin, var olan durumunun güveni doğrultusunda değiştirilmesi isteyemeyecektir. Bu kişinin güveninin korunması ancak uğramış olduğu zararın tazmin edilmesiyle mümkündür[41].

A. GÜVEN SAĞLAMA

Güven sorumluluğunun dayanağı, zarar gören kişi üzerinde yaratılmış olan güvendir[42]. Bu güven konusunun varlığı, haksız fiil sorumluluğundaki hukuka aykırılık unsuruna karşılık gelmektedir.

Haksız fiil sorumluluğunun, hukuka aykırılık unsurunu tespit etmekte yetersiz kalındığı durumlarda

39 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 491 vd.

40 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 491; **Akyol,** Çelişki, s. 31. Ayrıca bu konu hakkında bkz. **Berger, Bernhard,** Zur Unterschediung zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauenshaftung,, recht 2000, s. 206.

41 **Gürpınar,** s. 220.

42 **Hochloch, Gerhard,** "Vertrauenshaftung" – Beginn einer Konkretisierung?, NJW, 1979, s. 2374.

zararın giderilmesini sağlayamaması nedeniyle ihtiyaç duyulan güven sorumluluğunun en önemli unsuru güven konusudur[43]. Hukuk düzeni sadece objektif bir temele dayanan güveni korumak zorundadır. Bu nedenle sadece haklı güven korunmaktadır[44].

Güveni objektif olarak haklı gösteren sebepler, bir güven konusunun varlığını kabul etmek için aranan ek ölçütlerle de uyumlu olmaktadır. Bu nedenle bir güven konusunun varlığını tespit, çoğu zaman buna duyulan güvenin de haklı olduğu sonucuna götürecektir. Ancak burada güven konusuna güvendiğini ileri süren kişinin gerektiği kadar araştırma yapmamış olması ya da iyiniyetli olmaması gibi kendisinden kaynaklanan durumlar, duyduğu güvenin korunmaya değer olup olmaması hususunda noktasında önemli olmaktadır[45].

Yapılan bir açıklama ancak yapıldığı anda içeriğinin doğru olduğuna ilişkin bir güven oluşturabilir. Bu nedenle açıklamanın yapıldığı an önemlidir. Güven sorumluluğu, güven uyandırmaya elverişli bir durumun varlığını gerektirmektedir[46].

Bilgi veren sınırlandırıcı ifadelerle vermiş olduğu bilginin kontrol edilmediğini veya belli bazı konuların kendi bilgisi ile değerlendirilemeyeceğini bildirebilir. Bu durumda bilgi verenin sorumluluğu söz konusu olmaz. Çünkü sorumluluk için gerekli olan güven olgusu zedelenmiş olur[47]. Bu durumda üçüncü kişi verilen bilgiye, makul bir kişi olarak güvenmez. Başka yollarla doğru bilgi edinmeye

43 **Gürpınar,** s. 220.

44 **Fischer, Willi,** Dritthaftung für falsche freiwillige Auskünfte, ZVglRWiss, 1984, s. 27.

45 **Gürpınar,** s. 226.

46 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 498.

47 **Canaris**, JZ 1995, s. 446.

çalışır. Bu durumda bilgi verene sınırsız ve hâkim olunamayan bir sorumluluk riski yüklenmiş olmaktadır[48].

B. HUKUKİ İŞLEM ALANINDA BULUNMA

Güven sorumluluğu sadece hukuki işlem alanında kabul edilebilir[49]. Bu sosyal temastan[50] farklı olarak hukuki işlemsel temas şartını gerektirir. Aksi takdirde sözleşmeye ilişkin hukuki sonuçların kabul edilmesi, özellikle yardımcı kişilerden sorumluluk ve kusurlu olarak malvarlığına verilen zararların kapsama alınması, hukuki dayanak bulmaz[51].

Güvenin korunmasının sebebi, sadece güvenin varlığı değil, güvenenin davranışına temel teşkil etmesidir. Bu nedenle güven sorumluluğu, güvenenin herhangi bir tasarrufu ile somutlaştırılmış olmasını gerektirir[52].

C. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK

Güven, güvenenin davranışını etkilediği ve güvenenin tasarrufunda kendini gösterdiği için korunmaya değerdir. Bu nedenle güven ile tasarruf arasında bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir[53].

Güven ile güvenenin tasarrufu arasında bulunması gereken illiyet bağı, güven sorumluluğunu son derece

---

48 **Canaris**, JZ 1995, s. 446.

49 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 442; **Walter,** ZBJV, 1996, s. 294; **Loser – Krogh,** ZSR, 2003, s. 137.

50 bkz. **Kırca,** s. 118.

51 **Larenz, Karl,** Culpa in Contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und "sozialer Kontakt", MDR, 9/1954, s. 517; **Canaris**, JZ, 1965, s. 478; **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 442; **Walter,** ZBJV, 1996, s. 294.

52 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 491; **Hochloch,** NJW, 1979, s. 2374.

53 **Gürpınar,** s. 227; **Akyol,** Çelişki, s. 44.

sınırlayan bir unsurdur. Bunun nedeni de ispatının çok zor olmasıdır. Güvenen kişi, güven konusunun varlığı ve bunu bildiğini ispatlamakla birlikte illiyeti de ispat etmek zorunda kalırsa, güvenin korunması önemini yitirecektir. İlliyet bağını ispatlayamayan davacı, güven sorumluluğundan yararlanamayacaktır. Bu sebeple iddia ve ispat yükünü yer değiştirmek ve davalının aksi durumu ispat etmesini beklemek daha doğru olacaktır. Bu sebeple davalı, davacının gerçek durumu bilseydi bu tasarrufta bulunacağını ispat edemediğinde güven sorumluluğu uygulanmalıdır[54].

D. ÖZEL BAĞLANTI

Hukuk süjeleri arasında sözleşme ilişkisi bulunmamakla birlikte, yoğunluğu açısından tesadüfen meydana gelmiş karşılaşmaların ötesine giden özel bir ilişki bulunabilir. Bu ilişkiye özel bağlantı adı verilir[55].

Özel bağlantı, sözleşme ile aynı anlama gelmez. Özel bağlantıdan kaynaklanan yükümler, hem sözleşme öncesi hem de sözleşme sonrası ve sözleşmenin geçersizliğine bağlı olmaksızın yer alır. Ayrıca ne hak sahipleri ne de yükümlüler açısından sözleşmenin tarafları ile sınırlıdır[56]. Özel bağlantı içerisinde bulunan taraf, diğer tarafın ona isnat edilebilen, güven yaratan davranışına göre hareket ederse, güveninin korunmasını dürüstlük kuralına göre isteyebilir.[57]

---

54 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 516.

55 **Crone, Hans Caspar,** Zession: kausal oder abstrakt?, SJZ, 1997, s. 254; **Sommer, Ueli,** Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts?, AJP, 2006, 9, s. 1035.

56 **Walter,** ZBJV, 1996, s. 295.

57 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 491; **Walter,** ZBJV, 1996, s. 295; **Crone,** SJZ, 1997, s. 254.

Hukuki değerlerini etkileyecek şekilde güven sağlayan kişiler arasında özel bir bağlantı oluşur[58]. Bu bağlantı, güven ilişkisi veya edim yükümlerinden bağımsız kanuni borç ilişkisi olarak da adlandırılır[59]. Birbirlerine karşı güven yaratan kişiler arasında oluşan edim yükümlerinden bağımsız kanuni borç ilişkisi, sadece sözleşmenin tarafları veya tarafı olmak isteyen veya daha önce taraf olanlar arasında değil, aralarında özel bir güven ilişkisi bulunan kişiler arasında da vardır. Kanuni borç ilişkisinin kişisel uygulama alanını sözleşme ilişkisinin ötesinde, üçüncü kişileri de kapsayacak şekilde genişletmek mümkündür[60].

Hukuken özel bir bağlantı içerisinde bulunmak, güven sorumluluğunu haksız fiile ilişkin tesadüfî karşılaşmalardan ayırmaktadır. Bu nedenle söz konusu boşluğun sözleşme hükümlerinin esas alınarak doldurulması gerekir[61]. Kısaca yardımcı kişilerin sorumluluğunda TBK. m. 116'nın, zamanaşımında TBK. m. 146'nın uygulanacağı ve kusurun karine olacağı kabul edilmektedir[62].

V. GÜVEN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ DAYANAĞI

Güven sorumluluğu culpa in contrahendodan doğan sorumluluğu da kapsayan bir üst kavramdır[63]. Bu nedenle

58 **Crone,** SJZ, 1997, s. 254.

59 **Kırca,** s. 120.

60 **Canaris**, JZ, 1965, s. 477; **Walter,** ZBJV, 1996, s. 295; **Thiele, Wolfgang,** Leistungsstörung und Schutzpflichterletzung, JZ, 1967, s. 654.

61 **Walter,** ZBJV, 1996, s. 295; **Serozan,** MHAD., 1968, s. 122.

62 **Kırca,** s. 120; **Yalman,** s. 83 – 84; **Gürpınar,** s. 233.

63 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 532; **Walter,** ZBJV, 1996, s. 292; **Bucher,** recht 2001, s. 73; **Hochloch,** NJW, 1979, s. 2369; **Neuner, Jörg,** Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen, JZ, 1999, s.135. **Antalya,**

güven sorumluluğu, culpa in contrahendodan sorumlulukta olduğu gibi[64] ne sözleşme sorumluğu, ne de haksız fiil sorumluluğu olduğu, burada her ikisi arasında yer alan üçüncü bir sorumluluk kategorisi söz konusu olduğu ileri sürülmüştür[65].

Kanunda düzenlenmiş ve culpa in contrahendodan sorumlulukta esas alınan hükümlerin ne sözleşme, ne de haksız fiil sorumluluğu oluşturduğu, hâkim görüş tarafından kabul edilmektedir[66]. Kanun koyucu bu hükümleri kabul etmekle sözleşme ve haksız fiil dışında ayrı bir sorumluluk kategorisi oluşturmuştur. Bu kategorinin özelliği, burada ne hukuki işlemin, ne de haksız fiilin söz konusu olmasıdır[67]. Kanundaki düzenlemeler dışında da culpa in contrahendodan sorumluluk, güven sorumluluğu olarak hâkim doktrin ve uygulama tarafından kabul edilmektedir[68].

Culpa in contrahendodan doğan sorumluluk ve bazı görünümleriyle güven sorumluluğu hâkimin hukuk

---

O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s. 129. Bu konuda ayrıca bkz. **Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre,** Borçlar Hukuku Genel Hüküm, İstanbul 2011, s. 277.

64 Bkz. **Kırca,** s. 121 ve dn. 643'teki yazarlar.

65 **Walter,** ZBJV, 1996, s. 294; **Picker, Eduard,** Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, JZ, 1987, s. 1045; **Sommer,** AJP, 2006, s. 1032.

66 **Walter,** ZBJV, 1996, s. 294; **Walter,** ZSR, 2001, s. 90; **Crone,** SJZ, 1997, s. 253.

67 **Crone,** SJZ, 1997, s. 253.

68 **Bucher,** recht 2001, s. 73; **Loser – Krogh,** ZSR, 2003, s. 157.

yaratmasına dayanmaktadır[69]. Hâkimin hukuk yaratması için kanun boşluğu olması gerekmektedir.

Bir görüş, özellikle culpa in contrahendodan sorumluluk bakımından kanunda düzenlenmiş sorumluluk sebeplerinin sınırlı olarak sayıldığını, dolayısıyla burada sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu dışında üçüncü bir sorumluluk sebebinin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir[70]. Bu görüşe göre burada nitelikli susma vardır. Nitelikli susma durumunda kanunda boşluk bulunmadığından hâkim hukuk yaratamaz. Bir başka görüş ise, nitelikli susmanın bulunmadığını kabul etmektedir[71]. Nitelikli susmanın olabilmesi için kanun koyucunun bilinçli olarak olumsuz bir ifadede bulunması gerekmektedir[72]. Oysa güven sorumluluğu konusunda kanunda böyle bir ifade bulunmamaktadır. Diğer taraftan, kanun koyucu ne sözleşme, ne de haksız fiil niteliğinde olan diğer sorumluluk türlerinin varlığını kabul etmiştir[73]. Sonuç olarak bunlar arasında culpa in contrahendodan sorumluluk niteliğinde olduğu kabul edilen düzenlemeler (TBK. m. 35, m. 44/II ve m. 47) de vardır. Yine kanundaki düzenlemelerin kapsamı dışında, culpa in contrahendodan sorumluluk da yargı ve doktrin tarafından sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu arasında üçüncü bir sorumluluk türü olarak kabul edilmiş

69 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 428; **Loser – Krogh,** ZSR, 2003, s. 157; **Neuner,** JZ, 1999, s.135.

70 **Kuhn, Moritz,** Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung, SJZ, 1986, s. 355.

71 **Kırca,** s. 122; **Walter,** ZSR, 2001, s. 90; **Loser – Krogh,** ZSR, 2003, s. 158; **Spiro, Karl,** Die Haftung für Abschluss- und Verhandlungsgehilfen, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo, ZSR, 1986, s. 639.

72 **Walter,** ZSR, 2001, s. 90.

73 **Spiro,** ZSR, 1986, s. 639; **Yalman,** s. 54; **Akyol,** Çelişki, s. 32.

ve uygulamaya yerleşmiştir[74]. Bu nedenle sözleşme ve haksız fiil dışında üçüncü bir sorumluluk sebebinin kabul edilemeyeceği ve dolayısıyla da burada nitelikli susma bulunduğu kabul edilmemiştir[75].

Kanunda boşluğun kabul edilmesi için ise, gerekli olan bir düzenlemenin bulunmaması aranmaktadır. Bilgi verenlerin sorumluluğu konusunda bir sorumluluk ihtiyacının bulunduğu kabul edilmektedir[76]. Bir sözleşmenin kurulmasına ve içeriğine, sözleşme veya görüşme tarafı olmasa bile, onun yanında yer alarak etki eden kişiler, bundan sorumlu tutulmalıdır[77].

Bir kişi temsil yetkisi olmadığı halde temsil yetkisinin varlığını iddia ediyorsa, burada kendisine güven duyulacak bir olgunun bulunduğu kesindir[78]. Bu durumda kanun, temsil yetkisi verildiği iddia edilen değil, temsilciyi sorumlu tutmuştur. Bu durumda kanun, sözleşme tarafı olmayan veya tarafı olmaya niyetlenmeyen kişilerin de sorumluluğunu kabul etmiştir. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, kanunun lafzının ötesinde hukuki işlemin kurulmasında hukuki yetkiye sahip olduğunu iddia edenin, meydana gelen güvenin korunmasından sorumluluğuna ilişkindir[79]. Bu durumda sadece temsilciler değil, hukuki işlem hayatına güvenen kişi ile katılan ve güveni kendi şahsı için sağlayan kişilerin de sorumluluğu söz konusu olabilir. Bu durumda, güveni kendisi için sağlayan bilgi

---

74 **Bucher,** recht 2001, s. 73.

75 **Kırca,** s. 123.

76 **Kırca,** s. 123.

77 **Damm, Reinhard,** Entwicklungstehendenzen der Expertenhaftung, Vermögensschutz und Drittschutz auf dem Markt für sachkundige Informationen, JZ, 1991, s. 373.

78 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 497.

79 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 546 vd.

verenin culpa in contrahendodan sorumluluğu, TBK. m. 47 hükmü esas alındığında hiçbir şekilde pozitif hukukun değerlerine yabancı değildir. Bu nedenle burada kanuna aykırı veya kanunu aşan hukuk yaratma değil, kanuna uygun hukuk yaratma söz konusudur[80].

Kanundaki bireysel düzenlemeler dışında culpa in contrahendodan sorumluluk doktrinde güven sorumluluğu olarak kabul edilmiştir[81]. Kanaatimizce de bu görüş açıklanan nedenlerden dolayı isabetlidir. Bu nedenle de güven sorumluluğuna sözleşme sorumluluğunu esas almak daha doğru olacaktır.

VI. GÜVEN SORUMLULUĞU İLE CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. GENEL OLARAK

Sözleşmenin kurulması sürecinde kusurdan sorumluluk başka bir ifadeyle culpa in contrahendodan doğan sorumluluk güven sorumluluğu kapsamına dâhildir[82]. Bu durumda güven sorumluluğu culpa in contrahendodan doğan sorumluluk kavramını içine alan üst bir kavramdır. Çünkü culpa in contrahendodan doğan sorumluluğun sebebi, güvenin korunması ihtiyacı, başka bir ifadeyle boşa çıkan güvendir. Bu sorumluluk güven sorumluluğu olarak nitelendirilmektedir[83].

---

80 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 532; Ayrıca bkz. **Walter,** ZSR, 2001, s. 90.

81 **Kırca,** s. 125.

82 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 532 vd.; **Bucher,** recht 2001, s. 73; **Walter,** ZBJV, 1996, s. 292; **Neuner,** JZ, 1999, s.135; **Hochloch,** NJW, 1979, s. 2369.

83 **Hochloch,** NJW, 1979, s. 2369; **Bucher, Eugen,** Vertrauenshaftung, Was? Woher?, Wohin? s. 255;

Güven sorumluluğu, culpa in contrahendodan doğan sorumlulukla birlikte, sözleşmenin devamında, sözleşme sonrası koruma yükümlerinin ihlalinden kaynaklanan sorumlulukları da kapsayan bir üst kavramdır[84]. Culpa in contrahendodan sorumluluk, sözleşme öncesi kanuni borç ilişkisinin ihlali halinde yer almaktadır. Sözleşme kurulduktan sonra da devam eden kanuni borç ilişkisinin ihlali halinde de, güven sorumluluğu söz konusu olup, bu durum, özellikle üçüncü kişiyi koruyucu etkili borç ilişkisini açıklar[85].

Alman Hukukunda geliştirilen bu sorumluluk, İsviçre – Türk Hukukunda yabancı veya yeni bir sorumluluk türü değildir[86]. Bununla birlikte yeni yeni incelenmeye başlanılmaktadır. İsviçre Hukukunda güven sorumluluğu Federal Mahkemenin *Swissair*[87] kararından sonra İsviçre

http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/89.pdf Erişim Tarihi: 17.08.2016

84 **Bucher,** recht 2001, s. 73; **Walter,** ZBJV, 1996, s. 292; **Neuner,** JZ, 1999, s.135; **Hochloch,** NJW, 1979, s. 2369; **Sommer,** AJP, 2006, s. 1035.

85 **Kırca,** s. 137; bu konu hakkında ayrıca bkz. **Akünal, Teoman,** Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması, YD, 1988, Cilt: 14, Sayı: 1 – 2, s. 227 vd.

86 **Bucher,** recht 2001, s. 73; **Kostkiewicz,** ZBJV, 2001, s. 162; **Akyol,** Dürüstlük, s. 42.

87 **BGE 120 II** 331 vd. İsviçre Federal Mahkemesi Swissair olayında, sınaî birlik davranışıyla ilgili olarak genel bir güven sorumluluğunun varlığını kabul etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi Swissair'in yavru şirketi olarak faaliyet gösteren IGR Anonim şirketinin yaptığı reklâmlara ilişkin belgelerde Swissair şirketi ile olan bağlılığına çeşitli şekillerde reklâm gereği işaret ettiğini; davacının da IGR'nin sermaye zayıflığından değil de, Swissair'e ve bu şirketin finansal gücü, güvenilirliği ve dürüstlüğü konusunda eskiden sahip olduğu

üne itibar ettiğini bu güven konusunda da Swissair'in sorumluluğu sonucunu çıkardığını belirtmiştir. İlk derece mahkemesinin tespitlerine göre, IGR'in mektup kâğıtlarında ve reklâm broşürlerinin kapaklarında ve sayfa altlarında Swissair ambleminin bulunması ve "IGR bir Swissair işletmesidir" yazısı yer almaktadır. IGR'in reklâm broşürlerinde de Swissair ile olan ilgisi belirtilmiştir. Swissair şirketinin de bu duruma bir itirazı olmamıştır. İsviçre Federal Mahkemesine göre, sadece bu nedenle Swissair'in bir garanti yükümlülüğü altına girdiği ya da haksız fiil nedeniyle sorumlu olduğu sonucu çıkartılamaz. Buna karşılık ana şirketin sınaî birlik davranışına karşı oluşan güven, sözleşmesel ya da haksız fiil nitelikli sorumluluk sebeplerinin yokluğunda sorumluluk kurucu olabilir. Bu sonuç culpa in contrahendo hakkındaki ilkelerin genelleştirilmesinden ortaya çıkar. Culpa in contrahendo özel bir sorumluluk kaynağı olarak görüldüğüne göre, nitelik olarak bununla kıyaslanabilir durumlarda da sorumluluk hukuku nitelikli bir korumayı kabul etmek gerekecektir. Culpa in contrahendodan doğan sorumluluğun temelinde yatan, tarafların karşılıklı sadakat yükümlülüğünü kuran belli sözleşme görüşmesi genel bir hukuki durumun görünüm biçimi olarak algılanmalıdır. Sınaî birlik davranışında, sınaî birliğin güvenilirliği hakkında uyandırılan güven, sözleşme görüşmelerinin tarafların karşılıklı açıklamalarının doğruluğu, ciddiyeti ve eksizliği bakımından duydukları güven kadar korunmaya değerdir. Sınaî birliğin ana şirketin yaptığı açıklamaları yavru şirketin iş yaptığı kişiler de bu şekilde bir güven yaratacak olursa, o zaman bu yüzden sözleşme görüşmeleri ilişkisiyle karşılaştırılmaya elverişli bir hukuki özel bağlantı kurulur. Bu bağlantıdan dürüstlük kuralına dayanan koruma ve aydınlatma yükümlülükleri doğar. Bu yükümlülüklerin ihlali ise zararın tazmini taleplerinin doğumuna neden olabilir. bkz. **Gürpınar,** s. 212 – 231; **Kırca,** s. 138; Hakim şirketin güven sorumluluğu için bkz. **Korkut, Ömer,** Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Doktora Tezi, Ankara 2006, s. 214 – 216.

Hukukunda hızla yerleşmiştir[88]. İsviçre Hukukuna göre güven sorumluluğunun çıkış noktası culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanmaktadır[89].

Alman mahkeme kararlarında açıkça güven sorumluluğunu kabul eden kararlar, İsviçre mahkeme kararlarına oranla daha azdır. Bucher'e göre bu durumun culpa in contrahendodan sorumluluğun, İsviçre'de Almanya'da henüz yerleşmemişken kabul edilmesidir[90].

Bir görüşe göre güven sorumluluğu da bir borç kaynağı olarak kanunda yerini almalı, ancak, culpa in contrahendodan doğan sorumluluğu borç ilişkisi ile sınırları da çizilmelidir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi (TBK. m. 530) nasıl artık haksız fiilden kaynaklan borç ilişkisiyle karıştırılmıyorsa, TBK. m. 44 f. 2'den yararlanarak genel bir ifadeye kavuşturulacak olan güven sorumluluğunu da culpa in contrahendodan doğan sorumluluk doğuran borç ilişkisiyle karıştırmamak gerekmektedir. Aslında culpa in contrahendo doğan sorumluluk doğuran borç ilişkisinin şartları varsa, güven sorumluluğuna gerek yoktur. Zarar görenle gerçeğe uygun olmayan hukukî görünüş için uyandırdığı haklı güven dolayısıyla zarardan sorumlu olması gereken kişi arasında bir özen gösterme yükümü borç ilişkisi doğmuş ise, güvenden söz edilen her yerde güven sorumluluğu terimini kullanmak gereksizdir. Kavram kargaşasından sakınmak için bu gibi durumlarda sadece

---

88 **Bucher,** recht 2001, s. 77; **Walter,** ZBJV, 1996, s. 273; **Walter,** ZSR, 2001, s. 83.

89 **Tarman,** s. 112; **Damm,** JZ, 1991, s. 380; Widmer, güven sorumluluğunun haksız fiili tamamlamasına rağmen sözleşmesel olarak culpa in contrahendoya dayandırmaktadır. Bkz. **Widmer, Corinne,** Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, ZSR, 2001, s. 114.

90 **Bucher,** recht 2001, s. 77.

"culpa in contrahendodan doğan sorumluluk" kavramından söz etmek daha doğru olacaktır[91].

Buradaki görüşe göre güvenden söz edilen her yerde güven sorumluluğundan söz edilmesinin yersiz olduğu görüşüne katılabilir. Sadece güvenin varlığı bu sorumluluğun doğmasını gerektirmez. Buna karşılık bu görüşten çıkan sonuca göre güven sorumluluğu culpa in contrahendo sorumluluğunu içine almamaktadır. Bu nedenle biz bu görüşe katılmamaktayız.

B. CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Culpa in contrahendodan doğan sorumluluk, sözleşme kurulması sürecinde, sözleşmenin kurulması amacıyla hukuki değerlerini birbirlerinin etkisine açan tarafların, hem yaşam sağlık ve mülkiyet, hem de malvarlığına ilişkin değerlerinin diğer tarafça korunacağına ilişkin güvenin boşa çıkmasından dolayı sorumluluktur[92].

Kanundaki bazı düzenlemelerin (TBK. m. 44/II, TMK. m. 452/II) culpa in contrahendodan sorumluluğa ilişkin bireysel düzenlemeler olduğu kabul edilmektedir. İsviçre – Türk Hukukunda culpa in contrahendodan sorumluluk, kusurlu olarak hataya düşenin sözleşmeyi iptal etmesi nedeniyle diğer tarafa ödeyeceği tazminat, temsil yetkisinin sona ermiş olmasına rağmen, temsil yetkisini içeren belgenin geri alınmamış olması nedeniyle temsilci ile

---

91 **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi ile Röportaj – Yeni Borçlar Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi,** http://www.turkhukuksitesi.com/showthread php?t= 22530 Erişim Tarihi: 15.10.2007

92 **Kırca,** s. 138; Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. **Yalman,** s. 37 vd; **Gezder, Ümit,** Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009; **Baygın,** s. 347 vd.; **Reisoğlu, Safa,** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 22. Baskı, İstanbul 2011, s. 339.

sözleşme ilişkisine giren tarafın uğradığı zararların temsil edilen tarafından ödenmesi, yetkisiz temsil, vesayet altında olan kişinin fiil ehliyeti olduğuna dair yanlış bir kanaat uyandırması durumlarında kanunda düzenlenmiştir[93].

Doktrinde culpa in contrahendodan sorumluluğun hukuki niteliği tartışmalı olup, bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler, haksız fiil sorumluluğu görüşü, sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerin esas alınmasını savunan görüş ve somut olaya göre haksız fiil veya sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerinden uygun olanın uygulanması (eklektik görüş) olmak üzere genel olarak üçe ayrılmaktadır[94]. Bir görüşe göre, haksız fiil sorumluluğu burada kabul edilemez[95]. Bunun sebebini culpa in contrahendodan sorumlulukta taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmasa bile, sözleşme kurma amacıyla hareket eden kişiler arasında, birbirlerinin kişi ve malvarlığını diğerinin korunması ve özenine bıraktığına ilişkin bir özel ilişki, güven ilişkisi söz konusudur. Bu durumda herkese karşı uygulanan haksız fiil hükümlerini

---

93 **von Tuhr, Andreas,** Borçlar Hukuku, Çeviren: Cevat Edege, Ankara 1983, s. 187 – 188. Geniş bilgi için bkz. **Kalkan-Oğuztürk,** s. 97 vd; **Cansel, Erol/Özel, Çağlar,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Ankara 2014, s. 307 – 308; **İnan, Ali Naim/ Yücel, Özge,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 627; **Nomer, Haluk N.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2015, s. 378; **Berger,** recht 2002, s. 211; **Bucher,** s. 237, http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/ 89.pdf

94 Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. **Yalman,** s. 49 vd.

95 **Kırca,** s. 139; **Baygın,** s. 347 – 356; Haksız fiil görüşünün eleştirisi için ayrıca bkz. **İnan, Ali Naim,** "Culpa In Contrahendo" Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma, AD, 1954, s. 881 vd.

uygulamak, hem haksız fiilin fonksiyonlarına hem de adalete aykırıdır.

Haksız fiil sorumluluğu görüşü, kanunda düzenlenmiş olan sorumluluk sebeplerinin sınırlı olarak sayılmış bulunduğundan hareket etmekte, sözleşme yoksa haksız fiil sorumluluğunun uygulanmasını savunmaktadır[96]. Bu görüş, sorumluluk sebepleri bakımından sözleşme yoksa haksız fiil sorumluluğu vardır fikrini kabul etmemektedir[97]. Sonuç olarak bu düzenlemeler ne sözleşme, ne de haksız fiil sorumluluğudur[98].

Türk Hukukunda hâkim olan görüş[99], culpa in contrahendodan sorumluluğun hukuki niteliğini, kanuni veya edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi teorisine ve aynı zamanda MK. m. 2'de yer alan dürüstlük kuralına dayandırır[100]. Bu görüşe göre, sözleşme öncesi aşamada dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümleri kapsayan bir borç ilişkisi söz konusudur. Sözleşme görüşmelerine başlamak, taraflar arasında bir borç ilişkisi meydana getirir. Güven ilişkisi olarak adlandırılan bu ilişki taraflara

96 **Merz, Hans,** Vertrag und Vertragsschluss, 2. Auflage, Bern 1992, N. 154; **Kılıçoğlu, Ahmet M.,** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2011, s. 82.

97 **Kırca,** s. 140.

98 **Yılmaz, Hamdi,** Sözleşme Görüşmelerinde Kusur "Culpa In Contrahendo" ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, YD, 1985, Cilt: 11, Sayı: 1 – 2, s. 251.

99 **Yalman,** s. 83; **Serozan,** MHAD, 1968, s. 108; **Eren, Fikret,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 1132; **Akyol,** Dürüstlük, s. 109; **Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut,** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, 14. Baskı, İstanbul 2016, s. 38; **Atamer,** YD, 1996, s. 126; **Kılıçoğlu** bu konuda haksız fiil görüşünü benimsemektedir. bkz. **Kılıçoğlu,** s. 83.

100 **Walter,** ZBJV, 1996, s. 283.

dürüstlük kuralı uyarınca bazı yükümlülükler getirmektedir[101].

Burada kanuni bağlantılar söz konusudur ve dürüstlük kuralı bu bağlantılarda taraflara birbirlerinin hukuki değerlerine saygı gösterme, zarar vermeme yükümü yüklemektedir. Bu yükümler sözleşme ve haksız fiilden bağımsız olduğu için, sözleşme veya haksız fiil hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekir[102]. Buna karşılık sözleşme görüşmeleri ilişkisi, tarafların birbirlerine karşı özel güven duymaları veya nitelikli olarak karşı karşıya gelmeleri sebebiyle, sözleşme bağlılığına yaklaşan bir düzeye ulaşmaktadır. Bu nedenle görüşme ilişkisinde dürüstlük kuralının yüklediği koruma yükümlerinin ihlali, TBK. m. 112 vd. hükümlerinin uygulanmasını haklı göstermektedir[103]. Sözleşme sorumluluğu, hukuki işlem hayatının gereksinimlerini, özellikle güvenin korunması ve adaletin sağlanmasını haksız fiil sorumluluğundan daha iyi bir şekilde sağlar[104].

Bu görüş culpa in contrahendodan sorumluluğun hukuki niteliğini, edim yükümlerinden bağımsız kanuni borç ilişkisinin ihlaline dayandıran Alman Hukukundaki hâkim görüş ile paralel bir nitelik taşımaktadır[105]. Alman Hukukunda hâkim görüş, sözleşme öncesi aşamada, sözleşme kurulması amacıyla tarafların birbirlerine karşı hukuki değerlerini etkileme imkânı açmış olması, bir başka ifadeyle güvenmiş olması nedeniyle meydana gelen kanuni

101 **Eren,** s. 1132; **Oğuzman/Öz,** s. 477 vd.

102 **Eren,** s. 1132.

103 **Yalman,** s. 83.

104 **Reimann,** SJZ, 1979, s. 363.

105 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 532; **Canaris,** JZ, 1965, s. 475.

borç ilişkisinin, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde ihlalinin sorumluluğu kuran sebep olduğunu kabul eder[106].

İsviçre Federal Mahkemesi, culpa in contrahendodan doğan sorumluluk konusunda güven teorisini kabul etmiştir[107]. Türk Hukukunda edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi teorisi eskiden beri savunulmuştur ve hukuki niteliği MK. m. 2'de yer alan dürüstlük kuralına dayandırılmıştır. Sonuç olarak da sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı kabul edilmektedir[108].

Kanun koyucu sözleşme öncesi alanı gerektiği gibi düzenlemiştir. Sözleşme kurma amacıyla bir araya gelen kişiler arasında, sözleşme ilişkisi bulunmasa bile, özel bir ilişkisi vardır. Böyle bir ilişkiye herkese uygulanan haksız fiil sorumluluğu hükümlerinin uygulanması haklı değildir. Bu şekilde ortaya çıkan boşluk, hem kanundaki düzenlemeler esas alınarak, hem de Alman Hukukunda uzun süre önce başlayan tartışma sonucunda kabul edilmiş edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi teorisi esas alınarak doldurulur. Bu teori ise, hukuki işlem kurma dolayısıyla birbirlerinin hukuki değerlerine etki etme imkânı bulunan ve böylece güven sağlayan kişilerin, MK. m. 2'de yer alan dürüstlük kuralına aykırı davranarak bunu boşa çıkarmalarından sorumlu olmalarına dayanır. Culpa in contrahendodan sorumluluk, hâkimin hukuk yaratması ile kabul edilen borç ilişkisinin, MK. m. 2'de yer alan dürüstlük kuralına aykırılıktan dolayı sorumluluktur. Borç ilişkisi taraf iradesine değil, hâkimin hukuk yaratması ile

106 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 532.

107 **Walter,** ZBJV, 1996, s. 281.

108 **Serozan,** MHAD, 1968, s. 108; **Serozan,** İÜHFM, 2000, s. 244 – 245; **Eren,** s. 1132; **Oğuzman/Öz**, s. 38; **Akyol,** Dürüstlük, s. 109; **Atamer,** YD, 1996, s. 126.

bulunan hukuka dayandığı için kanuna, yükümlerin ihlalinde ise, MK. m. 2'ye dayandığı için, yine kanuna dayanmaktadır[109].

VII. GÜVEN SORUMLULUĞU İLE KORUMA YÜKÜMLÜLÜKLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Güven sorumluluğu, koruma yükümleri ile sıkı bir bağlantı içerisindedir[110]. Koruma yükümleri, asli edim ve yan edim yükümleri yanında yer alan sözleşme öncesi, sözleşme devam ederken ve sözleşme sonrası ilişkilerde meydana gelir[111].

A. KORUMA YÜKÜMLERİ

Koruma yükümü[112] terimi yerine, davranış yükümü[113] veya sözleşmeye dayanan asli ve yan edim yükümlerinden ayırmak amacıyla yan yüküm[114] terimleri de kullanılmaktadır. Koruma yükümleri, dürüstlük kuralına dayanan özen, koruma, açıklama, bilgi ve öğüt verme olarak ortaya çıkan çeşitli yükümlerin tamamına verilen bir kavramdır[115]. Bu yükümler, birbirleri ile hukuki işlemsel temasa girmiş olan tarafların hukuki ve malvarlığı alanını koruma amacını taşır[116]. Sözleşmenin kurulması veya sözleşmeyi kurmayı amaçlayan bir adım sonucu oluşan özel bağlantı, diğer tarafın hukuki değerlerini ihlal etme veya diğer tarafın yanlış tasarruflara neden olmasını sağlama

109 **Kırca,** s. 148.

110 **Walter,** ZBJV, 1996, s. 273.

111 **Walter,** ZSR, 2001, s. 99.

112 **Canaris,** JZ, 1965, s. 475; **Akyol,** Dürüstlük, s. 42; **Eren,** s. 39.

113 **Serozan,** MHAD, 1968, s. 108.

114 **Eren,** s. 37.

115 **Canaris,** JZ, 1965, s. 477; **Sommer,** AJP, 2006, s. 1036.

116 **Canaris,** JZ, 1965, s. 477.

riskine sebep olur[117]. Taraflar, hukuki değerlerini birbirlerinin etkisine açtıkları için, bunun zararlı sonuçlarını ortadan kaldırmak amacıyla dürüstlük kuralına uygun davranmalı ve diğer tarafın menfaatlerine saygı göstermelidir[118].

B. EDİM YÜKÜMÜ VE KORUMA YÜKÜMÜ AYRIMI

Borç ilişkisi edim yükümleri ile koruma yükümlerinden oluşmaktadır[119]. Edim yükümleri, tarafların malvarlığının değişimini amaçlar. Bu yükümler dolayısıyla sözleşme kurulmaktadır. Edim yükümleri, asli edim yükümleri ve yan edim yükümleri olarak ikiye ayrılır. Asli edim yükümleri sözleşmenin tipini belirleyen yükümlerdir[120]. Yan edim yükümleri, asli edim yükümünün sözleşmenin amacına uygun bir şekilde yerine getirilmesini sağlar[121]. Asli edim ve yan edim yükümleri hukuki temellerini sözleşmeden alır. Bu yükümler ya açık bir şekilde kararlaştırılır veya yorum yoluyla bulunur. Sözleşme geçersiz veya iptal edilmiş ise, asli ve yan edim yükümleri ortadan kalkar[122].

Koruma yükümleri ise, taraf iradesine dayanmaz ve dolayısıyla sözleşme ilişkisinden kaynaklanmaz[123]. Koruma yükümlerinin kaynağı, güven ilkesi ve MK. m. 2'dir[124]. Bu nedenle bir sözleşme bulunmadığı, henüz kurulmadığı[125],

---

117 **Walter,** ZBJV, 1996, s. 295.

118 **Kırca,** s. 156.

119 **Akyol,** Çelişki, s. 28.

120 **Eren,** s. 31; **Serozan,** MHAD, 1968, s. 117.

121 **Eren,** s. 33; **Serozan,** MHAD, 1968, s. 117.

122 **Canaris,** JZ, 1965, s. 477.

123 **Canaris,** JZ, 1965, s. 476.

124 **Eren,** s. 38; **Serozan,** MHAD, 1968, s. 117; **Canaris,** JZ, 1965, s. 476; **Akyol,** Dürüstlük, s. 8.

125 **Eren,** s. 40; **Akyol,** Dürüstlük, s. 43.

geçersiz veya sona ermiş olduğu durumlarda ya da üçüncü kişi ile olan ilişkilerde[126] de koruma yükümleri bulunmaktadır. Koruma yükümleri sadece sözleşme yapanları değil, onların etki alanına ve güven ilişkisine giren üçüncü kişileri de kapsar[127].

Edim yükümlerinin yerine getirilmesi istenebileceği halde, koruma yükümlerinin yerine getirilmesi istenemez[128]. Koruma yükümlerinin ihlali halinde sadece tazminat talep edilebilir[129]. Bu ilişkiye katılanlardan biri koruma yükümünü ihlal ederse, diğer tarafın uğradığı zararı tazmin etmek zorunda kalır[130].

C. EDİM YÜKÜMÜNDEN BAĞIMSIZ BORÇ İLİŞKİSİ

Birbirleriyle hukuki işlem temasına giren kişilerden biri, diğerinin haklı olarak güveneceği bir durum yaratmıyorsa ya da birbirlerinin hukuki ve malvarlığına etki etme imkânları bulunuyor isearalarında bir borç ilişkisi meydana gelir[131]. Bu ilişki edim yükümleri değil, dürüstlük kuralından kaynaklanan koruma yükümleri içerdiğinden, asli edim yükümü olmayan kanuni borç ilişkisi olarak nitelendirilebilir[132]. Güven yaratan ile bu güvenden etkilenen kişi arasındaki ilişki, hukuki özel bağlantı olarak da ifade edilmektedir[133]. Bir özel bağlantı içerisinde bulunan taraf, diğer tarafın ona isnat edilebilen, güven oluşturan

126 **Serozan,** MHAD, 1968, s. 121; **Eren,** s. 42; **Akyol,** Dürüstlük, s. 50.

127 **Serozan,** MHAD, 1968, s. 121.

128 **Serozan,** MHAD, 1968, s. 117 – 118.

129 **Eren,** s. 40.

130 **Kırca,** s. 158.

131 **Canaris,** JZ, 1965, s. 475.

132 **Serozan,** MHAD, 1968, s. 121; **Eren,** s. 42.

133 **Crone,** SJZ, 1997, s. 254.

davranışına göre hareket ederse, güvenin korunmasını dürüstlük kuralına göre isteyebilir[134]. Bu tür bir borç ilişkisi niteliği gereği sözleşmeye dayanan bir borç ilişkisi olmayıp, karşılıklı güvene dayanan kanuni bir borç ilişkisidir[135].

Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi, özellikle sözleşme görüşmelerinden doğan borç ilişkisi ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde söz konusu olur[136].Üçüncü kişiyi koruyucu borç ilişkilerinde taraflardan her biri, diğer tarafın koruma alanında bulunan kişilere karşı da koruma yükümlerine uymak zorundadır. Bu borç ilişkisi, borçlu ile sözleşmeye taraf olarak katılmayan, fakat diğer tarafın koruma alanında bulunan kişi arasında meydana gelir[137].

Taraflardan biri, kusuru ile davranış yükümüne aykırı davranarak diğerine zarar verirse sorumluluğu TBK. m. 49 vd. düzenlenen haksız fiil hükümlerine değil, kıyas yoluyla sözleşmeden doğan borca aykırılık hükümlerini düzenleyen TBK. m. 112 vd. hükümlere tabi olur[138]. Bu tazminat sorumluluğu genel olarak sözleşme sorumluluğuna dayanır. Çünkü bu durumda özel bağlantı söz konusu olmaktadır. Yardımcı kişilerden sorumlulukta TBK. m. 116'nın, zamanaşımında ise TBK. m. 146'nın uygulanacağı ve kusurun karine olarak kabul edileceği anlamına gelir. Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi, sözleşme

134 **Crone,** SJZ, 1997, s. 254; **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 491; **Walter,** ZBJV, 1996, s. 295.

135 **Canaris,** JZ, 1965, s. 475; **Eren,** s. 43; **Walter,** ZBJV, 1996, s. 295.

136 **Eren,** s. 42.

137 **Kırca,** s. 159.

138 **Walter,** ZBJV, 1996, s. 295; **Tandoğan, Haluk,** Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 493.

kurulduktan sonra da devam ettiği için, bütünsel borç ilişkisi olarak adlandırılır[139].

VIII. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN CULPA IN CONTRAHENDODAN KAYNAKLANAN GÜVEN SORUMLULUĞU

İsviçre doktrininde güven sorumluluğunu savunanlar, bu sorumluluğun aynı zamanda culpa in contrahendodan doğan sorumluluğu kapsadığı ve ayrıca da üçüncü kişilerin de sebep oldukları güvenden sorumlu olmalarını kabul etmektedir[140]. Üçüncü kişi konumunda olan bilgi veren kişi, vermiş oldukları bilgiler sebebiyle kendi sözleşme tarafına değil, bu bilgilere ulaşan kişilerde uyandırdığı güven dolayısıyla sorumlu olmalıdır[141].

Sözleşme görüşmelerindeki kusurdan, kural olarak kurulması düşünülen sözleşmenin tarafları sorumludur. Buna karşılık istisnai durumlarda temsilcilerin veya yardımcı kişilerin de culpa in contrahendodan doğan sorumluluğu söz konusu olabilir. Temsilci sadece temsil ettiği kişi için güven oluşturursa sorumlu olmaz. Temsilci yaptığı açıklama ile temsil ettiği kişiden bağımsız bir şekilde "güven taşıyıcısı" niteliğine bürünürse sorumluluğu söz konusu olur[142].

139 **Kırca,** s. 159.

140 **Walter,** ZSR, 2001, s. 88; **Wiegand/Berger,** ZBJV 1999, s. 740.

141 **Kırca,** s. 176.

142 **Wiegand/Berger,** ZBJV 1999, s. 741.

A. TEMSİLCİNİN CULPA IN CONTRAHENDODAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

Alman Hukukunda sözleşme görüşmelerinde karşı tarafın güvenini, temsil edilen için değil, kendisi için kazanan temsilcinin sorumlu olacağı kabul edilmiştir[143].

Üçüncü kişiye karşı güven sağlayan kişi temsil edilen değil, temsilci ise, sözleşme görüşmelerindeki sorumluluk öncelikle temsilciye aittir. Sözleşme görüşmelerinde taraflardan birinin, temsilci kullanması durumunda, güvenin yöneldiği kişi, kural olarak temsil edilendir. Ancak diğer tarafın güvenini temsil eden kişiye değil, somut olaya göre temsilciye başvurabilir. Sözleşme öncesi görüşmelerden kaynaklanan borç ilişkisi temsilci ile veya temsil edilenle birlikte meydana gelir. Sonuç olarak kendisi tarafından sağlanan görüşme güveninin ihlal edilmesinden dolayı ortaya çıkan yükümler, temsilciye ait olur[144].

Alman Federal Mahkemesi, temsilcinin sözleşme görüşmelerinde kendi şahsı için genel beklenilenin üstünde bir güven uyandırması durumunda, teknik bilgiye sahip ve güvenilir bir temsilci söz konusu ise veya temsilcinin sözleşmenin kurulmasında ekonomik açıdan menfaati varsa, temsilcinin sorumluluğunu kabul etmiştir[145].

---

143 **Canaris,** JZ, 1995, s. 441.

144 Larenz'e göre temsil olunan, yetkisiz temsile rağmen temsilcinin çelişkili davranışları sebebiyle de güven sorumluluğu ilkesi gereği sorumludur. bkz. **Larenz, Karl,** Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts Ein Lehrbuch, 7. Auflage, München, 1989, s. 628.

145 Temsilcinin culpa in contrahendo sorumluluğu hakkında Alman Federal Mahkemesi'nin kararı için bkz. **Serozan, Rona,** Sorumluluk Hukuku Alanında İlginç Alman Mahkeme İçtihatları, MHAD, 1977, Sayı: 14, s. 116 – 117.

B. GÖRÜŞME YARDIMCILARININ CULPA IN CONTRAHENDODAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

Sözleşme görüşmelerini sözleşmenin gelecekteki tarafı veya temsilcisi olarak yürütmeyen, fakat onun yardımcısı veya aracısı olarak sözleşme görüşmelerine katılan, sözleşmenin tarafı gibi kendi şahsına yönelik yüksek güven kazanarak sözleşmenin kurulmasına etki eden kişiler, sözleşme görüşmelerindeki kusurdan sorumlu olur[146].

Yardımcı kişinin, sözleşmenin tarafı olarak sözleşme görüşmelerine katılması gerekli olmayıp, özellikle ekonomik açıdan önem taşıyan hukuki işlemlerde, sözleşmenin diğer tarafında, objektif ve tarafsız bir kişi olduğuna dair, gerek bulunduğu mesleki konum gerekse özel ekonomik konumu dolayısıyla kendisi için bir güven uyandırması ve sözleşmenin kurulması için ayrı ve özel bir kişisel tekeffülde bulunması şarttır[147].

İsviçre Hukukunda görüşme yardımcılarının kendi sorumluluğu bazı yazarlar tarafından kabul edilmekte[148], İsviçre Federal Mahkemesinin ise bu sorumluluğu kabul eden bir kararı bulunmamaktadır.[149] İsviçre'de yardımcı kişilerin sözleşme görüşmelerinden sorumluluğu konusu ya hiç işlenmemiş ya da açık bırakılmıştır. Bunun nedeni bu

---

146 **Hochloch,** NJW, 1979, s. 2368; **Herrmann, Harald,** Die Sachwalterhaftung vermögensorgender Berufe, Zu den berufssoziologischen und wirtschaftsrechtlichen Grundlagen der culpa in contrahendo, JZ, 1983, s. 424; **Wiegand/Berger,** ZBJV 1999, s. 741; **Loser – Krogh,** ZSR, 2003, s. 138.

147 **Wiegand/Berger,** ZBJV 1999, s. 741.

148 **Wiegand/Berger,** ZBJV 1999, s. 741; **Loser – Krogh,** ZSR, 2003, s. 138.

149 **Kostkiewicz,** ZBJV, 2001, s. 166.

sorununun haksız fiil hukuku ile çözüleceği düşüncesinin hâkim olmasıdır[150]. Ancak bu görüş, yeterli olmayan açıklama sonucunda temsilciye karşı tazminat talebinin, temsil edilene yönelenden farklı olmadığını gözden kaçırmaktadır[151]. Bu durumda zarar veren ile zarar gören arasındaki özel güven ilişkisi ispatlandığı takdirde, her iki durumda da koruma yükümü bulunur ve bu yükümün ihlali sözleşme sorumluluğuna tabidir[152].

İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına göre görüşme yardımcılarının sorumluluğu, bu kişilerin sözleşmenin diğer tarafı ile sıkı bir kişisel ilişki içerisinde bulunması veya üstlenilen işlemin gerçekleşmesi için aynı zamanda kişisel olarak güven sağlaması durumunda kabul edilebilir. Bu şart gerçekleşirse kural olarak haksız fiile özgü olan tesadüfî ve istenilmeyen karşılaşmalar değil, ihlali halinde güven sorumluluğuna sebep olan özel bağlantı söz konusudur. Buna karşılık somut olayda bu şart gerçekleşmediği için mahkeme bir binanın yapımında mimar, mühendis, jeolog olarak kullanılan yardımcı kişilerin güven sorumluluğunu kabul etmemiştir[153]. İsviçre ve Türk Hukukunda TTK. m. 359, 309, 336'da alacaklı veya pay sahiplerinin doğrudan doğruya zararlarından dolayı kurucuların, yönetim, denetim organının sorumluluğu ve izahnameden doğan sorumluluk, üçüncü kişinin güven sorumluluğu olarak kanunda yer almaktadır[154].

Sözleşmenin kurulmasına ve içeriğine etki edecek şekilde güven sağlama, görüşme yardımcısı ve aracı

150 **Ficher,** ZVglRWiss, 1984, s. 19.

151 **Kırca,** s. 180.

152 **Wiegand/Berger,** ZBJV 1999, s. 741.

153 **Leuenberger, Christophe,** Haftung von Hilfspersonen gegenüber vertragsfremden Dritten, ZBJV, 2000, s. 289.

154 **Kırca,** s. 181.

kişilerin sorumluluğu için aranan bir şart olarak ortaya çıkmıştır[155].

Federal mahkeme, çarter sözleşmesi kararında bağımsız yardımcıların sorumluluğunu, sözleşme görüşmeleri ile sınırlandırılmış culpa in contrahendodan doğan sorumluluk olarak nitelendirmiştir[156]. Buna göre sözleşmeye dâhil olmayan üçüncü kişinin sözleşme görüşmelerine veya sözleşmenin devamına etki etmesi yeterlidir. Özel güven yaratılması, sorumluluk sebebidir ve koruma yükümleri özel güven oluşturulması ile meydana gelir[157].

C. BİLGİ VERENLERİN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE KARŞI SORUMLULUĞU

Alman Federal Mahkemesi ve doktrininin temsilcinin ve görüşme yardımcısının sorumluluğu konusunda dayandığı temel, üçüncü kişinin culpa in contrahendodan doğan sorumluluğudur. Alman Mahkemeleri, bilgi verenlerin üçüncü kişiye karşı sorumluluğunda ise, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşünü kabul etmiştir[158].

Bir görüşe göre yardımcı kişilerin kendi sorumluluğu ile daha sonra zarar gören sözleşme tarafıyla arasında sözleşme ilişkisi olmayan üçüncü kişilerin bir tarafa veya her iki tarafa vermiş oldukları bilgilerden dolayı sorumlulukları birbirine benzemektedir[159].

Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi teorisi ve bunun temelinin güven sağlanmasına dayandığı kabul

155 **Kırca,** s. 183.

156 **Hochloch,** NJW, 1979, s. 2370.

157 **Kırca,** s. 183.

158 **Kırca,** s. 184; **Kalkan-Oğuztürk,** s. 216.

159 **Kostkiewicz,** ZBJV, 2001, s. 171.

edilmektedir[160]. İsviçre Federal Mahkemesinin Swissair kararında kabul ettiği gibi, doğrudan doğruya temasın gerçekleşmediği durumlarda da güven sağlamanın özel bir bağlantı oluşturacağı görüşü belirtilmiştir. Bu nedenle güvenin gerçekleştiği ve haklı olarak korunmasının gerektiği durumlarda, bilgi verenlerin üçüncü kişilere karşı güven sorumluluğu esas alınarak sorumlu olacaklardır[161].

D. YANLIŞ BİLGİ AKTARIMI HALLERİNDE GÜVEN SORUMLULUĞU

Doğrudan bilgi aktarımı durumunda güven sorumluluğunun uygulanması herhangi bir sorun oluşturmaz. Güven sorumluluğunun unsurları gerçekleştiği takdirde sorumluluk da doğmuştur.

Güvenilen kişinin mesleğinden, uzmanlık alanından veya kendi hakkında yaptığı reklâmlardan dolayı ikna ediciliği artmış olan açıklamaları güven konusunu oluşturmaktadır. Güvenilenin kusuru nedeniyle gerçeği yansıtmayan bu güven konusuna muhatabın inanması hukuk düzenince korunmaya değer olmalıdır. Bunun için de, muhatabın gerçekten güven konusuna inanmış olması, başka bir ifadeyle güven konusunun içeriğini oluşturan durumlar hakkında önceden başka yönde herhangi bir bilgisinin bulunmaması ve yeni edindiği bu bilgiye güvenmemek için de hiçbir sebebinin olmaması gerekmektedir. Bu güvenin korunmaya değer olmasının bir başka sebebi de güvenilen ile muhatabı arasındaki ilişki oluşturmaktadır. Almış olduğu hatalı bilgiye güveni korunmaya layık olan muhatap için artık güvenen bilgi alıcısı ifadesi kullanılabilir. Güvenen bilgi alıcısının sadece güvenmesi, dış dünyaya kendiliğinden yansıyan bir durum değildir. Bu bilgiye güvenerek herhangi bir tasarrufta

160 **Kırca,** s. 184.

161 **Kırca,** s. 184.

bulunmayan güvenen, hukuk düzeni için herhangi bir anlam ifade etmemektedir. Bu durumda güvenen kişi, sadece bu bilgiye güvendiği için daha sonra zararın ortaya çıkacağı bir tasarrufta bulunmalıdır[162].

Hukuki işlemlere temel teşkil edecek bir bilgiyi başkalarına da iletilebilmek üzere açıklamak, hukuki işlemler akışına katılım unsurunun gerçekleştiğini göstermektedir[163].

Buna karşılık bilgi verenin belli bir iş ilişkisi içine girmediği için, dolaylı da olsa kendisine güvenen herkes karşısında sorumlu tutulması kabul edilemez. İş ilişkisi içinde bulunduğu kişilerin çerçevesini rahatlıkla bilebilecek durumda olan bilgi verenden, hukuki işlemler akışına katılarak, daha önce verdiği hatalı bilgilere bir şekilde ulaşan herkes karşısında sorumlu olması beklenilemez. Verdiği bilgilerin aktarılacağı çerçevesini ve bunların yapabileceği zararlı tasarrufların kapsamını az çok isabetli olarak öngörmesi mümkün olmayan bilgi vereni, meydana gelen tüm zararlardan sorumlu tutmamak gerekmektedir. Dolaylı bilgi aktarımı olaylarını, hukuki işlemler akışına katılım unsurunu yeterli bularak güven sorumluluğu kapsamına almak, sorumluluğun gereğinden fazla genişlemesine neden olabilir. Bu nedenle burada güvenilenin sorumluluğunu sınırlandırmak gerekmektedir. Bu sınırlandırma için dolaylı bilgi aktarımı olaylarında ek bir koşula ihtiyaç vardır. Bu ek koşul hatalı bilgi veren kişi karşısında zarar görme ihtimali olan üçüncü kişilerin çerçevesini belirginleştirmektir. Bu sayede hatalı bilgiler veren kişi taşıdığı sorumluluk riskini görebilir. Bu nedenle dolaylı bilgi aktarımı olayları için aranan son şart,

162 **Gürpınar,** s. 235 – 236; bu konu hakkında ayrıca bkz. **Serozan,** İÜHFM, 2000, s. 244; **Damm,** JZ, 1991, s. 381.

163 **Gürpınar,** s. 238.

açıklamada bulunan kişi için sorumluluk riskinin objektif olarak öngörülebilirliğidir[164].

IX. GÜVEN SORUMLULUĞUNDA ZAMANAŞIMI

Güven sorumluluğu sözleşme sorumluluğunun ya da haksız fiil sorumluluğunun bir özel görünümü olmayıp kendine özgü bir sorumluluk teşkil ettiğine göre, güven sorumluluğundan doğan zamanaşımı taleplerinin de on yıllık genel zamanaşımına tabi olması gerektiği belirtilmiştir. Çünkü kanunda bu sorumluluk için herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır[165].

Bir görüşe göre[166] de güven sorumluluğu hukuki işlem akışına katılım nedeniyle sözleşme sorumluluğuna benzediği için, zamanaşımı bakımından da sözleşme ilkelerinin uygulanması uygundur.

SONUÇ

Hukuk kendini hızla yenileyen bir alan olması nedeniyle yeni yeni kurumlar ve de sorumluluk türleri ortaya çıkabilmektedir. Güven sorumluluğu özellikle Almanya ve İsviçre için yeni bir sorumluluk türü olmasa da bizim hukukumuz için yeni bir hukuki kurumdur. Özellikle bu sorumluluk türünde yapılmış olan en kapsamlı çalışma ülkemizde bilgi vermeden dolayı sorumlulukta kendini göstermektedir.

Tabiî ki bu sorumluluk sadece Borçlar Hukuku alanında değil diğer hukuk dallarında da kendini göstermektedir. Ticaret Hukukunda ve özellikle Banka Hukukunda, bankaların yapmış olduğu işlemlerde kendisini hukuki görünüş nazariyesi olarak göstermektedir.

164 **Gürpınar,** s. 238 – 239; **Kırca,** s. 118 – 119.

165 **Kırca,** s. 120; **Atamer,** YD, 1996, s. 126.

166 **Canaris,** Vertrauenshaftung, s. 560.

Güven sorumluluğunda en dikkat çekici nokta culpa in contrahendo sorumluluğunda ortaya çıkmaktadır. Bu sorumluluk türü culpa in contrahendo sorumluluğuna göre üst bir kavram olarak yerini almıştır. Üst kavram niteliği sadece culpa in contrahendo sorumluluğunda değil bilgi vermeden doğan hukuki sorumlulukta, yanlış bilgi veya öğüt vermeden doğan sorumlulukta, kıymetli evraktaki hukuki görünüş nazariyesinde, asıl şirketin yavru şirket dolayısıyla sorumluluğunda kendini göstermektedir.

Bu sorumluluk türünde de kusur sorumluluğunda olduğu gibi kusur ve illiyet bağı kendini göstermektedir. Güven sorumluluğunda en önemli konuyu bu sorumluluğun hukuki niteliği oluşturmaktadır. Bu konuda haksız fiil görüşü, sözleşme görüşü ve bu iki görüşün dışında bir görüş olan eklektik görüş ileri sürülmüştür. Doktrin de ağırlıklı olarak sözleşme olduğu görüşü savunulmuştur. Kanaatimizce de sözleşme görüşü en doğru görüş olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKLAR*

AKYOL, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 2006 (Akyol, Dürüstlük).

AKYOL, Şener: Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007 (Akyol, Çelişki).

AKÜNAL, Teoman: Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması, YD., 1988, Cilt: 14, Sayı: 1 – 2, s. 222 – 237.

ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012.

ATAMER, Yeşim M.: Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, YD., 1996, Cilt: 22, Sayı: 1 – 2, s. 99 – 132

AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 10. Baskı, Konya 2015.

BAYGIN, Cem: Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, AÜEHFD., 2000, Cilt: 1 – 4, Sayı: 1 – 2, s. 345 – 377.

BERGER, Bernhard: Zur Unterscheidung zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauenshaftung, recht 2000, s. 201 – 220.

BUCHER, Eugen: Vertrauenshaftung, Was? Woher?, Wohin? http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/89. pdf Erişim Tarihi: 17.06.2016

BUCHER, Eugen: Was man aus einem Fall von "Putativ – Vertrauenshaftung"lernen kann, recht 2001, s. 65 – 81 (Bucher, Recht 2001). http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/76. pdf Erişim Tarihi: 17.06.2016

* Birden çok eserine başvurulan yazarların eserleri ile ilgili kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

CANARIS, Claus – Wilhelm: Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, München 1971 (Canaris, Vertrauenshaftung).

CANARIS, Claus – Wilhelm: Die Haftung des Sachverstaendigen zwischen Schutzwirkung für Dritte und Dritthaftung aus culpa in contrahendo, JZ., 1998, s. 603 – 607 (Canaris, JZ/1998).

CANARIS, Claus – Wilhelm: Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei "Gegenläufigkeit" der Interessen, JZ., 1995, s. 441 – 446 (Canaris, JZ/1995).

CANARIS, Claus – Wilhelm: Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, JZ., 1965, s. 475 – 482 (Canaris, JZ/1965).

CANSEL, Erol/

ÖZEL, Çağlar: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Ankara 2014.

CRONE, Hans Caspar: Zession: kausal oder abstrakt?, SJZ., 1997, s. 249 – 260 (Crone, SJZ, 1997).

DAMM, Reinhard: Entwicklungstehendenzen der Expertenhaftung, Vermögensschutz und Drittschutz auf dem Markt für sachkundige Informationen, JZ., 1991, s. 373 – 385.

EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Baskı, Ankara 1997 (Edis, Medeni).

EDİS, Seyfullah: Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği, Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 447 – 460 (Edis, Doğruluk ve Güven).

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul 2015.

FISCHER, Willi: Dritthaftung für falsche freiwillige Auskünfte, ZVglRWiss., 1984, s. 1 – 31.

GEZDER, Ümit: Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009.

GÜRPINAR, Damla: Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir 2006.

HATEMİ, Hüseyin,

GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Genel Hüküm, İstanbul 2011.

HERRMANN, Harald: Die Sachwalterhaftung vermögensorgender Berufe, Zu den berufssoziologischen und wirtschaftsrechtlichen Grundlagen der culpa in contrahendo, JZ., 1983, s. 422 – 431.

HOCHLOCH, Gerhard: "Vertrauenshaftung" – Beginn einer Konkretisierung?, NJW., 1979 s. 2369 – 2374.

İNAN, Ali Naim: "Culpa In Contrahendo" Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma, AD.,1954, s. 878 – 887.

İNAN, Ali Naim/

YÜCEL, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014.

KALKAN-OĞUZTÜRK, Burcu: Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2011.

KIRCA, Çiğdem: Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004.

KORKUT, Ömer: Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara 2006, Doktora Tezi.

KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren: Vertrauenshaftung im schweizerischen IPR, ZBJV., 2001, s. 161 – 199.

KUHN, Moritz: Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung, SJZ., 1986, s. 345 – 356.

LARENZ, Karl: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts Ein Lehrbuch, 7. Auflage, München, 1989 (Larenz, Lehrbuch).

LARENZ, Karl: Culpa in Contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und "sozialer Kontakt", MDR., 1954, 9, s. 515 – 518

(Larenz, MDR).

LEHMANN, Michael: Culpa in Contrahendo, http://www.lex. unict.it/congressoitalotedesco/Lehman % 20ted.).pdf Erişim Tarihi: 15.10.2007

LEUENBERGER, Christophe: Haftung von Hilfspersonen gegenüber vertragsfremden Dritten, ZBJV., 2000, s. 289 – 294.

LOSER-KROGH, Peter: Kritische Überlegungen zur Reform des Haftpflichtrechts, Haftung aus Treue und Glauben, Verursachung und Verjährung, ZSR., 2003/II, s. 127 – 229.

MERZ, Hans: Vertrag und Vertragsschluss, 2. Auflage, Bern 1992.

NEUNER, Jörg: Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen, JZ.,1999, s. 126 – 136.

NOMER, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2015.

OĞUZMAN, Kemal/

ÖZ Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, 14. Baskı, İstanbul 2016.

PICKER, Eduard: Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, JZ, 1987, s. 1041 – 1058.

REIMANN, Theoder Bühler: Zum Problem der culpa in contrahendo, SJZ., 1979, s. 357 – 366.

REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, İstanbul 2011.

SEROZAN, Rona: Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, İÜHFM., 2000, Cilt: 58, Sayı: 1 – 2, s. 231 – 248 (Serozan, İÜHFM, 2000).

SEROZAN, Rona: Sorumluluk Hukuku Alanında İlginç Alman Mahkeme İçtihatları, MHAD., 1977, Sayı: 14, s. 113 – 123 (Serozan, MHAD, 1977).

SEROZAN, Rona: "Culpa İn Contrahendo", "Akdin Müsbet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD., 1968, Sayı: 3, s. 108 – 129 (Serozan, MHAD, 1968).

SOMMER, Ueli: Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts?, AJP, 2006, 9, 1031 – 1041.

SPIRO, Karl: Die Haftung für Abschluss- und Verhandlungsgehilfen, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo, ZSR., 1986, s. 619 – 647.

TANDOĞAN, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.

TARMAN, Zeynep Derya: Die Gutachterhaftung gegenüber dem Dritten im deutschen und schweizerischen Recht**,** Dissertation Konstanz 2007.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/

AKMAN, Sermet/

BURCUOĞLU, Haluk/

ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

THIELE, Wolfgang: Leistungsstörung und Schutzpflichterletzung, JZ., 1967, s. 649 – 658.

ÜLGEN, Hüseyin: Hukuki Görünüş Nazariyesi, İstanbul 2005.

VON TUHR, Andreas: Borçlar Hukuku, Çeviren: Cevat Edege, Ankara 1983.

WALTER, Hans Peter: Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV., 1996, s. 273 – 295 (Walter, ZBJV, 1996).

WALTER, Hans Peter: Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, ZSR., 2001, s. 79 – 100 (Walter, ZSR, 2001).

WIDMER, Corinne: Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, ZSR, 2001, s. 101 – 125.

WIEGAND, Wolfgang/

BERGER, Bernhard: Zur rechtssystematischen Einordnung von Art. 11 BEHG, ZBJV., 1999, s. 713 – 743.

YALMAN, Süleyman: Türk – İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.

YILMAZ, Hamdi: Sözleşme Görüşmelerinde Kusur "Culpa In Contrahendo" ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, YD., 1985, Cilt: 11, Sayı: 1 – 2, s. 240 – 252.

Prof. Dr. Hüseyin Hatemi ile Röportaj – Yeni Borçlar Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, http:// www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=22530 Erişim Tarihi: 15.10.2007.

KISALTMALAR

AD.	: Adalet Dergisi
AJP.	: Aktuelle juristische Praxis
AÜEHFD.	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE.	: Entscheidungen des Schweizerishen Bundesgerichts
BGHZ.	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bkz.	: bakınız
dn.	: dipnot
f.	: fıkra
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JZ.	: Juristenzeitung
m.	: madde
MDR.	: Monatschrift für deutsches Recht
MHAD.	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
NJW.	: Neue Juristische Wochenschrift
recht	: Zeitschrift für jüristische Ausbildung und Praxis
s.	: sayfa
SJZ.	: Schweizerische Juristen Zeitung
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TMK.	: Türk Medeni Kanun
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
YD.	: Yargıtay Dergisi
ZBJV.	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

ZSR. : Zeitschrift für Schweizerisches Recht

ZVglRWiss. : Zeitschrift für vegleichende Rechtswissenschaft

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.1, 2017, s.239-288.

ONARIM BORCUNUN İFA EDİLMESİ[*]

Arş. Gör. Bayram ASLAN[**]

PERFORMANCE OF AN OBLIGATION TO REPAIR

ÖZ

Bu makalede onarım borcunun ifa edilmesi konusu incelenmiştir. Onarım borcunun konusu, onarımın tarafları, onarım yeri, zamanı ve onarıma ilişkin masraflar üzerinde durulmuştur. Onarımın tarafları satıcı ile tüketiciden ibaret değildir. Özellikle tüketici kavramı kapsamına, mesleki ve ticari faaliyet dışında, kullanan ve yararlanan herkes girmektedir. Satıcı ise üretici ve ithalatçı ile birlikte ayıplı maldan sorumludur. Onarım yerine ilişkin olarak TKHK'nın 58. maddesi gereğince yetkili servis istasyonlarının kurulması gerekir. Servis istasyonlarında profesyonel kişilerce onarım işlemi ifa edilmelidir. Ayıplı malların

---

[*] **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 16.05.2017
Kabul Edildiği Tarih: 24.05.2017

[**] Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
E-mail Adresi: bayramaslan@gazi.edu.tr
ORCID ID: 0000-0001-9759-9029

birçoğunda, 29029 Resmi Gazete Sayılı Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliğine göre, azami tamir süresi 20 işgünüdür. Sorumlular bu süreyi ihlal ederse tüketici diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Ayrıca onarım işleminin uzun sürmesi halinde tüketicinin mağdur olmaması için ayıplı malın muadili olan malın tüketiciye teslim edilmesi gerekir. Onarım borcu ücretsiz olarak ifa edilir. Satıcı veya diğer sorumlular, tüketiciden herhangi bir gerekçeyle onarım işlemi için bedel isteyemezler. Kullanım hatası, tüketici açısından; tüketicinin onarım haklarının kısıtlanmasını sağlayan bir ölçüttür. Bu kurumun, satıcının veya ilgili kişilerin, her olayda sorumluluktan kurtulmasını sağlayabildiği bir kurtarıcı kimliğine bürünmemesini, açıklığa kavuşturmak gerekir. Aksi halde tüketicinin sahip olduğu hakları kullanması konusunda aşılmaz bir engel oluşur ve bu durum tüketiciyi mağdur eder.

ANAHTAR KELİMELER: *Onarım, Ayıplı Mal, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Yetkili Servis İstasyonu, Ücretsiz Onarım Hakkı.*

ABSTRACT

The subject of performing an obligation of repair has been examined in this article. The subject of obligation of repair, parties of repair, repair place, period and costs of repair are discussed. The parties of the repair are not just seller and costumer. Especially, everyone who uses and utilizes it (except professional and commercial activities) is in the context of the consumer concept. The seller is responsible with the manufacturer and the importer for defective goods. Accordance with Article 58 of the Law on Costumer Protection, authorized service stations must be installed in respect of the repair place. Repair procedure should be performed by professional personnel at service stations. The maximum repair period is 20 business days in most of the

defective goods. The consumer is free to exercise other rights of choice if the responsible persons violates this period. Also, if the repair process takes a long time, the equivalent of the defective goods must be delivered to the costumer so that the costumer hold harmless. Obligation of repair is performed free of charge. The seller or other responsible parties can not ask price from the costumer for any reason for repair procedure. Usage error is a criteria that, for consumers, restrains consumer's right to repair. It is necessary to clarify that this concept does not assume the identity of a rescuer which enables the seller or related persons to be free from liability in every case. Otherwise, there is an insuperable obstacle about using the rights that the consumer has and this situation causes the consumer to be aggrieved.

KEYWORDS: *Repair, Defective Goods, Law on Consumer Protection, Authorized Service Station, The Right to Free of Charge by Repair.*

GİRİŞ

Tüketicinin satın aldığı bir malın ayıplı çıkması günlük hayatın akışında sıradan bir durumdur. Satın alınan malın ayıplı çıkması durumunda, tüketicilerin birçoğu hangi haklara hangi şartlar altında sahip olduğunu bilmemektedir. Örneğin, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 11. maddesinin 4. fıkrasına göre, onarım talep edildikten sonra satıcı, onarım yükümlülüğünü en fazla otuz iş günü içerisinde ifa etmek zorundadır. Onarımdan sonra malın tekrar arızalanması durumunda ise tüketici diğer seçimlik haklara başvurabilir. Seçimlik hakkın kullanılmasından doğan tüm masraflar satıcı tarafından karşılanır. Bu haklar gibi, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da getirilen hükümler, satıcılar tarafından ihlal edilebilmekte ve tüketicilerin büyük bir çoğunluğu da haklarını

aramamaktadır. Bu olumsuz şartların değişmesi ve tüketicilerin bilinçlenmesi adına akademisyenlerin bu yönde çalışmalar ortaya koyması büyük önem arz etmektedir.

Bu makalede, onarım borcunun ifa edilmesi konusu incelenmekte; onarım borcunun konusu, onarımın tarafları, onarım yeri, zamanı ve onarıma ilişkin masraflar üzerinde durulmaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ve yönetmeliklerde tüketiciye tanınan haklar ayrıntılı şekilde ele alınarak tüketicilerin bilinçlendirilmesi amaçlanmaktadır.

I. ONARIM BORCUNUN KONUSU

Her borç ilişkisi, belirli bir edimi ya da edimleri içerir. Borcun içeriğini ve konusunu edim oluşturur. Öğretide[1] yapılan tanıma göre edim, borç ilişkisine dayanarak alacaklının borçludan talebe yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmek zorunda olduğu davranıştır. Alacak hakkının konusunu, borçlunun edimi oluşturur. Borcun konusuna ilişkin olarak yapılan bu açıklamalardan hareketle, onarım borcunun konusu da tespit edilebilir. Şöyle ki; satım konusu ayıplı mala ilişkin onarım borcunun

[1] EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 96. Ayrıca bkz. KILIÇOĞLU Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 4; ANTALYA Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 47; İNAN Ali Naim/YÜCEL Özge, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 92; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm,* Cilt 1, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 33; REİSOĞLU Sefa, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 296.

konusunu, maldaki ayıp veya ayıpların giderilmesi amacı kapsamındaki iş görme edimi oluşturur[2].

Edim kavramı, çift anlamlı bir kavram olarak nitelenebilir. Şöyle ki edimin; ilke olarak edim fiili anlamına gelmesine karşın, edim sonucunu ifade ettiği durumlar da söz konusudur[3]. Onarım borcunun konusu ise, esas olarak bir edim sonucunu ifade etmektedir. Çünkü onarım borcu, satım konusu malın ayıpsız olarak tüketiciye teslim edilmesiyle ifa edilmiş sayılan bir borçtur. Burada, onarım borcunun nasıl ve kim tarafından yerine getirildiği, kural olarak tüketici açısından önem taşımaz.

Onarım borcunun konusuna ilişkin olarak bir diğer nitelendirme ise, onun bir iş görme edimi olmasıdır. İş görme edimi öğretide,[4] borçlunun bedeninden veya fikrinden kaynaklanan bir güç ve emek sarf etmek suretiyle yerine getirmek zorunda olduğu edim şeklinde tanımlanmaktadır. Bununla birlikte kişisel edim olarak da isimlendirilir. İş görme edimi, borçlunun kişiliğine bağlı ve borçlunun kişiliğine bağlı olmayan olarak ikiye ayrılır[5]. Onarım borcu da diğer iş görme edimlerinde olduğu gibi, onarımı yapacak olan kişinin bedeninden veya fikrinden kaynaklanan bir güç ve emeğin sarf edilmesini gerektirir. Onarımı birçok durumda, ayıplı mala ilişkin teknik bilgiye sahip olan kişiler ifa eder. Yani borcun ifası için fikri bir emek sarf edilir. Yine bu noktadan hareketle, bu iş görme edimi, borçlunun kişiliğine bağlı olmayan iş görme

2 ARBEK Ömer, *Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 201.

3 Eren, s. 96; Antalya, s. 49; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 33.

4 Eren, s. 105; Kılıçoğlu, s. 5; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 35; Antalya, s. 50.

5 Eren, s. 105.

edimlerindendir. Edimin kim tarafından ifa edildiğinin tüketici bakımından bir önemi yoktur.

Onarım borcunun konusu niteliği itibariyle bir iş görme edimi olduğu gibi edim türleri bakımından olumlu ve yapma edimi niteliğine de sahiptir. Olumlu edimde borçlu, bir faaliyette bulunmak zorundadır. Bu faaliyet yapma ya da verme şeklinde olur[6]. Onarım borcunun konusunda ise yapma faaliyeti içeren olumlu bir davranış söz konusudur.

Onarım borcunun konusu niteliği itibariyle bir iş görme edimi olduğu için, diğer iş görme edimlerinde de görüldüğü üzere, borç yerine getirilirken bazı masrafların yapılması gerekir. Bu durum, onarım isteme hakkını diğer seçimlik haklardan ayıran bir özelliktir. Onarım borcunun ifası için; teknik bilgiye sahip bir uzmanın çalıştırılması, bozulmuş olan malzemelerin değiştirilebileceği kullanılmamış ve sağlam malzemelerin bulunması, karmaşık ve zor tamir işlemleri için sürekli kullanılabilen makinelerin bulunması gibi bazı şartlar gerekebilir.

Onarım borcu, bir iş görme edimi olduğu için, alacaklı tarafından borçludan talep edilmesi için bir edimin tüm unsur ve şartlarını taşıması gerekir. Bu unsurlar ve şartlar ise öğretide[7] sayılmıştır. Buna göre edim; hukuken korunan bir menfaat olmalıdır, imkansız olmamalıdır, emredici hukuka aykırı olmamalıdır, genel ahlaka-kamu düzenine-kişilik haklarına aykırı olmamalıdır, belirli veya belirlenebilir olmalıdır.

---

6 Eren, s. 102; Kılıçoğlu, s. 5; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 35; Antalya, s. 50.

7 Eren, s. 99; Kılıçoğlu, s. 8; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 38 vd.; Antalya, s. 47- 48.

Onarım borcunun konusuna ilişkin olarak bu temel unsur yanında (satım konusu maldaki ayıp veya ayıpların giderilmesi), onarılmış malın tüketiciye teslim edilmesi de ikinci bir unsur olarak değerlendirilebilir[8]. Çünkü tüketiciye onarılmış olarak teslim edilmeyen bir malın, borçlu tarafından onarılmış olup olmamasının tüketici açısından bir önemi yoktur. Borcun konusuna ilişkin bu unsurun niteliği ise olumlu edim türleri arasında verme edimi olarak belirtilebilir.

II. ONARIMIN TARAFLARI

A. Onarımı İsteyebilecek Kişiler

Onarımı isteyebilecek kişi, öncelikle tüketicidir. Tüketici, TKHK m. 3/(k)'da, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanır. Özellikle satım sözleşmeleri açısından değerlendirildiğinde, sözleşmeye konu malı satın alan, kullanan veya yararlanan kişiye tüketici denilebilir. Bu tanımdan hareketle tüketici kavramı, malı fiilen veya hukuken satın alan dışında, bu malı kullanan veya bu maldan yararlanan kişileri de kapsar[9].

---

8 Arbek, s. 201.

9 KARA İlhan, *Tüketici Hukuku*, Engin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 720. Öğretide mülga kanun zamanındaki hükümlerden hareketle, tüketici kavramı yerine tüketici sözleşmeleri kavramı tanımlanmış ve genel olarak kabul görmüştü. Bu tanıma göre, "*Tüketici sözleşmeleri, girişimciler ile gerçek ya da tüzel kişi tüketiciler arasında gerçekleştirilen ve girişimcilerin kendi işletmesel faaliyetleri çerçevesinde, tüketicilerin nihai özel ihtiyaçlarını karşılamak üzere bir malın mülkiyetini veya kullanım hakkını devretmeyi ya da hizmetin sağlanmasını, tüketicilerin ise bir bedel ödemeyi yükümlendikleri sözleşmelerdir.*", ayrıntılı bilgi için bkz. OZANOĞLU Hasan Seçkin, *Tüketici Sözleşmeleri Kavramı*,

Tüketici kavramı bu şekilde nitelendirilip de bir malın ayıplı olduğu anlaşıldığı takdirde; malı satın alanla birlikte malı kullanan veya maldan yararlanan kişilerin de ayıptan doğan haklarını kullanabileceği sonucu çıkmaktadır. Eğer bu kişiler malı devralmışlarsa[10], onarım isteme hakkına da sahip olduğu kabul edilmelidir. Özellikle ayıptan dolayı, malı kullanan ve maldan yararlananların bir zarar görmesi halinde bu kişiler, satıcı veya diğer ilgililerden tazminat talep edebilir. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu yöndedir[11]. Ayrıca tüketici, satın aldığı bir malı aile fertlerine veya yakın arkadaşlarından birine hediye edebilir. Bu durumda da malı hediye alan kişi, ayıptan doğan tüm haklarını özellikle onarım isteme hakkını, aynen malı kendisi satın almış gibi satıcı veya diğer sorumlulara karşı kullanma hakkına sahip olmalıdır[12].

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, C. 50, S. 1, s. 65.

10 "*Özellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların her biri hukuki bir duruma sahiptir. Bu durum, alacak ve borç yanında def'i hakları ile yenilik doğuran hakları da kapsar. Sözleşmenin üstlenilmesinde sözleşmeyi üstlenen kişi, yerine geçtiği tarafın hukukî durumunu da kazanır.*", Eren, s. 1280. Günümüzde uygulamada da bunun örnekleri görülmektedir. Örneğin, telefonu satıcıdan alan kişi, bir başkasına devretmektedir. Devralan kişi de, telefonun arızasına ilişkin olarak satıcıya ya da üreticiye başvurabilmektedir. Böyle durumlarda yetkili servis istasyonları faturanın varlığını yeterli görmekte bazen fatura bile aramamaktadır.

11 Kara, s. 720. Yargıtay kararları için bkz. YHGK, 10.06.2015, E. 2013/7-2457, K. 2015/1538; YHGK, 23.05.2014, E. 2013/13-2166, K. 2014/709; YHGK, 13.02.2013, E. 2012/13-1220, K. 2013/239, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.05.2017.

12 Kara, s. 721.

Onarımı ve diğer ayıptan kaynaklanan hakları, kimlerin isteyebileceğine dair birkaç örnek verilebilir. Tüketici kendisine ait olan cep telefonunu, kullanmak üzere yakın arkadaşına verdiğinde, arkadaşının kullanması sırasında telefon arızalanabilir veya bataryası patlayabilir. Eğer telefonda bir arıza meydana gelirse, tüketicinin arkadaşı da tıpkı tüketici gibi, onarım isteme hakkını kullanabilir. Bunun dışında tüketicinin arkadaşının, telefonun bataryasının patlaması ve bundan zarar görmesi halinde, tıpkı tüketici gibi seçimlik haklarından birisini kullanması ve bununla birlikte görmüş olduğu zararın tazminini ilgili kişilerden istemesi de mümkündür. Aynı şekilde tüketici tarafından satın alınan bir otomobil kısa süreliğine bir arkadaşına emanet verilmiş olabilir. Tüketicinin arkadaşının bir başka kişiyle birlikte otomobille seyahati sırasında, otomobildeki üretimden kaynaklanan fren arızası nedeniyle aracın devrilmesi sonucu, ağır yaralanan üçüncü kişi de satıcı ve diğer sorumlulara karşı, ayıptan doğan haklarını ve özellikle de tazminat isteme hakkını kullanabilir[13].

Ayıplı malı kullanan ve yararlanan kişiler, ayıptan doğan seçimlik haklarını ve özellikle onarım isteme hakkını kullanabilirler. Hatta bu malın sebebiyet verdiği zararlardan

---

[13] Kara, s. 721. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararda, alışveriş için markete giren bir anne ve çocuk markette gezerken, mankenin düşmesi sonucunda çocuk yaralanmış ve zarara uğramıştır. Anne de çocuğuyla birlikte yaşadıkları bu olaydan dolayı manevi zarara uğradığını ve bu zararların TKHK kapsamında tazmin edilmesi gerektiğini belirtmiştir. YHGK verdiği kararda, ortada bir satım sözleşmesi olmasa da maldan ya da hizmetten yararlanmanın da kişinin tüketici sayılması için yeterli olduğunu belirtmiştir. Karar için bkz. YHGK, 13.02.2013, E. 2012/13-1220, K. 2013/239, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.05.2017.

dolayı seçimlik haklarla birlikte, maddi ve manevi tazminat da talep edebilirler. Sözleşmenin karşı tarafı olan kişi, tazminat talep eden kişinin sözleşmeye taraf dahi olmadığını belirterek dava açılamayacağını, bu kişinin tüketici olarak kabul edilmeyeceğini iddia ederek husumet itirazında bulunamaz. Satıcı veya ayıplı mal nedeniyle TKHK tarafından sorumlu tutulan kişilerin, bu şekilde yapacakları savunmaya itibar edilmez. Çünkü doğrudan TKHK m. 3/(k) bendinde yapılan tanımda, tüketici kavramı bu şekilde nitelendirilmekte ve kavramın kapsamı geniş tutulmaktadır[14].

B. Onarımın İstenilebileceği Kişiler

Günümüzün iş bölümüne dayalı ekonomilerinde, satım zincirinde, satıcı ile üretici arasında toptancı, ithalatçı, bayii gibi birden fazla halka bulunmaktadır. Son halka ise tüketici ile kurulan satım sözleşmesi olmaktadır. Sözleşme hukukunun en temel ilkesi nisbilik ilkesidir,

---

14 Kara, s. 721. Benzer bir görüş olarak; tüketici sözleşmesinin tarafı olan kişi yanında, onun ailesi, misafirleri, mal veya hizmeti kullanan veya yararlanan tüm çevresinin tüketici kavramına dahil olmasında bir engel bulunmamaktadır, ASLAN Yılmaz, *Tüketici Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa, 2015, s. 9. Mülga kanundaki düzenlemeden hareketle bir başka yazar da, "*Bu halde, ancak, 'üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme' kuramının ya da haksız fiil hükümlerinin uygulanması yoluyla üçüncü kişilerin zararının karşılanması mümkün olabilecektir.*", hükmüne varmış ve Batı'da pek çok ülkede haksız fiil hükümleriyle 3. kişilerin de zararlarının tazmin edildiğini ifade etmiştir, TİRYAKİ Betül, *Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 95 vd. Fakat mülga kanundaki tüketici kavramının kapsamı, TKHK'da daha da geniş olarak düzenlendiğinden, artık sözleşmeye taraf olan kişilerin yakınlarının da tüketici kavramına dahil olabileceğini kabul etmek gerekir.

denilebilir[15]. Nisbilik ilkesi, sözleşmenin sadece tarafları için hak ve borç doğurması ilkesidir[16]. Fakat bu ilkenin katı bir şekilde uygulanmasında ısrar edilmesi, bahsi geçen çok halkalı satım sözleşmelerinde, tüketiciyi zor durumda bırakabilmektedir[17].

Satıcının ayıplı çıkan malı onarması veya yenisi ile değiştirmesi, satıcıların genel hali düşünüldüğünde pek mümkün değildir. Çünkü çoğunlukla satıcıların onarım konusunda malla ilgili teknik bir bilgisi yoktur veya değişim için deposunda aynı cins malın bulunmama ihtimali yüksektir. Oysa üreticinin bu isteklere cevap vermesi çok daha kolay görünmektedir. Ayrıca, satıcı ayıplı çıkan mal nedeniyle tüketicinin taleplerini yerine getirmiş ise, daha sonra kendisine bu malı satan kişiye rücu edebilir. Örneğin, tüketici sözleşmeden dönmüş ve ayıplı malı satıcıya iade etmişse, satıcı da bu durumda malı satın aldığı toptancıya karşı sözleşmeden dönebilir. Bu şekilde satıcıdan üreticiye kadar kusur oranında sorumlulara rücu edilir. Dolayısıyla tüketicinin bu taleplerini üreticiye yöneltebilmesini kabul etmek, asıl sorumlu kişiye doğrudan ulaşmak anlamına gelebilir. Bu çözümün rücu davaları nedeniyle doğacak kaynak israfını azaltacağı da açıktır[18].

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, ilk kabul edildiği 1995 yılından bu yana tüketiciye karşı sorumlu

---

15 ATAMER M. Yeşim/BAŞ Ece, "Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk", İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, Özel S. 1, İstanbul, 2014, s. 51- 52.

16 Kılıçoğlu, s. 11; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 15; Antalya, s. 21.

17 Atamer/Baş, s. 51- 52.

18 Atamer/Baş, s. 52.

olanların sayısını geniş tutmayı tercih etmiştir[19]. Mülga kanunun 4. maddesine göre, "*İmalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı … ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur.*". Bu fıkra incelendiğinde ilk akla gelen çıkarım; tüketici, satım zincirinde yer alan herkese karşı taleplerini yöneltebilir. Ancak bu amacı aşan bir yorum olarak görülmekteydi. Çünkü hem tüketicinin zincirde arada olan bir kişiye gitmesi anlamsız, hem de tüketicinin bu seviyede kayırılmasını ve karşısına borçlular ordusunun çıkarılmasını gerekçelendirmek mümkün değildir. Bu açıdan tüketicinin başvurabileceği kişilerin sayısını azaltmak ve ileri sürebileceği isteklerini sınırlamak gerekliliği, mülga kanun yürürlükteyken de savunulmuştur[20].

---

19 TKHK m. 11/2'nin gerekçesinde de bu nedenlere kısmen yer verilmiştir. Gerekçede, "*Sözleşmeye aykırılıktan, sözleşme tarafı olarak öncelikle satıcının sorumlu olması esastır. Ancak, tüketici satıcının ortadan kaybolduğu durumlar da dâhil olmak üzere, ayıpsız misli ile değiştirme veya ücretsiz onarım haklarını üreticiye veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir. Üretici veya ithalatçı ile tüketici arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Tüketici, üreticiye veya ithalatçıya karşı bir ödeme yapmadığı için sözleşmeden dönme hakkını kullanarak, satıcıya ödemiş olduğu parayı üretici veya ithalatçıdan geri alması veya bedel indirimi hakkını kullanması mümkün değildir. Tüketici bu haklarını ancak satıcıya karşı kullanabilir. Buna karşılık ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirmenin üreticiden veya ithalatçıdan istenmesi anlamlıdır. Zira elinde yeni mal bulunan veya o malı gereği gibi onaracak olan üretici veya ithalatçıdır. Dolayısıyla bu hallerde, sözleşmelerin nisbiliği ilkesini aşarak tüketicinin doğrudan üreticiye veya ithalatçıya gidebilmesi kabul edilmiştir.*" ifadelerine yer vererek, fıkranın düzenlenme nedenlerine yer vermiştir.

20 Atamer/Baş, s. 53; Kara, s. 788.

Öğretide[21] yapılan bu tür eleştiriler dikkate alınmış ve buna uygun olarak TKHK, m. 11 düzenlenmiştir. Buna göre, TKHK m. 11/2'de: "*Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi hakları üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir. Bu fıkradaki hakların yerine getirilmesi konusunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur. Üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumlu tutulmaz.*". Son cümlede belirtilen hüküm, satıcının mala ilişkin olarak ek vaatlerini de kapsamaktadır. Eğer bu vaatlere aykırı bir mal teslimi söz konusuysa, tüketici bu durumda sadece satıcıya başvurabilir. Üretici veya ithalatçı, mal ellerinden çıktıktan sonra ayıbın doğduğunu ispat ettikleri takdirde, kendilerinin ayıptan doğan sorumluluğu ortadan kalkar[22].

Onarımın istenilebileceği kişiler arasında; TKHK m. 58/5[23] ve 13.06.2014 tarihli ve 29029 Resmi Gazete Sayılı Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliğindeki hükümlerden hareketle, yetkili servis istasyonlarının olduğu da söylenebilir. Ancak her ayıplı mal durumunda onarım için, yetkili servis istasyonlarına başvurulması mümkün değildir.

---

21 Tiryaki, s. 101; ATAMER M. Yeşim/İNCEOĞLU Murat, *Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Seçimlik Hakları ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyum Sorunu*, Otomotiv Distribütörleri Derneği, İstanbul, 2012, s. 51- 52; Atamer/Baş, s. 53; Kara, s. 788. Öğretideki bu hükme yönelik diğer eleştiriler için bkz. GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 105 vd.

22 Atamer/Baş, s. 54; Kara, s. 788.

23 TKHK m. 58/5 hükmü şu şekildedir; "*Herhangi bir üretici veya ithalatçıya bağlı olmaksızın faaliyette bulunan servis istasyonları da verdikleri hizmetten dolayı tüketiciye karşı sorumludur.*".

Bunun için öncelikle mal, Yönetmelik ekinde yer alan mal gruplarından birine girmelidir. Daha sonra Yönetmeliğin 5. maddesinde belirtildiği şekilde, üretici veya ithalatçıların bir yetkili servis istasyonu kurması gerekir. Bu aşamadan sonra Yönetmeliğin 10. maddesinin 1. fıkrasında ifade edildiği üzere, tüketici onarım için bulunduğu yerdeki yetkili servis istasyonuna, yoksa en yakınındaki yetkili servis istasyonuna başvuracaktır. Yetkili servis istasyonunun onarım da dahil olmak üzere, satış sonrası hizmetlerden dolayı sorumluluğu vardır. Fakat bu sorumluluk, Yönetmeliğin 16. maddesinin 1. fıkrasında düzenlendiği gibi, üretici ve ithalatçı ile birlikte müteselsil sorumluluktur[24].

[24] Onarım kimden istenebileceği konusuna ilişkin olmasa da, ayıplı malın arızasının kullanım hatasından kaynakladığına ilişkin düzenlenecek raporla ilgili, sorumlular arasında bir sıra belirlenmiştir. Bu hüküm 29029 sayılı Garanti Belgesi Yönetmeliği 11. maddede, "*(1) Tüketicinin malı tanıtma ve kullanma kılavuzunda yer alan hususlara aykırı olarak kullanmasından kaynaklanan arızalar hakkında 8 inci ve 9 uncu madde hükümleri uygulanmaz. (2) Arızalarda kullanım hatasının bulunup bulunmadığının, yetkili servis istasyonları, yetkili servis istasyonunun mevcut olmaması halinde sırasıyla; malın satıcısı, ithalatçısı veya üreticisinden birisi tarafından mala ilişkin azami tamir süresi içerisinde düzenlenen raporla belirlenmesi ve bu raporun bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunludur. (3) Tüketiciler, ikinci fıkrada belirtilen rapora ilişkin olarak bilirkişi tarafından tespit yapılması talebiyle uyuşmazlığın parasal değerini dikkate alarak tüketici hakem heyetine veya tüketici mahkemesine başvurabilir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Burada da yetkili servis istasyonları üzerinde durulmuş ve ayrıca diğer sorumlular arasında bir öncelik sonralık ilişkisi kurulmuştur.

Avrupa Birliği Satım Hukuku Yönergesinin hazırlanması aşamasında bu konu çok tartışılmıştır[25]. AB ülkeleri arasında, satıcı dışındaki kişilere karşı, tüketiciye doğrudan bir dava hakkı vermeyen ülkeler çoğunlukta olduğundan, Yönergede bu konu açık bırakılmıştır. 12. maddede de tüketiciye, bu tür bir dava hakkının verilmesi konusunun daha sonraki bir tarihte yeniden ele alınacağı ifade edilmiştir. Ortak Avrupa Satım Hukuku Tüzük Taslağı (CESL) da bu konuda herhangi bir düzenlemeye yer vermemektedir[26]. CISG bakımından da aynı durum söz konusudur[27].

III. ONARIM YERİ

Ayıplı malın onarım yerine ilişkin olarak, mülga kanunda ve TKHK'da bir hüküm yoktur. Ancak TKHK'nın satış sonrası hizmetlerin düzenlendiği 58. maddesine göre, bazı malların kullanımına ilişkin olarak ilgili bakanlık tarafından belirlenen süre boyunca, bakım ve onarım hizmeti verilmek zorundadır. Üretici veya ithalatçı

25 Naklen, Atamer/Baş, s. 52.

26 Atamer/Baş, s. 52- 53.

27 Ayrıca TKHK'da bu sayılan sorumluların haricinde, bağlı kredilerde kredi verenlerin ayıptan sorumluluğu da devam etmektedir. TKHK m. 30/4'te, "*Bağlı kredilerde, mal veya hizmet hiç ya da gereği gibi teslim veya ifa edilmez ise satıcı, sağlayıcı ve kredi veren, tüketicinin satış sözleşmesinden dönme veya bedelden indirim hakkını kullanması hâlinde müteselsilen sorumludur*" şeklinde hüküm düzenlenmiştir. Hükümden de anlaşıldığı üzere, kredi verenlerin sorumluluğu, üreticilerin veya ithalatçıların tam tersine, sadece dönme veya bedelden indirim taleplerine ilişkindir. Diğer bir ifadeyle TKHK, kredi verenin üretici veya ithalatçıyla birlikte müteselsilen sorumlu olması ihtimalini oldukça sınırlamıştır, bkz. İNCEOĞLU Murat, "Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu", *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 196.

tarafından verilmesi gereken bu hizmetin, yetkili servis istasyonu kurularak yapılması gerekir. Üretici veya ithalatçı, yetkili servis istasyonunu isterse kendisi kurabilir. Servis istasyonlarının verdiği hizmetlerden sorumlu olmak şartıyla, isterse kurulu bulunan servis istasyonlarından veya servis organizasyonlarından da faydalanabilir[28].

---

[28] Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun satış sonrası hizmetler başlığı altında 58. maddede şu hükmü düzenlemektedir:

"*(1) Üretici veya ithalatçılar, ürettikleri veya ithal ettikleri mallar için Bakanlıkça belirlenen kullanım ömrü süresince, satış sonrası bakım ve onarım hizmetlerini sağlamak zorundadır.*

(2) Üretici veya ithalatçılar, yönetmelikte belirlenen mallar için Bakanlıkça onaylı satış sonrası hizmet yeterlilik belgesi almak zorundadır.

(3) Bir malın yetkili servis istasyonlarındaki tamir süresi, yönetmelikle belirlenen azami tamir süreyi geçemez.

(4) Üretici veya ithalatçılar, yetkili servis istasyonlarını kendileri kurabileceği gibi servis istasyonlarının verdiği hizmetlerden sorumlu olmak şartıyla kurulu bulunan servis istasyonlarından veya servis organizasyonlarından da faydalanabilir.

(5) Herhangi bir üretici veya ithalatçıya bağlı olmaksızın faaliyette bulunan servis istasyonları da verdikleri hizmetten dolayı tüketiciye karşı sorumludur.

(6) İthalatçının herhangi bir şekilde ticari faaliyetinin sona ermesi hâlinde bakım ve onarım hizmetlerinin sunulmasından garanti süresi boyunca satıcı, üretici ve yeni ithalatçı müteselsilen sorumludur. Garanti süresi geçtikten sonra ise kullanım ömrü süresince bakım ve onarım hizmetlerini üretici veya yeni ithalatçı sunmak zorundadır.

(7) Servis istasyonlarının kuruluşu, işleyişi, sayısı ve özellikleri ile diğer uygulama usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.".

Onarım yerine ilişkin olarak, Yönetmelik'te bir takım hükümler yer almaktadır. Yönetmeliğin 4. maddesinde, yetkili servis istasyonunun tanımına yer verilmektedir. Buna göre: "*Üretici veya ithalatçıların ürettikleri veya ithal ettikleri mallar için; kullanım ömürleri süresince satış sonrası montaj, bakım ve onarım hizmetlerini yürütmek üzere, kendileri tarafından ve/veya aralarındaki sözleşme uyarınca, bu amaçla yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulan ya da kurulmuş bulunan tesisleri, ifade eder.*". Yetkili servis istasyonu kurabilmek ve faaliyet göstermek için, hükümden de anlaşılacağı üzere, satış sonrası hizmetleri yeterlilik belgesinin alınması gerekir[29]. Yönetmeliğin 5. maddesine göre ise: "*Üretici veya ithalatçılar, ekli listede yer alan her mal grubu için belirtilen kullanım ömrü süresince, satış sonrası hizmetleri sağlamak üzere yine ekli listede tespit edilen yer, sayı ve özellikte yetkili servis istasyonu kurmak zorundadır.*". Maddede belirtilen ekli liste, Yönetmeliğin devamında yer almakta ve

[29] Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü'nün resmi internet sayfasında, satış sonrası hizmet yeterlilik belgesinin tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre: "Yurt içinde üretilen veya ithal edilen mallar ile ilgili olarak, Bakanlıkça tespit ve ilan edilen kullanım ömrü süresince üretici veya ithalatçılar tarafından verilmesi zorunlu montaj, bakım ve onarım hizmetleri için, yeterli teknik kadro, takım, teçhizat bulunduğunu gösteren ve firmanın unvanı ile merkez adresine göre düzenlenen belgeyi ifade eder.". Tanıma ek bilgi olarak, üretici veya ithalatçılar, Satış Sonrası Hizmetler Yönetmelik eki listede yer alan her mal grubu için belirtilen kullanım ömrü süresince, satış sonrası hizmetleri sağlamak üzere yine ekli listede tespit edilen yer, sayı ve özellikte yetkili servis istasyonunu, yeterli teknik kadroya sahip şekilde kurmak zorundadırlar, ("*http://tuketici.gtb.gov.tr/belgelendirme-islemleri/satis-sonrasi-hizmet-yeterlilik-belgesi*", Erişim Tarihi; 24.09.2016).

ekli listede mal grupları için belirtilen bilgiler ayrı ayrı verilmektedir.

Yetkili servis istasyonlarının, hizmet konularına göre bazı teknik düzenleme ve standartlarda belirtilen özellikleri taşıması gerektiği, Yönetmeliğin 9. maddesinde ifade edilmektedir[30]. Teknik düzenleme ve standartları belirleme yetkisi ise, ilgili bakanlıkta ya da bakanlığın görevlendirdiği kurum veya kuruluşlardadır. Bakanlığın yetkilendirmiş olduğu kurumlardan biri Türk Standartları Enstitüsü'dür. Bu kurum, bazı mal grupları için ayrı ayrı "hizmet yeri belgelendirme kriteri" düzenlemiştir[31]. Aynı zamanda

30 Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliğinin 9. maddesine göre: "*(1) Yetkili servis istasyonlarının; hizmet konularına göre Bakanlık veya görevlendireceği başka bir kurum veya kuruluş tarafından tespit edilen teknik düzenleme veya standartlarda belirtilen özellikleri taşıması gerekir. (2) Üretilen veya ithal edilen malın; özelliği, kullanım amacı ve yeri ile satış miktarı dikkate alınarak bu Yönetmelik eki listede tespit ve ilan edilen yetkili servis istasyonlarının sayıları ve bunlarda aranacak özellikler, gerektiğinde ilgili kurum ve kuruluşların da görüşü alınarak, Genel Müdürlük tarafından belirlenir veya değiştirilir. (3) Yetkili servis istasyonlarının kuruluşu ve ilgili müracaatlar sırasında istenecek bilgi ve belgeler Genel Müdürlükçe ayrıca belirlenir ve Bakanlığın internet sayfasından ilan edilir. (4) Yetkili servis istasyonlarının kontrolü Genel Müdürlüğün veya ilgili İl Müdürlüğünün görevlendireceği personel ya da Bakanlık tarafından yetki verilen kurum veya kuruluşlar tarafından yapılır. Yeterli bulunan yetkili servis istasyonları için, ilgili teknik düzenlemeye uygunluğunu gösteren belge düzenlenir. (5) Üretici veya ithalatçılar yetkili servis istasyonlarında yeterli teknisyen kadrosu bulundurmak zorundadır.*".

31 Bkz. "*https://www.tse.org.tr/tr/icerikdetay/375/7447/hizmet-yeri-belgelendirme-kriterlerimiz.aspx*", Erişim Tarihi; 24.09.2016. Bu internet adresindeki sayfada, Türk Standardları Enstitüsü tarafından hazırlanmış, bazı mal

onarımın da yapıldığı bu hizmet yerlerinin nasıl olması gerektiğine dair kriterler genel olarak birkaç bölümde düzenlenir. Bu bölümler; işletmeciliğe ilişkin kurallar, yapısal özelliklere ilişkin kurallar, teknik donanımla ilgili kurallar ve belgelendirmeye ilişkin kurallardan oluşur. İşletmeciliğe ilişkin kuralların olduğu bölüm, servisin oluşumu, müşteri hakları, çalışan elemanlar, eğitim, servis hizmeti ve müşteri ilişkileri gibi kendi içinde kısımlara ayrılmaktadır. Bu başlıklar altında getirilen kurallar, ilgili mal grupları için oluşturulması gereken yetkili servis istasyonlarının nasıl olması gerektiğini ayrıntılı bir şekilde açıklamaktadırlar. Hatta bu kurallarda bazen, müşteriye yani tüketiciye karşı davranışlarda özenli olunması gerektiği de ifade edilmektedir. Memnuniyetsizliğin oluştuğu durumların üzerine gidilip bu sorunlar çözüme kavuşturulmalıdır[32].

Ayıplı malın, yetkili servis istasyonlarında onarılması gereken mal gruplarından birine dahil olduğu durumlarda; tüketici onarım için bulunduğu yerdeki yetkili servis istasyonuna başvurur. Eğer tüketicinin bulunduğu yerde

---

gruplarına ilişkin hizmet yeri belgelendirme kriterlerine yer verilmektedir.

32 Örneğin bu standartlardan birinde eğitim başlığı altında, "*Çalışan elemanların teknik eğitimlerinin yanı sıra müşteri ilişkilerine yönelik iletişim, müşteri odaklılık vb. eğitimleri de aldıkları belgelenmelidir*" ifadelerine yer verilmiştir, bkz. Türk Standardı 12361,

"*https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiFiuDk2qrPAhVEuhQKHVpTDPIQFggbMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tumdef.org%2Fuserfiles%2Ffile%2FTS%252012361%2520STANDART%2520TASLAGI.doc&usg=AFQjCNGIEdzPR6Xv-Toe4P9nqQfUlRGgLA&bvm=bv.133700528,d.d24*", Erişim Tarihi; 24.09.2016.

yetkili servis istasyonu yok ise, tüketici kendisine en yakın yerdeki yetkili servis istasyonuna onarım için başvurabilir. En yakın yerdeki yetkili servis istasyonunun, tüketicinin onarım talebini karşılayamaması durumunda iki ihtimal söz konusudur. İlk ihtimal, tüketicinin onarım talebini karşılayabilecek en yakın yetkili servis istasyonuna başvurmasıdır. Diğer ihtimal ise, doğrudan firma merkezine onarım için başvurmaktır. Bu iki ihtimalde de nakliye, posta ve kargo gibi masraflar tüketiciden istenemez[33].

Yönetmelikte belirlenen mal grupları için, onarım yeri olarak yetkili servis istasyonlarının kurulması gerekir. Onarım için yetkili servis istasyonuna başvuran bir tüketici, sahip olduğu malı onarım için verdiğini gösteren bir belgeye sahip olmalıdır. Aksi takdirde bir sorunla karşılaştığında, bu durumu ispatlamada zorluk yaşar. Dolayısıyla servis istasyonları, seri numarası belli olan malı onarım için aldığını gösteren belgeyi, tüketiciye vermek zorundadır. Bu belgede aynı zamanda istasyonun yetkili çalışanlarının imzası da bulunmalıdır. Bu durum Yönetmeliğin 11. maddesinde düzenlenmektedir. Servis istasyonunun vermesi gereken belgeye de "servis fişi" denilir[34].

---

33 Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği 10. maddenin ilk fıkralarında bu hüküm ifade edilir.

34 Servis fişinin düzenlendiği Yönetmeliğin 11. maddesine göre: "*(1) Servis istasyonları, kendilerine intikal ettirilen arızalı mallar ile ilgili olarak aşağıda belirtilen hususları içeren servis fişini tekemmül ettirmek ve tüketicilere vermek zorundadır. a) Servis istasyonunun unvan, adresi telefon, faks ve diğer erişim bilgileri, b) Malın servis istasyonuna teslim veya mala ilişkin arızanın bildirim tarihi, c) Malın tüketiciye teslim tarihi, ç) Malın arızası ve yapılan işlemlerin açık ifadesi, d) Garanti kapsamı dışında ise ücreti, e) Servis istasyonu yetkilisinin imzası, f) Bu Yönetmeliğin 10 uncu maddesinde yer alan, servis istasyonlarının sorumluluklarını gösterir hususlar, g) Tüketicinin ürünle ilgili şikâyet ve talepleri, ğ) Kargo ile teslim*

Malların (özellikle teknolojik olanlar) genel olarak düzgün çalışması parçalar arasındaki bir organizasyona bağlıdır. Organizasyonda hem mekan hem de zaman sıralaması önemlidir. Ayıplı malın onarımı bu bakımdan iki şekilde mümkündür. İlk olarak, parçaların organizasyonunda bir bozukluk söz konusu olursa, organizasyondaki tüm parçaların tekrar eski düzenlerine döndürülmesiyle ayıp giderilebilir. Bu onarım yöntemlerinden biridir. Diğer yöntem ise, malda meydana gelen ayıbın, maldaki bir parçanın kullanılamayacak hale gelmesiyle ilgilidir. Bu halde, bozuk olan parça değiştirilip yeni ve çalışır olanı takılarak ayıp onarılmış olur. Bu onarım yönteminde görüldüğü üzere, herhangi bir malın yedek parçası çok önemlidir. Çünkü, yeterince yedek parça olduğu sürece, bir mal uzun süre (en azından kullanım süresi kadar) işlevsel kalabilir. Aksi takdirde, en küçük arıza durumunda bile, mal tamamen kullanılamaz hale gelebilir. İşte bu yüzden, Yönetmeliğin 12. Maddesinde, onarım yerleri olan yetkili servis istasyonlarında yeterince yedek parçanın bulunması gerektiği vurgulanmaktadır[35].

---

alınan ürünler haricinde, tüketicinin adı, soyadı, adresi ve telefonu ile imzası, h) Garanti kapsamındaki ürünlerin arızasının on iş günü içerisinde giderilememesi halinde, üretici veya ithalatçının, malın tamiri tamamlanıncaya kadar, benzer özelliklere sahip başka bir malı tüketicinin kullanımına tahsis etmek zorunda olduğuna dair ibare. (2) Bu maddenin birinci fıkrasının (d), (f) ve (h) bentleri özel servisler hakkında uygulanmaz.”.

35 Yönetmeliğin 12. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: *“(1) Üretici veya ithalatçılar; ekli listede yer alan mallara ait yedek parçaları firma merkezinde veya belirleyecekleri en az bir yetkili servis istasyonunda tam olarak bulundurmak zorundadır. (2) Birden fazla yetkili servis istasyonu ile hizmet verilmesi gereken mallara ait yedek parça stoku ise; birinci fıkrada belirtilen yükümlülüğün yerine getirilmiş olması*

Yönetmeliğin 16. maddesinin 2. fıkrasına göre: "*Satış sonrası hizmetler, malın niteliğine göre kullanıldığı yerlerde de sağlanabilir.*". Örneğin, kombide bir bozukluk olması halinde, kombinin bulunduğu yerden sökülmesinin ve taşınmasının zorluğundan dolayı, yetkili servisin kombinin bulunduğu yere gelmesi daha yerinde olur. Evdeki diğer beyaz eşyalar için de genel olarak bu durum geçerlidir.

Yetkili servis istasyonları ile ilgili son olarak; arızalanan bir malın bu yerlerden birine teslim edilmesi olağan bir durumdur. Fakat bu durum, seçimlik hak olarak onarım hakkının kullanıldığına karine teşkil etmez. Yetkili servis onarım işlemini yapmadan önce, malda var olan arıza konusunda tüketiciyi, yeterli seviyede bilgilendirmelidir. Seçimlik haklardan herhangi birinin kullanılması için ön şart, tüketicinin ayıbın niteliğini tam olarak öğrenmesidir[36]. Öğrendikten sonra tüketici ayıbın durumuna göre bir karar verir.

Ayıplı malın onarılma yerine ilişkin olarak TKHK'da hüküm olmadığı daha önce belirtilmişti. TKHK'nın 83. maddesine göre, TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlere başvurulur. Bu durumda, onarım yerini tespit etmek için TBK'daki hükümler de incelenmelidir. TBK m. 89'a göre: "*Borcun ifa yeri, tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir. Aksine bir anlaşma yoksa, aşağıdaki hükümler uygulanır;*

1. Para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde,

---

kaydıyla ve tüketiciye verilecek hizmeti aksatmayacak miktar dikkate alınarak, üretici veya ithalatçı tarafından belirlenir ve diğer yetkili servis istasyonlarında bulundurulur. (3) Üretici veya ithalatçılar, tüketicilerin talebi üzerine yedek parça satışından kaçınamazlar.".

36 Kara, s. 779- 780. Konuya ilişkin açıklayıcı bir örnek için bkz. Kara, s. 780.

2. Parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde,

3. Bunların dışındaki bütün borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde, ifa edilir. Alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken bir borcun doğumundan sonra alacaklının yerleşim yerini değiştirmesi sebebiyle ifa önemli ölçüde güçleşmişse borç, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir.". Türk Borçlar Kanunu'nun 89. maddesinin 1. fıkrasına göre, borcun ifa yeri için öncelikle tarafların iradelerine bakılmalıdır. Dolayısıyla, satım sözleşmesinin tarafları, TBK kapsamına giren satım sözleşmeleri durumunda, maldaki ayıbın nerde onarılacağına karar verebilir. TBK hükmünden hareketle öncelikle taraf iradeleri dikkate alınır. Fakat TKHK'ya tabi satım sözleşmeleri bakımından her durumda doğrudan taraf iradelerini esas almak mümkün değildir. Çünkü TKHK'da ve ilgili mevzuatta tüketici lehine getirilen hükümlerin aksine olan bir sözleşme şartı dikkate alınmaz[37]. Yani sözleşme şartları tüketici aleyhine olduğu oranda geçersiz sayılır.

Onarım yerine ilişkin olarak TKHK'da doğrudan bir hüküm bulunmasa da TKHK m. 58'den hareketle düzenlenen Yönetmelik'te bir takım hükümler vardır. Yönetmelikte belirlenen mal grupları için, tüketici aleyhine olacak şekilde taraflar arasında bir sözleşme şartı geçerli olmaz. Yönetmelikte düzenlenen yetkili servis istasyonları, bu bakımdan tüketicinin eksiksiz şekilde ihtiyacını gidermeye yönelik olarak getirilmiş onarım yerleridir. Bunun aksine bir taraf iradesi tüketicinin aleyhine olur. Böyle bir durumda, sözleşmenin tamamı değil; sözleşmenin tüketici aleyhine olan kısmı geçersiz sayılır. Yani Yönetmelik çerçevesinde, onarımın yetkili servis istasyonunda yapılması gerekiyor ama buna rağmen sözleşmede tüketici aleyhine olan bir yer belirlenmişse, bu durumda bu

37 Arbek, s. 211- 212.

sözleşme maddesi geçersiz olacaktır. Sözleşmenin tamamının geçersiz sayılması da duruma göre tüketicinin aleyhine olabilir[38].

Taraflar aralarında onarım yerine ilişkin bir sözleşme yapmamış olabilirler. Satım konusu mal, Yönetmelikte belirtilen mal gruplarından birine dahilse, Yönetmelik hükümlerine göre onarım yeri belirlenir[39]. Yönetmelikte belirtilen mal gruplarının dışında bir mal söz konusuysa bu durumda, onarım yeri için TBK hükümlerine bakılır. Satıcının ayıplı malı onarma borcunun edim türleri bakımından yapma edimi olarak nitelendirilebildiği ifade edilmişti. Konusunun yapma edimi olarak nitelendirilmesinden dolayı, onarım borcu bir yapma borcu olarak değerlendirilir. Yapma borçları, para borcu dışında kalan borçlardandır. TBK m. 89/1'in üçüncü bendi gereği, bu borç satıcının yerleşim yerinde ifa edilir. Bu kurala istisna oluşturabilecek dikkat edilmesi gereken bir durum vardır. Borcun ifa yeri aynı zamanda edimin mahiyetine göre de değişkenlik gösterebilir. Örneğin, bir evde monte edilmiş bulunan büyük bir kombinin onarımı, satıcının yerleşim yerinde değil de kombinin bulunduğu yerde yapılır. Bu duruma, TBK m. 89/1'de, "*aksine bir anlaşma yoksa*" ifadesiyle, işaret edilmektedir[40].

Avrupa Birliği Satım Yönergesinde onarım yeri konusuna ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Viyana Satım Sözleşmesi'nde ise, onarımın nerede gerçekleştirileceği hususunda bir açıklık olmamakla birlikte, mal onarımın

38 Arbek, s. 212.

39 Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliğinin 5. maddesine göre, onarım yeri yetkili servis istasyonudur.

40 Arbek, s. 212- 213.

istendiği anda nerde bulunuyorsa, onarımın o yerde ifa edilmesi uygun gözükmektedir[41].

IV. ONARIM ZAMANI

Ayıplı bir malın onarımı, hemen yerine getirilebilen bir borç değildir. Satım konusu maldaki bozukluğun giderilerek, malın ayıpsız hale getirilmesi elbette belli bir süreyi gerektirir. Satım sözleşmesindeki ayıptan doğan sorumluluk hükümleri haricinde, bir malda bulunan ayıbın onarılması, eser sözleşmesinin bir türü olan tamir sözleşmesiyle sağlanır. Tamir sözleşmesinde tamircinin borcu da aynı şekilde hemen ifa edilen borçlardan değildir. Dolayısıyla, bu borcun ifa edilmesi için belli süreye ihtiyaç olduğu açıktır[42].

Ayıplı malın onarım zamanına ilişkin olarak TKHK m. 11/4'e göre: "*Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından birinin seçilmesi durumunda bu talebin satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren azami otuz iş günü[43], konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ise altmış iş günü içinde yerine getirilmesi zorunludur. Ancak, bu Kanunun 58 inci maddesi uyarınca çıkarılan yönetmelik eki listede yer alan mallara ilişkin,*

---

41 ATAMER Yeşim M., *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, İstanbul, 2005, s. 386.

42 Arbek, s. 214.

43 Cumartesi günleri iş günü olarak kabul edilir. Fakat öğretideki bir görüşe göre, "*Yargıtay yerleşik uygulamasına göre malın tamir süresi sadece gün olarak tespit edilmektedir. Kural olarak yasal tamir süresi olan 30 günlük sürenin geçmesi veya yönetmelikte tespit edilen diğer sürelerin geçmesi durumunda, tamir süresinin geçmiş olması seçimlik hakların kullanılması için yeterlidir*", ayrıntılı bilgi için bkz. Kara, s. 781- 782.

tüketicinin ücretsiz onarım talebi, yönetmelikte belirlenen azami tamir süresi içinde yerine getirilir. Aksi hâlde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir."[44].

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 58. maddesinde konuya ilişkin daha ayrıntılı hükümler verilmektedir. Burada 58. maddenin kapsamına, sadece Yönetmelikte belirlenen mal grupları girer. Konuya ilişkin somut bilgileri ise, Yönetmelik vermektedir. Burada neredeyse tüm mal grupları için, 20 iş günü olarak belirlenen azami tamir süresi öngörülür. Bu mal grupları; telefonlar, bilgisayarlar, ev aletleri olarak geçen beyaz eşyalar, ısıtma ve havalandırma cihazları, televizyon ve benzeri görüntüleme cihazlarıdır. Binek otomobiller,

---

[44] Konuya ilişkin Yargıtay'ın bir kararında şu ifadelere yer verilmiştir: "*… Dosyada taraflarca dayanılan delillerden davacı/tüketicinin aracında oluşan arızayla ilgili olarak seçimlik haklarından 'ücretsiz onarım' hakkını kullandığı ve satıcının yetkili servisi tarafından garanti kapsamında bu arızanın giderildiği, servis tarafından yapılan işlemler ve düzenlenen belgelere taraflarca herhangi bir itirazda bulunulmadığı ve aksini gösterir bir delil ve belgeye dayanılmadığı görülmektedir. Dosya kapsamındaki yetkili servis onarım belgelerinden dava konusu araçta oluşan arızanın onarım süresinin Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğe ek Garanti Belgesi ile Satılması Zorunlu Olan Ürünler Listesi'nde* (şimdiki adıyla Garanti Belgesi Yönetmeliği) *belirtilen 'azami tamir süresini aştığı' anlaşılmaktadır. Yasal düzenlemeler, tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları, dosyadaki tutanak ve kanıtlar karşısında; eldeki dava yönünden, aracın yenisi ile değiştirilmesini isteme koşulları gerçekleşmiştir.*", bkz. YHGK, 30.09.2015, E. 2014/13-114, K. 2015/2023, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 29.09.2016. Görüldüğü üzere, onarım işlemi başarılı bir şekilde gerçekleştirilse bilse, mevzuattaki açık ve anlaşılır hüküm gereği, azami tamir süresi aşıldığında diğer seçimlik haklar kullanılabilir hale gelmektedir.

kamyonetler ve traktörler için, azami tamir süresi olarak 30 iş günü belirlenmiştir. 30 iş günü olan azami tamir süresi, tüm taşıtlar için geçerli değildir. Motosikletler, bisikletler ve karavanlar için azami tamir süresi olarak 20 iş günü tespit edilmektedir[45].

Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliğinin 10. maddesinde ayıplı malın onarım zamanına ilişkin ek bilgiler de verilmiştir. Yönetmelik m. 10/4'e göre: "*Kullanım ömrü süresince malın bakım ve onarım süresi azami tamir süresini geçemez. Bu süre, garanti süresi içerisinde mala ilişkin arızanın yetkili servis istasyonuna veya satıcıya bildirimi tarihinde, garanti süresi dışında ise malın yetkili servis istasyonuna teslim tarihinden itibaren başlar. Tüketici arıza bildirimini; telefon, faks, e-posta, iadeli taahhütlü mektup ve benzeri bir yolla yapabilir. Uyuşmazlık halinde bildirime ilişkin ispat yükümlülüğü tüketiciye aittir.*". TKHK m. 11/4'te ve daha ayrıntılı düzenlenen bu hükümde, onarım süresinin başlangıç anı açıklığa kavuşturulur. Aynı zamanda ayıp bildiriminin kime, ne zaman yapıldığının ispat yükünün tüketicide olduğu da belirtilmektedir. Bu hükümden hareketle, tüketicilerin ayıp bildirimini ispat edebilecekleri bir yolla yapmaları, onarımın gerçekleşmesi için önlerine çıkacak engelleri aşmaları adına önemlidir.

Ayıplı olan mal, onarımı için yetkili servis istasyonuna gönderildikten sonra, tüketicinin sorumluluğuna ara verilmekte ve servis istasyonunun sorumluluğuna

---

45 Yönetmelikte ayrıca mal gruplarının kullanım ömrü de tespit edilmektedir. Bilgisayarlar ve cep telefonlarının 5 yıllık kullanım ömrü vardır. Taşıtlar ve televizyonlar için 10 yıllık kullanım ömür süresi vardır. Ev aletleri olarak geçen beyaz eşyaların ise (buzdolabı, derin dondurucu, bulaşık makinesi, çamaşır makinesi, fırın, elektrik süpürgesi, ocak, mikrodalga, ütü dahildir) 10 yıllık kullanım ömrü olduğu Yönetmelikte düzenlenmektedir.

geçilmektedir. Yönetmelik m. 10/4'te azami tamir süresinin başlangıç anı tespit edilmişti. Fakat malın onarımının, Yönetmelikte belirlenen azami tamir süresinde gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti için en son hangi anın dikkate alınacağı konusunda bir belirsizlik vardır. Yani onarım işleminin bittiği an belirsizdir. Yönetmelik m. 10/5'e göre: "*Malın tamirinin tamamlandığı tarih tüketiciye bildirilir. Uyuşmazlık halinde bildirime ilişkin ispat yükümlülüğü yetkili servis istasyonuna aittir.*". Bu maddenin, m. 10/4'ten hemen sonra gelmesinden hareketle; onarım işleminin bittiği an olarak, yetkili servis istasyonunun malın onarımının tamamlandığını tüketiciye bildirme anı esas alınır. Ancak bu durumda, malın onarıldığının bildiriminden, malın tüketicinin eline ulaştığı ana kadar bir süre geçer. Bu sürenin neden tüketici aleyhine olarak azami tamir süresine dahil edilmediği anlaşılamamaktadır. Çünkü bu sürenin ne kadar uzayacağı belirsizdir.

Ayıplı malın onarımına ilişkin olarak Yönetmelikte, garanti süresi kapsamı dışında kalan durumlara ilişkin de hükümler vardır. Yönetmelik m. 10/6'ya göre: "*Malın garanti süresi dışında, servis istasyonları tarafından verilen montaj, bakım ve onarım hizmetiyle ilgili olarak, bir yıl içerisinde aynı arızanın tekrarı halinde tüketiciden herhangi bir isim altında ücret istenemez.*". Bu hükümle birlikte, ayıptan doğan sorumluluk ve garanti sorumluluğunun haricinde, satıcıya ve/veya ilgili diğer kişilere ek sorumluluklar düzenlenmektedir. Böyle bir olayla karşılaşıldığında, dürüstlük kuralından ve genel hükümlerden hareketle benzer bir sonuca ulaşılabilirdi[46].

[46] Örneğin, onarım için bozuk olan bir parçanın değiştirilmesi halinde, yeni takılan parçanın da belli bir kullanım ömrünün olması gerekir. Hatta bazı parçaların kendi garanti süreleri vardır. Bu durumda, en düşük kullanım süresinden bile daha kısa sürede bozulan parça için elbette satıcının ya da

Fakat bunun Yönetmelik kapsamında net ve açık bir hüküm olarak ifade edilmesi, tüketiciye yol göstermek ve süreç içerisindeki belirsizlikleri gidermek adına önemlidir.

Garanti süresi kapsamı dışında kalan bir diğer hüküm ise Yönetmeliğin 10. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre: "*Malın garanti süresi dışında, garanti belgesi ile satılması zorunlu olmayan bir parçasının servis istasyonu tarafından değiştirilmesi veya satılması durumunda, değişen parça için altı aydan aşağı olmamak üzere bir garanti süresi verilir.*". Burada da benzer şekilde, Yönetmelikte düzenlenen mal gruplarından birini satın alan tüketicinin, bu maldan, malın kullanım ömrü boyunca verim alabilmesi için bir hüküm düzenlenmektedir. TKHK'nın öncelikli amacı, iki yıllık süre içerisinde, tüketicinin maldan en yüksek verimi alabilmesini sağlamaktır. Ancak iki yıldan sonrası için tüketicinin bir anda tamamen korumasız kalması, tüketiciyi mağdur eder. Çünkü kullanım ömrü itibariyle, iki yıldan çok daha uzun süre tüketicinin faydalanabileceği mallar vardır. Yönetmelikte getirilen bu hükümler sayesinde, garanti süresi dışında da tüketici mağdur olmaz ve maldan uzun bir süre verim alabilir. Zamanla oluşacak yıpranmalarda, tüketicinin parça değişimi için belli bir miktar bedel ödemesi gayet olağandır. Üzerinde durulması gereken nokta, parça değişiminin nerden talep edilebileceğinin ve hangi bedelle[47] yapılacağının belli olmasıdır. Hatta bu parçayı kullanacağı sürenin de yaklaşık olarak belli

servis istasyonunun bir yıl içinde herhangi bir ücret isteyememesi gayet olağan bir durumdur.

47 Yedek parçaların fiyatıyla ilgili olarak Yönetmelik m. 13'e göre: "*Servis istasyonları, Yedek Parça Fiyat Listesi'ni, tüketicilerin görebileceği bir yere asmak veya katalog halinde ya da elektronik ortamda tüketiciye göstermek zorundadır.*".

olmasıdır. Böylelikle tüketici için malla ilgili belirsiz durumlar ortadan kalkar.

Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği'nin 16. maddesinin 4. fıkrasında çok önemli bir hüküm öngörülmektedir. Hüküm şu şekildedir: "*Malın garanti süresi içerisinde yetkili servis istasyonuna veya satıcıya tesliminden itibaren arızasının on iş günü içerisinde giderilememesi halinde, üretici veya ithalatçı; malın tamiri tamamlanıncaya kadar, benzer özelliklere sahip başka bir malı tüketicinin kullanımına tahsis etmek zorundadır.*". Bu hükümle birlikte, onarımın süresiyle ilgili karanlık bir kısım aydınlatılmıştır. Örneğin tüketicinin satın aldığı ancak ayıplı olduğunu fark ettiği bir malı tamir süresinin belirsizliğinden dolayı yetkili servis istasyonuna göndermemesi durumları ile karşılaşılabilir[48]. Zira yetkili servis istasyonuna gönderilen malın ne zaman onarılacağı belirsizdir. Yönetmelikte tüm mal grupları için azami tamir süresi olarak belirlenen en kısa süre, yirmi iş günüdür. Bundan dolayı, çok basit ayıplar için bile azami olan sürenin beklenmek zorunda kalınması halinde, tüketicilerin çoğu onarım isteme hakkını kullanmaktan vazgeçer. Bu fıkrada getirilen hükümle, tüketicinin aklında soru işareti olarak bulunan onarım süresi ile ilgili bir durum çözüme kavuşmuştur. Bu çözüm, onarımla ilgili belirsizliği önler ve tüketiciyi mağdur etmez. Yetkili servis istasyonları açısından ise, hüküm, ayıplı malların bir an önce onarılıp tüketiciye teslim edilmesi için teşvik edici mahiyettedir.

48 Uygulamada, ayıplı bir mal durumunda öncelikle başvurulan hak, onarım isteme hakkıdır. Çünkü diğer seçimlik haklara başvurulması durumunda orantısızlık savunması ile karşılaşma ihtimali yüksektir. Ayrıca satıcı veya sorumlu başka bir kişi, diğer seçimlik hakların tercih edilmemesi için veya tercih edildikten sonra hakkın sonuçlarının geciktirilmesi için büyük gayret sarf etmektedir.

Onarımın on iş günü içinde bitmemesi halinde, üretici veya ithalatçının ağır bir yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla üretici veya ithalatçı, bu yükümlülükten kurtulmak için yetkili servis istasyonlarını sürekli kontrol eder ve istasyonda kalifiye eleman çalıştırır. Aynı zamanda bu hüküm, tüketici açısından da onarımı tercih etmesi için teşvik mahiyetindedir[49]. Çünkü onarım işlemi on iş gününde bitmese bile, söz konusu mala benzer özelliklere sahip bir mal eline geçeceği için mağdur olmaz[50].

Garanti belgesine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği 13.06.2014 tarihli ve 29029 Resmi Gazete Sayılı Garanti Belgesi Yönetmeliği'nde de, onarım süresine ilişkin hükümler vardır. Garanti süresi başlığını taşıyan 6. maddeye göre: "*(1) Garanti süresi; malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren başlar ve asgari iki yıl veya bu*

49 Yönetmeliğin servis fişi adı altında düzenlendiği 11. maddede konuya ilişkin olarak bir hüküm getirilmektedir. Servis istasyonunu tüketiciye, onarım yapılacak mala ilişkin gerekli bilgilerin bulunduğu servis fişini vermek zorundadır. İşte bu servis fişinde; garanti kapsamındaki ürünlerin arızasının on iş günü içerisinde giderilememesi halinde, üretici ve ithalatçının, malın tamiri tamamlanıncaya kadar, benzer özelliklere sahip başka bir malı tüketicinin kullanımına tahsis etmek zorunda olduğuna dair bir ibarenin de bulunması gerekir. Böylece tüketici, böyle bir hakkının olduğunu bilerek, sorumlulara bilinçli şekilde başvurabilir.

50 Ayıplı mallardan bazılarının onarımının on iş gününden uzun süreceği çok açık olabilir. Bunun tespitini yapan yetkili servis istasyonlarının tüketicinin mağdur olmaması adına, üreticiye veya ithalatçıya bilgi vererek, onarımın başlangıç anından itibaren, benzer özelliklere sahip başka bir malı tüketicinin kullanımına tahsis edebilir. Böyle bir hizmetin tüketiciye sunulması, tüketicinin gönül rahatlığıyla onarım isteme hakkını kullanmasını sağlar ve ek olarak üreticinin de marka değerini yükseltir.

Yönetmeliğe ekli listedeki ölçü birimi ile tespit edilen değer kadardır. (2) Garanti süresinin başka bir ölçü birimi ile belirlenmiş olması halinde, malın üzerinde bu ölçü biriminin tespitine yönelik bir düzeneğin bulunması veya yapısının bu değerin tespitine uygun olması gerekir. Aksi halde garanti süresinin asgari iki yıl olduğu kabul edilir. (3) Malın arızalanması durumunda, tamirde geçen süre garanti süresine eklenir."[51]. Maddenin ilk fıkrasında bir ölçü biriminden bahsedilmektedir. Örneğin binek otomobilin garanti süresinin altmış bin kilometre yol yapılmasıyla dolması bu anlamda bir ölçü birimi olarak değerlendirilebilir. Binek otomobilin garanti süresi için hem aracın yaptığı kilometre miktarı hem de iki yıllık süre tespit edilmiştir. Hangisi daha önce dolarsa, garanti süresi o zaman biter. Yerinde bir uygulama olarak, malın onarım için verilmesi halinde, onarımda geçen süre garanti süresine dahil edilmez. Zaten tüketici bu süre içerisinde maldan faydalanamayacağı için, bu süreyi iki yıllık garanti süresi içinde kabul etmek tüketiciyi mağdur ederdi[52].

---

51 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 56. maddesinde de, aynı konu düzenlenmiştir. Fakat Garanti Belgesi Yönetmeliğinin hükümleri daha ayrıntılı ve açık şekilde düzenlenmiştir.

52 Konuya ilişkin Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda, 11.03.2010 tarihinde binek otomobil satımı söz konusu olmuştur. Garanti süresi içerisinde, otomobilin fren ve balata sistemleriyle ilgili birden fazla kez (17) arıza meydana gelmiş ve onarım için servise bırakılmıştır. Servis istasyonu bu parçaları bedeli mukabilinde değiştirmiş fakat arızanın kaynağı tespit edilememiştir. Son arıza ise, 26.03.2012 tarihinde gerçekleşmiş ve servise verilen otomobilin arızası azami tamir süresinde yapılamamıştır. Bunun üzerine tüketici, diğer seçimlik haklarından birini kullanmak ister ve ihtar çeker. İlk derece mahkeme ise tüketicinin bu talebini yerinde bulur. Yargıtay ise, 2 yıllık garanti süresinin

Garanti Belgesi Yönetmeliğinin 9. maddesinin[53] 1. fıkrasının (b) bendine göre, malın onarımı için gereken

11.03.2012 tarihinde dolduğunu ifade ederek, 26.03.2012 tarihinde meydana gelen arızanın garanti süresinden sonra meydana geldiğine karar verir. Yargıtay'ın süre konusunda atladığı ve üzerinde durmadığı bir durum söz konusudur. Garanti Belgesi Yönetmeliği'nin 6. maddesinin 3. fıkrasındaki tamirde geçen sürenin garanti süresine ekleneceği noktası dikkate alınmamıştır. Olayda 17 kez onarıma giden bir mal söz konusudur. Bu malın onarımda geçirdiği süre hesaplanmalı ve 2 yıllık garanti süresine eklenmeliydi. Bu işlem sonrasında garanti süresinin bitiş tarihi 26.03.2012 tarihinden sonraki bir tarih çıkarsa, arıza hala garanti süresi içerisinde gerçekleşen bir arıza olur ve buna göre hükmün değişme ihtimali de söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yargıtay 13. HD, 16.01.2015, E. 2014/10247, K. 2015/403, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 08.10.2016.

53 Mülga kanun zamanında geçerli olan Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelikte ise bu hükme karşılık 14. maddede bir düzenleme vardı. Buna göre; "*Tüketicinin onarım hakkını kullanmasına rağmen malın; a) Tüketiciye teslim edildiği tarihten itibaren, garanti süresi içinde kalmak kaydıyla, bir yıl içerisinde en az dört defa veya imalatçı-üretici ve/veya ithalatçı tarafından belirlenen garanti süresi içerisinde altı defa arızalanmasının yanı sıra, bu arızaların maldan yararlanamamayı sürekli kılması, b) Tamiri için gereken azami sürenin aşılması, c) Firmanın servis istasyonunun, servis istasyonunun mevcut olmaması halinde sırasıyla satıcısı, bayii, acentesi, temsilciliği, ithalatçısı veya imalatçı-üreticisinden birisinin düzenleyeceği raporla arızanın tamirinin mümkün bulunmadığının belirlenmesi, durumlarında, tüketici malın ücretsiz değiştirilmesini, bedel iadesi veya ayıp oranında bedel indirimi talep edebilir...*". Görüldüğü üzere, mülga kanun döneminde malın onarımının mümkün bulunmaması veya onarım süresinin aşılması halleri dışında, tüketicinin diğer seçimlik haklara gidebilmesi çok ağır şartlara bağlanmıştır. Şimdiki Garanti Belgesi Yönetmeliğinde

azami sürenin aşılması halinde, tüketici diğer seçimlik haklardan birine başvurabilir. Bu hükümle birlikte, TKHK 11/1'de seçimlik hakların kullanımına ilişkin getirilen sınırlamaların kalktığı ifade edilebilir. Çünkü, TKHK'da seçimlik haklarla ilgili getirilen sınırlamalar[54], ayıbın ortaya çıktığı ilk andan itibaren hangi seçimlik hakkın kullanılacağına ilişkindir. Burada ise, seçimlik hak olarak onarım isteme hakkının kullanılması ve sonucu itibariyle tüketicinin tatmin olmaması durumu söz konusudur. TKHK m. 11/4'te son cümlede de bu durum, "*tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir*", şeklinde ifade edilir. Benzer bir hüküm TKHK m. 56/3'te de düzenlenmektedir. Garanti Belgesi Yönetmeliğinde ise, seçimlik haklar tek tek sayılarak herhangi birinin kullanılabileceği ve tüketicinin talebinin reddedilemeyeceği açıkça vurgulanmaktadır[55].

Türk Borçlar Kanunu'nda onarıma ilişkin bir süre yoktur. Genel hükümlerden hareketle bir sonuca varılır. Onarım borcu hukuki niteliği itibariyle aynen ifa talebinin bir uzantısı niteliğindedir. Aynen ifa talebi ise, sözleşmeden kaynaklanan satıcının ediminin gereği gibi ifasına ilişkindir. Bu anlamda onarım borcu için taraflar bir süre belirlememişlerse, TBK m. 90'a göre borç doğumu anında

ise onarıma verildikten sonra, garanti süresi içinde malın bir kere bile olsa tekrar arızalanması durumunda, tüketici diğer seçimlik haklara başvurabilmektedir.

54 Burada kastedilen, TKHK m. 11/1'de seçimlik haklar düzenlenirken getirilen sınırlamalardır. Örneğin, ayıpsız misli ile değiştirilmesini isteme seçimlik hakkı için, imkan varsa şeklinde sınırlama vardır.

55 Kanunkoyucu burada tüketiciye tanıdığı hakkı sınırlamalarla birlikte tanımayı amaçlıyorsa, bunu açıkça ifade etmesi gerektiği kanaatindeyiz.

muaccel olur ve kural olarak ifası hemen talep edilebilir[56]. Fakat onarım borcunda olduğu gibi bazı borçların ifası için makul bir sürenin borçluya tanınması gerekir. Makul süre, durumun gereği dikkate alınarak belirlenir.

Onarım süresi konusunda, AB Yönergesinin 3. maddesinin 3. fıkrasının son paragrafına göre: "*Her türlü tamirat veya değiştirme, tüketiciye önemli bir rahatsızlık verilmeden, malların niteliği ve malların tüketici tarafından kullanım amacı dikkate alınarak makul bir süre içinde tamamlanmalıdır.*". Bu düzenleme, TKHK'nın düzenlemesine nazaran daha olumlu ve yerinde bir uygulamadır[57]. Çünkü, her somut olayda malın niteliği ve tüketicinin malı kullanma amacı dikkate alınarak makul bir süre belirlenmektedir. Ayrıca maddede onarım süresi belirlenirken, tüketiciye önemli bir rahatsızlık verilmemesi ölçütü de yerindedir. Onarım süresinin belirlenmesinde tayin edilen bu ölçütlerin, somut olayda nasıl yorumlanacağına ise hakim karar verir. Yaz aylarında ayıptan dolayı bozulan bir buzdolabı bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Böyle bir durumda bir aylık onarım süresinin makul olmayacağı ve tüketici için de önemli bir rahatsızlık oluşturacağı açıktır. En azından bu onarım süresi içerisinde tüketiciye, başka bir buzdolabı verilmelidir[58]. Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliğinin 16. maddesinin 4. fıkrasında, bu sorun göz önüne alınarak on iş günü içinde giderilemeyen arızalarda tüketiciye benzer özelliklere sahip bir ürünün verilmesi, zorunlu kılınmıştır. Bu hükümle birlikte TKHK'daki onarım hakkına ilişkin düzenleme, AB Yönergesine daha uyumlu hale gelmiştir.

56 Eren, s. 970.

57 Atamer/Baş, s. 40.

58 Atamer/Baş, s. 40- 41.

Viyana Satım Sözleşmesi'nde de onarımın süresine ilişkin doğrudan bir hüküm yoktur. CISG m. 46/3'te, "*onarım isteği satıcıya makul bir süre içinde yöneltilmelidir*" ifadesine yer verilmektedir. Devamında CISG m. 47'ye göre ise: "*(1) Alıcı satıcıya, yükümlülüklerini ifa etmesi için makul uzunlukta ek bir süre tanıyabilir. (2) Bu süre içinde yükümlülüklerini ifa etmeyeceği konusunda satıcıdan bir bildirim almadıkça, alıcı, bu ek süre içinde, sö zleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan hiçbirine başvuramaz. Ancak bu yüzden alıcı, gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkını kaybetmez.*".

Bu hükümden anlaşıldığı kadarıyla, sözleşmenin her iki tarafının da kabul edebileceği makul bir süre belirlenmeli ve bu süre içerisinde onarım tamamlanmalıdır. Her ne kadar CISG m. 46/2'de bu açıkça ifade edilmemişse de CISG m. 48/1'den bu sonuca varılması mümkündür. Zira bu maddeye göre, satıcının teklif edeceği onarım açıkça, makul olmayan bir gecikmeye sebep olmamalıdır. Eğer onarım makul bir sürede tamamlanmaz ise alıcı CISG'dan doğan diğer haklarını kullanma imkanına sahiptir[59].

V. ONARIMA İLİŞKİN MASRAFLAR

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, onarıma ilişkin tüm masrafların satıcıya ait olduğunu açık bir şekilde vurgulamaktadır. Onarım isteme hakkı kullanılırken, tüketicinin masraflarla ilgili herhangi bir endişesi olmamalıdır. TKHK m. 11/1 (c)'ye göre tüketici: "*Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme*" hakkına sahiptir. TKHK, 11. maddenin diğer fıkralarında da onarım isteme hakkını, "ücretsiz onarım" kavramıyla ifade eder. Bu hükümlerden hareketle, "onarım"

59 Atamer, s. 386.

ile "onarımın masrafsız olması" kavramlarının birbirinden ayrılmaz bir bütün olduğu anlaşılmaktadır.

Onarıma ilişkin tüm masrafların tüketicinin sorumluluğu dışında kaldığı, TKHK m. 11/6 hükmünden de anlaşılır. TKHK m. 11/6'ya göre: "*Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafça karşılanır. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.*". Hükmün gerekçesine göre ise: "*Altıncı fıkra, seçimlik hakların kullanılması sebebiyle ortaya çıkan tüm masrafların, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafça (satıcı, üretici veya ithalatçı) karşılanmasını öngörmektedir. Örneğin, nakliye, posta veya iletişim masrafları gibi. Tüketici seçimlik haklarını kullanma sebebiyle hiçbir masrafa katlanmak zorunda bırakılmamalıdır.*"[60]. Burada ifade edilen masraf türleri örnek kabilinden sayılmaktadır. Zaten "*hiçbir masrafa katlanmak zorunda bırakılmamalıdır*" ifadesinden diğer masraf türlerinin de hükmün kapsamına dahil olduğu anlaşılır. Örneğin, iş gücü ve malzeme masrafları da bu hükmün kapsamında değerlendirilebilir[61].

---

60 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 11/6'ya ilişkin gerekçenin devamı ise şu şekildedir: "*Ayrıca ayıplı mal bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olabilir. Dolayısıyla, tüketicinin dört seçimlik hakkının yanı sıra Türk Borçlar Kanunu hükümlerine kıyasen tazminat talep etmesi imkânı da mevcuttur. Ancak bunun için, sözleşmeye aykırılık nedeniyle ortaya çıkan zararın ispat edilmesi gerekir.*". Zararın ispatlandığı takdirde, tüketici ayıptan kaynaklanan tüm zararlarını tazmin etme imkanına sahiptir.

61 İnceoğlu, s. 193.

Garanti Belgesi Yönetmeliği m. 8/1'e göre: "*Tüketicinin, Kanunun 11 inci maddesinde yer alan seçimlik haklardan ücretsiz onarım hakkını seçmesi durumunda satıcı; işçilik masrafı, değiştirilen parça bedeli ya da başka herhangi bir ad altında hiçbir ücret talep etmeksizin malın onarımını yapmak veya yaptırmakla yükümlüdür.*". Bu hükümde, onarım yerine getirilirken tüketiciden herhangi bir bedel alınmaması açık ve net bir şekilde vurgulanmaktadır. Uygulamada, satıcı veya ilgili kişi tarafından çok farklı kavramlar kullanılarak ve garanti kapsamına girmeyen bir durum bulunduğu söylenerek tüketiciden bir bedel talep edilebilmektedir. Fakat hükümde açık bir şekilde, hangi ad veya kavram kullanılırsa kullanılsın, bedel talep etmeyi gerektiren hiçbir durumun söz konusu olamayacağı vurgulanarak ifade edilmektedir[62]. Ayrıca, onarım işlemi için bir takım malzemelerin kullanılması gerekir. Bu malzemelere ilişkin masraflar da tüketiciden talep edilemez. Bu malzemeler genel olarak, Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliğinin 12. maddesinde düzenlenen yedek parçalardan oluşur. Fakat yedek parçalara ek olarak kullanılması gereken malzemeler arasında, ayıbın kapsamlı şekilde tespitini sağlayan araçlar da vardır. Ayıp tam olarak tespit edildikten sonra, malda başka herhangi bir zarara ve var olan zararın büyümesine sebebiyet vermeden, onarım işleminin profesyonelce yapılması için hassas onarım araçlarına ihtiyaç duyulabilir. Görüldüğü üzere, malzeme

62 Garanti Belgesi Yönetmeliğinin bu hükmünün kapsamına, satım konusu malın ayıplı olup olmadığının anlaşılması için, gözden geçirmeye ilişkin yapılan masrafların da dahil olduğu öğretide ifade edilmiştir. TKHK'nın kullanmış olduğu "ücretsiz onarım" kavramının geniş yorumlanması gerekir, bkz. Arbek, s. 204.

masrafı kavramı[63], yedek parça masrafı kavramından daha geniştir[64].

Garanti Belgesi Yönetmeliği'nin 11. maddesinde "kullanım hatası" başlığına yer verilmiştir. Buna göre: "*(1) Tüketicinin malı tanıtma ve kullanma kılavuzunda yer alan hususlara aykırı olarak kullanmasından kaynaklanan arızalar hakkında 8 inci ve 9 uncu madde hükümleri uygulanmaz. (2) Arızalarda kullanım hatasının bulunup bulunmadığının, yetkili servis istasyonları, yetkili servis istasyonunun mevcut olmaması halinde sırasıyla; malın satıcısı, ithalatçısı veya üreticisinden birisi tarafından mala ilişkin azami tamir süresi içerisinde düzenlenen raporla belirlenmesi ve bu raporun bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunludur. (3) Tüketiciler, ikinci fıkrada belirtilen rapora ilişkin olarak bilirkişi tarafından tespit yapılması talebiyle uyuşmazlığın parasal değerini dikkate alarak tüketici hakem heyetine veya tüketici mahkemesine başvurabilir.*". Kullanıcı hatasından kaynaklı arızalarda, onarımın masrafsız olması ve buna benzer tüketiciye tanınan diğer haklar söz konusu olmaz[65]. Çünkü bu durumda, ayıptan doğan sorumluluk

---

63 Bu kavramın kullanılmasının daha isabetli olduğuna dair öğretideki görüş için bkz. Arbek, s. 207.

64 Arbek, s. 207.

65 Kullanıcı hatası kurumuna ilişkin Yargıtay'ın bir kararında şu ifadelere yer verilmiştir: "*… mahkemece davaya konu aracın garanti süresi içinde sık sık arızalandığı, meydana gelen bu arızaların üretim kaynaklı olduğu ifade edilerek davanın kabulüne karar verildiği belirtilmiş ise de, yargılama esnasında aldırılan ve hükmü dayanak yapıldığı anlaşılan bilirkişi heyet raporu içeriğinde de ifade edildiği üzere, davaya konu araçta garanti süresi içinde meydana gelen fren, balata sistemine dair arızaların üretimden değil kullanımdan kaynaklandığı, davacının bu arızalar sebebiyle seçimlik hakkını 'tamir' yönünde kullandığı, hali hazırda aracın sorunsuz olarak kullanıldığı buna göre T.K.H.K.da tanımlanan*

hükümlerinin şartları gerçekleşmediği gibi, garanti belgesinde tüketiciye tanınan hakların doğumu da engellenir. Ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin geçerli olması için, ayıp en geç tüketiciye teslim anında malda bulunmalıdır. Arızanın, teslimden önce var olan bu ayıptan dolayı ortaya çıkması gerekir. Kullanıcı hatasında ise, teslimden sonra tüketicinin dikkatsizliğinden veya kullanma kılavuzuna uymamasından kaynaklanan bir arıza meydana gelir.

Kullanıcı hatası kurumuna ilişkin olarak üzerinde durulması gereken nokta, yetkili servis istasyonunun hazırlayacağı rapordur. Çünkü raporun hazırlanması, sadece servis istasyonunda çalışan teknik elemanların inisiyatifindedir. Teknik elemanlar tarafından hazırlanan raporun, gerçeğe uygun olup olmadığının kontrol edilebilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Garanti Belgesi Yönetmeliğinin 11. maddesinin 3. fıkrasında bu durum göz önüne alınarak, rapora ilişkin bilirkişi tespitinin yapılması için tüketicinin talepte bulunabilmesine imkan sağlanmaktadır. Bu bakımdan bilirkişi tespiti önemlidir. Yargıtay'ın ayıptan sorumluluğa ilişkin kararlarının birçoğunda, "açıklayıcı, taraf-mahkeme-Yargıtay denetimine elverişli, uzman bilirkişi kurulu raporuna" atıfta bulunulur[66]. Tüketici bu talebini, uyuşmazlığın parasal

seçimlik hakların ileri sürülme şartlarının da somut olayda bulunmadığı anlaşılmaktadır.", bkz. Yargıtay 13. HD, 16.01.2015, E. 2014/10247, K. 2015/403, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 08.10.2016.

66 Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararında, bilirkişi raporunun ilk derece mahkemesi tarafından alınmadığı ve dosyaya eklenmediği için, mahkemenin kararını bozmuştur. Karar şu şekildedir: "*Davacı, davaya konu aracın satın alındığı tarihte yaklaşık 40 gün sonra ayıplı olması sebebiyle yangına neden olduğunu ileri sürerek eldeki davayı açmış, davalılar araçta ayıp olmadığını savunarak davanın reddini dilemişler,*

değerine göre[67], tüketici hakem heyetine ya da tüketici mahkemesine yöneltir.

Mahkemece yargılama sırasında alınan bilirkişi raporuna dayanılarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Ne var ki; hükme esas alınan bilirkişi raporda yalnızca aracın, park halinde iken motor bölümünde meydana gelen yangının, hatalı üretim sonucu kısa devre neticesinde yanmanın meydana geldiği yönünde görüş bildirilmiş olup, bu sonuca ne şekilde ulaşıldığına dair bir gerekçe içermediği gibi davalıların itirazlarını da karşılamadığı ve bu hali ile denetime elverişli olmadığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca mahkemece, üniversitenin otomotiv anabilim dalında uzman bilirkişilerden oluşacak bilirkişi heyetinden yukarıda belirtilen eksiklikleri tamamlayan, önceki rapora itirazları karşılayan taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak hasıl olacak sonuca uygun karar verilmesi gerekir.", bkz. Yargıtay 13. HD, 22.12.2016, E. 2015/33630, K. 2016/24098, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.05.2017. Benzer bir karar için bkz. Yargıtay 13. HD, 15.04.2003, E. 2003/4131, K. 2003/4629, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.05.2017.

67 20 Aralık 2015 tarihli ve 29568 Resmi Gazete sayılı Gümrük ve Ticaret Bakanlığının 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68 inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6 ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ'in 3. maddesinde, "*(1) Tüketici hakem heyetlerinin, uyuşmazlıklara bakmakla görevli olmalarına ilişkin parasal sınırlar; a) İlçe tüketici hakem heyetlerine başvuru için üst parasal sınır, 2.320 Türk Lirası, b) Büyükşehir statüsünde olan illerdeki il tüketici hakem heyetlerine başvuru için parasal sınır, 2.320 Türk Lirası ile 3. 480 Türk Lirası arası, c) Büyükşehir statüsünde olmayan illerin merkezlerindeki il tüketici hakem heyetlerine başvuru için üst parasal sınır, 3.480 Türk Lirası, ç) Büyükşehir statüsünde olmayan illere bağlı ilçelerde, il tüketici hakem heyetlerine başvuru için parasal sınır, 2.320 Türk Lirası ile 3.480 Türk Lirası arası, olarak tespit edilmiştir.*" ifadeleriyle parasal sınırlar düzenlenmiştir. Bu tebliğ, 1/1/2016

Kullanıcı hatası kurumu, tüketici açısından; tüketiciye tanınan onarıma ilişkin hakların kullanılmasını kısıtlar. Bu kurumun, satıcının veya ilgili kişilerin her olayda sorumluluktan kurtulmasını sağlayabilecek bir kurtarıcı kimliğine bürünmemesi önemlidir. Aksi halde tüketici ile haklar arasında aşılmaz bir duvar olur ve bu durum tüketiciyi mağdur eder. Kullanıcı hatası kurumu, satım sözleşmelerinde tüketiciye tanınan hakların kullanılmasında, tarafların menfaat dengesinin bozulmasını engelleyen önemli bir ölçüttür. Fakat bu dengenin tüketici lehine bozulmaması gerektiği gibi, tüketici aleyhine olarak da bozulmaması gerekir. Dolayısıyla, bu kurumun somut olayda varlığının tespiti için, gereken şartların ağırlaştırılması yerinde olur. Ayrıca kullanıcı hatası tespit edilirken, ağır ihmal sonucu bir yanlışlık yapılması halinde, ilgili kişiye/kişilere ağır bir idari cezanın verilmesi yerinde olur. Böyle bir hükmün düzenlenmesi, tüketicinin haklarını sahiplenmesini ve yeri geldiğinde şevkle kullanmasını sağlayacağı kanaatindeyiz[68].

Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliğinde de onarıma ilişkin masraflar konusunda düzenleme vardır. Yönetmeliğin 10. maddesinin 2. fıkrasında, tüketiciye en yakın yetkili servis istasyonunun satış sonrası hizmet verememesi durumunda, malın firma merkezine ya da başka bir yetkili servis istasyonuna gönderilmesinden

---

tarihinde yürürlüğe girmiştir. İleriki tarihlerde sınırların tekrar değişme ihtimali vardır.

68 Aksi takdirde, sıradan bir tüketici, kendisine bir takım hakların tanınmış olduğunu öğrense bile; satıcılar tarafından bir şekilde, bu haklarını kullanmasının engelleneceğini düşünebilir. Hakkını kullanmayı bir kere deneyen tüketici, servis istasyonundan kullanıcı hatası raporunu aldığında, herhangi bir hakkını kullanmaya çalışmanın anlamsız olduğuna ikna olabilir.

bahsedilir. Böyle bir gönderme durumunda nakliye, posta, kargo veya benzeri ulaşım giderleri söz konusu olur. Fıkrada, bu masraflara ilişkin olarak tüketiciden herhangi ulaşım gideri talep edilemeyeceği hükme bağlanmaktadır. Benzer bir hüküm, Yönetmeliğin 16. maddesinin 3. fıkrasında vardır. Bu hükümde, tüketicinin bulunduğu il sınırları içerisinde yetkili servis istasyonunun olmaması durumu düzenlenir. Bu durumda, ulaşım giderlerinin sorumluluğu üretici ve ithalatçılara yüklenmektedir. Bu sorumluluk, garanti süresince değil, malın kullanım ömrü süresince devam eder. Tüketicinin böyle bir durumda onarım istemesi halinde, üretici veya ithalatçılar; nakliye, posta, kargo veya yetkili servis elemanlarının ulaşım gideri gibi herhangi bir ilave ücreti, tüketiciden talep edemezler[69].

---

69 Onarıma ilişkin olarak ulaşım masrafları konusunda, mülga kanun dönemindeki hükümler tüketicilerin haklarına ulaşmasını zorlaştırmaktaydı. TKHK döneminde bu eksiklikler, hem kanun maddelerinin daha ayrıntılı düzenlenmesiyle, hem de ilgili yönetmeliklerin var olan sorunlara doğrudan uygulanabilecek daha lehe hükümler getirmesiyle, giderilmeye çalışılmaktadır. Örneğin mülga kanun dönemindeki Sanayi Mallarının Satış Sonrası Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte ulaşım masraflarına karşılık gelen 16. maddenin 3. fıkrası şu şekildeydi; "*Her coğrafi bölgede servisi bulunmayan imalatçılar – üreticiler ve/veya ithalatçılar; malın kullanım ömrü süresince, servis istasyonu sayıları her coğrafi bölgede en az 1, toplam 7 servis istasyonu sayısına ulaşıncaya kadar malın bakım ve onarımıyla ilgili olarak tüketicilerden nakliye, posta, kargo veya servis elemanlarının ulaşım gideri gibi herhangi bir ilave ücret talep edemezler.*". Mülga kanun döneminde var olan bu tarz sorunlara, yorum yoluyla ve boşluk doldurma şeklinde çözümler getirilmeye çalışılmıştı. Bu duruma uygun bir örnek için bkz. Arbek, s. 206. TKHK döneminde ise kanun ve ilgili yönetmeliklerdeki hükümler sorunları çözmeye daha elverişli görünmektedir.

Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliğinin 10. maddesinin 6. fıkrası, onarım süresi başlığı altında incelenmiş ve fıkranın onarım süresine ilişkin vurgusundan bahsedilmişti. Aynı fıkranın bir de onarım masraflarına ilişkin yönü bulunmaktadır. Fıkra, garanti süresi dışındaki montaj, bakım ve onarım hizmetlerine ilişkindir. İşte belirtilen bu zaman diliminde, servis istasyonunda malın onarılması halinde, onarım konusuna ilişkin, tüketiciye bir yıllık güvence verilmektedir. Bir yıl içinde aynı arızanın tekrar etmesi halinde, herhangi bir isim altında tüketiciden bir bedel istenmesi bu hükme göre mümkün değildir. Yönetmeliğin 10. maddesinin 7. fıkrasında da yine garanti süresi dışında, garanti belgesi ile satılması zorunlu olmayan malın parçasının servis istasyonu tarafından değiştirilmesi düzenlenir. Böyle bir parça değişimi durumunda, Yönetmelik malın parçası için, en az altı aylık garanti süresi verilmesi gerektiğini hükme bağlar. Böylelikle değişimden sonra altı ay içerisinde, değişen parçayla ilgili arızanın tekrarının söz konusu olması halinde, malın onarılmasından dolayı tüketiciden bir bedel istenemez.

Onarıma ilişkin masraflar konusunda somut olaylara doğrudan uygulanabilen ayrıntılı hükümler düzenlenmektedir. Bunlarla birlikte masraflara ilişkin olarak genel ve soyut hükümlere de yer verilir. TKHK'nın temel ilkeler başlığını taşıyan 4. maddesinin 3. fıkrasına göre: "*Tüketiciden; kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve sözleşmeyi düzenleyenin yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile sözleşmeyi düzenleyenin kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemez.*". Aynı maddenin 4. fıkrasına göre ise: "*Bu Kanunda düzenlenen sözleşmelere istinaden tüketiciden talep edilebilecek her türlü ücret ve masrafa ilişkin bilgilerin, sözleşmenin eki olarak kâğıt üzerinde yazılı şekilde tüketiciye verilmesi zorunludur. Uzaktan iletişim aracıyla*

kurulan sözleşmelerde ise, bu bilgiler kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun şekilde verilir. Bu bilgilerin tüketiciye verildiğinin ispatı sözleşmeyi düzenleyene aittir.". Tüketici işlemi olarak kabul edilen tüm sözleşmelerde, tüketiciden herhangi bir masraf talebinde bulunulduğunda, burada belirtilen temel ilkelere uyulup uyulmadığına bakılması gerekir.

Türk Borçlar Kanunu da TKHK'daki düzenlemede olduğu gibi, onarım isteme hakkını düzenlerken bütün masrafların satıcıya ait olduğunu belirterek onarıma yer vermektedir[70].

Avrupa Birliği Satım Yönergesi, onarım masraflarına ilişkin olarak 3. maddenin 3. fıkrasına göre: "*Tüketici ilk aşamada satıcının malları tamir etmesini veya değiştirmesini, iki halde de ücretsiz olacak şekilde, isteyebilir.*". Ayrıca Yönergenin 3. maddesinin 2. fıkrasında da onarımdan bahsedilirken "ücretsiz tamir" kavramı kullanılmaktadır. Yönergenin 3. maddesinin 4. fıkrasında ise diğer fıkralarda kullanılan "ücretsiz" kavramına atıfta bulunularak, kapsamının ne olduğu ifade edilir. Buna göre, onarımın ücretsiz olmasından, malların sözleşmeye uygun hale getirilmesi için gerekli olan harcamalar; özellikle posta, iş gücü ve malzeme masrafları anlaşılmalıdır[71].

---

70 YILMAZ Yeşim, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve Tüketicinin Sahip Olduğu Haklar, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2015, s. 100.

71 AB Yönergesinde düzenlenmiş olan, "ücretsiz" değiştirme ve onarım kavramlarının ne kadar geniş yorumlanması gerektiğine dair, AB Adalet Divanı'nın verdiği bir karar vardır, olay ve olay üzerine verilen karar şu şekildedir: "*Olayda davacı, evine döşemek için fayans satın almış ve yarıdan fazlasını döşedikten sonra fayansların üzerinde gözle görülür gölgeler olduğu anlaşılmıştır. Olayda tüketiciye atfedilebilecek*

Viyana Satım Sözleşmesi'nde onarımın masraflarına ilişkin doğrudan bir hüküm yoktur. CISG'da getirilmiş olan tüm haklara ilişkin, 48. maddede genel bir hüküm düzenlenmektedir. CISG m. 48/1'e göre: "*49. madde saklı kalmak üzere satıcı, yükümlülüklerinin ifasına ilişkin her türlü eksikliği, masrafları kendisine ait olmak üzere teslim tarihinden sonra da giderebilir; yeter ki bu, makul olmayan bir gecikmeye yol açmasın ve alıcı için, makul olmayan zahmete veya onun tarafından yapılan masrafların satıcı tarafından karşılanmayacağı konusunda bir tereddüde sebep olmasın. Ancak, alıcının bu Antlaşma uyarınca*

bir kusur yoktur. Tüketici fayansların yenisi ile değiştirilmesini istemiş ve bu talebi kabul görmüştür. Ancak satıcı sadece yeni fayansları evine kadar getirmiş buna karşılık döşenmiş fayansların sökülmesi ve imha edilmesi ile yeni fayansların döşenmesi giderlerini ödemekten kaçınmıştır. AB Satım Yönergesindeki 'masrafsız' kavramının nasıl anlaşılması gerektiği konusunda Alman alt derece mahkemesi konuyu bekletici mesele yaparak Adalet Divanına soru olarak yöneltmiştir. AB Adalet Divanı kararında, Yönergenin 'masrafsız' ile kast ettiği şeyin, tüketici açısından kural olarak hiçbir masraf doğurmamak olduğunu ifade etmiştir. Başka deyişle, tüketiciye mutlak koruma vermiş ve değiştirme ile bağlantılı bütün masrafların satıcı tarafında karşılanması gerektiğine hükmetmiştir. Hatta Divan, satıcının, yenisi ile değiştirmenin orantısız masraflar doğuracağı şeklinde bir savunma ileri sürmesi imkanı da olmadığına karar vermiştir. Zira somut olayda tüketicinin onarım seçeneğini kullanması işin niteliği gereği mümkün değildir. Tek çare fayansları değiştirmektir. Dolayısıyla satıcıya yenisi ile değiştirmeyi orantısızlık nedeniyle reddetme imkanı verilse alıcının tek yapabileceği şey sözleşmeden dönmek olacaktır. Oysa Adalet Divanı tüketicinin mala kavuşma menfaatinin daha önemli olduğuna hükmetmiştir. Yani masraflar yüksek dahi olsa tüketicinin yenisi ile değiştirme istemi kabul edilmiştir.", (bkz. Naklen, Atamer/Baş, s. 41- 42).

tazminat talep etmeye ilişkin her türlü hakkı saklıdır.". Bu hükümden hareketle, malda bulunan eksikliklere ilişkin alıcı tarafından onarım istendiğinde, tüm masrafları satıcıya ait olmak üzere, malın onarılması işleminin gerçekleştirilmesi gerekir.

SONUÇ

Ayıplı mallarda onarım borcunun ifası konusu, öncelikle 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bakımından incelenmiştir. Türk Borçlar Kanunu, CISG ve 1999/44/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesinin konuyla ilgili hükümlerine bu inceleme sırasında yer verilmiş ve TKHK hükümleriyle karşılaştırılmıştır. Bu çalışmanın sonucunda aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır.

Ayıplı malın onarım yerine ilişkin olarak, mülga kanunda ve TKHK'da bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak TKHK'nın satış sonrası hizmetlerin düzenlendiği 58. maddesinde, bazı malların kullanımına ilişkin olarak ilgili bakanlık tarafından belirlenen süre boyunca, bakım ve onarım hizmetinin verilmek zorunda olduğu belirtilmektedir. Üretici veya ithalatçı tarafından verilmesi gereken bu hizmetin, yetkili servis istasyonu kurularak yapılması gerekir. Yetkili servis istasyonlarının yetkisi, faaliyet alanı, vasıfları, çalışma düzeni ve benzeri hususlarına ilişkin düzenlemelere Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliğinde yer verilmektedir. Ayrıca aynı Yönetmeliğin 16. maddesinin 2. fıkrasında, malın niteliği gerektirdiği takdirde onarım işleminin, malın kullanıldığı yerde de ifa edilebileceği belirtilmektedir.

Onarım süresine ilişkin olarak TKHK m. 11/4'te azami otuz iş gününden bahsetse de Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliğinin ekinde, her mal grubu için ayrı ayrı süreler belirlenmektedir. Yönetmelikte neredeyse tüm mal grupları için, 20 iş günü olarak belirlenen azami tamir süresi

öngörülmüştür. Bu mal gruplarına; telefonlar, bilgisayarlar, ev aletleri olarak geçen beyaz eşyalar, ısıtma ve havalandırma cihazları, televizyon ve benzeri görüntüleme cihazları girmektedir. Binek otomobiller, kamyonetler ve traktörler için, azami tamir süresi olarak 30 iş günü belirlenmiştir. 30 iş günü olan azami tamir süresi, tüm taşıtlar için geçerli değildir. Motosikletler, bisikletler ve karavanlar için azami tamir süresi olarak 20 iş günü tespit edilmiştir.

Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliğinin 16. maddesinin 4. fıkrasında önemli bir hüküm öngörülmektedir. Onarımın on iş günü içinde bitmemesi halinde, üretici veya ithalatçı, malın onarımı tamamlanıncaya kadar benzer özelliklere sahip başka bir malı, tüketicinin kullanımına tahsis etmek zorundadır. Getirilen bu hükümle, üretici veya ithalatçı, bu yükümlülükten kurtulmak için yetkili servis istasyonlarını sürekli kontrol etmeli ve istasyonda kalifiye eleman çalıştırmalıdır. Aynı zamanda bu hüküm, tüketici açısından da onarımı tercih etmesi için teşvik mahiyetindedir. Çünkü onarım işlemi on iş gününde bitmese bile, söz konusu mala benzer özelliklere sahip bir mal eline geçeceği için mağdur olmaz.

Garanti Belgesi Yönetmeliği m. 8/1 gereği, tüketicinin onarım hakkını seçmesi durumunda satıcının; işçilik masrafı, değiştirilen parça bedeli ya da başka herhangi bir ad altında hiçbir ücret talep etmeksizin malın onarımını yapmak veya yaptırmakla yükümlüdür. Bu hükümde, onarım yerine getirilirken herhangi bir bedel alınmayacağı açık ve net bir şekilde vurgulanmaktadır. Uygulamada, satıcı veya ilgili kişi tarafından çok farklı kavramlar kullanılarak, garanti kapsamına girmeyen bir durum olduğu söylenip, tüketiciden bir bedel talep edilebilmektedir. Fakat hükümde açık bir şekilde, hangi ad veya kavram kullanılırsa kullanılsın, bedel talep etmeyi gerektirecek hiçbir durumun söz konusu olmadığı, altı

çizilerek ifade edilmiştir. Ayrıca, onarım işlemi için bir takım malzemelerin kullanılması gerekir. Bu malzemelere ilişkin masraflar da tüketiciden talep edilemez.

KAYNAKLAR

Antalya Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Arbek Ömer, *Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi*, Yetkin Yayınları, 1. Bası, Ankara 2005.

Aslan Yılmaz, *Tüketici Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa, 2015.

Atamer Yeşim, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2005.

Atamer Yeşim/Baş Ece, "*Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk*", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, Özel S. 1, İstanbul 2014.

Atamer M. Yeşim/İnceoğlu Murat, *Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Seçimlik Hakları ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyum Sorunu*, Otomotiv Distribütörleri Derneği, İstanbul, 2012.

Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 21. Bası, Ankara 2017.

Gümüş Mustafa Alper, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

İnan Ali Naim/Yücel Özge, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

İnceoğlu Murat, "*Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu*", Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul 2015.

Kara İlhan, *Tüketici Hukuku*, Engin Yayınları, 1. Bası, Ankara 2015.

Kılıçoğlu Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm,* Cilt 1, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

Ozanoğlu Hasan Seçkin, *Tüketici Sözleşmeleri Kavramı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, C. 50, S. 1.

Reisoğlu Sefa, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* Beta Yayınları, İstanbul, 2012.

Tiryaki Betül, *Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Yılmaz Yeşim, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve Tüketicinin Sahip Olduğu Haklar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015.

YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler, gizli tutulan hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmalar (01 Ocak 2017 tarihinden itibaren), DERGİPARK üzerinden (http://dergipark.gov.tr/suhfd) sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar dergipark sistemi üzerinden yürütülecektir.

2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin **yabancı dildeki adı**, en fazla 100 kelimelik **Türkçe ve yabancı dilde özetler**inin ve beş adet **anahtar kelimenin (Keywords)** eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda **kaynakça** yer almalıdır.

3. Sayfa yapısı: Üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

4. Metin yazıları: Times New Roman karakteri ile **11,5** punto **tek satır** aralığı, ilk satırı özel **1,25 cm** değerinde **paragraf**, **paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. **Başlık 1 biçemi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

5. Dipnotlar: Times New Roman yazı karakteri, **10,5** punto, **Tek** satır aralığı, **0,7 asılı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda **dipnotlar** otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, (yayın yılı), Kitap Adı**,** (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör)

SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde**)**, Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

7. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayımlanan yazılar üzerinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin, her türlü formatta yayımlamak dâhil, tüm yayın haklarına sahip olduğunu kabul ederler.

BU ŞARTLARI TAŞIMAYAN BAŞVURULAR KABUL EDİLMEYECEKTİR.

Haberleşme Adresi:
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi Editörlüğü
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 Selçuklu / KONYA

İnternet Adresi:

* http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr
* http://dergipark.gov.tr/suhfd

E-Posta:

* hukukdergi@selcuk.edu.tr
* dergisuhfd@gmail.com